

SUJET : LES GARANTIES DU JUSTICIABLES

REMERCIEMENTS

L'auteur tient à remercier les Professeurs Ndiaw Diouf et Deen Gibirila d'avoir accepté d'encadrer sa thèse et consacré leur précieux temps à la lecture de ses travaux.

Nos remerciements vont à l'endroit de Monsieur Jean-Jacques LEMOULAND, Doyen de la Faculté de droit de Pau et de Monsieur Christophe JUEL, Maître de conférences, HDR à l'Université de Toulon pour nous avoir honoré de leur participation dans le jury de soutenance de thèse.

Un grand merci à ma femme, mes parents, amis et collègues qui nous ont assisté ou soutenu au cours de l'élaboration de cette thèse. Mention spéciale à Thomas Diatta, aux professeurs Paul Ngom et Alassane Kanté pour leurs précieux conseils.

DÉDICACES

A mon père et ma mère, mes frères et sœurs

*A ma femme Véronique, pour ta compréhension et tes
encouragements*

*Au juge Kéba Mbaye et à sa Fondation qui nous a
gratifié d'une Bourse.*

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	ii
DÉDICACES	iii
SOMMAIRE	vi
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	ix
PREFACE.....	xi
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PREMIÈRE PARTIE. LES GARANTIES TENANT A L'ACCÈS AU JUGE.....	21
TITRE PREMIER. L'ACCÈS AU JUGE	23
CHAPITRE I. LA CONSÉCRATION DE L'ACCÈS AU JUGE.....	24
SECTION 1. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES RECONNAISSANT L'ACCÈS AU JUGE.....	24
SECTION II. PORTÉE DE LA RECONNAISSANCE DE L'ACCÈS AU JUGE PAR LES DIVERS INSTRUMENTS JURIDIQUES.....	37
CHAPITRE II. L'EFFECTIVITÉ DE L'ACCÈS AU JUGE	60
SECTION 1. L'EFFECTIVITÉ MALMENÉE OU LES OBSTACLES A L'ACCÈS AU JUGE.....	60
SECTION II. L'EFFECTIVITÉ MISE EN ŒUVRE OU LES REMÈDES AUX OBSTACLES A L'ACCÈS AU JUGE.	88
TITRE II. L'ACCÈS A UN JUGE DE QUALITÉ.	150
CHAPITRE I. LES CRITÈRES D'UN JUGE DE QUALITÉ	151
SECTION 1. UN JUGE INDÉPENDANT ET IMPARTIAL	152
SECTION II. LA SANCTION DES QUALITÉS DU JUGE	173
CHAPITRE II. REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ ...	197
SECTION I. LES MANIFESTATIONS DE LA REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ.....	197
SECTION II. LES SOLUTIONS À LA REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ.....	221
CONCLUSION DU TITRE II.....	230
CONCLUSION DE LA PREMIÈREPARTIE.....	232

DEUXIÈME PARTIE. LES GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE	235
TITRE I. LA PRESENTATION DES DIFFERENTES GARANTIES.....	237
CHAPITRE I. LES GARANTIES AYANT TRAIT AUX PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES PARTICIPANT DU RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE	238
SECTION 1. LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE.....	241
SECTION 2. LA PROBLÉMATIQUE DU CHOIX D'UN DÉFENSEUR	292
CHAPITRE II. LES GARANTIES AYANT TRAIT AU MODÈLE UNIVERSEL DE PROCÈS ÉQUITABLE.....	305
SECTION 1. LA TRANSPARENCE DES DÉCISIONS DE JUSTICE	305
SECTION II. L'EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE.....	320
CONCLUSION DU TITRE I.	381
TITRE 2. LES ATTEINTES AUX GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE	383
CHAPITRE 1. LA NATURE DES ATTEINTES	384
SECTION I. LES ATTEINTES A LA PUBLICITÉ DES DÉBATS ET A L'EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE	384
SECTION II. LA RUPTURE D'ÉGALITE DES MOYENS POUR ASSURER SA DÉFENSE EN DROIT SÉNÉGALAIS	411
CHAPITRE II. LES PALLIATIFS DES ATTEINTES AUX GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE	416
SECTION 1. LES SOLUTIONS VISANT À RELEVER LE DÉFI DE L'EFFECTIVITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE	416
SECTION 2. DE LA NÉCESSITÉ DE RÉTABLIR L'ÉGALITÉ DES MOYENS POUR ASSURER SA DÉFENSE.....	437
CONCLUSION DU TITRE II.....	440
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	442
CONCLUSION GÉNÉRALE	443
POSITIONS DE THÈSE.....	451
BIBLIOGRAPHIE	453
INDEX ALPHABÉTIQUE	a

TABLE DES MATIÈRES	C
--------------------------	---

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.C.P.C	Ancien Code de procédure civile
A.J	Actualité juridique
A.J.D.A	Actualité juridique de droit administratif
A.P	Assemblée plénière de la cour de cassation
Al	Alinéa
Art	Article
AUPCAP	Acte uniforme portant procédures collectives et d'apurement du passif
AUPSRVE	Acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement de créances et les voies d'exécution
Bull. Civ	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim (Criminelle)	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C.A	Cour d'appel
C.C	Code civil
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
C.E	Conseil d'Etat
C.F	Code de la Famille
C.G.I	Code général des Impôts
Ch.Réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
CIMA	Conférence interministérielle des Marchés d'assurance
Civ. 1^{ère}	Première chambre civile de la cour de Cassation
	Code des obligations de l'administration
Civ. 2^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
C.J.C.E	Cour de justice des communautés européennes
C.O.A	Code des obligations de l'administration
C.O.CC	Code des obligations civiles et commerciales
C.O.J	Code de l'organisation judiciaire
C.P	Code pénal
C.P.C.F	Code de procédure civile français
C.P.C.S	Code de procédure civile sénégalais
Com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. Const	Conseil constitutionnel
Cons. Prud'h	Conseil des prud'hommes
Conv. E.D.H	Convention européenne des droits de l'homme
Cour. Cass	Cour de cassation
Cour.E.D.H	Cour européenne des droits de l'homme
Crim.	Chambre criminelle de la cour de cassation
C.SM	Conseil supérieur de la Magistrature
C.T.S	Code du travail sénégalais

D.	Dalloz
D.	Décret
D.H	Dalloz hebdomadaire
Déc.	Décision
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doct.	Doctrine
Dr. Et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. pénal	Droit pénal
Dr. Soc	Droit des sociétés
Dr. Social	Droit social
D.U.D.H	Déclaration universelle des droits de l’homme.
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal	Gazette du Palais
Gaz. Trib	Gazette de tribunaux
I.R.	Informations rapides
J.G.P.E	Jurisclasseur périodique édition entreprise
J.CP.G	Jurisclasseur périodique édition générale
J.C.P	Jurisclasseur périodique
J-cl	Jurisclasseur
J.D.I	Journal de droit international
J.O	Journal officiel
L.	Loi
N.C.P.C	Nouveau code de procédure civile
N.E.A	Nouvelles Editions africaines
N.E.A.S	Nouvelles Editions africaines du Sénégal
Ord.	Ordonnance
P.A	Petites Affiches
P.I.D.C.P	Pacte international des droits civils et politiques
R.C.C.M	Régistre du commerce et du crédit mobilier
R.D.P	Revue du Droit public
R.F.DA.	Revue française de droit administratif
R.F.D.C	Revue française de droit constitutionnel
R.I.P.A.S	Revue des institutions politiques et administratives du Sénégal
R.J.C.	Revue de Jurisprudence constitutionnelle
R.J.C	Revue de Jurisprudence commerciale
R.J.P.I.C	Revue juridique et politique indépendance et coopération
R.J.S	Revue de jurisprudence sociale
R.T.D civ	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D. Hom	Revue trimestrielle des droits de l’homme
Rec.	Recueil
Régl.	Règlement

Rép. Civ	Répertoire de droit civil Dalloz (encyclopédie)
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. Huissiers	Revue des huissiers
Rev. Justices	Revue Justice
S.	Sirey
Soc	Chambre sociale de la Cour de Cassation
Somm.	Sommaire
T. arb.	Tribunal arbitral
T. civ	Tribunal civil
T. com.	Tribunal de commerce
T. corr.	Tribunal correctionnel
T.G.I.	Tribunal de grande instance
T.I	Tribunal d'instance
U.M.S	Union des magistrats du Sénégal

PREFACE

Ma rencontre avec Monsieur Patrice S. A. Badji a eu lieu pour la première fois en 2009 lors de son voyage d'étude à l'Université Toulouse 1 Capitole. Lorsque deux années plus tard, il a exprimé le vœu de poursuivre la rédaction de sa thèse en cotutelle sous ma codirection, j'ai répondu à sa sollicitation avec un enthousiasme teinté d'un peu d'inquiétude, non point que son sujet de thèse (« Les garanties du justiciable dans le procès civil sénégalais : étude comparative avec le droit français ») n'ait pas présenté d'intérêt ; bien au contraire, la difficulté de l'étude tenant au caractère technique de la procédure civile, tant en droit sénégalais qu'en droit français, a constitué un défi à relever. En outre, cette difficulté est accrue par l'internationalisation, voire l'universalisation de la procédure civile, alors que l'auteur s'est proposé de réaliser une analyse comparée entre le droit sénégalais et le droit français.

A n'en point douter, Monsieur Patrice S. A. Badji est l'auteur d'une vraie thèse au sens fort du terme, portant sur un sujet complexe dont l'actualité et l'attrait sont sans cesse renouvelés. Il fait la distinction entre « les garanties tenant à l'accès au juge », auxquelles est consacrée la première partie de l'étude, et « les garanties tenant au déroulement de la procédure » qui font l'objet de la deuxième partie.

Dans la première partie, l'auteur s'attache à examiner la question de la reconnaissance du droit d'accès au juge et de son effectivité. Ainsi, explique-t-il que le droit pour tout justiciable de voir sa cause entendue constitue une garantie fondamentale. Il observe toutefois que l'accès au juge peut se heurter à divers obstacles susceptibles d'en réduire l'effectivité. Il analyse alors le remède de l'assistance judiciaire instauré en droit sénégalais et en droit français, et propose plusieurs solutions afin d'améliorer le système (assurance de protection juridique, *class action*...). De plus, il explique que la garantie de l'accès au juge ne suffit pas, et qu'il convient que celui-ci ait les qualités d'indépendance et d'impartialité nécessaires à l'existence d'une bonne justice. Il présente donc les différentes garanties destinées à assurer ces qualités (séparation des pouvoirs, inamovibilité des magistrats du siège, existence d'un Conseil supérieur de la magistrature...), ainsi que les sanctions dont elles sont assorties (récusation, renvoi, mise en jeu de la responsabilité...). A ces divers égards, pour étayer son argumentation, l'auteur de la thèse s'appuie sur différents textes internationaux : d'une part, la Convention européenne des droits de l'Homme à propos de laquelle il s'interroge sur l'applicabilité en Afrique subsaharienne, plus particulièrement au Sénégal grâce à la fameuse « clause coloniale » qu'il rejette ; d'autre part, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Il prend en compte également les sources internes telles que le Préambule de la Constitution sénégalaise.

Dans la seconde partie, l'auteur démontre que le bon déroulement de la procédure tient à l'observation non seulement des principes directeurs participant au respect des droits de la défense, mais encore du modèle universel de procès équitable. Il présente ainsi parmi les garanties offertes au justiciable celles qui figurent dans le Code de procédure (principe du dispositif, principe du contradictoire...), et celles qui relèvent du modèle de justice équitable (publicité, célérité des décisions, exécution des décisions...). Il souligne cependant plusieurs atteintes à ces principes, certaines, communes au droit sénégalais et au droit français, d'autres, plus spécifiques au droit sénégalais.

Bien évidemment, en dépit de ses qualités évidentes, ce travail de recherche est à l'image de toute entreprise humaine qui n'est jamais parfaite. Il n'empêche qu'il participe à une meilleure compréhension du droit judiciaire privé sénégalais et français. En effet, tout au long de sa thèse, Monsieur Patrice S.A.Badji met en évidence l'équilibre à préserver entre les parties au litige, pour en déduire que l'efficacité du service public de la justice ne s'oppose pas au respect des droits de la défense ; bien au contraire. Par ailleurs, il ne manque pas de faire preuve de réalisme en relevant les différents écueils nuisibles à la bonne image de la procédure civile. Aussi, les propositions qu'il fait contribuent à une amélioration du fonctionnement du système judiciaire. Il s'agit en particulier de la redynamisation de ce système, de l'introduction de la *class action*, de la mise en place de règles permettant de mieux engager la responsabilité de l'Etat et des magistrats, de la généralisation des délais de comparution en droit sénégalais, et de la réforme du Conseil supérieur de la magistrature qui est le garant de l'indépendance des magistrats.

En définitive, la thèse de Monsieur Patrice S.A.Badji traduit aisément la qualité et l'étendue de ses connaissances juridiques qui portent, outre sur le droit interne sénégalais et français, sur le droit communautaire, le droit OHADA, le droit international, le droit comparé et les droits de l'homme. Le domaine d'étude est certes vaste, mais l'auteur sait fort bien en maîtriser les contours. La dimension comparatiste et l'actualité du sujet traité font de cette recherche un excellent outil de réflexion et d'information sur la procédure civile dont l'intérêt est indéniable. Ce remarquable travail de recherche constitue une première et importante étape d'une carrière prometteuse d'enseignant chercheur pour laquelle l'intéressé dispose amplement des qualités requises.

En conséquence, tout à fait naturellement, la thèse de Monsieur Patrice S.A. Badji a obtenu la mention très honorable avec l'autorisation de la publier en l'état.

Deen GIBIRILA

**Professeur à la Faculté de droit et science politique
(Université Toulouse 1 Capitole)**

A decorative horizontal scroll frame with a light gray background and a thin black border. The left and right ends of the scroll are rolled up, showing a darker gray interior. The text "INTRODUCTION GÉNÉRALE" is centered within the scroll.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. L' étude du droit permet de déceler les différents sens que recouvre la notion .Ainsi , on distingue d'une part le droit objectif qui constitue l'ensemble des règles régissant la vie en société et sanctionnées par la puissance publique, et d'autre part les droits subjectifs qui sont des prérogatives attribuées à un individu dans son intérêt lui permettant de jouir d'une chose, d'une valeur ou d'exiger d'autrui une prestation ¹. Pour procurer à leurs titulaires la jouissance qu'ils contiennent en puissance, les droits doivent être réalisés². La réalisation de ces droits peut être contentieuse ou non contentieuse. C'est la première hypothèse qui fera l'objet de la présente étude à savoir la réalisation contentieuse des droits. Les parties en conflit ont l'obligation de s'adresser à une troisième personne qui est généralement un juge qui doit se mettre à leur égale distance. Sorte de héros puissant et clairvoyant redressant les lois vieilles ou contre faites, incarnation d'une vertu de justice qui peut parfois prendre des allures de dieu vengeur, homme compatissant proche de l'affaibli qui réclame ses soins lorsque se constitue la théorie de la justice de proximité, c'est désormais le plus souvent à lui que l'on se réfère lorsque l'on attend quelque chose du droit. Et l'on attend aujourd'hui beaucoup, ne serait-ce que parvenir à refonder une société malade d'avoir perdu son origine. Le juge a remplacé en politique fondamentale l'homme politique. Ce bouleversement n'est pas sans susciter quelques secousses telluriques dans les événements concrets³.

2. Dans un Etat de droit, il existe trois pouvoirs : les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. En effet, légiférer consiste à poser les principes d'organisation et de fonctionnement d'une société ainsi qu'à définir et à déterminer les droits et obligations des personnes publiques ou privées, morales ou physiques qui constituent une nation. Gouverner consiste à conduire la politique et les affaires d'un pays. La fonction de juger quant à elle, consiste à donner à chacun son dû, à rendre la justice.

Ce qu'il y a lieu de rappeler, c'est que le recours à la justice, à une tierce personne pour régler un conflit, a connu une évolution. On est passé de la vengeance à la justice. L'option majoritaire, rejoignant en cela les mythes fondateurs de l'Etat, admet l'existence de la violence dès l'origine : Romulus tue Remus comme Caen a tué Abel dans la bible.

¹ Lexique des termes juridiques. Dir. S. GUINCHARD et G. MONTAGNIER, 12eme édition, Dalloz, 1999 p.204.

² E. ABITBOL, *Procédure civile*, fascicule 1 1970/1971 p.4 « Les Cours du droit ».

³ M.A. FRISON ROCHE, *La philosophie du procès*, propos introductifs AR. p.H. Dr. Sirey, 1995, tome 39 pp.19 et s.

3. Pendant longtemps, les auteurs ont présenté une évolution des sociétés humaines en quatre étapes .C'est la thèse « classique » qui a rencontré un grand succès depuis le 18e siècle jusqu'à nos jours.

La première étape est celle de la vengeance privée : la victime d'un dommage se venge elle-même sur le coupable .Si elle est hors d'état d'accomplir cette mission, sa famille au sens large s'en charge .C'est la vengeance du clan, de la solidarité familiale.

La deuxième étape est celle de la composition volontaire. La victime ne recherche plus la satisfaction brutale de la loi du talion, elle préfère un dédommagement. Soit cet accord intervient directement entre la victime et sa famille, soit les deux parties désignent un tiers qui sera arbitre .Leur volonté est cependant intacte et l'arbitre n'a de pouvoir que parce qu'il a été choisi.

Une troisième étape est celle de la composition obligatoire ; la vengeance privée est désormais interdite.

La quatrième et dernière étape est marquée par l'apparition de la justice rendue au nom des dieux, de la cité ou du prince .Dans les conflits privés, c'est-à-dire les affaires civiles, l'initiative appartient toujours aux particuliers, de même que l'indemnité ou la réparation leur est accordée⁴.

La grande conquête de l'humanité est dans cette substitution de la justice à la vengeance, du bien au mal.⁵ En effet, « au court-circuit de la vengeance, la justice substitue la mise à distance des protagonistes.⁶» C'est le juge qui est cette personne, ce tiers désintéressé chargé de mettre à distance les litigants. Ainsi donc, l'intervention du juge arrête la dilatation pathologique des conflits et cherche à passer du conflit violent à une dispute argumentative qu'il se réserve de trancher. Le juge est la figure instituée de toutes les distanciations, c'est-à-dire qu'il se situe, aux yeux de tous, comme tiers de toutes les causes qui lui sont soumises.

⁴ M. QUENET, *Histoire des institutions judiciaires*, LITEC, 1997, pp.16 et 17 « Les cours du droit ».

⁵ L. CADIET, *Justice (Institutions de la justice)* in Encyclopaedia Universalis, 2002, CORPUS 13 p.52.

⁶ P. RICOEUR cité par L. CADIET in Encyclopaedia Universalis CORPUS 13 p.52.

Le tiers est donc la condition minimale indispensable qui permet de faire écart avec la violence et de relier le conflit à l'échange des arguments. Porter une plainte devant un juge, c'est précisément accepter implicitement son autorité garantie par son statut, c'est-à-dire l'hypothèse d'un gain ou d'une perte à laquelle on adhère par avance⁷.

La tierce personne qui départage les parties, peut ne pas être un juge ; c'est l'exemple de l'arbitre.

4. Ce pluralisme dans le recours traduit l'idée selon laquelle la justice n'est pas l'apanage exclusif de l'Etat et que l'avenir n'est sans doute plus au « tout judiciaire »⁸ ou de relativiser l'idée de « centralisme juridique »⁹.

Ces idées ayant été développées, il convient pour une meilleure appréhension du sujet de nous livrer à quelques précisions terminologiques.

PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES

5. Le terme « **garanties** » est polysémique. Dans le langage courant « garantir » signifie rendre sûre une chose.¹⁰ En Droit, l'expression est également pluridimensionnelle.

Ainsi, dans une première dimension, on pourrait la comprendre dans le sens d'obligation mise à la charge d'un contractant, en vertu de laquelle celui-ci est tenu d'assurer à l'autre la jouissance paisible du droit ou du bien qu'il transmet. C'est l'exemple de la garantie d'éviction et des vices cachés.¹¹

Dans une seconde dimension, les garanties constituent l'ensemble des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'exécution¹². Au travers de cette définition, M. LEGEAIS met en exergue la distinction entre sûretés et garanties. Les premières sont plus restreintes tandis que

⁷ D. SALAS in *Revue Droits*, P.U.F, 2000, Tome 34.

⁸ S. GUINCHARD, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du 3^e millénaire* in *clés pour le siècle* DALLOZ 2000 pp.1135 et s. V. également L. CADIET in *Encyclopaedia Universalis* CORPUS 13 p.53

⁹ Expression utilisée par M. GALANTER in *Accès à la justice et Etat - providence*, dir. M. CAPPELLETTI *Economica* 1984 p.153.

¹⁰ Voir le Dictionnaire Petit Littré Gallimard et Hachette 1959.

¹¹ Dictionnaire juridique sous la direction de P. GUIHO, 1^{er} édition, L'hermès 1996 p.165.

¹² D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J, 2002, p.14.

les secondes sont des institutions qui ont pour objet de protéger les créanciers contre les risques du crédit principalement celui de l'insolvabilité de leurs débiteurs. En effet, si toutes les sûretés sont des garanties, toutes les garanties ne sont pas des sûretés¹³. Mais ce qu'il y a lieu de préciser, c'est que toutes ces définitions ne seront pas prises en compte dans le cadre de cette étude. On s'en tiendra à la définition contenue dans le dictionnaire le Robert selon laquelle les garanties sont toutes les dispositions juridiques qui concourent à protéger certains droits. Assurer une garantie des droits, c'est en prévenir et réprimer la violation, c'est attacher des sûretés à leur exercice; c'est prévoir des sanctions en cas de transgression.¹⁴ Les garanties constituent donc l'ensemble des institutions du droit destinées à assurer l'effectivité des droits et obligations, soit par l'établissement d'un recours destiné à rétablir le droit violé, soit par le prononcé d'une sanction.¹⁵

6. Le justiciable, quant à lui, est celui qui demande justice à un juge. La sociologie judiciaire permet de dire qui il est, ce qu'il fait, homme, femme, enfant (qui, pour n'être pas partie au procès en raison de sa minorité, n'en a pas moins la qualité de justiciable), personnes physiques et personnes morales, français, sénégalais et étrangers, des villes ou des champs, mariés ou célibataires...

Il faut ici, plus modestement dire quelques mots du justiciable pris en sa qualité juridique de créancier de justice.¹⁶ Le justiciable, c'est donc toute personne qui demande au juge de se prononcer sur le bien fondé de sa prétention. Cela se comprend vu que la justice est un service public.¹⁷ On pourrait le considérer comme le consommateur de la justice ou, plus exactement, du droit d'accès à la justice.

¹³ Aux termes de l'article 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés : « une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditonnnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant ». Cet Acte uniforme a été adopté le 15 décembre 2010, publié au Journal officiel de l'ohada, le 15 février 2011.

¹⁴ E. ZOLLER, *Droit Constitutionnel*, 2^e édition, P.U.F, 1998.

¹⁵ L. ASCENSI, *Du principe de la contradiction*, L.G.D.J, 2006.

¹⁶ L. CADIET, « Découvrir la justice », Dalloz 1997, p.218.

¹⁷ Voir ouvrage collectif, « *Le service public de la justice* », Odile Jacob, 1998 p.31. Dans cet ouvrage collectif, les auteurs se basant sur les principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité soutiennent que la justice est un service public.

Le personnage essentiel dans le procès, c'est le justiciable. C'est à lui qu'il convient donc d'accorder toute l'attention voulue, en vue d'établir si les garanties contentieuses représentent pour lui un moyen de protection efficace et réellement utilisé et sinon pourquoi ¹⁸.

7. Le **procès** vient du latin *processus*, de « *procedere* » qui signifie « aller en avant, s'avancer ». L'étude du procès civil est une innovation d'autant plus que peu d'études lui ont été consacrées. Selon H. VIZIOZ, une fâcheuse réputation continue à peser sur la procédure¹⁹.

8. De plus, le **procès civil** n'a jamais été clairement défini et les auteurs, même processualistes, l'ont pris, tantôt dans le sens de procédure, conception purement formaliste, et tantôt dans le sens de litige, conception matérialiste du procès²⁰. Cette dernière conception est contenue dans le Robert qui définit le procès comme le litige soumis par les parties à une juridiction. Ce malaise relatif à la définition du procès tient peut-être, selon M. Hervé CROZE, à ce que la notion serait plus sociologique que juridique²¹. Pour M. CADIET, le procès désigne non seulement le litige porté devant un juge, mais également la façon dont ce litige sera traité par la juridiction saisie c'est-à-dire la procédure. En ce dernier sens, le procès constitue bien une solution du litige, une manière de résoudre le litige, de faire disparaître le différend juridique.

Cette acceptation la plus courante du procès correspond à la définition que donnait Pothier de la procédure à la fin de l'Ancien Régime : « la procédure est la forme dans laquelle on doit intenter les demandes en justice, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements et les exécuter ». Elle constitue l'ensemble des règles-des formalités, qui doivent être observées, des actes qui doivent être accomplis pour parvenir à une solution juridictionnelle²². Cette définition emporte notre adhésion. En effet, lorsque le conflit

¹⁸ M. GJIDARA, *La fonction administrative contentieuse*, Paris, L.G.D.J, 1972.

¹⁹ H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, Brière, Bordeaux, 1956.

²⁰ Selon M. THIAM (*L'histoire de la procédure civile au Sénégal*, RSD N°5, pp.133 et s), la procédure civile, ou *jus actionum*, s'occupe traditionnellement de l'organisation des tribunaux, de la détermination du statut des magistrats et des auxiliaires de justice, de la répartition des litiges entre les diverses juridictions et du déroulement du procès (l'instance, le jugement et les voies de recours). Egalement, pour ne pas être « l'apanage des plaideurs mesquins-l'expression est de MM. Serge GUINCHARD et VINCENT-, la procédure civile a pour objet de poser les règles relatives aux voies d'exécution, à savoir les saisies, d'où l'appellation de « procédures civiles d'exécution ». Toujours selon l'auteur, au sens étroit, la procédure civile est définie comme étant l'ensemble des règles que le titulaire d'un droit doit suivre pour le faire valoir en justice. Pour l'auteur, il ya une conception large et étroite de la procédure civile.

²¹ H. CROZE, *Le procès civil*, Dalloz 1997, Collection « Connaissance du Droit » p.5.

²² L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, Litec 2000.

n'intéresse que les particuliers et porte sur des matières de droit privé, on parle de procès civil. C'est la bataille des parties autour d'un droit subjectif²³.

D'une façon générale, tout acquéreur d'un produit ou d'un matériel, tout utilisateur d'un service peut en critiquer la qualité. Il le fera à juste titre ou peut-être, au contraire, par pure opportunité parce que, par exemple, les engagements financiers afférents s'avèrent trop lourds pour sa trésorerie.

Ajoutons (...), le droit de passage que l'on revendique sur le bien d'autrui ou que revendique le voisin ; la limite de propriété contestée ; l'intervention chirurgicale pratiquée selon une méthode mal choisie ; le véhicule neuf ou d'occasion, qui refuse le service légitimement attendu de lui ; le dommage physique mais, aussi, économique causé par un accident que l'on impute soit à la faute d'un tiers soit à la défaillance d'une pièce de son propre véhicule(avion, auto, moto, etc. et même bicyclette) ; la discussion à propos de l'application d'un contrat d'assurance garantissant son souscripteur contre son invalidité, temporaire ou permanente, l'implosion d'un téléviseur et des dommages qui en résultent pour le logement et le lecteur aura une petite idée de la multitude de problème d'ordre technique susceptibles d'engendrer un litige, en responsabilité ou pour toute autre cause, devant le tribunal de grande instance ou telle autre juridiction, le procès nécessitant la plupart du temps le recours par le juge à une mesure d'instruction confiée à un technicien, une expertise le plus souvent²⁴.

Contrairement au procès civil, le procès pénal se caractérise par la prédominance de l'intérêt général. Le procès pénal est le type même du contentieux objectif. Il trouve sa raison d'être dans la violation d'une règle de droit ; quelqu'un est habilité à déclencher le processus qui doit aboutir à l'application d'une sanction de nature à rétablir l'équilibre rompu par la violation de la règle²⁵. La procédure civile se distingue de la procédure pénale et de la procédure administrative en ce sens que dans ces deux derniers contentieux l'un des plaideurs est nécessairement un justiciable public²⁶.

²³ N. DIOUF, *La situation des parties au procès pénal pendant l'instruction préparatoire*, Thèse Paris 1, 1992 VOL 1 p.20.

²⁴ J. BEYNEL, « Une éventualité à laquelle il convient de se préparer : l'expertise judiciaire », *Entreprise Charente*, 4^e trim. 1986.

²⁵ N. DIOUF, *op.cit.*, p.20.

²⁶ E. ABITBOL, *op.cit.* Cette opinion mérite cependant d'être relativisée d'autant que dans certains procès tels que l'adultère (Article 329 du Code pénal sénégalais), l'abandon de famille (Article 350 alinéa 3 du Code pénal Sénégalais), l'initiative du déclenchement du procès appartient aux victimes.

L'expression « **procès civil** » ne doit pas porter à confusion car ce procès s'étend à la matière civile, commerciale, sociale comme le précise l'article 749 du CPCF²⁷ : « Les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction ». Est donc considéré comme procès civil tout procès soumis aux règles du Code de procédure civile, ressortissant non seulement à la compétence des juridictions civiles *stricto sensu*, mais aussi des tribunaux spécialisés comme le tribunal du travail²⁸.

De même, il faut rappeler que l'expression « dans le procès » renvoie à l'idée suivante : garanties avant, pendant et après le procès car les droits processuels fondamentaux jalonnent les différentes phases de la procédure, depuis la saisine du juge jusqu'à l'exécution forcée de sa décision, chacune de ces phases devant être immunisée contre tout dysfonctionnement, sous peine de voir compromise l'intégrité de l'ensemble.²⁹ La procédure peut-être contentieuse c'est-à-dire lorsqu'il existe une contestation dont le juge est saisi, ou gracieuse lorsqu'il y a absence de litige.

Le contentieux disait M. Jean Louis BERGEL n'est que le pathologique et non le droit normal³⁰. Ce point de vue n'est pas partagé par Maître Jean Marc VARRAUT « que ce soit l'occasion de noter que le procès n'est pas une anomalie, encore moins une maladie du corps social. Il est un moyen difficile, mais pacifique, civilisé, de réduire une tension ou de résoudre un conflit. Osons le dire aussi : de dégager la vérité vraisemblable, de faire prévaloir la justice, c'est-à-dire selon la vieille formule d'Ulpien reprise dans le grand coutumier de France : « de rendre à chacun sa droiture »³¹.

²⁷ Depuis la loi du 20 décembre 2007 relative à la simplification du Droit, on ne parle plus en France de Nouveau Code de procédure civile mais plutôt de Code de procédure civile ; il y a donc un retour à l'ancienne dénomination. Mais dans le souci de ne pas faire de confusion avec le Code procédure civile du Sénégal (CPCS), nous allons parler de Code de procédure civile français (CPCF).

²⁸ Il convient de citer à cet effet l'article 1 du CPCS qui dispose : « sauf en matière pénale et sous réserve des dispositions particulières, la procédure à suivre est régie par le présent code ». Ce texte (décret n°64-572 du 30 juillet 1964) a été plusieurs fois modifié et la récente modification résulte du décret n°2001-1151 du 31 décembre 2001. Ce texte constitue la pièce maîtresse du droit de la procédure au Sénégal dans la mesure où elle a vocation à s'appliquer à la matière civile, commerciale et sociale et à compléter les autres règles de procédure V. A. KANTE, *Réflexions sur l'organisation judiciaire au Sénégal* (1830-1992) PUF des Sciences sociales de Toulouse RSD n°5- novembre 2006 p. 214.

²⁹ A. Diab NASRI, *Le droit fondamental à la justice. La procédure civile libanaise à l'épreuve des droits fondamentaux*, L.G.D.J, 2005.

³⁰ J. L. BERGEL, *Théorie générale du Droit*, 2^e édition, Dalloz, 1989, p.306.

³¹ J.M.VARRAUT, *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991, pp.14-15.

Le procès aménage en effet le temps et l'espace dans lequel chacun des intéressés, chacune des personnes susceptibles d'être affectés par un jugement pouvant lui faire grief, peut s'exprimer et faire entendre ses arguments. Cela exige en amont que le tribunal soit disposé à l'entendre et désireux de le faire, dans la mesure où il ne sait pas encore lui-même ce qu'il en est. Le contraire serait la preuve de la partialité du tribunal : c'est la négation même du procès.

Ainsi, le procès donne à la personne menacée d'une condamnation ou d'un débouté la protection qu'appelle sa faiblesse. Cette infériorité peut naître d'une différence de puissance entre les parties, déséquilibre contingent comme celui établi entre le consommateur et le professionnel, ou entre l'administré et l'administration par exemple, ou déséquilibre intrinsèque lorsque la personne poursuivie au pénal doit faire face au ministère public³².

Ce point de vue de Mme FRISON ROCHE met en exergue l'idée selon laquelle le procès est un mécanisme de protection des droits de la personne qui prend appui sur les droits de l'homme. Cela oblige à se pencher sur la question des sources des garanties du justiciable dans le procès civil. En effet, l'examen de la question démontre à l'évidence l'existence de trois catégories de sources. Il s'agit des sources internationales, régionales et nationales. Il conviendra de citer les sources qui s'appliquent en France et au Sénégal.

9. En France, nous avons la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Concernant les sources régionales, il y a, au-delà de jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, le Traité d'Amsterdam qui intègre la protection des droits fondamentaux dans le droit communautaire. Cette situation a fait dire à M. Serge GUINCHARD qu'on ne peut plus opposer l'Europe des « marchands » à l'Europe des droits de l'homme³³. On peut citer également la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000 et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme principalement la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de 1979, la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit principalement de l'article 6 de la C.E.D.H. Nous avons également la charte des droits fondamentaux, adoptée au sommet de Nice le 7 décembre 2000.

³² M.A. FRISON ROCHE, *op. cit.*, p 22.

³³ S.GUINCHARD, *Touche pas à mon code !* Mélanges J. BUFFET, *La procédure en tous ses états*, Petites affiches, 2004, p. 277.

Toujours en France, il faut souligner l'emprise croissante des règlements qui interviennent dans le champ de la procédure civile pour les litiges frontaliers³⁴. Ces règlements sont la parfaite illustration de la coopération judiciaire entre les Etats de l'Union européenne.

Enfin, en France, la procédure civile subit l'influence des sources constitutionnelles ; c'est la source interne. Ainsi, toutes les règles de procédure civile qui mettent en cause les droits de la défense sont réintégrées dans le champ de l'article 34 de la constitution.

A propos de cette dernière, il y a une controverse quant à l'existence ou l'absence de constitutionnalisation de la procédure civile entre M. Bernard BEIGNIER qui y voit un mythe³⁵ et M. Serge GUINCHARD qui soutient le contraire³⁶.

³⁴ S. GUINCHARD, *Touche pas à mon code !* Mélanges J. BUFFET, *op.cit.*, p. 278. L'auteur cite entre autres le règlement 1348/2000 du 29 mai 2000, relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires ou extra-judiciaires en matière civile et commerciale, le règlement 44/2001 du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions des décisions en matière civile et commerciale.

³⁵ B. BEIGNIER, *Les droits fondamentaux dans le procès civil*, 3^e édition, L.G.D.J., 2000, Collection « Comment devenir avocat » sous la direction Serge GUINCHARD et Michel HARICHAUD, p.6.

³⁶ S. GUINCHARD, *Retour sur la constitutionnalisation de la procédure de la procédure civile*, Mélanges P. Drai, Dalloz, 2000, p.355. Parler de constitutionnalisation de la procédure civile revient à étudier les relations entre la procédure civile et le droit constitutionnel. Ici, comme partout ailleurs, la doctrine, notamment française est restée divisée entre les partisans de la constitutionnalisation de la procédure civile et ceux qui y voient un mythe. Parmi ceux qui considèrent que la constitutionnalisation de la procédure civile est un mythe, il y a M. Bernard BEIGNIER. Selon cet auteur, le mythe de la constitutionnalisation de la procédure civile se manifeste par le fait que la procédure civile relève du domaine réglementaire et échappe, à ce titre, au contrôle de constitutionnalité de ses sources naturelles, à savoir le décret (B. BEIGNIER, *Les droits fondamentaux dans le procès civil*, 2^e édition, L.G.D.J., 1997, collection « Comment devenir avocat ? », Sous la direction de S. GUINCHARD et de M. HARICHAUX, p.6. Toujours pour cet auteur, les choses sont simples : les lois sont soumises au contrôle de constitutionnalité (Conseil constitutionnel) et les décrets à celui de la légalité (conseil d'Etat). De plus, la constitutionnalisation n'est pas un constat mais une idéologie que l'on peut ne pas partager sans pour autant être un juriste. Cette opinion n'est pas partagée par une autre doctrine. Ainsi, pas plus qu'aucune autre branche du droit, la procédure n'échappe à l'emprise du droit constitutionnel (L. FAVOREU, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit*, Etudes, M. HAMON, 1982).

M. GUINCHARD s'inscrit dans cette logique en soutenant que la constitutionnalisation d'une branche du droit ne se confond pas avec l'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois : l'absence de contrôle de la constitutionnalité des règles de procédure civile, n'induit pas l'absence de constitutionnalisation de la procédure civile, à preuve immédiate en effet, l'existence de principes constitutionnels intéressant la procédure civile, principes dégagés par le Conseil constitutionnel dans tous les contentieux, pour toutes les procédures, même lorsque leur objet est civil, principes de portée universelle et qu'on trouve exposés dans tous les ouvrages récents de droit constitutionnel sous la rubrique des « droits garantis » : ainsi des principes du respect des droits de la défense et du droit à un recours ; à cet égard, il n'est donc pas exact d'affirmer que « la compulsion des décisions du Conseil constitutionnel démontre que pas une seule fois cet organisme n'a constitutionnalisé une règle de procédure civile ». Et si ces principes, et d'autres existent c'est que le droit constitutionnel exerce une influence sur la procédure civile, donc que celle-ci se constitutionnalise (S. GUINCHARD, *Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile*, Mélanges P. DRAI, p. 358). Toujours, pour M. GUINCHARD, la réception du droit processuel constitutionnel en procédure civile se manifeste d'une part, par réintégration d'une partie de la procédure civile dans le champ d'application de l'article 34 de la Constitution française, d'autre part par l'absence d'attraction de la procédure civile au champ législatif.

Relativement au premier aspect à savoir la constitutionnalisation directe, l'auteur constate que le pouvoir législatif peut légiférer dans le domaine réglementaire de la procédure civile, sans encourir la censure du conseil constitutionnel. C'est le cas avec la loi n° 95-125 du 8 février 1995, dont nombreuses de dispositions

Selon M. GUINCHARD, aucune étude sérieuse de procédure ne peut négliger aujourd'hui cette dimension des droits fondamentaux dans les procédures suivies ; de même aucun manuel de procédure, ne devrait l'ignorer, au-delà du coup de chapeau qui lui est parfois donné dans l'exposé des sources de la matière pour ne plus, ensuite, y revenir³⁷.

L'article 6 de la (CEDH) pose les normes auxquelles devra satisfaire l'appareil judiciaire. Le champ d'application de cette disposition est limité aux hypothèses où le tribunal décidera soit

procédurales auraient pu prendre place dans un décret. En outre, l'auteur cite une jurisprudence du conseil constitutionnel, qui décide que l'article 34 qui réserve à la loi « les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » permet de considérer que les règles de procédure contentieuse, même civiles relèvent du pouvoir législatif chaque fois qu'elles mettent en cause les droits de la défense (Décision 72-75 L, 21 décembre 1972, RJC, par L. FAVOREU, Litec, II.50, considérants 1 et 3).

Concernant le second aspect de la constitutionnalisation à savoir la constitutionnalisation indirecte, M. GUINCHARD pense que parler de constitutionnalisation d'une branche du droit ce n'est pas essayer de l'attirer à tout prix dans le champ d'application de l'article 34 de la constitution. C'est constater que cette branche en l'occurrence de la procédure civile, est sous l'emprise des droits fondamentaux, de la protection des droits et libertés, donc du droit constitutionnel ainsi entendu. Pour nous, poursuit l'auteur, le procès civil, tout autant que le procès pénal ou disciplinaire, doit être conduit dans le respect des droits fondamentaux (S.GUINCHARD, *op.cit.*, p.361)

Ce débat sur l'existence ou non de la constitutionnalisation de la procédure civile est d'une importance telle qu'on ne puisse ignorer la position du droit positif sénégalais.

Le Conseil constitutionnel sénégalais, dans une décision de 1993 a soutenu que le préambule de la constitution de 1963 a une valeur juridique. Par conséquent, le législateur sénégalais est tenu de s'y conformer.

Partant de là, puisqu'il existe une proclamation préambulaire du droit au juge, le législateur sénégalais, en édictant des règles de procédure civile, doit mettre en place des mécanismes qui rendent effectif ce droit et non y porter atteinte.

Le pouvoir constituant camerounais a été explicite en prévoyant à l'article 65 de la Constitution que le préambule fait partie de la constitution. C'est le cas de son homologue sénégalais qui a adopté la même position avec la Constitution du 22 janvier 2001. Cependant, la constitutionnalisation de la procédure civile ne s'arrête pas à ce simple constat ; elle va au-delà. En effet, dans la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, il existe des règles qui entrent dans le cadre du droit à un procès équitable. C'est l'exemple de l'article 88 de la Constitution de janvier 2001 qui dispose que le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

De plus, l'article 9 de la constitution précitée précise que la défense est un droit absolu dans tous les états et à tous les degrés de la procédure.

Enfin, l'article 92 de la Constitution dispose que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Une disposition d'une telle teneur existe dans la Constitution française (Article 62 de la Constitution française).

Il est vrai que le Conseil constitutionnel connaît de la constitutionnalité des lois et la chambre administrative de la Cour suprême, de la légalité de celles-ci. Toutefois, cette position mérite d'être relativisée dans la mesure où au Sénégal, l'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée devant les formations de la Cour suprême et ce, depuis la loi organique 2008-35 du 7 août 2008 sur la Cour suprême. En France, on parle de question prioritaire de constitutionnalité depuis la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution (J.O 11 décembre 2009).

Toutes ces raisons concourent à soutenir qu'il y a une véritable constitutionnalisation de la procédure civile. Et comme le soutient une certaine doctrine : « le droit constitutionnel moderne a deux autres objets le système normatif et la protection des droits et libertés fondamentaux » (L.FAVOREU, « *Droit de la Constitution et constitution du droit* », RFD.Const, 1990, p.71). Ainsi donc « l'ensemble des actes administratifs ainsi que ceux des juridictions administratives et judiciaires doivent respecter la constitutionnalité dont le contenu est identique quels que soient les actes contrôlés » (L. FAVOREU, *op.cit.*).

³⁷ S. GUINCHARD, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire*, in clés pour le siècle Dalloz, 2000, pp.1135 et s.

des contestations sur des droits et obligations de caractère civil soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale.

Rentrent dans la catégorie des contestations sur les droits et obligations de caractère civil toutes les procédures « dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé »³⁸. L'article 6 ne vise pas uniquement les contestations de droit privé au sens classique, c'est-à-dire entre des particuliers, ou entre un particulier et l'Etat dans la mesure où ce dernier a agi comme personne privée, soumise au droit privé, et non comme détenteur de la puissance publique. Tout en s'inspirant des juridictions nationales, la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme ont eu la volonté de forger toute une série de concepts autonomes. Elles n'étaient donc pas liées par les critères proposés par les juridictions nationales. Cet état de fait a été qualifié de « tendance extensive de la jurisprudence européenne »³⁹.

10. Au Sénégal, au rang des sources internationales, il y a la DUDH de 1948, le PIDCP de 1966, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Parmi les sources régionales, il y a lieu de dissocier ceux qui proviennent de l'Union africaine à savoir l'article 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, et ceux qui sont issues du droit communautaire telles que le traité ohada⁴⁰, le Règlement de procédure de la CCJA⁴¹, l'Acte uniforme portant procédures simplifiées et voies d'exécution⁴². Au-delà des sources

³⁸ Arrêt Ringeisen du 16 juillet 1971 A.FDI 1974 p.334.

³⁹ J.Cl. SOYER et M.de SALVIA, in *La Convention européenne des droits de l'homme* (dir.) L.E. PETTITI et alii, Economica, 1995, p. 251.

⁴⁰ Ce traité a été signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis, modifié par le Traité du Québec du 17 octobre 2008, entré en vigueur le 21 mars 2010. Son objectif c'est de mettre fin à l'insécurité juridique et judiciaire qui prévalait dans les Etats Partie. A son article 10, il est précisé « Les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Ce faisant, ils sont obligatoires et s'imposent contre toute disposition de droit interne, antérieure ou à venir.

⁴¹ Ce sont les règles prévues dans ce Règlement qui seront observées en cassation par les justiciables des Etats partie pour tout contentieux relatif à l'application des Actes uniformes (le contentieux de l'interprétation des Actes uniformes est de la compétence exclusive de la CCJA) ; la compétence des Hautes juridictions nationales n'étant réservée qu'à tout autre type de contentieux. Seulement cette délimitation des compétences n'est pas si évidente qu'on serait tenté de le croire comme on peut le remarquer à travers la décision de la Cour suprême du Niger du 16 août 2001 dans l'affaire SNAR Leyna c/ HIMA Souleye. En tout cas, pour les opérateurs économiques, la compétence et l'indépendance du juge suprême supranational sont un gage de sécurité sur le plan judiciaire, la garantie d'un traitement convenable des contentieux les concernant (Louis-Daniel Muka Tshibende, *La sécurité juridique et judiciaire issue du droit OHADA*, in Recueils d'études sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol I, Collections Horizons juridiques africains, PUAM, p.49).

⁴² Dans cet Acte uniforme, le législateur ohada a institué des règles dont l'objectif est de permettre au créancier de recouvrer sa créance ; le tout dans la recherche d'un équilibre avec les droits du débiteur qui le plus souvent est de condition modeste et surtout, hautement vulnérable, face à un créancier puissamment outillé V. A ce sujet S.S.K.TAMEGHE, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, L'harmattan, 2004 collection « Logiques juridiques », p.17.

internationales et régionales, il y a des sources internes ou nationales notamment la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

MOTULSKY a démontré qu'il n'existe pas de différence entre le procès et les garanties fondamentales, qu'elles en étaient consubstantielles. En effet, donner la parole, s'assurer de l'échange des pièces, c'est permettre au juge d'être éclairé tant sur les faits que sur le droit. Le procès s'identifie à la logique de la découverte de la vérité des faits et de l'adéquation du droit. Il y a identité entre procès et mécanisme dialectique de découverte de la solution juste par le biais des garanties fondamentales⁴³.

MONTESQUIEU, qui ne s'est guère penché spécifiquement sur le phénomène du procès, observe pourtant dans *L'Esprit des Lois* : « Dans les Etats modérés où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur ou ses biens qu'après un long examen : on ne le prive de la vie que lorsque la patrie elle-même l'attaque ; elle ne l'attaque qu'en lui laissant tous les moyens possibles de se défendre »⁴⁴. La procédure civile, c'est l'expression et le moule de la justice⁴⁵.

⁴³ M.A. FRISON ROCHE, *op. cit.*, p 23.

⁴⁴ MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois* livre VI chap. II.

⁴⁵ Selon M. Bernard DURAND (*La procédure civile aux colonies Entre procédure pour Administrateurs et procédure pour Magistrats* in *Le juge et l'Outremer Les roches bleues de l'empire colonial* Recherche de l'UMR CNRS « Dynamiques du Droit » publiée avec le concours du GIP « Mission de Recherche Droit et Justice 2004, p.163) la procédure étant la sauvegarde des plaideurs, les mettant à l'abri de la déloyauté de leurs adversaires et de l'éventuelle partialité de leurs juges, ne s'agit-il pas, en effet, de dire comment on aura recours à la justice, quelle sera la forme de la demande, comment on avertira le défendeur, de quel délai il disposera pour opposer sa défense, comment seront exposées et discutées les preuves, à quel moment le juge devra intervenir et de quelle manière sa décision sera exécutée, etc. ? Toutes ces choses-poursuit l'auteur- qui renvoient à cette mission de la procédure : « fixer les règles à suivre pour obtenir justice ou pour assurer la conservation de ses droits ».

INTÉRÊTS DU SUJET

11. Mener une étude sur **les garanties du justiciable dans le procès civil** peut paraître sans importance en ce sens que le procès civil, à l'opposé du procès pénal ne passionne pas les citoyens car il est loin de la justice spectacle, de celle dont les médias sont gourmands et dont les citoyens inondés⁴⁶.

De plus, la procédure a mauvaise réputation et l'adjectif procédurier est considéré comme péjoratif. Mais, il est évident qu'une décision en matière de divorce et en matière de filiation peut avoir plus de conséquences sinon les mêmes qu'une condamnation à une peine d'emprisonnement.

Pour le justiciable, il n'y a ni grande ni petite affaire⁴⁷. Peu lui importe que son procès draine peu ou beaucoup de monde et attire la curiosité des médias⁴⁸. H.A.SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF soutenait que l'analyse du problème et des dimensions de la justice éclaire aussi le problème fondamental que représente la notion des droits de l'homme. Coextensive en quelque sorte à la notion de justice elle-même, qui implique l'accomplissement et donc l'épanouissement de l'homme. Toujours selon H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, la procédure est, d'une certaine manière, ce qu'il y a de plus matériel dans le droit. C'est le mur de protection contre l'arbitraire. L'arbitraire étant l'antithèse, la procédure appropriée est la garantie du droit⁴⁹.

La justice, qu'elle soit civile ou pénale intéresse le plus grand nombre de personnes, en ce sens que tout individu où qu'il soit et quelle que soit sa position sociale a soif de justice. Le sentiment de la justice est un des plus anciens de l'humanité et il est resté le même à travers

⁴⁶ La réforme du code de procédure civile, Etats généraux de la profession d'avocat, Autour du rapport COULON Paris, 25-26 avril 1997, DALLOZ, 1997, p.6.

⁴⁷ Selon PORTALIS : « la justice est la première dette de la souveraineté » Discours préliminaire in Locré T I p.262.

⁴⁸ L'un des intérêts du sujet réside dans la présentation par les juristes africains les 19 et 23 avril 1971 à ADDIS ABEBA d'un rapport sur l'individu face à la justice en Afrique. C'est dire donc toute l'importance de la justice quelle que soit sa nature. Celle-ci n'est-elle pas rendue au nom du peuple sénégalais ? (Voir article 9 de la loi de 1984 portant organisation judiciaire au Sénégal).

De plus, la Commission africaine des droits de l'homme a pris deux Résolutions : 4(XI) 92 : Résolution sur la procédure relative au droit du recours et à un procès équitable et 41 (XXVI) 99 : Résolution sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique. Suite à la Déclaration de Dakar sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire, la Commission a adopté les Directives et Principes sur le droit à un procès équitable lesquels proclament l'inaliénabilité du droit à un procès équitable, l'égalité des armes, l'égalité de l'accès aux tribunaux, le droit de se défendre ou de consulter un avocat de son choix.

⁴⁹ M.A VON WAHLENDORF SCHWARZ- LIEBERMANN, *Eléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Paris, Bibliothèque de philosophie du Droit, 1976.

les siècles⁵⁰. IL importe peu que le sentiment de justice soit inné ou acquis ; il existe. L'étude des garanties du justiciable dans le procès civil présente donc un intérêt à la fois théorique et pratique.

12. Sur le plan théorique, la doctrine est restée divisée entre ceux qui prônent une vision libérale du procès et ceux qui estiment que le juge doit y jouer un rôle important. Ainsi, selon M.Jacques NORMAND : « l'application de la loi n'est pas une fin en soi, mais un moyen de résoudre le conflit et l'on admet, à la rigueur, qu'elle puisse passer au second plan⁵¹ ».

En revanche, MOTULSKY écrivait : « s'il convient de repousser l'idée du combat singulier avec un arbitre comptant les points c'est parce que nous ne nous lasserons de rappeler la justice en tant que valeur , n'est jamais absente du prétoire et que c'est la vocation du juge d'en assurer la victoire dans le respect des principes directeurs de l'instance et avec le résultat souhaité une solution aussi juste que possible du conflit ne peut être obtenue que grâce à une coopération active de tous les rouages du mécanisme judiciaire ».⁵²

Il semble que par rapport à cette controverse, il faut avoir une position médiane à savoir aussi bien les parties que le juge, chaque acteur doit jouer un rôle dans le procès. En effet, s'il est fâcheux de limiter à l'excès les pouvoirs du juge, ce qui risque de le contraindre à rendre une mauvaise justice, on conçoit qu'il y ait un autre excès à abandonner au juge tout le terrain⁵³.

13. Sur le plan pratique, il convient d'examiner les positions du droit sénégalais notamment le décret 2001 /1151 du 31 décembre 2001 JORS du 22 juin 2002 par rapport à la controverse doctrinale ; mais plus précisément se demander si ces récentes modifications apportées au code de procédure et les nouvelles procédures de mises en état ont donné les résultats escomptés. En effet, prendre partie sur la question de la neutralité ou du rôle actif ne ressort évidemment pas à la simple technique procédurale. Il s'agit d'un choix politique, et même philosophique, sur le contenu de la notion de justice⁵⁴ . Le procès est situé au carrefour du droit public et du droit privé .Pour les parties, le procès est un instrument de satisfaction des droits privés. Mais pour l'Etat, c'est une forme de réalisation du droit⁵⁵.

⁵⁰ LECOMTE de NURY, *L'avenir de l'esprit*, 1944, p.222.

⁵¹ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, *Traité de Droit civil-Introduction générale*, L.G.D.J, 1977, p.407.

⁵² H. MOTULSKY *Ecrits, Etudes et notes de procédure civile*, 2^e édition, Dalloz, 2008, p.276.

⁵³ J. GHESTIN G. GOUBEUX, *op.cit.*, p.407.

⁵⁴ R. MARTIN, *Réflexion sur l'instruction du procès civil*, R.T.D Civ. 1971, p.280

⁵⁵ COUTURE, "Le procès comme institution ", *Revue .crit.Dr.Comp.* 1950, p.250.

14. Le reproche communément fait à la justice, c'est d'être lente, complexe et coûteuse. Ces reproches ont été recueillis suite au diagnostic établi pour les besoins du nouveau Programme national de Bonne Gouvernance lancé en 2000⁵⁶. Il fallait donc aller vers une réforme qui donnerait à la justice une organisation plus simple, plus souple et sécurisée dans son fonctionnement, afin de renforcer sa transparence et son efficacité⁵⁷. La réforme du code de procédure civile au Sénégal s'est inscrite dans cette perspective.

Selon le rapport de présentation du décret modifiant le Code de procédure civile sénégalais : « l'évolution actuelle du droit judiciaire et les exigences du règlement des différends appellent des réformes constantes de la procédure civile. (...) Des innovations et des améliorations techniques importantes doivent être apportées à la procédure civile, pour lui permettre de remplir davantage son objet qui est de donner aux justiciables des règles claires et efficaces pour la mise en œuvre de la reconnaissance ou de la constitution de leurs droits, à travers le système juridictionnel de notre pays ».

En outre, cette réforme s'est aussi inscrite dans le sens d'accorder un rôle beaucoup plus important au juge par l'institution de l'audience de la mise en état ; comme on peut le lire à travers le rapport de présentation du décret modifiant le code de procédure civile précité : « Pour mettre un terme aux lenteurs inhérentes à la mise en état des affaires et à l'encombrement anormal des rôles des tribunaux, au détriment de l'intérêt de la plupart des justiciables, il est devenu impérieux d'instituer le juge de la mise en état auprès de ces juridictions de base à l'instar de ce qui existe à la Cour d'appel de Dakar (...) La mission fondamentale du juge de la mise en état est de contrôler l'instruction de l'affaire, c'est-à-dire, non point de diriger lui-même cette instruction comme pourrait le faire un juge instructeur en matière pénale, mais d'exercer sur elle une sorte de tutelle en collaboration avec les avocats de la cause ».

15. Au regard des enjeux que représente le secteur de la justice, l'Etat du Sénégal a décidé d'élaborer un Programme Sectoriel Justice (PSJ) qui est une importante stratégie de modernisation du service public de la justice, prenant en compte l'ensemble des

⁵⁶ Revue Africajuris n°80 du 12 mai au 18 septembre 2003 p 4 à 8. Tout récemment, le R.A.DI (Réseau africain pour le développement intégré) a mené une enquête dans quatre régions que sont Kaolack, Thiès, ST-Louis et Dakar. De cette enquête, il ressort que plus de 90% des Sénégalais disent que la justice est corrompue, lente, chère, inaccessible. Information à consulter sur www.sudonline.sn

⁵⁷ M. SAMB, *La gouvernance judiciaire au Sénégal : Etat des lieux*, R.S.D N°5-nov 2006, p. 335.

préoccupations du secteur. Ce programme s'inscrit sur un horizon de dix ans (plan décennal 2004-2013) décliné en plans d'actions triennaux (2004-2006) (2007-2009) (2010-2012)⁵⁸.

Ce programme comporte sur huit (8) volets majeurs : juridique et organisationnel du système judiciaire, ressources humaines et formation, gestion et automatisation des centres judiciaires et des institutions relevant du Ministère de la Justice , documentation et gestion des archives, infrastructures, équipements, communication, budgétisation. Deux sortes d'objectifs sont recherchés par le PSJ : des objectifs généraux à savoir permettre à la Justice de remplir sa fonction centrale dans la consolidation de l'Etat de droit, faire prévaloir le droit, rendre effectifs les principes démocratiques d'équité et d'égalité des citoyens devant la loi , et des objectifs spécifiques qui consistent à consolider l'Etat de droit, renforcer la crédibilité de la Justice, renforcer la démocratie, rendre accessible la justice, garantir la sécurité juridique et judiciaire, assainir l'environnement des affaires, attirer les investissements.

En France, la loi des 16 et 24 août 1790 et plus précisément l'article 20 du titre 2, disait que « le code de procédure civile sera nécessairement réformé de manière qu'elle soit rendue plus simple, plus expéditive, et moins coûteuse ». La lettre de mission adressée par le Garde des Sceaux à M. COULON partait du constat que « la justice civile souffre de l'encombrement des juridictions, de la lenteur des procédures et du sentiment communément répandus qu'elle est une institution éloignée et coûteuse qui ne répond pas au besoin des justiciables⁵⁹ ». Toutes ces précisions visent à conforter le point de vue de Raymond MARTIN.

16. L'examen des garanties du justiciable en droit sénégalais de la procédure civile met en exergue la nature et l'étendue des pouvoirs du juge et des parties dans le procès civil .La répartition des rôles entre les parties et le juge constitue sans doute la question essentielle du procès civil⁶⁰. Cela revient également à examiner le statut du juge d'une part et celui des auxiliaires de justices d'autre part. C'est donc toute l'organisation judiciaire qui est concernée.

17. Le système juridique sénégalais en matière de protection des droits du justiciable est marqué par deux périodes qu'il est intéressant de rappeler : la période coloniale et la période postcoloniale.

⁵⁸ Le Programme Sectoriel Justice a été adopté en 2004.

⁵⁹ L. CADIET, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p. 247.

⁶⁰ H. CROZE, *Le procès civil*, Dalloz, 1997, Collection « Connaissance du droit » p. 22.

Durant la période coloniale, une distinction était opérée entre la justice française et la justice indigène⁶¹. La justice française était réservée aux citoyens français, européens et assimilés⁶². La justice indigène elle, dépendait du Ministère des colonies et était soumise à l'autorité du Gouverneur de la colonie⁶³. Il faut dire que cette confusion des tâches d'administration et de justice participait d'une stratégie d'instrumentalisation du droit et de la justice au service de l'entreprise de domination coloniale⁶⁴. Il était permis de constater que le principe de la séparation des pouvoirs n'était pas respecté, de même que les garanties issues de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Ainsi, selon M. Etienne LEROY : « la politique judiciaire coloniale française est en contradiction avec les principes constitutionnels et la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » puisque « l'organisation judiciaire ne reposait pas sur la loi mais plutôt sur les décrets pris par le Président de la République sur le rapport du Ministre chargé des colonies⁶⁵ »

Durant la période postcoloniale, les nouvelles autorités ont voulu innover, voire rétablir les droits bafoués pendant la période coloniale⁶⁶. Ainsi, l'une des mesures prise est l'unification de la justice. Aux termes de l'article 21 de l'ordonnance n°60-56 du 14 novembre fixant l'organisation judiciaire et les principes fondamentaux applicables aux litiges de droit privé, les juridictions judiciaires « connaissent, quelque soit le statut du justiciable, de toutes les affaires civiles, commerciales ou pénales⁶⁷ ». Au moins sur le plan des textes, l'égalité des citoyens devant la loi et la justice est restaurée. Toutefois cette disposition, si louable soit-elle, doit s'apprécier à la lumière de la pratique. De même, il convient d'examiner la portée de la volonté émancipatrice du législateur sénégalais. Pour cela, seule une approche comparatiste

⁶¹ E. LEROY, *Les Africains et l'institution de la justice, entre mimétismes et métissages*, Paris, Dalloz, 2004, p.155.

⁶² E. LEROY, *op.cit.*

⁶³ M. BADJI, *Administration de la justice au Sénégal au 19 e siècle*, Revue sénégalaise de droit, 1997-1998 n°5, 6, 7,8, pp.265 et s.

⁶⁴ B. DURAND (dir), *La justice et le droit, instruments d'une stratégie coloniale*, UMR Dynamiques du droit, Montpellier, 2001.

⁶⁵ E. LEROY, *op cit.*, p.153.

⁶⁶ Dans le rapport de présentation du décret n°64-572 du 30 juillet 1964, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1964, M.Y.NDIAYE affirme, en qualifiant l'arrêté du gouverneur du Sénégal du 22 juin 1823 de « véritable maquis », que les praticiens avaient ressenti, depuis fort longtemps, les inconvénients et les lacunes de la législation antérieure (Actes du Colloque sur « La législation sénégalaise à la lumière de la pratique », in Revue sénégalaise de droit (RSD), n°spécial, 12, 1973).

⁶⁷ JORS 12 septembre 1960 pp.926 et s.

nous permettra d'y arriver. En effet, le droit comparé est utile pour mieux connaître notre droit national et pour l'améliorer⁶⁸.

Les garanties du justiciable dans le procès civil s'apprécient avant le procès, pendant le procès et après le jugement c'est-à-dire à la phase d'exécution du jugement.

PROBLÉMATIQUE

La question principale qui mérite d'être posée est :

18. Quelles sont les différentes garanties dont bénéficie le justiciable dans le procès civil sénégalais?

Cette question fondamentale en appelle d'autres, incidentes certes, mais non moins importantes :

- Comment les droits du justiciable sont-ils protégés ?
- Les mécanismes juridiques institués sont-ils effectifs ?
- Quelle est la place de la justice dans la Constitution ?
- Comment le coût de la justice doit-il être supporté entre l'Etat et le justiciable ?
- La justice est-elle un luxe au Sénégal ?
- Est-elle mieux rendue lorsqu'elle est le fait de professionnels ou faudrait-il y associer des particuliers ?
- Faut-il juger seul ou à plusieurs ?

⁶⁸ R. DAVID, C. JAUFFRET-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e édition, Dalloz, 2002 p.4.

➤ Le droit sénégalais en matière de garanties du justiciable présente-t-il une originalité par rapport au droit français ?

19. Autant de questions qui suscitent l'intérêt de la doctrine, des praticiens et des justiciables sénégalais. Comme réponse à la question principale, il convient de souligner que des garanties sont offertes aux justiciables pour leur assurer le libre accès au prétoire. Il s'agit de la garantie d'accès au juge. En effet, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Equité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès⁶⁹.

Ainsi, un certain nombre d'obligations sont mises à la charge de l'Etat à savoir l'institution de mécanismes qui permettent à tout justiciable d'avoir accès à la justice et par conséquent à lever tout obstacle susceptible de remettre en cause ce droit.

Les garanties du justiciable s'apprécient également lors du déroulement de la procédure. C'est pourquoi, examinant ce sujet, il sera abordé dans une première partie **les garanties tenant à l'accès au juge (I)**, et dans une seconde **les garanties tenant au déroulement de la procédure (II)**.

⁶⁹ GOLDER c/Royaume Uni, 21 Février 1971, Série A, n°18, AFDI, 1975, 330, note R. PELLOUX.

A decorative border resembling a scroll, with a vertical strip on the left and a horizontal strip at the top, both featuring rounded ends and a slight shadow effect.

PREMIÈRE PARTIE.
LES GARANTIES TENANT A
L'ACCÈS AU JUGE

20. L'expression « justice » est multidimensionnelle. Elle peut signifier sentiment de satisfaction par rapport à une situation. Au-delà de cette première dimension de la notion de justice, nous avons la justice comme organisation c'est-à-dire l'ensemble des moyens matériels, humains mis en place en vue de rendre à chacun son dû. Cette forme de justice est devenue un interlocuteur important du citoyen⁷⁰. Cette justice est personnifiée par ses magistrats. Dès lors, l'accès au juge ne doit pas être illusoire mais effectif. De plus, le juge saisi, doit être de qualité. Dans l'Etat sénégalais et français, cette obligation est-elle remplie ?

21. Les garanties tenant à l'accès au juge renvoie à l'idée selon laquelle le justiciable doit pouvoir saisir un juge d'abord (Titre 1). Ensuite, le juge saisi doit être paré d'un certain nombre de qualités (Titre 2).

⁷⁰ A. SERIAUX, M. SERMET, VIRIOT-Barriol, *Droits et libertés fondamentaux*, Ellipses, 1998, p.75.

TITRE PREMIER. L'ACCÈS AU JUGE

22. Sous tous les cieux et à toutes les époques de l'histoire, la notion de justice a occupé et occupe une place prépondérante dans les rapports moraux et juridiques tissés entre les hommes. La soif de justice demeure pour tout être humain un idéal, une aspiration profonde⁷¹. L'amour de la justice n'est pour la plupart des hommes que la crainte de souffrir l'injustice⁷².

En France, la prise en compte des libertés a commencé véritablement avec la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le phénomène s'est intensifié après la deuxième Guerre mondiale avec la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948⁷³, le Pacte international des droits civils et politiques. Bien entendu, l'Afrique n'a pas été en reste avec la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples, la reconnaissance des instruments juridiques protégeant les droits de l'homme dans le préambule des Constitutions à l'instar de celle sénégalaise du 22 janvier 2001.

Malheureusement dans certaines périodes de troubles « la justice est oubliée, défigurée, voire même délibérément violée⁷⁴ ». Ce propos met en exergue la question de l'effectivité des droits consacrés qui s'apprécie même en période de calme.

Il faut examiner successivement la consécration (Chapitre 1) et l'effectivité (Chapitre 2) de l'accès au juge.

⁷¹ J.P. SCARANO, *Institutions juridictionnelles*, 8^e édition, Ellipses, 2005, p.10.

⁷² La ROCHEFOUCAULD, *Réflexions ou sentences et maximes morales* citée par J.P. SCARANO, *ibid.*

⁷³ V. PH. SEGUR, *La dimension historique des libertés et droits fondamentaux* in Libertés et droits fondamentaux 10^e édition, 2004 pp.7 et s dir R. CABRILLAC, M.A.FRISON-ROCHE, T. REVET.

⁷⁴ J.VINCENT, S. GUINCHARD G. MONTAGNIER, *Institutions judiciaires*, 6^e édition, Dalloz 2001, p.27.

CHAPITRE I. LA CONSÉCRATION DE L'ACCÈS AU JUGE

23. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que la justice constitue un service public⁷⁵. Ainsi, tout justiciable doit avoir droit au juge lorsque ses droits sont violés ou contestés. Ici donc, par droit au juge il faut entendre celui d'accéder au juge. Il faut préciser que nous n'optons pas pour une conception extensive du droit au juge en ce sens que l'évolution du droit au juge dans le contentieux civil montre que l'Etat doit répondre à trois attentes du justiciable : l'accès au juge, l'obtention d'un jugement sur la prétention et l'exécution de la décision⁷⁶.

24. Toutefois, le juge doit être entendu non seulement comme l'institution intégrée aux structures internes mais comme toute autorité chargée de trancher, sur la base d'une procédure organisée des questions relevant de sa compétence⁷⁷. Ce droit est prévu par les divers instruments juridiques portant sur les droits de l'homme (Section 1). Cette consécration du droit au juge par ces instruments entraîne un certain nombre de conséquences (Section 2).

SECTION 1. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES RECONNAISSANT L'ACCÈS AU JUGE

25. Le droit au juge a toujours attiré l'attention de la doctrine. Ainsi, M.Thierry RENOUX a soutenu l'existence d'un fondement textuel du principe « nul ne peut être distrait de son juge naturel ».⁷⁸ Quant à M. Roland VANDERMAELEN, il a mis en évidence sa permanence et son actualité⁷⁹. En outre, ce droit a suscité de l'intérêt même au niveau communautaire⁸⁰.

La protection du droit d'accès à la justice s'exerce au plan universel (§1), régional et interne (§2).

⁷⁵ Voir ouvrage collectif : *Le service public de la justice*, op.cit., p.31.

⁷⁶ N. FRICERO-BERNARDINI, *Le droit au juge devant les juridictions civiles*, in *Le droit au juge dans l'Union européenne* sous la direction de Joël Rideau, L.G.D.J, 1998, p.12.

⁷⁷ E. BARADUC, *L'inventaire des droits fondamentaux en procédure interne française* www.cedroma.usj.edu.lb

⁷⁸ TH. RENOUX, *Le droit au juge naturel, droit fondamental* R.T.D.civ 92 (1) janvier-mars 1993 pp.33et s.

⁷⁹ R. VANDERMAELEN, *Permanence et actualité du droit au juge*, AJDA 30 juin 2005, pp.1102 et s.

⁸⁰ *Le droit au juge dans l'Union européenne*, L.G.D.J, 1998, Actes du colloque du CEDORE, Nice 25 et 26 avril 1997.

§1. LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DE L'ACCÈS AU JUGE

26. Le droit d'accès à la justice, c'est le droit de saisir le tribunal en matière civile qui, il faut le rappeler, constitue une liberté ou une faculté, contrairement à l'opinion d'IHERING qui n'y voit qu'une obligation ou un devoir dans la mesure où si ce droit n'est pas reconnu et exercé, la règle de droit devient « un rouage inerte qui ne fait plus aucun travail dans le mécanisme du droit⁸¹. ». L'accès au juge est consacré aussi bien par la DUDH (A) que par le PIDCP (B).

A. LA RECONNAISSANCE PAR LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

27. Lorsqu'une personne est en conflit avec une autre, elle n'a d'autre choix que de recourir à la justice, en vertu du principe selon lequel « nul ne peut se faire justice soi-même ».

Tout justiciable qui ne respecte pas cet adage est un « mauvais » justiciable ; c'est-à-dire celui qui ne joue pas le jeu et a décidé d'enfreindre le pacte pour se procurer directement, sans médiation légale, la satisfaction de ses appétits⁸².

Selon M. LARIVIERE, le bon justiciable est celui qui a recours à l'instrument juridique pour régler ses rapports avec autrui. Pour lui, la justice est bien au cœur de la civilisation. Il accepte la discipline collective, renonce à donner libre cours à ses appétits⁸³.

28. Interdire à une personne de se faire justice doit avoir pour contrepartie de lui permettre d'avoir accès à la justice. Ainsi, à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 à Paris, il est précisé : « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes, contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi ». Cette disposition consacre le droit d'accès à la justice. Le recours doit être effectif c'est-à-dire dénué d'obstacles de toute sorte. Pour éviter de se voir opposer une exception d'incompétence, le demandeur doit saisir la juridiction compétente. La compétence, c'est le

⁸¹ V. IHERING, *La lutte pour le droit*, Trad. Meulanaere, Paris, 1890 pp.54-55.

⁸² D. SOULEZ LARIVIERE, *Justice pour la justice*, SEUIL, 1990, p.43.

⁸³ D. SOULEZ LARIVIERE, *op.cit.* Pour P. BLONDEL (Mélanges J.BUFFET) : « le bon justiciable ou le justiciable digne de ce nom est celui qui ne fait pas de tout et de rien une question de principe et qui ne saisit pas le juge pour assouvir passions ou rancœurs ».

pouvoir octroyé par la loi à une juridiction d'instruire et/ou de juger tels ou tels types d'affaires. La loi a prévu deux types de compétences : une compétence territoriale ou *rationae loci* et une compétence d'attribution ou *rationae materiae*. La compétence peut résulter également de la valeur pécuniaire en jeu. On parle de taux de compétence.

29. Le Sénégal a, dans sa constitution du 7 janvier 2001 notamment dans le préambule, rappelé son attachement aux droits fondamentaux tels qu'ils sont définis dans la Déclaration universelle des Droits de l'Homme. Celle-ci est une synthèse de différentes techniques nationales de formulation des droits de l'Homme et un compromis entre les deux grandes idéologies qui dominaient le monde au sortir de la Guerre Mondiale : le libéralisme et le marxisme-léninisme. Les deux traits apparaissent dans le contenu et la portée de la déclaration universelle.⁸⁴ Il faut juste préciser que la D.U.D.H a, depuis la Constitution du 22 janvier 2001, une véritable portée juridique c'est-à-dire qu'elle crée des obligations juridiques pour l'Etat adhérent puisqu'on y fait référence dans le préambule de la Constitution, partie intégrante de celle-ci. A travers elle, un consensus sur un ensemble de valeurs définissant une éthique commune a pu être établie à l'échelle mondiale en dépit des différences culturelles.⁸⁵

De plus, lorsque la décision N°11/93 du Conseil constitutionnel sénégalais précise qu'en plus du préambule, la Déclaration universelle des Droits de l'homme et les autres instruments juridiques auxquels le Sénégal a adhéré font partie intégrante du bloc de constitutionnalité, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le législateur sénégalais est lié par cette décision et doit édicter des normes conformes à ces divers instruments juridiques.

Au-delà de la DUDH, l'accès au juge est consacré par le PIDCP.

⁸⁴ Manuel pratique des droits de l'homme au Sénégal (dir) EL H. MBODJ I.D.H.P 1996 p.19.

⁸⁵ Manuel de droit de l'homme au Sénégal, *op.cit.*, p.21.

B. LA RECONNAISSANCE PAR LE PACTE INTERNATIONAL DES DROITS CIVILS ET POLITIQUES

30. La D.U.D.H ne disposant d'aucune force juridique obligatoire pour les Etats ne l'ayant pas intégré dans le bloc de leur constitutionnalité, son contenu fut repris sous une forme conventionnelle dans des pactes conclus sous les auspices des Nations Unies. Le Sénégal a ratifié les pactes internationaux des Nations Unies notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques correspondant à la première partie de la déclaration universelle.

Ces pactes ont une force juridique et lient les Etats signataires. La Constitution leur confère une autorité supérieure à celle des lois une fois qu'ils ont été régulièrement insérés dans le dispositif juridique national⁸⁶.

31. L'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966 dispose « (...) toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ». Toute personne à qui on refuserait l'accès à la justice, peut, s'il elle souhaite, se baser sur les instruments internationaux ratifiés par le Sénégal. On a pu relever le caractère hétéroclite des droits civils et politiques. En effet, ces droits sont scindés en droits individuels et droits de l'action collective. Le droit au juge fait partie intégrante des droits individuels. L'article 14 soutient que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ainsi que le relève M. VASAK « Toute déclaration et convention des droits de l'homme a un caractère individualiste. Son but étant de fournir à l'individu non seulement des normes de conduite pour une vie à base de liberté, mais surtout des armes juridiques lui permettant de conquérir et de préserver une sphère exclusivement réservée à ses initiatives »⁸⁷. Tout texte qui proclame les droits fondamentaux a donc comme axiome de base l'individu ; le pouvoir constituant Sénégalais, en ratifiant les Pactes internationaux des Nations Unies ne déroge pas à cette règle.

⁸⁶ Il faut néanmoins préciser que la supériorité des Pactes des Nations unies sur la loi suppose que les dispositions soient claires, précises et puissent constituer des créances au profit des sujets de droit. Si pour les PIDCP ces conditions sont réunies, elles le sont moins pour le PDECOSOC.

⁸⁷ VASAK cité par P. DIME LI NLEP ZBIGNIEW, *La garantie des droits fondamentaux au Cameroun*, www.memoireonline.free

32. Toutefois, certains droits reconnus à l'individu dans la société nécessite un exercice collectif : « l'individu est titulaire de ces droits, qui ne peuvent qu'être exercés en groupe ».⁸⁸ Le droit d'accès à la justice est également consacré au plan régional et interne.

§2. LA RECONNAISSANCE REGIONALE ET INTERNE DE L'ACCES AU JUGE

33. Le droit au juge est également protégé par les conventions régionales (A), les textes et la jurisprudence (B).

A. LA RECONNAISSANCE PAR LA C.E.D.H⁸⁹ ET LA CHARTE AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES

34. Le Sénégal a également affirmé dans le préambule de la constitution son adhésion à la charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples⁹⁰ de 1979 qui, en son article 7 dispose « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : a) Le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus et garantis par les conventions, les lois, règlements et coutumes ». A y voir de près, l'article 7 de la charte africaine a le même contenu que celui de l'article 8 de la Déclaration universelle, à la seule différence que la charte africaine met en exergue son attachement à la coutume. Mais si l'article 8 de la Déclaration universelle ne fait pas référence à la coutume ce n'est pas parce qu'elle lui accorde une place réduite parmi les sources du droit. Elle y fait référence de manière implicite⁹¹.

⁸⁸ F. SUDRE cité par ZBIGNIEW, *op.cit.*

⁸⁹ Il faut préciser que c'est pour des raisons objectives que nous avons exclu la Convention américaine des Droits de l'homme qui consacre également l'accès au juge.

⁹⁰ Certains auteurs auraient préféré parler de Convention africaine des Droits de l'homme ; c'est le cas de K. VASAK, *Les Droits de l'homme et l'Afrique (Pour une Convention africaine des Droits de l'homme)*, Revue juridique et politique Indépendance et Coopération, L.G.D.J, Paris 1967 Tome XXI.

C'est également le cas des juristes africains venus de 23 pays qui ont assisté au Congrès organisé en janvier 1961 à LAGOS par la Commission internationale des Juristes. En effet, ces derniers ont proposé l'élaboration

d'une Convention africaine des Droits de l'homme, qui à l'instar de la Convention européenne, prévoirait « la création d'un tribunal approprié et des voies de recours ouvertes à toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats signataires » V. K.VASAK, *De la Convention européenne à la Convention africaine des Droits de l'homme*, Revue juridique et politique d'Outre-Mer N°1 janvier -mars 1962 16^e année. Finalement c'est l'idée de charte qui aura prévalu.

⁹¹ En effet, il a fallu près de vingt ans pour concrétiser l'idée d'une convention africaine des droits de l'Homme ; l'idée de création d'une convention et d'une commission africaine des droits de l'Homme a été émise pour la première fois à l'issue des travaux de congrès qui s'est tenu à Lagos du 3 au 7 janvier 1961, sur l'initiative de la

35. Au niveau européen, la Convention européenne des Droits de l'Homme consacre le droit d'accès à la justice même si certains auteurs ne partagent pas ce point de vue. C'est le cas de M.Thierry RENOUX qui soutient que ni l'article 6 de la convention, ni aucune autre disposition ne reconnaît explicitement le droit d'accès aux tribunaux⁹². Selon lui, certes l'article 5 paragraphe 4 de la convention garantit un recours devant un tribunal et l'article 13 du même texte impose un recours effectif en cas de violation des droits reconnus dans la convention, mais dans le premier cas à savoir l'article 5 paragraphe 4, seule se trouve protégée la détention arbitraire et dans le second cas c'est-à-dire à l'article 13, le recours peut être porté devant toute instance nationale indépendante, sans que celle-ci ne soit nécessairement une juridiction.

Ce point de vue semble partagé par certains auteurs : « ce mutisme n'a pas empêché la Cour d'identifier pareil droit au terme d'une démarche inspirée des règles d'interprétation formulées par la Convention de Vienne de 1969, sur le droit des traités. La cour s'est ainsi fondée sur ce texte et sur le contexte de l'article 6 paragraphe 1^{er} sur les principes généraux du droit interdisant le déni de justice, et surtout sur le but et l'objet de la convention, pour déclarer... on ne comprendrait pas que l'article 6 paragraphe 1^{er} décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge »⁹³.

commission internationale des juristes. Ce congrès regroupait près de 195 juristes venus de 23 pays d'Afrique et de 9 pays d'autres continents. Les travaux avaient pour thème la primauté du droit. L'idée d'une convention des droits de l'Homme figurait sous forme de recommandation dans le document intitulé « Loi de Lagos » contenant les conclusions des travaux. Cette idée se diffusa encore pendant longtemps sous la plume des intellectuels africains. Elle sera reprise par la suite à l'occasion d'autres colloques et séminaires organisés notamment par l'ONU et la Commission internationale des juristes. Les diverses réflexions et rencontres vont déboucher sur le colloque de Dakar de 1978 organisé par l'Association sénégalaise d'études et de recherches juridiques à l'issue duquel se constitua un groupe de suivi chargé de « vendre l'idée » auprès des chefs d'Etats africains.

C'est à l'issue de cette campagne de sensibilisation que le Président Senghor, alors chef d'Etat sénégalais, présenta et fit adopter au sommet des chefs d'Etats et du Gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine (OUA devenu Union africaine) tenu à Monrovia en 1979 une résolution. Celle-ci demandait au Secrétaire général de l'OUA de réunir les experts africains de haut niveau afin d'élaborer un avant-projet de la charte africaine des droits de l'Homme et des peuples comportant notamment des organes de promotion et de protection. La réunion des experts africains mit rapidement au point à la fin de l'année 1979 un avant-projet qui fut soumis à l'étude de deux sessions de la conférence des ministres de la justice de l'OUA tenue à Banjul en Gambie en 1980 et en 1981. Le projet arrêté fut adopté à son tour au sommet des chefs d'Etat de 1981 à Nairobi. La charte entrera finalement en vigueur le 21 octobre 1986 ayant été ratifiée par la majorité absolue des Etats. Cet instrument se subdivise en deux parties. La première est consacrée aux droits et devoirs, la seconde est réservée aux mesures de sauvegarde. La charte africaine constitue, partant des droits fondamentaux qu'elle contient, un instrument juridique de référence en matière de procédure pénale, administrative et civile.

⁹² TH. RENOUX, *Le droit au recours juridictionnel en droit constitutionnel*, Mélanges J. VELU, Bruxelles Bruylant 1992, 3 Volumes, Collection « Faculté de droit U.L.B ».

⁹³ J. VELU et R. ERGEE, *La Convention européenne des droits de l'homme* extrait du répertoire pratique du droit Belge, complément tome VII 1990, Bruxelles, Bruylant, 1990 n°449(Arrêt GOLDER, 21 février 1975 série A numéro 18 p14 et suivant, paragraphes 31-36).

M. Serge GUINCHARD, pense quant à lui que c'est l'article 6 paragraphe 1 qui a servi de fondement à la reconnaissance, par la Cour de Strasbourg, d'un droit d'accès à la justice, du droit à un recours de nature juridictionnelle. Le droit d'agir en justice ne constitue, selon les termes même de l'arrêt GOLDER « qu'un aspect du droit à un procès équitable »⁹⁴.

L'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme consacre bel et bien le droit d'accès à la justice en ces termes « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue ... ». Pour que sa cause soit entendue, il faut avoir accès aux tribunaux. Il y a donc une consécration non pas implicite du droit d'accès à la justice, mais expresse⁹⁵.

36. La question qu'on serait tenté de se poser est de savoir si la Convention européenne des droits de l'homme s'applique au Sénégal. La réponse à cette question ne saurait être donnée sans référence à l'histoire.

⁹⁴ S. GUINCHARD, *Le procès équitable : droit fondamental ?*, AJDA, 1998, pp.191 et s.

⁹⁵ Dans l'arrêt GOLDER, l'enjeu consistait à savoir si l'article 6 paragraphe 1 se borne à garantir en substance le droit à un procès équitable dans une affaire déjà pendante ou s'il reconnaît en outre un droit d'accès aux tribunaux à toute personne désireuse d'introduire une action relative à une contestation portant sur ses droits et obligations de caractère civil.

En effet, M GOLDER, prisonnier britannique, s'était vu refuser l'autorisation ministérielle nécessaire en droit anglais pour contester une décision de l'administration. La décision majoritaire de la Cour, vivement critiquée par les trois juges dissidents, admet que l'article 6 paragraphe 1 ne proclame pas en termes expresses un droit d'accès aux tribunaux.

Selon les juges majoritaires, cet article « énonce des droits distincts mais dérivant d'une même idée fondamentale et qui, réunis constituent un droit unique dont il ne donne pas la définition précise, au sens étroit de ces mots ». Elle en conclut qu'« il incombe à la cour de rechercher par voie d'interprétation, si l'accès aux tribunaux constitue un élément ou aspect du droit ». Or, en matière civile la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux.

Le principe de la prééminence se trouve consacré dans le dernier alinéa du préambule de la convention de 1950. Il est précisé dans le préambule : « résolu, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine du droit commun d'idéal et de tradition politique, de respect de la liberté et de prééminence du droit à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la déclaration universelle ». Et dans le troisième alinéa du préambule ainsi que dans l'article 3 du statut de 1949 du conseil de l'Europe, il est mentionné que « tout membre du conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ».

En 1975, dans l'affaire GOLDER, la Cour s'est penchée pour la première fois sur ce principe. On ne saurait parler de procès équitable, contradictoire, de tribunal indépendant et impartial sans droit d'accès à la justice. L'article 6 paragraphe 1 de la convention européenne des droits de l'homme consacre donc ce droit.

Ce qu'il y a lieu de préciser au-delà de toute cette polémique c'est que la Cour Européenne des droits de l'homme ne se limite pas à constater que les Etats ont consacré ce droit. Dans le prolongement de la jurisprudence GOLDER, avec les affaires DEWEER, DIREY et ARTICO, elle va plus loin ; il ne suffit pas que le droit d'accès à un tribunal soit formellement prévu dans la législation, encore faudrait-il qu'il puisse être effectivement mis en œuvre, ce qui implique que son exercice ne rencontre pas d'obstacles démesurés, notamment sur les plans matériels et financiers. Cette démarche déjà suivie dans l'arrêt MARCKX, à propos du respect de la vie familiale (CEDH, 13 Juin 1979, Série A, n°31.) conduit à imposer aux Etats des obligations actives, ce qui suppose de lire « la convention à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui et à assurer à l'individu une protection réelle et concrète (TH.RENOUX, article précité) Le droit à un tribunal n'implique pas seulement l'obligation à la charge de l'Etat de s'abstenir d'apporter des entraves à l'accès à un tribunal, mais emporte également des obligations positives à l'effet de faciliter, le cas échéant, l'accès à la justice (J. VELU et R. ERGEE, article précité). L'accès à la justice doit donc être effectif, il ne suffit guère de le consacrer.

En effet, mise sur le chantier en 1948, alors que la quasi-totalité de l'Afrique dépendait de certains pays européens, la Convention européenne des Droits de l'homme prévoyait la faculté pour les Etats européens d'étendre l'application de ses dispositions aux territoires dont ils assuraient les relations internationales. Il s'agit de la fameuse « clause coloniale ». Mais c'était sans compter avec la vive opposition de l'ancien Président sénégalais Léopold Sédar SENGHOR : « en votant l'article 63, l'Assemblée ferait de la Déclaration européenne des Droits de l'homme, la Déclaration des Droits de l'homme européen. Ce serait dénier aux autres hommes ces mêmes droits. Ce serait trahir l'esprit de la Civilisation Européenne qui fait de l'homme sans épithète, comme l'a écrit Valéry, « la mesure de toutes choses ». « Mais, continue M. le Président, j'entends les experts qui, au nom du réalisme, prédisent toutes les catastrophes au cas où nous supprimerions cet article 63 ; il y avait aussi des experts, en France, en 1789, voilà plus d'un siècle et demi, ils prédisaient qu'étendre les Droits de l'homme aux esclaves, c'était donner le signal de la révolte aux colonies ; ils se sont trompés les réalistes d'alors ; et c'est Napoléon qui a fait perdre à la France la plus belle de ses colonies, Haïti, en essayant d'y rétablir l'esclavage »⁹⁶. M. SENGHOR a eu gain de cause, puisque 46 voix s'étaient prononcées pour la suppression de la clause coloniale, contre 37.

Cependant, le Comité des Ministres a rétabli dans le texte définitif, à l'article 63, la clause coloniale. Devant l'Assemblée de l'Union française, le débat reprit en 1954, et fort heureusement, les conseillers de l'Union ont donné au projet de loi un avis défavorable pour le motif « qu'en laissant au bon vouloir des Gouvernements l'extension de la Convention aux territoires extra-européens des Etats signataires, ce texte établit une intolérable discrimination raciale ». L'avis de l'Assemblée de l'union n'a pas été en son temps discuté par l'Assemblée nationale française lorsque les événements de mai 1958 ont mis fin à la 4^e République. En conséquence, dans les Territoires sous domination française la convention européenne des Droits de l'homme n'a jamais pu être étendue.

37. Par contre, le Danemark, les Pays-Bas et le Royaume Uni en ont étendu les dispositions aux territoires non métropolitains. Cet état de fait suffit-il à affirmer que la Convention européenne ne s'applique pas au Sénégal devenu indépendant ?

Certains auteurs comme KAREL VASAK répondent par la négative : « (...) la Convention, signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, n'a pas disparu

⁹⁶ O. GOUNDIAM, *Les droits de l'homme dans les pays en voie de développement*, Afrique Documents 1^{er} Cahier 1966.

du continent africain au moment où le régime colonial y prenait fin. Mieux : loin de sombrer pendant l'épreuve de la décolonisation, la Convention, comme animée d'une vie propre, semble, à l'heure de l'indépendance africaine, s'être détachée de l'Europe et avoir pris un nouveau départ en Afrique Noire. Curieux cas que celui de ce Traité qui sans doute grâce à ses vertus intrinsèques et parce qu'il n'est pas lié à la conception européenne de l'homme (à moins que la conception européenne ne soit aussi celle de l'Afrique, ce qui ne paraît pas certain) trouve une terre féconde à son épanouissement sur le continent africain »⁹⁷. Selon M.VASAK, plus qu'un modèle, la Convention européenne est un exemple pour le continent, à preuve, au congrès organisé en janvier 1961 à Lagos par la Commission internationale des Juristes, c'est à la Convention européenne des droits de l'homme que les juristes Africains, venus des 23 pays se sont référés lorsqu'ils ont proposé l'élaboration d'une convention Africaine des Droits de l'homme, qui à l'instar de la Convention européenne, prévoirait « la création d'un tribunal approprié et des voies de recours ouvertes à toutes les personnes relevant de la juridiction des Etats signataires »⁹⁸ A notre avis, la Convention européenne ne concerne pas le Sénégal, seulement le législateur et le juge sénégalais pourraient s'en inspirer au besoin⁹⁹.

Au-delà de sa protection au plan universel et régional, le droit d'accès à la justice est planifié au niveau interne.

B. LA PROCLAMATION TEXTUELLE ET JURISPRUDENTIELLE DE L'ACCES AU JUGE

38. Au niveau interne, le droit d'accès à la justice a été consacré. Pour s'en convaincre, il y a lieu de se référer au préambule de la constitution qui édicte que le peuple du Sénégal proclame l'égal accès de tous les citoyens aux services publics¹⁰⁰.

⁹⁷ K.VASAK, *De la Convention européenne à la Convention africaine des droits de l'homme*, Revue juridique et politique d'Outre-Mer, N°1 janvier mars 16^e Année (Nouvelle Série).

⁹⁸ Congrès africain sur la Primauté du Droit, Commission internationale des Juristes, Genève 1961, p. 9 (Loi de Lagos).

⁹⁹ Le professeur GONIDEC n'est pas de cet avis car selon lui, les ressortissants des territoires d'Outre-Mer sont en vertu du préambule de la constitution, des citoyens français à part entière auxquels sont garantis les droits et libertés mentionnés par la déclaration de 1789 et le préambule des constitutions de 1946 et 1958 ; ils devraient par analogie, bénéficier des mêmes droits que les habitants de la métropole lorsque ceux-ci sont garantis par un accord international V. Son article *Les D.O.M et les T.O.M devant la convention, Rapport au colloque de Besançon*, 1970, R.D.H, 1970 pp. 670-686.

¹⁰⁰ Cette proclamation préambulaire du droit au juge renvoie à l'idée selon laquelle le législateur Sénégalais n'a pas formellement consacré un tel droit. Il s'agit donc d'une reconnaissance implicite du droit d'accès à la justice.

Il a été démontré que la justice est un service public, par conséquent, tout justiciable peut y accéder s'il le désire. Le préambule est une déclaration préliminaire placée en tête du corpus constitutionnel par laquelle le constituant proclame son attachement à des valeurs et principes qui constituent la doctrine officielle du régime. Il proclame des principes et des droits fondamentaux qui ne sont pas formellement intégrés dans le corpus constitutionnel.

39. La valeur juridique du préambule a fait l'objet de nombreuses controverses doctrinales. Elle a été pendant longtemps discutée. On considère que le préambule ne contenait que l'énoncé de principes moraux ou philosophiques qui devaient orienter l'action du législateur. Sa violation n'était assortie d'aucune sanction¹⁰¹. Cette controverse a été définitivement tranchée par la jurisprudence constitutionnelle française. Cette constitutionnalisation résulte en France de la décision historique du 16 juillet 1971 liberté d'association¹⁰². Dans cette décision, le Conseil constitutionnel cite expressément le préambule dans ses visas et se réfère aux principes qui y sont énoncés pour motiver sa décision.

Au Sénégal, dans une décision du 23 juin 1993, le Conseil constitutionnel a accepté de confronter une loi à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, à la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 et à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981¹⁰³. Dans une autre décision du 16 décembre 1993 à propos de la conformité à la Constitution du traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, le Conseil constitutionnel devait reconnaître de manière expresse une valeur positive au préambule de la constitution, contrairement à la première décision où le préambule a été implicitement intégré dans le bloc de constitutionnalité.

Dans cette décision, le juge reprend textuellement le 3^e paragraphe du préambule de la constitution du 7 mars 1963 pour motiver le fondement de l'abandon de souveraineté de la part des Etats signataires du traité en vue de la réalisation de l'Unité africaine. Ainsi donc, à travers ces deux décisions, le Conseil constitutionnel reconnaît une force juridique au

Ce droit au juge a aussi d'autres fondements tels que la séparation des pouvoirs, l'égalité devant la loi et les droits de la défense. V. Thèse de P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, U.G.B. 2010, pp.67 et s.

¹⁰¹Manuel pratique des droits de l'homme au Sénégal (dir) E. H. MBODJ, *op.cit.*, p.30

¹⁰² Décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971.

¹⁰³Cons. Const -23 juin 1993, E.D.J.A n° 23 p.67.

préambule dont il impose le respect au législateur.¹⁰⁴ Ce n'est qu'avec la Constitution du 22 janvier 2001 que le pouvoir constituant Sénégalais a expressément affirmé que le peuple sénégalais approuve et adopte la présente constitution dont le préambule est « partie intégrante ».

40. Ce débat s'est également posé dans certains Etats africains notamment au Cameroun, au Djibouti et au Bénin.

Le pouvoir constituant camerounais a tranché le débat en précisant à l'article 65 de la Constitution que le préambule fait partie intégrante de la Constitution, et partant, a une valeur constitutionnelle¹⁰⁵.

Dans le préambule des Constitutions béninoise et djiboutienne, on peut lire respectivement : « Nous, peuple béninois, réaffirmons notre attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations Unies de 1945 et de la D.U.D.H de 1948, à la Charte africaine des Droits de l'homme adopté en 1981 par l'O.U.A, ratifié par le Bénin le 20 janvier 1986 et dont les dispositions font partie intégrante de la présente Constitution et du droit béninois et ont une valeur supérieure à la loi interne¹⁰⁶ » et « Le peuple djiboutien proclame solennellement son attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme tels qu'ils ont été définis par la D.U.D.H et par la Charte africaine des Droits de l'homme dont les dispositions font partie intégrante de la présente constitution¹⁰⁷ » . Au regard de ces différents préambules, on doit se rendre à l'évidence que les pouvoirs constituants béninois et djiboutien prévoient que les droits et libertés prévus par les traités relatifs aux droits de l'homme cités font partie intégrante de la Constitution. C'est le cas désormais au Sénégal depuis la Constitution du 22 janvier 2001¹⁰⁸.

Selon M. Thierry RENOUX, le droit d'agir en justice est un principe constitutionnel. Deux principes permettent, selon lui, de l'affirmer : le principe de la séparation des pouvoirs d'une part et d'autre part celui de l'égal accès à la justice.¹⁰⁹ Ce point de vue semble conforté par le

¹⁰⁴ Manuel pratique des droits de l'homme au Sénégal, *op.cit.*, p.30.

¹⁰⁵ Loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 2 juin 1972, in *Juridis Périodique*, n°25 p.11.

¹⁰⁶ Loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

¹⁰⁷ Constitution du 15 septembre 1992 modifiée en 2006, 2008 et 2010.

¹⁰⁸ Voir préambule de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

¹⁰⁹ TH. RENOUX, *op.cit.*

Conseil d'Etat français et le Conseil constitutionnel. En effet, le Conseil d'Etat a reconnu que le droit d'agir en justice entraine dans la catégorie des garanties fondamentales accordées au citoyen pour l'exercice des libertés publiques.¹¹⁰

41. Le Conseil constitutionnel français, après avoir admis, en 1993 la valeur constitutionnelle du droit à un recours juridictionnel,¹¹¹ l'a ensuite rattaché, en 1994 à l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 qui assure « la garantie des droits »¹¹² et l'a définitivement consacré en 1996.¹¹³ Le Conseil constitutionnel français n'est pas la seule haute juridiction qui reconnaît l'accès au juge. Nous avons le Conseil d'Etat ¹¹⁴ et le Cour de cassation ¹¹⁵

42. L'attention accordée à l'accès de chacun à la justice est aujourd'hui commune. Elle est celle du politique qui, tant dans les discours que dans les lois successives, en a fait une de ses priorités. Elle est celle des juridictions qui, par la rationalisation de ce qu'il ne faut pas craindre de désigner comme une démarche de gestion, tente d'organiser au mieux l'accès à la justice à tous. Elle est celle d'associations qui ont pris comme objet de favoriser cet accès de chacun au droit et à la justice. Elle est celle de chacun car nous avons tous besoin d'être assurés par le droit de pouvoir avoir accès à la justice. La force de cette aspiration partagée tient au fait que la justice signifie non seulement l'institution mais encore la vertu qui rend à chacun sa part. L'accès à la justice, permet à toute personne qui a un intérêt légitime, et qui

¹¹⁰C.E 7 janvier 1972, Lebon. p.26 concl. M. THERY.

¹¹¹Décision n°93-325 DC du 13 août 1993, R.F.D.A., 1993, p.871, note M. GENEVOIS. Dans cette affaire, les requérants ont estimé que l'article L600 de la loi n°94-112 du 9 Février 1994 portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction porte atteinte à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article F du traité de l'Union Européenne par lequel les Etats signataires s'engagent à respecter les droits fondamentaux garantis par la C.E.D.H et par les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et les principes généraux du droit communautaire qui garantissent l'accès à la justice. Selon le Conseil Constitutionnel, cet argument n'est pas valable.

¹¹² Décision n° 93-335 du 21 janvier 1994, J.C.P.1994.I.3761.

¹¹³ Décision n°96-373 DC du 9 avril 1996, AJDA 1996 p.371 obs M. SCHRAMECK. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel français a estimé qu'il résultait de l'article 16 : « qu'en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction ». Selon M. FAVOREU, la faculté « d'obtenir justice partout et en toutes occasions est si bien ancrée dans les esprits que l'on a peine à concevoir un Etat de droit dans lequel elle n'existerait pas », L.G.D.J. 1964 p. 550.

¹¹⁴ CE 29 juillet 1998 Syndicats des avocats de France et autres, AJDA 1998 p.1010. Dans cette affaire, le fonctionnement des tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel a été modifié par le décret du 29 mai 1997. Ce texte a institué une nouvelle voie de désistement d'office. Pour les avocats, cette nouvelle procédure a été jugée contraire au droit d'accès au juge. Mais selon le Conseil d'Etat, aucune atteinte ne résulte de cette procédure.

¹¹⁵ Cour de cassation Assemblée plénière du 30 juin 1995 X c/ Conseil de l'ordre des Avocats en conseil d'Etat et à la Cour de cassation D.1995 p.513. Selon la Cour, la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel, son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention.

présente la qualité éventuellement requise, d'accéder à une juridiction pour qu'elle statue sur sa prétention¹¹⁶.

En effet, toute personne a le droit de pouvoir accéder à la justice, qu'elle en ait les moyens financiers, intellectuels ou pas, lorsqu'elle est lésée puisqu'il lui est interdit de se faire justice soi-même¹¹⁷.

En France, en plus de l'article 4 du code civil qui interdit le déni de justice, la loi n°98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, consacre en son article 1^{er} un droit fondamental d'accès à la justice en ce qu'elle tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de la justice. Il faut juste préciser que l'accès à la justice n'est pas le seul droit fondamental cité par cette disposition ; au-delà, il y a le logement, l'emploi, l'éducation, la justice familiale et l'enfance.

La reconnaissance du droit au juge par les divers instruments juridiques précités comporte un certain nombre de conséquences.

¹¹⁶ M.A. FRISON ROCHE et J.M. COULON, *Le droit d'accès à la justice*, in Libertés et droits fondamentaux, 9^e édition, Dalloz, 2003, p.441.

¹¹⁷ Contrairement au préambule qui reconnaît de façon implicite le droit au juge, les articles 1, 2 du Code de Procédure pénale, 1-2 du CPCS reconnaissent expressément ce droit.

SECTION II. PORTÉE DE LA RECONNAISSANCE DE L'ACCÈS AU JUGE PAR LES DIVERS INSTRUMENTS JURIDIQUES

43. La consécration de l'accès au juge par les divers instruments juridiques précités a un impact considérable. Cet impact s'apprécie doublement : la réception des droits fondamentaux en droit sénégalais (§ 1) et l'institution de principes facilitant l'accès au juge (§2).

§1. L'INTÉGRATION DES DROITS FONDAMENTAUX INTERNATIONAUX ET RÉGIONAUX DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE SÉNÉGALAIS

Dans cette partie, nous envisageons d'étudier successivement la notion de droits fondamentaux (A) et le statut juridique des instruments internationaux et régionaux dans l'ordonnement juridique sénégalais (B).

A. LA NOTION DES DROITS FONDAMENTAUX

44. La notion de droit fondamental fait souffrir le juriste par l'ambiguïté de sa définition, et partant la pluralité de celle-ci. En effet, le juriste, dont le goût pour la systématisation n'est plus à démontrer, ne sait plus très bien à quoi s'en tenir. Il est vrai qu'on a parlé de « processus de fondamentalisation du droit »¹¹⁸, mais la doctrine ne fait pas l'unanimité relativement au contenu de la notion de droit fondamental. Celui-ci a d'ailleurs été qualifié de « catégorie hors normes »¹¹⁹. De plus, il faut se garder de « partir d'une définition préétablie ou présupposée de la notion mais bien au contraire de prendre appui sur les éléments contentieux pour essayer d'identifier la construction par le juge de l'objet juridique »¹²⁰ et ce, d'autant plus que lui-même ne se sent pas « prisonnier des catégories ou des définitions données ici ou là de tel ou tel droit »¹²¹.

En abordant la notion de droits fondamentaux, on se rend compte qu'il existe trois aspects. Le premier aspect recouvre deux facettes. L'une conduit à se poser la question de savoir quel

¹¹⁸ G. DRAGO, « Les droits fondamentaux entre juge administratif et juges constitutionnel et européen », Revue mensuelle du Jurisclasseur – Droit administratif, juin 2004, p. 4.

¹¹⁹ E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 1998, n° spécial, p.9.

¹²⁰ E. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », RDP, n° 1, 2004 p. 211.

¹²¹ G. BACHELIER, *Le référé liberté*, RFDA, 2002, p. 261.

rapport y a-t-il entre droits fondamentaux et droits de l'homme et entre droits fondamentaux et libertés fondamentales ? L'autre est relative à la nature des droits fondamentaux : est-ce des droits-créances ou des droits-libertés ? Le second aspect renvoie à la question de savoir si les droits fondamentaux confèrent à l'individu une protection contre le pouvoir ou s'ils sont également applicables aux rapports entre personne privée ?

Le troisième aspect tourne autour du caractère absolu ou relatif des droits fondamentaux.

Les libertés publiques sont définies comme étant les libertés protégées par le législateur parce que reconnues et organisées par lui, tandis que les droits fondamentaux sont souvent présentés comme des droits protégés contre le législateur.

Pour ce qui est des droits de l'homme, c'est l'ensemble des facultés et prérogatives considérées comme appartenant naturellement à tout être humain dont le droit public s'attache à imposer à l'Etat le respect et la conformité avec certains textes de portée universelle¹²².

A notre avis, si les droits font l'objet d'une protection contre et par le législateur c'est parce qu'ils sont fondamentaux c'est-à-dire essentiels. Et les droits de l'homme sont fondamentaux puisque inhérents à la nature humaine. Ce constat nous pousse à affirmer qu'il n'existe aucune distinction, du moins au niveau de leur importance, entre libertés publiques, droits de l'homme et droits fondamentaux.

La seconde question du premier aspect est relative à la nature des droits fondamentaux : sont-ce des droits-créances ou droits-libertés ? En effet, les droits-créances donnent à leurs détenteurs la faculté d'exiger ou du moins de réclamer de l'Etat la fourniture d'une prestation. A l'inverse, les droits-libertés seraient des capacités appartenant en propre à l'individu et dont l'exercice est garanti par le droit. Partant de ces différentes définitions, nous dirons que les droits fondamentaux sont à la fois des droits-créances et des droits-libertés. Droits-créances parce que prévus par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; droits-libertés parce que consacrés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Au regard de toutes ces précisions, il est permis de soutenir que le droit au juge est un droit fondamental. De plus, il est à la fois un droit-créance en ce sens que l'Etat a l'obligation de

¹²² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 1^e édition, Quadrige PUF 1987, Association Henri Capitant p.335.

mettre en place des tribunaux pour que justice soit rendue, et un droit-liberté dans la mesure où le justiciable peut s'en servir librement.

Le second aspect de l'étude des droits fondamentaux met en évidence la question de savoir si les droits fondamentaux peuvent s'apprécier de façon verticale ou horizontale. A cette interrogation, M. Louis FAVOREU répond par l'affirmative en ces termes : « les droits fondamentaux, en quatrième lieu produisent effet non seulement dans les relations « verticales » entre les individus et la puissance publique, mais dans les relations « horizontales » entre les individus. On parle alors des effets verticaux et horizontaux des libertés et droits fondamentaux »¹²³.

Nous souscrivons à ce point de vue d'autant qu'il n'est pas imaginable d'avoir des droits fondamentaux applicables aux rapports de l'Etat et des particuliers, et d'autres applicables aux citoyens entre eux, qui ont des divergences dans leur essence et leur valeur. Il faut rappeler en effet que la nécessité de protéger les droits fondamentaux contre tout empiètement de l'Etat s'explique par les relations inégales qui se constatent également dans les rapports entre particuliers.

Le troisième aspect de l'étude des droits fondamentaux concerne leur caractère : sont-ils absolus ou relatifs ? La réponse à cette question est fort aisée dans la mesure où tout droit, si fondamental soit-il ne saurait être absolu.

45. Au-delà de toutes ces interrogations, il convient de relever que la doctrine, notamment française a eu des approches différentes concernant les droits fondamentaux. C'est ainsi que l'on relève deux types d'approches : une approche formelle d'une part et une approche fonctionnelle d'autre part. Dans l'approche formelle des droits fondamentaux, il y a deux positions ; une minoritaire, et une autre majoritaire.

Dans la position minoritaire, les auteurs pensent que le droit naturel fournissait, autant que le droit positif, des fondations au caractère fondamental d'un droit. Ainsi, selon C. MOULY : « l'on perçoit que le droit de propriété est fondamental (...) par ses sources (Dieu, la loi, la

¹²³ L. FAVOREU in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone AUPELF – UREF Montréal 1994, p. 48.

personne). Un tel caractère est présent si le droit se trouve lié « à une conception de la hiérarchie des êtres, Dieu, hommes, animaux, choses »¹²⁴.

A côté, de cette position minoritaire, il y a celle majoritaire dans laquelle les auteurs semblent considérer que le caractère fondamental d'un droit résulte exclusivement de ses sources juridiques, et notamment des textes situés au niveau le plus élevé dans la hiérarchie des normes, ce qui ferait des droits fondamentaux « l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement protégés ». C'est en tout cas le point de vue de M. A. AUER : « Par droits fondamentaux, on désigne un ensemble de droits que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leurs rapports avec les autorités étatiques »¹²⁵. Cette définition est tout de même jugée restrictive d'où l'idée selon laquelle les droits fondamentaux sont ceux qui font l'objet d'une protection légale, constitutionnelle ou internationale¹²⁶. M. FAVOREU abonde dans le même sens lorsqu'il soutient que les droits fondamentaux sont en premier lieu protégés contre le pouvoir exécutif et législatif, en second lieu, ils sont protégés en vertu de la loi, mais surtout de la constitution et des textes internationaux ou supranationaux¹²⁷.

Pour les tenants de l'approche formelle, un droit est fondamental en raison de ses sources. Celles-ci peuvent être extrajuridiques ou juridiques.

En revanche, dans l'approche fonctionnelle, un droit est considéré comme fondamental en raison de la fonction qu'il assume dans la société. Selon cette conception, les droits fondamentaux sont « ceux sans lesquels un système juridique, un sous-système ou un élément du système perdrait non seulement sa cohérence, son mode de fonctionnement mais surtout son existence spécifique, son identité »¹²⁸. Autrement dit, ils sont le fondement d'un système ou d'une organisation, « ce qui est constituant, ce sur quoi tout est édifié et de quoi tout est dérivé ». A notre avis, ces deux thèses ou approches sont pertinentes et nous les adoptons.

Après l'examen de la notion de droits fondamentaux, il y a lieu d'étudier le statut juridique des instruments internationaux et régionaux dans l'ordonnement juridique sénégalais.

¹²⁴ C. MOULY, *La Propriété* cité par A. F. ZATTARA, *La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété*, L.G.D.J., Tome 351.

¹²⁵ A. AUER, *Les droits fondamentaux et leur protection*, Pouvoirs, 1987, N°43, p.87.

¹²⁶ M. Des plats CHAMPEIL, *La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français*, D. 1995, Chron. p. 324.

¹²⁷ L. FAVOREU, *op.cit.*, p. 48.

¹²⁸ M. Des Plats CHAMPEIL, *op.cit.*

B. LE STATUT JURIDIQUE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX ET RÉGIONAUX DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE SÉNÉGALAIS

46. Les rapports du droit international et du droit interne ont toujours intéressé les juristes et mis en exergue deux questions : une partie au litige peut-elle utilement se prévaloir devant une juridiction nationale, d'une norme de droit international ? C'est la question de l'applicabilité directe du droit international. D'autre part, que doit faire le juge national en cas de conflit entre la norme internationale invoquée et une norme de droit interne ? C'est la question de l'éventuelle primauté du droit international ou place des instruments juridiques internationaux dans l'ordre juridique interne.

La première interrogation à savoir l'applicabilité directe du droit international a fait l'objet d'une controverse doctrinale. La première conception, illustrée par JELLINEK est le monisme avec primauté du droit interne. La seconde, développée par LABAND, TRIEPEL et ANZELOTTI, est le dualisme : l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne sont deux ordres radicalement séparés ; en conséquence, une règle internationale n'aura d'effet juridique en droit interne que si elle y a été expressément introduite. La dernière conception, défendue par KELSEN et SCHELLE est le monisme avec primauté du droit international.

Ainsi, selon KELSEN et SCHELLE, le juge a la faculté voire l'obligation d'appliquer les normes internationales invoquées devant lui sans procédure de réception.

Aujourd'hui, le principe selon lequel normalement en droit international la règle d'un traité n'engendre de droits et obligations que pour les Etats n'est pas absolu et pour preuve, cet avis de la Commission européenne : « en devenant partie à la Convention, un Etat reconnaît donc les droits et les libertés définis au titre I à toute personne relevant de sa juridiction, quels que soient sa nationalité ou son Etat ; qu'en résumé, il reconnaît ses droits et libertés non seulement à ces propres nationaux et à ceux des autres Etats contractants, mais aussi aux ressortissants des Etats non parties à la Convention et aux apatrides, ainsi que la Commission elle-même l'a constaté dans des décisions antérieures ; qu'il en résulte que les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les

empiétements des Etats contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers »¹²⁹.

47. Il faut dire qu'au Sénégal, le Pacte international des Droits civils et politiques est directement applicable puisque dans le préambule de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001, il est précisé que le Sénégal affirme son adhésion aux instruments internationaux adoptés par l'ONU (il s'agit de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, du Pacte international des droits civils et politiques de 1966 entre autres¹³⁰) et l'Union africaine.

De plus, le pouvoir constituant a pris le soin de dire de façon expresse que le préambule est partie intégrante de la Constitution. Ainsi, la Charte africaine des Droits de l'homme qui en son article 2 précise que toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur (...) ou de tout autre situation est directement applicable dans l'ordre juridique interne sénégalais¹³¹.

48. Au niveau européen, c'est l'article 1 de la CEDH qui dispose que les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définies au titre I de la présente Convention¹³². Parmi ces droits il y a celui à un procès équitable (article 6).

49. Après l'applicabilité directe des instruments juridiques internationaux, il y a lieu d'examiner leur rang dans l'ordonnancement juridique sénégalais.

¹²⁹ Affaire FALQUI, Annuaire, Vol IV pp. 139 et s.

¹³⁰ A notre avis, l'expression « notamment » utilisé dans le Préambule de la Constitution n'a pas un caractère limitatif en ce sens que tous les instruments juridiques adoptés dans le cadre des Nations unies relatifs aux droits de l'homme sont visés.

¹³¹ V. J. GICQUEL, *L'applicabilité directe de la norme constitutionnelle* in Libertés et droits fondamentaux Introduction, textes et commentaires sous la direction de M. DELMAS-MARTY et C. LUCAS de LEYSSAC Paris 1996 Série Points.

En effet, si avant la Constitution sénégalaise de 2001, on pouvait douter de l'applicabilité directe du Pacte international des droits civils et politiques et de la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples en ce sens qu'aucun texte n'a affirmé de façon expresse la nature constitutionnelle du préambule –seule son intégration dans le bloc de constitutionnalité a été opérée par le juge constitutionnel- et que les deux instruments juridiques disent que les Etats signataires « s'engagent », et non « reconnaissent » les droits prévus aux ressortissants des Etats signataires comme l'a fait la CEDH, tel n'est plus le cas aujourd'hui.

¹³² A la différence du P.I.D.C.P et de la C.A.D.H.P, la C.E.D.H utilise l'expression « reconnaissent ». Comme l'a remarqué la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt du 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni* : « En substituant le mot « reconnaissent » à « s'engagent à reconnaître » dans le libellé de l'article 1^{er}, les rédacteurs ont voulu indiquer que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants » Série A n°25.

C'est l'article 98 de la constitution du 22 janvier 2001 qui prévoit que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie.

Il résulte de cette disposition que non seulement la constitution, loi fondamentale, est supérieure aux traités internationaux, mais également il existe des conditions pour que les traités internationaux aient la primauté sur les lois infra-constitutionnelles sénégalaises.

Il faut que les traités internationaux soient ratifiés ou approuvés, publiés et que la réciprocité soit respectée. Ces conditions précitées ne sauraient concerner le P.I.D.C.P et la C.A.D.H.P qui sont directement applicables vu leur valeur constitutionnelle¹³³.

La supériorité de la constitution aux traités internationaux est prévue à l'article 92 de la Constitution du 22 janvier 2001, et ce d'autant que le Conseil constitutionnel connaît de la constitutionnalité des engagements internationaux. Le Conseil constitutionnel sénégalais a eu à décider que les articles 14, 15 et 16 du Traité de Port Louis du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du Droit des affaires en Afrique ne sont pas contraires à la constitution¹³⁴.

Malgré l'existence des instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme, les différents acteurs de la justice paraissent peu conscients ou non avertis du parti qu'ils pourraient tirer directement de ces instruments incorporés au corpus constitutionnel.¹³⁵

¹³³ Il faut juste rappeler l'idée selon laquelle que le P.I.D.C.P et la C.A.D.H.P aient ou pas valeur constitutionnelle, la question de la condition de réciprocité fixée à l'article 98 pour les traités internationaux ne se pose pas. En fait, les instruments des droits de l'homme ignorent le principe de la réciprocité car par nature les conventions des droits de l'homme ne sont pas des conventions synallagmatiques.

La Cour européenne affirme cette originalité des instruments des droits de l'homme en ces termes : « En concluant la convention, les Etats n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais (...) instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe (...) les obligations souscrites par les Etats ont essentiellement un caractère objectif qui apparaît notamment dans le mécanisme de contrôle érigé dans la Convention » (Requête N°788150, Autriche c/ Italie, Rec.7, p.23-41). M G. COHEN-JONATHAN cité par V. ETEKA YEMET in La charte africaine des Droits de l'homme et des Peuples, Paris, L'harmattan 1996, a soutenu qu'il « serait en effet, pour le moins curieux qu'un Etat puisse s'autoriser de la violation des droits de l'homme par un autre Etat pour les méconnaître à son tour vis-à-vis des étrangers comme de ses nationaux ». De plus avec l'avis de la Cour permanente de justice internationale, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le P.I.D.C.P et la C.A.D.H.P sont des traités : « au point de vue du caractère obligatoire des engagements internationaux, on sait que ceux-ci peuvent être pris sous forme de traités, de conventions, de déclarations, d'accords, de protocole ou de notes échangées » Avis du 5 Septembre 1931, Affaire du régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, CPJI ; Série A/B, N°41, p. 47.

¹³⁴ Affaire n° 3/C/93 du 16 décembre 1993. J.O du 29 janvier 1994 pp. 62 et s.

¹³⁵ F. OUGUERGOUZ, « L'application de la charte africaine des Droits de l'homme et des Peuples par les autorités nationales en Afrique Occidentale, Mélanges P. PACTET, p. 177.

L'autre facette de la portée de la reconnaissance du droit au juge par les instruments juridiques c'est l'institution de principes facilitant l'accès au juge.

§2. L'INSTITUTION DE PRINCIPES FACILITANT L'ACCÈS AU JUGE.

50. Afin de véritablement remplir la mission de service public, avec toute la crédibilité nécessaire, la justice requiert une égalité de traitement des plaideurs, un accès gratuit aux prétoires et un fonctionnement permanent¹³⁶. En effet, L'accès au juge est en étroite collaboration avec les principes d'organisation d'un service public. La justice est un service public, c'est-à-dire ce par quoi l'Etat concrétise les droits des citoyens¹³⁷. Affirmer un droit au juge, c'est permettre à tout individu une accessibilité constante dans le temps à l'obtention de la justice. C'est aussi lui conférer une accessibilité générale dans l'espace quel que soit l'endroit où elle est sollicitée ; c'est enfin garantir une égalité de traitement partout par elle¹³⁸. Si la notion elle-même de service public est, comme l'écrivait M. Guy BRAIBANT, « la notion la plus étudiée, la plus discutée, la plus embrouillée peut-être, et finalement la plus importante de tout le droit administratif », les trois principes essentiels que le publiciste Louis Rolland a contribué à mettre en lumière, dans la première moitié de ce siècle : égalité, continuité et adaptabilité, s'attache de manière indiscutable au fonctionnement et à l'organisation de tous les services publics, quelles que soient leurs formes¹³⁹. Tour à tour, nous allons étudier la gratuité de la justice (A), la continuité de la justice (B) et enfin, l'égalité de la justice (C)

¹³⁶ J.P.SCRARANO, *Institutions juridictionnelles* 5^e édition, Ellipses, 2002, p.47.

¹³⁷ M.A. FRISON-ROCHE et J.M. COULON, *Le droit d'accès à la justice* in Libertés et droits fondamentaux 10^e édition, Dalloz, 2004, p.429.

¹³⁸ P. COUV RAT in l'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone AUELF-UREF 1994 Montréal p.258.

¹³⁹ J.M. BURGELIN, *Egalité, continuité, adaptabilité du service public de la justice*, in Le service public de la justice, ouvrage collectif, *op.cit.*, p.79.

A. LA GRATUITÉ DE LA JUSTICE

59. La gratuité de la justice est proclamée pour la première fois par la loi des 16-24 août 1790 en ces termes : « les juges rendront gratuitement la justice ».

Ce principe a de nouveau été affirmé par la loi du 30 décembre 1977 dont l'article premier dispose « la gratuité des actes de justice est instaurée dans les conditions prévues par la présente loi¹⁴⁰ ». Cette gratuité est instituée devant les juridictions civiles et administratives.

En droit sénégalais, la gratuité touche des matières qui intéressent le plus le plaideur moyen sénégalais ; il s'agit du droit de la famille et du droit du travail¹⁴¹. Nous allons étudier tour à tour la gratuité en matière de statut personnel (1) et la gratuité en matière sociale (2).

1. LA GRATUITÉ EN MATIÈRE DE STATUT PERSONNEL

60. Le Code de procédure civile sénégalais a prévu la gratuité de la procédure en matière de statut personnel. En effet, l'article 28 dispose « la procédure est gratuite lorsque le litige porte sur des matières régies par le code de la famille ». En effet, dans le code de la famille, plusieurs matières font l'objet d'une réglementation. Il s'agit des personnes, du lien matrimonial, de la filiation, des incapacités, des régimes matrimoniaux, des successions ab intestat, des donations entre vifs et enfin des testaments¹⁴². Le Code de la famille contient donc le statut personnel des justiciables sénégalais, défini comme étant l'ensemble des règles gouvernant la condition civile des personnes physiques et comprenant en général, l'état et la capacité des personnes¹⁴³.

61. Cette gratuité de la procédure en matière de statut personnel se justifie dans la mesure où les règles de statut personnel relevaient de la compétence des juges de paix remplacés par les juges des tribunaux départementaux depuis la loi 84-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire en son article 11 qui précise : « les tribunaux de première instances et les justices de paix sont remplacés par les tribunaux régionaux et départementaux ». L'objectif

¹⁴⁰ Des textes postérieurs ont rétabli des droits d'enregistrement pour les actes d'huissier de justice. Il s'agit de la loi de finances n°93-1322 du 30 décembre 1991 et de la loi n°93-1352 du 30 décembre.

¹⁴¹ K. MBAYE, *Propos d'un juge*, N.E.A.S, 2006, p.150.

¹⁴² V. article 841 Code de la famille.

¹⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p.887.

visé par l'institution des justices de paix c'est rapprocher la justice du justiciable. C'est ce qui ressort de l'exposé des motifs de la loi n°84-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire¹⁴⁴.

62. Une autre raison de la gratuité de la procédure tient au fait que les règles de statut personnel concernent le plus grand nombre de justiciables sinon tous les justiciables. Elles sont d'une grande importance et sensibilité ; ce qui donne souvent matière à contestation. Il est donc important de ne pas limiter l'accès aux tribunaux à un grand nombre de litigants qui souhaiteraient faire valoir leur droit. Une preuve de la sensibilité des règles du statut personnel demeure la difficile mise en place du Code de la famille.

Tandis que les matières comme le droit des obligations ont été très rapidement élaborées, plus précisément en 1963 c'est-à-dire trois années après les indépendances ; le code de la famille n'a été adopté et est entré en vigueur que le 1^{er} janvier 1973 soit treize ans après l'indépendance du Sénégal. A cela s'ajoutent les vives critiques et résistances dont fait l'objet le code de la famille. Le nom de « juge de paix » historiquement, fut emprunté en 1790 à l'Angleterre où fonctionnait depuis le moyen âge des « *justices of the peace* » mais en fait l'institution créée en France fut assez différente du modèle anglais, tel qu'il fonctionnait au XVIII^e siècle. Le juge de paix anglais était devenu un commissaire royal, choisi souvent dans la petite noblesse, ayant surtout des fonctions administratives et très accessoirement judiciaires. Le juge de paix créé en France en 1790 était surtout un juge en matière civile, pour les litiges peu importants et en outre un conciliateur. L'idée de ce « bureau de paix et de conciliation » avait été développée par VOLTAIRE qui s'était inspiré du modèle hollandais. La gratuité de la procédure souffre cependant de limites prévues aussi bien par le code de la procédure civile que par le code de la famille.

En effet, l'article 28-2 du Code de la procédure civile sénégalais dispose ; après avoir posé le principe de la gratuité de la procédure : « toutefois, en cas d'expertise devant entraîner des frais, le jugement désigne la partie qui doit en faire avance ».

¹⁴⁴ On peut donc lire dans l'exposé des motifs : « (...) La réorganisation judiciaire proposée par le présent projet de loi doit permettre de rapprocher le justiciable de la juridiction compétente pour connaître des affaires les plus courantes. A cet effet, le projet supprime les Tribunaux de première instance et les Justices de paix pour les remplacer par des Tribunaux régionaux et par des Tribunaux départementaux » (JO. n° 4992 du 3 mars 1984, pp. 124-125).

63. La pratique consiste à distinguer selon que l'expertise est ordonnée d'office ou selon qu'elle est ordonnée à la demande d'une partie. En tout état de cause, le juge peut, dans le souci de protéger une partie qui a demandé une expertise, décider que l'autre paye les frais d'expertise. Il a été décidé par exemple que les frais d'expertise seront avancés par la SGBS alors que l'expertise est ordonnée à la demande d'Ali YOUNIS¹⁴⁵. Lorsque l'expertise est ordonnée d'office, c'est la partie qui a le plus grand intérêt à ce qu'elle soit ordonnée qui supportera les frais d'expertise. Ainsi il a été jugé que : « en l'état, pour la préservation de ses droits, ABI KANE, a le plus grand intérêt à faire vérifier cet empiètement par cet homme de l'art qu'il plaira au juge des référés de désigner ».¹⁴⁶ L'expertise n'est donc pas gratuite comme le précise l'article 173 CPCS « l'expert, peut, s'il échet, demander provision sur taxe en cas de contestation ».

Le Code de la famille quant à lui, édicte en son article 93 :« les procédures prévues à la présente section donnent lieu au paiement des émoluments des greffiers et aux divers droits prévus par les textes en vigueur, notamment par le code du timbre et de l'enregistrement ». Les procédures dont il est question concernent le contentieux de l'état civil notamment l'autorisation d'inscription prévue à l'article 87 du Code de la famille et la rectification contentieuse des actes d'état civil. Tout ceci démontre que la procédure en matière de statut personnel est loin d'être gratuite. La gratuité de la justice est également prévue en droit du travail.

2. LA GRATUITE EN MATIÈRE SOCIALE

64. La gratuité de la procédure ne se limite pas uniquement au statut personnel. En matière sociale, le législateur l'a aussi prévue. L'article 240 du C.T.S dispose :« la procédure devant les tribunaux du travail est gratuite ». Ainsi, tout justiciable salarié qui a un différend avec son employeur peut saisir gratuitement le tribunal du travail.

65. Cette gratuité est justifiable et compréhensible en ce sens que la relation de travail met en rapport un salarié, partie faible, et un employeur, vers qui penche la balance. C'est donc une relation entre le pot de fer et le pot de terre. Le contrat de travail est un contrat d'adhésion et partant de là, le salarié n'a pas la possibilité de discuter les conditions d'embauche. Il accepte

¹⁴⁵ T.R.H.C de Dakar 25-05-1995 SGBS c/ ALI YOUNIS.

¹⁴⁶ T.R.H.C de Dakar 9-04-96 ABY KANE c/ SEYDOU BODIAN KOUYATE.

ou il n'accepte pas. Conscient de ce déséquilibre, le législateur a mis en place un certain nombre de règles qui visent à rétablir ce déséquilibre. C'est ainsi que le salarié a la liberté d'adhérer à une organisation syndicale pour la défense de ses droits.

C'est également du SMIG. Ce faisant, l'employeur ne saurait payer le salarié en dessous d'un certain seuil. Ce qu'il lui est permis de faire, c'est d'augmenter le salaire et non de le diminuer. On parle d'ordre public social.

Aujourd'hui, la tendance est au rééquilibrage des rapports contractuels déséquilibrés. C'est le but des lois SCRIVINER qui visent à protéger le consommateur. Et on a remarqué plusieurs atteintes aux principes classiques du droit des contrats.

66. La doctrine sénégalaise dénonce l'existence d'une certaine déprotection du salarié au profit de la notion d'intérêt d'entreprise ; notion on ne peut plus nébuleuse, aux contours peu précis.¹⁴⁷ Ces auteurs se fondent sur la libéralisation du licenciement économique, la limitation du droit de grève et l'aménagement de la durée du travail.

En effet, l'employeur est libre de procéder à des compressions d'effectifs à la seule condition d'en informer l'inspecteur du travail qui ne peut exercer que « des bons offices » pour convaincre l'employeur de prendre des mesures de substitution, en l'absence de toute obligation légale d'établir un plan social de reconversion. L'inspecteur du travail est écarté au bénéfice des délégués du personnel.

Ce net recul dans la protection du travailleur est résumé par M. Jean Emmanuel RAY qui disait que le gendarme autrefois protecteur du faible assure désormais la circulation.¹⁴⁸ La gratuité de la justice est donc prévue dans le cadre de la famille et dans le cadre du travail.

Elle a donc une portée assez limitée et pourtant, elle aurait pu être étendue au bail à usage d'habitation. Face à un locataire récalcitrant et un bailleur qui abuse de ses pouvoirs, le justiciable pourrait recourir sans frais à la justice. Tout justiciable doit avoir droit au même traitement dans le cadre du procès civil, d'où donc l'étude de l'égalité devant la justice.

¹⁴⁷ M. SAMB, *Réformes et réception des droits fondamentaux du travail*, AFRICAJURIS, 2003, N°68, pp. 4 à 10 ; D. R. GNAHOU, *Les droits du salarié à l'épreuve de l'intérêt de l'Entreprise*- Africajuris 2003.

¹⁴⁸ J. E. RAY, *Les nouveaux enjeux du droit*- Le droit du travail in *Le droit dans la société*, Cahiers français n°288, 1998.

B. L'ÉGALITE DEVANT LA JUSTICE

67. S'il n'y a pas de démocratie sans liberté, il n'y en a pas davantage sans égalité entre les individus.¹⁴⁹ Tous les justiciables ont donc droit à la même justice. Cet aspect essentiel de l'égalité devant le service public de la justice suppose que les justiciables se trouvant dans une situation identique bénéficient des mêmes juges et des mêmes règles.¹⁵⁰ Nous étudierons d'abord le droit d'être jugé par les mêmes juges (1) ensuite le droit de bénéficier des mêmes règles (2)

1. LE DROIT AUX MEMES JUGES

68. L'ancien régime en France opérait des discriminations entre les personnes. La justice était rendue selon la position sociale, c'est-à-dire selon qu'on est du clergé, de la noblesse ou du tiers état. La loi des 16 -24 août 1790 (titre 2 art.16) mit fin aux anciens privilèges de juridiction tenant à la naissance ou à l'état (noblesse, clergé) en ces termes : « tous les citoyens sans distinction plaideront (...) devant les mêmes juges, dans les mêmes cas ». Tous les hommes étant égaux, tous les justiciables ont une égale vocation à être jugés par les mêmes juridictions et ils doivent l'être sans discrimination¹⁵¹.

69. La question se pose de savoir si les juridictions d'exception remettent en cause le principe selon lequel tous les justiciables ont le droit d'être jugés par les mêmes juges. Selon M. Loïc CADIET, l'existence des juridictions d'exception qui compose l'organisation judiciaire française n'y porte donc pas atteinte. Il condamne seulement l'institution de juridiction dont la compétence reposerait exclusivement, comme sous l'ancien régime sur la qualité de justiciable. Les juridictions d'exception ne sont pas des juridictions d'état. Ainsi, le tribunal de commerce ne serait une juridiction d'état qu'au cas où sa compétence se fonderait, non pas sur la nature commerciale du litige, mais sur la qualité de commerçant du justiciable, quelque soit la nature du litige.¹⁵² Ce point de vue est pertinent dans la mesure où si le législateur sénégalais a institué des tribunaux de travail, ce n'est pas en raison de la qualité du travailleur mais parce que sa relation avec son employeur relève du droit du travail. Si un travailleur est justiciable du tribunal du travail, c'est en raison de la nature de l'affaire à trancher et non

¹⁴⁹ G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, L.G.D.J, 1972.

¹⁵⁰ L. CADIET, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p.221.

¹⁵¹ L. CADIET, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, *op cit.*, p.221.

¹⁵² L. CADIET, *op. cit.*, p.221.

point en raison de sa seule qualité de salarié. Le droit aux mêmes juges doit se vérifier jusque dans le cours de la justice qui est, rapide ou lent, pour tous. Les affaires sont jugées « à tour de rôle », sans aucun rang de préférence ou de priorité qui ne serait fixé par la loi elle-même¹⁵³.

70. En somme, il n'existe pas de juge pour les pauvres, les riches, hommes ou les femmes, les nationaux et les étrangers¹⁵⁴. Le droit d'être jugé par les mêmes tribunaux traduit la volonté de ne pas laisser se développer une justice de classe. Il se manifeste par la création d'une seule catégorie de juridictions compétentes pour juger tous les justiciables sénégalais quelque soit leur état et leur condition.¹⁵⁵ Le justiciable ne doit pas voir sa cause jugée par une juridiction instituée toute exprès. L'égalité devant la justice ne constitue pas un obstacle à l'existence du privilège de juridiction.

En outre, il y a lieu de préciser que l'égalité des juridictions accompagne celle des règles.

2. LE DROIT D'ÊTRE JUGE SELON LES MÊMES RÈGLES

71. Ce droit implique l'absence de discrimination dans l'application des règles, qu'il s'agisse des règles procédurales ou de fond. Il y a en quelque sorte soumission aux mêmes règles procédurales et aux mêmes règles substantielles.¹⁵⁶

Concernant le droit d'être jugé selon les mêmes règles procédurales, il faut se référer au principe de l'égalité des armes défini par la Cour européenne des droits de l'Homme comme l'hypothèse dans laquelle toute partie doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal, dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une façon appréciable par rapport à la partie adverse.¹⁵⁷

72. L'équité a ainsi donné naissance à l'exigence de l'égalité des armes, ignorée en tant que telle par le droit interne, mais qui doit inspirer la démarche processuelle dans son entier. Elle se réalise sous le contrôle étroit du juge qui, même dans le cadre d'une procédure accusatoire doit être doté d'attributions lui permettant de restaurer une égalité certaine entre les plaideurs.

¹⁵³ P.CATALA et F.TERRE, *op. cit.*, p.36.

¹⁵⁴ Le pouvoir constituant sénégalais a précisé à l'article 7 de la Constitution qu'il n'y a au Sénégal ni sujet, ni privilège de lieu de naissance, de personne ou de famille.

¹⁵⁵ Manuel pratique des droits de l'homme au Sénégal, *op cit.*, p.41.

¹⁵⁶ Manuel pratique des droits de l'homme au Sénégal, *op cit.*, p.41.

¹⁵⁷ C.E.D.H, 17 janv.1970, Delcourt c/Belgique Serie A N°11.

73. Le contenu de l'égalité des armes n'est pas défini de façon exhaustive. Il s'agit plutôt pour la Cour européenne, d'un principe substantiel qui doit conduire à l'aménagement de règles de procédure. Les incidences procédurales sont diversifiées.¹⁵⁸ Dans l'administration de la preuve, les parties doivent pouvoir présenter leurs éléments de preuve au juge et contester les éléments fournis par leur adversaire. Un membre de la doctrine a posé la question d'une éventuelle rupture d'égalité résultant du pouvoir du juge d'ordonner d'office des mesures d'instruction posé à l'article 10 du CPCF ou de soulever d'office un moyen de droit (article 12 CPCF)¹⁵⁹. Ce point de vue ne saurait être partagé dans la mesure où lorsque le juge ordonne des mesures d'instruction que ce soit d'office ou à la demande d'une partie, c'est en vue de donner une solution la plus juste possible.

En outre, lorsqu'il soulève d'office un moyen de droit, cela entre dans ses prérogatives car il doit faire une application correcte de la règle de droit. De même, dans la présentation des prétentions et des moyens de fait et de droit au juge, les parties doivent être égales. Tel n'est pas le cas si une personne, fut-elle magistrat agissant en toute indépendance peut intervenir auprès des juges du siège, ou rédiger un rapport qui n'est pas communiqué aux parties, alors que ces dernières sont privées du droit de répondre aux arguments présentés.

74. A cet égard, la procédure, devant les diverses chambres de la Cour européenne des droits de l'Homme : constatant que le rapport du conseiller rapporteur intégralement communiqué à l'avocat général n'était pas communiqué aux parties dans le cadre des procédures sans représentation par avocat obligatoire, la Cour européenne a considéré que le procès équitable n'était pas respecté. Bien qu'aucune décision du Conseil constitutionnel n'ait fixé la jurisprudence sur ce point, l'appréciation du principe d'égalité suppose de vérifier que les règles d'organisation judiciaire et de procédure devant les juridictions aient été au préalable d'une manière suffisamment stables et certaines pour garantir une égalité des chances entre les parties¹⁶⁰.

Selon l'auteur, cette idée « d'égalité des armes » qui doit dominer le procès tout entier est proche du principe de non discrimination défini à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'interdiction de discrimination à l'égard de la femme a été

¹⁵⁸ N. FRICERO et P. PEDROT in *Libertés et droits fondamentaux*, op.cit.

¹⁵⁹ R. MARTIN, *L'article 6-1 de la Convention européenne contre l'article 12 NCPC*, D.1996, chron.20.

¹⁶⁰ C.E.D.H, MEFTAH c/France, 26 avril 2001, D.2002, Som.p.687 obs.N. FRICERO.

mentionnée dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979. A l'article 15 alinéa 2 de ladite Convention, on peut lire : « les Etats parties reconnaissent à la femme, matière civile, une capacité juridique identique à celle de l'homme et les mêmes possibilités pour exercer cette capacité. Ils lui reconnaissent en particulier des droits égaux en ce qui concerne la conclusion de contrat et l'administration des biens et leur accordent le même traitement à tous les stades de la procédure judiciaire ».

75. Mais la conception de l'égalité qui prévaut en droit français et sénégalais mérite d'être relativisée en ce sens qu'elle peut s'apprécier en fonction des circonstances qui entourent l'édiction des textes législatifs et surtout l'intention du législateur. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel français affirme que si « le principe d'égalité devant la loi implique qu'à des situations semblables, il soit fait application de solutions semblables, il n'en résulte pas que des situations différentes ne puissent faire l'objet de solutions différentes. »¹⁶¹ L'écrivain et penseur roumain VASILE STANCIEI écrivait : « le principe de l'égalité des personnes devant la justice, appliqué sans nuance aux hommes détachés de leur milieu social, peut aboutir à des injustices ».¹⁶²

Ainsi, de même que la loi , expression de notre aspiration commune à plus d'égalité, réserve un sort plus protecteur aux plus faibles, aux plus démunis, aux plus vulnérables, sans aller pour autant aussi loin qu'aux Etats-Unis avec le développement de « *l'affirmative action* » qui, de fait, fait pencher la balance en faveur des minorités ; de même, l'exigence d'égalité ne peut être réalisée que si les mécanismes judiciaires prennent en compte les différences existant entre les individus. En cela, nos règles constitutionnelles rejoignent le principe fondamental du service public qu'est l'égalité d'accès et de traitement de l'utilisateur devant le service public de la justice.¹⁶³ Le principe d'égalité doit être appliqué avec parcimonie. Cela suppose néanmoins que les parties se trouvent dans la même situation.

A cet égard, il a été jugé que le législateur viole le principe constitutionnel de l'égalité des citoyens lorsque, en adoptant une loi instituant une nouvelle procédure (rabat d'arrêt) il n'ouvre cette nouvelle voie de recours qu'à certains d'entre les justiciables selon qu'ils

¹⁶¹ C.C 12/07/1979 *Ponts à Piège*, RDP 1979, 169.

¹⁶² Cité par J.F. BURGELIN in Ouvrage collectif *Le service public de la justice*, op.cit., p.82.

¹⁶³ J.F.BURGELIN, op.cit., p.83.

cherchent à remettre en cause une sentence non entièrement exécutée ou une sentence exécutée, en violation du principe de l'égalité devant la loi et devant la justice consacré par l'article 6 de la Déclaration de 1789, l'article 7 de la Déclaration de 1948, l'article 3 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des peuples et les articles 1 et 7 de la Constitution du Sénégal.¹⁶⁴

76. Quant à l'égalité devant les règles substantielles, il faut citer l'article 1 de la Constitution du 22 janvier 2001 : « La République du Sénégal est laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de religion. Elle respecte toutes les croyances ». En effet, l'une des caractéristiques de la loi c'est sa généralité. La loi s'applique à tous donc sans distinction et de façon impersonnelle. Il n'y a donc pas de lois pour les adeptes d'une religion d'autant que la laïcité est de mise au Sénégal, même si la liberté de conscience est consacrée à l'article 24 de la Constitution. Il n'existe pas non plus de lois pour les riches et les pauvres, pour les Blancs et les Noirs. Tous les justiciables sont égaux devant la loi.

Pour rappel, les habitants des quatre communes du Sénégal (Gorée, Rufisque, Dakar et Saint-Louis), de même que leurs descendants, au-delà des colons, jouissaient d'un privilège d'être justiciables devant les juridictions françaises. Mais cette situation a connu une épilogue avec l'ordonnance 60-17 du septembre 1960 portant organisation judiciaire au Sénégal. Désormais, il n'existe plus au Sénégal des juridictions dites de droit français et des juridictions de droit local¹⁶⁵.

Pour quelque motif que ce soit, le cours de la justice ne doit être interrompu. De plus, dans quelque lieu qu'il se trouve, le justiciable doit pouvoir saisir le juge. Ce qui nous amène à examiner le principe de la continuité de la justice.

¹⁶⁴ Décision N° 2/C/93 du 23 juin 1993 du Conseil constitutionnel sénégalais.

¹⁶⁵ Dans son article intitulé *L'organisation judiciaire des Etats d'Afrique et de Madagascar*, Revue juridique et Politique d'Outre-Mer, 1962 janvier-mars, 16^e année, G.MANGIN soutient que la distinction des juridictions dites de droit français et des juridictions de droit local s'expliquait par le souci du législateur français de donner aux pays d'Outre-Mer une justice offrant toutes les garanties possibles et pour ce motif se rapprochant du système métropolitain et également par un souci de respecter les coutumes indigènes. Mais n'est-ce pas aussi parce que le législateur Français s'est heurté à la réaction locale ? V. Article de F. LUCHAIRE, *L'apport européen dans l'élaboration des droits nationaux des pays en développement : les modèles continentaux*, Revue administrative, N°102, 17^e Année novembre-décembre, 1964 p. 571.

En tout état de cause, une Commission de législation générale et de l'organisation judiciaire avait reçu de l'Assemblée Constituante fédérale en 1959 la mission d'étudier les modifications à apporter aux institutions judiciaires. Elle présenta des propositions à la suite desquelles une unification de toutes les juridictions aussi bien en matière de droit moderne qu'en matière de droit coutumier et administratif fut réalisée. En conséquence, il n'y a plus au Sénégal qu'un seul ordre de juridiction quelque soit le statut des justiciables et pour tous les procès sans distinction.

C. LA CONTINUITÉ DE LA JUSTICE

Elle s'apprécie dans le temps (1) et dans l'espace (2)

1. LA CONTINUITÉ DANS LE TEMPS

77. Les tribunaux ne siègent pas par intermittence, mais régulièrement, sans interruption d'où donc interdiction de grève de la part des magistrats.¹⁶⁶ L'article 11 de la loi organique sénégalaise 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats interdit aux magistrats de faire la grève. Le droit de grève se définit comme une suspension collective et concertée en vue de faire aboutir une revendication professionnelle. Cette définition est analogue à celle donnée par la Cour de cassation française dans un arrêt du 19 décembre 1989. Selon la Cour de cassation, la grève est une « cessation collective et concertée du travail en vue d'obtenir la satisfaction de revendications d'ordre professionnel ».¹⁶⁷ Cette définition met en évidence les caractéristiques de la grève à savoir une cessation de la prestation, une action collective, la durée de l'action, un mouvement concerté et enfin l'existence de revendication professionnelle. En effet, on ne peut parler de grève qu'en cas de cessation totale ou complète du travail. En outre, l'interruption du travail doit être collective. Enfin, la grève doit tendre à la satisfaction des revendications professionnelles.

78. En droit français, avant 1946, le droit de grève n'était pas reconnu. Il a été combattu notamment par la loi le Chapelier de 1791. Les personnes qui se mettaient en grève étaient licenciées sur le champ. Dans la fonction publique, la reconnaissance du droit de grève a été particulièrement difficile d'autant plus que l'on considère que les services publics doivent fonctionner de manière continue. C'est l'exemple de Léon Duguit qui soutient que : « l'interruption, même pendant un temps très court, d'un service public est contraire avec l'existence même de l'Etat, le service public constituant un élément essentiel de l'Etat ».¹⁶⁸

Mais à partir de 1946, l'alinéa 7 du préambule de la Constitution de 1946, qui appartient au bloc de constitutionnalité, dispose que le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent. C'est donc un principe à valeur constitutionnelle.

¹⁶⁶ P. CATALA et F.TERRE, *op.cit.*, p.36.

¹⁶⁷ Cass. Com. 19 déc. 1989, Dalloz, 1990 p. 372, note Y.SAINT-JOURS.

¹⁶⁸ L. DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, 2 éd. Tome 3, p.161.

La Constitution sénégalaise, en son article 20 abonde dans le même sens : « le droit de grève est reconnu. Il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent. Il ne peut en aucun cas porter atteinte à la liberté du travail. » Cet article a suscité une polémique et une interrogation.¹⁶⁹ Mais si le droit de grève constitue un droit fondamental du travailleur se rattachant aux groupes des libertés publiques, il n'en demeure pas moins que son exercice doit non seulement se conformer avec les nécessités de l'ordre public mais également avec les exigences du service public à savoir la continuité. Cela explique l'existence d'audiences de vacations qui servent à évacuer les affaires qui requièrent célérité. C'est donc une sorte de service minimum.

79. La méfiance du justiciable à l'endroit de la justice qu'il considère déjà comme étant lente serait d'autant plus grande si l'on accordait aux magistrats le droit de grève. Sous aucun prétexte, le cours de la justice ne doit pas être interrompu. Et l'article 11 de la loi 92-27 portant statut des magistrats dispose : « il leur (les magistrats) est également interdit d'entreprendre une action concertée de nature à arrêter ou à entraver le fonctionnement des juridictions ou d'y participer ». Le début des vacations des cours et tribunaux est fixé tous les ans par arrêté du Garde des Sceaux, Ministre de la justice¹⁷⁰. Un service public qui interrompt ses prestations en dehors du règlement qui le régit cesse de répondre à l'intérêt général qui le fonde et altère par là même la justification de son existence.¹⁷¹ Si tant le statut des magistrats qui leur interdit toute action concertée de nature à arrêter ou à entraver le fonctionnement des juridictions que l'organisation des services au sein des juridictions (permanence, traitement de l'urgence, services de période allégée pendant les vacances...) tend à faire en sorte que la justice soit rendue de manière continue, il faut envisager cette notion de continuité, avant tout, sous l'angle de l'effectivité de la réponse judiciaire.¹⁷²

80. Il appartient aux pouvoirs publics de faire en sorte qu'à aucun moment le service public de la justice ne soit interrompu dans l'intérêt de la bonne administration de la justice et partant du justiciable.

¹⁶⁹ I. SARR, *Faut-il davantage limiter le droit de grève au Sénégal*, Relations Sociales, N° 11, 1997, pp.9 et s.

¹⁷⁰ article 27 de la loi 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats.

¹⁷¹ D. TRUCHET cité par J. F. BURGELIN, *op.cit.*, p. 90.

¹⁷² J.F. BURGELIN, *op.cit.*, p.90.

En France, les vacances judiciaires ont été supprimées depuis 1974. Cette suppression ne signifie pas que les juges français ne prennent pas de vacances. Seulement pendant cette période, les juridictions fonctionnent selon un rythme allégé. Nous n'allons pas prôner la même chose au Sénégal parce que les magistrats ont également besoin de recul par rapport à leurs dossiers ; ce qu'il faut souhaiter c'est le fonctionnement permanent du service public de la justice. Toujours dans le souci d'assurer la permanence du service public de la justice, le législateur permet au justiciable de saisir la justice pendant des jours exceptionnels comme les dimanches et les jours fériés. La permanence de la justice s'apprécie également dans l'espace.

2. LA CONTINUITE DANS L'ESPACE

81. Affirmer un droit au juge, c'est permettre à tout individu une accessibilité constante dans le temps à l'obtention de la justice. C'est aussi lui conférer une accessibilité générale dans l'espace quelque soit l'endroit où elle est sollicitée.¹⁷³ Il existe en droit sénégalais un principe de la centralisation de la justice en vertu duquel la justice doit être rendue dans un lieu bien déterminé. Ainsi donc, tout magistrat n'a pas le droit de siéger en dehors du ressort de sa juridiction. Ce principe souffre d'une exception prévue à l'article 20 CPCS qui dispose : « les juges peuvent, si les besoins du service l'exigent tenir des audiences en dehors du lieu où ils siègent habituellement ». C'est l'exemple des audiences foraines qui sont des audiences qui se tiennent dans une commune autre que celle où est fixé le siège de la juridiction.¹⁷⁴ Le fait de tenir des audiences en dehors du lieu de siège n'est pas une obligation, il est fonction des besoins du service public. La question donc de savoir si les besoins du service public l'exigent doit être appréciée. A notre avis, elle doit provenir du magistrat certes, mais quelque fois à la demande du justiciable qui se trouve dans une zone éloignée du siège de la juridiction saisie.

La procédure en audience foraine est prévue à l'article 55 du CPCS. L'avis de comparution valant citation est remis au défendeur sur la réquisition du demandeur dans le délai fixé par le juge par un agent de l'administration désigné par le juge. L'avis contient les noms, profession, domicile ou résidence du demandeur et du défendeur, l'objet de la demande et les moyens invoqués à l'appui, le jour, l'heure et le lieu de la comparution. L'avis est signé par le demandeur qui doit remettre au juge copie certifiée destinée au défendeur. Cette copie est remise au défendeur par l'agent qui se fait délivrer un récépissé. Le CPC a prévu l'hypothèse

¹⁷³ P. COUV RAT, *op.cit.*, pp.257 et s.

¹⁷⁴ Lexique des termes juridiques p. 53.

d'un demandeur et d'un défendeur illettré. Ainsi, si le demandeur est illettré, le juge rédige l'avis à sa requête en mentionnant qu'il est illettré. Si le défendeur est illettré, l'agent chargé de la remise de l'avis dresse acte de cette remise ou en fait dresser acte par le juge.

En effet, les audiences foraines ont été instituées faute de pouvoir créer des juridictions au niveau de toutes les circonscriptions administratives. Cette justice est appréciée par nos populations rurales qui sont souvent déroutées lorsqu'on leur demande de quitter le village pour venir à la capitale quelques jours pour des litiges inférieurs à 100.000 qui les exposent à des dépenses de plus de 100.000F. Lorsque les gens voient le juge une fois par mois au moins, avec sa Land-Rover, son greffier et sa petite machine, ils ont le sentiment d'être à côté du juge.¹⁷⁵

82. La décentralisation de la justice étant une condition d'une bonne justice, il est nécessaire alors de procéder à un rapprochement des juridictions des justiciables. Ainsi, en ce qui concerne la justice civile, il est aujourd'hui nécessaire selon les professionnels de la justice à savoir les magistrats, les avocats, de procéder à la création de nouvelles Cours d'appel (le Sénégal s'y est essayé)¹⁷⁶

Toujours dans le souci de rapprocher la justice du justiciable, il a été créé des Maisons de la justice par le décret numéro 99-1124 du 17 novembre 1999 modifié par le Décret N°2007-1253 du 23 octobre 2007 relatif aux Maisons de la Justice et du Droit, à la médiation et à la conciliation. Ces Maisons de la justice jouent un rôle important en matière de conciliation, de médiation, mais également d'information du justiciable sur ses droits¹⁷⁷.

¹⁷⁵ M. SIDIBE in Actes de la conférence des Ministres de la Justice des pays de droit d'expression française 12 septembre 1980, PENANT 1981.

¹⁷⁶ Dans le cadre de la nouvelle carte judiciaire, il est prévu la création d'une cinquième Cour d'appel à savoir la Cour d'appel de Thiès pour désengorger celle de Dakar. De plus, on ne parlera plus de Tribunal départemental ni de Tribunal régional mais respectivement de Tribunal d'instance et de Tribunal de Grande Instance. Ainsi, dans le souci de rapprocher la justice des justiciables on va retirer certaines matières au Tribunal régional futur Tribunal de Grande Instance pour les confier au Tribunal départemental futur Tribunal d'instance. Pour les mêmes raisons, de nouvelles compétences en matière administrative et pénale seront dévolues au T.G.I. La Cour d'appel ne connaîtra plus de l'appel des décisions rendues par les Tribunaux départementaux en matière correctionnelle, mais s'enrichira de nouvelles affaires relatives au contentieux administratif jugé en premier ressort par le Tribunal régional.

¹⁷⁷ Selon R. THIERRY, le terme « Maisons » n'est pas neutre car il évoque ces lieux où l'on est censé se sentir à l'aise, comme chez soi : « cet espace est destiné à abriter les actions d'accueil, d'écoute, d'information, d'orientation qui forment l'un des axes premiers de l'accès au droit. Les Maisons de justice et du droit pourraient donc être à l'accès au droit et au règlement amiable ce que le Palais est au jugement ». V. RTDciv. 1999 pp.221 et s.

En France, le rapport CAZORLA sur le guichet unique de greffe consiste à spécialiser un service dans l'accueil, au siège d'une juridiction, qui centraliserait les informations et les demandes, qui aiguilleraient les personnes et les aiderait dans la formulation de leurs demandes. Ce guichet unique permettrait une meilleure proximité géographique d'accès à la justice et la centralisation de tous les services auxquels on doit faire appel pour formuler une demande en justice. L'antenne de conciliation, de consultation juridique, bureau d'huissier, bureau d'aide juridique notamment.¹⁷⁸

Depuis deux ou trois ans, les autorités sénégalaises se sont inspirées du rapport CAZORLA¹⁷⁹. Ainsi, dans le cadre du P.S.J., comportant un volet « justice de proximité » dix (10) Bureaux d'accueil et d'orientation du justiciable existent dans certains tribunaux tels que le Tribunal départemental de Pikine-Guédiawaye.

L'objectif de ces bureaux c'est, comme leur nom l'indique, donner un bon accueil et une bonne orientation aux justiciables. Ce faisant, le travail du juge s'en trouverait allégé et les cas de rejet de requête diminués. Un autre objectif de la création des bureaux c'est la lutte contre les rabatteurs qui profitent de l'ignorance des usagers de la justice en leur faisant espérer des services, pour s'enrichir. En somme, il s'agit d'intégrer dans la justice le volet management et de redorer son blason.

En France, les Maisons de la Justice ont été créées par la loi du 29 octobre 2001. Quant aux juges de proximité, ils ont été instaurés par la loi du 9 septembre 2002, dite d'orientation et de programmation pour la justice : il s'agit de mettre à la disposition des personnes lésées un juge pouvant rapidement et à peu de frais les protéger. Cette innovation a été critiquée par certains en tant qu'il aurait été plus efficace de renforcer les juges d'instance et parce qu'elle confère des pouvoirs juridictionnels à des personnes n'offrant pas les mêmes garanties que des magistrats au sens strict, ce qui a justifié l'adoption d'une loi organique le 27 février 2003.¹⁸⁰

De notre point de vue, l'inquiétude des magistrats est justifiée par une perte de pouvoirs ou de considération et non parce que les juges de proximité présentent moins de garanties qu'eux et

¹⁷⁸ J.F BURGELIN, *op.cit.*, p.91.

¹⁷⁹ Selon M. M. GUEYE, conseiller au Ministère de la Justice, du temps de l'ancien Ministre Me D. NDOYE on avait mis en place des bureaux d'accueil et d'information du justiciable, mais cette expérience s'est soldée par un échec.

¹⁸⁰ SIRE-MARTIN, *L'influence de professionnels du monde judiciaire devant la création des juges de proximité*, D.2002, Point de vue, p.3276.

ce, d'autant plus que le législateur français n'aurait pas éprouvé le besoin d'instituer des juges de proximité. Leur raison d'être participe du souci de régler rapidement les procès et à moindre frais ; mais également de rompre les obstacles géographiques qui se seraient présentés. La notion de justice de proximité recouvre non seulement une dimension géographique, mais s'entend aussi en termes de facilité d'accès à la justice, de simplicité des procédures et de rapidité¹⁸¹. Cette opinion de M. VERICEL recouvre les deux critères de la justice de proximité à savoir le critère géographique et qualitatif. Il semble aujourd'hui que c'est le second critère qui l'emporte. A notre avis, on doit pouvoir instituer des juges de proximité au Sénégal¹⁸².

Après avoir examiné la consécration de l'accès au juge par les divers instruments juridiques internationaux, régionaux et internes, de même que la portée de cette consécration, il y a lieu d'étudier l'effectivité du droit au juge car comme le soutient la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'arrêt *Airey*, il s'agit de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs.

¹⁸¹ M. VERICEL, *Pour une véritable justice de proximité en matière civile*, J.C.P 2003, N°10, p. 389.

¹⁸² Pourtant la juridiction de proximité a été supprimée en France cette année (2011) et les juges de proximité sont intégrés devant le TGI en fonction de leurs compétences.

CHAPITRE II. L'EFFECTIVITÉ DE L'ACCÈS AU JUGE¹⁸³

56. Consacrer l'accès au juge ne suffit pas. Il faut faire en sorte que ce droit ne soit pas théorique, mais effectif. La Cour européenne des droits de l'homme l'a rappelé. De plus, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que chacun a droit à un recours effectif.

Nous allons dans ce deuxième chapitre démontrer que l'effectivité de l'accès au juge est malmenée (Section 1) dans un premier temps, puis que les législateurs français et sénégalais ont mis en place des remèdes aux obstacles à l'accès au juge. (Section 2).

SECTION 1. L'EFFECTIVITÉ MALMENÉE OU LES OBSTACLES A L'ACCÈS AU JUGE.

57. Bien qu'il soit consacré tant par les instruments juridiques internationaux et internes, le droit d'accès à la justice connaît un certain nombre d'obstacles qui sont le plus souvent de deux sortes¹⁸⁴ : de fait (§1) et de droit (§2). Nous traiterons de la place des étrangers dans l'ordonnement juridique sénégalais (§3).

§1. LES OBSTACLES DE FAIT

84. Les obstacles de fait renvoient aux obstacles financiers (A), géographiques (B), sociologiques et culturels (C).

¹⁸³ Selon W. BARANES et M.A. FRISON-ROCHE : « ce qui compte, ce sont les droits. Et les droits n'existent que s'ils sont effectifs. C'est pourquoi, il n'existe de constitution que si l'on peut effectivement saisir un juge afin d'obtenir un jugement ». V. Leur article Le souci de l'effectivité du droit D.1996 chron.p. 301. Cette opinion des auteurs est confortée par M. DOBKINE dans son article intitulé *L'ordre répressif administratif*, D.1993, chron p. 159. Pour ce dernier, le droit est fait pour le justiciable et non le justiciable pour le droit-ce qui importe, ce sont les garanties réelles, tangibles, palpables offertes au justiciable.

¹⁸⁴ Selon J. MOURGEON : « une énonciation n'est significative que si l'on connaît ses aspects tant positifs que négatifs. Il ne faudrait donc pas seulement dire quels sont les droits reconnus par les Pactes et, ce faisant, décrire le domaine de la reconnaissance, mais aussi relever les imprécisions et les lacunes de la reconnaissance, donc ses limites ». V. son article *Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, A.F.D.I, 1967, p. 327.

A. L'OBSTACLE FINANCIER

85. Relativement à l'obstacle financier, il peut paraître surprenant d'en parler dans la mesure où la gratuité de la procédure est prévue par le code de procédure civile et le code du travail Sénégalais. Mais encore faudrait-il préciser le sens de la gratuité de la justice et dire qu'il n'appartient pas aux plaideurs de payer le juge. Ce dernier est un fonctionnaire payé par l'état¹⁸⁵. Dès 1790, le décret du 16-24 août en son article 2 l'affirme « la vénalité des offices de judicature est abolie pour toujours. Les juges rendront gratuitement la justice et seront salariés par l'Etat ». De ces observations, il résulte que tous les autres acteurs qui interviennent dans le procès doivent être payés. C'est le cas notamment des huissiers, des experts et des avocats.

En effet, les honoraires des avocats, les émoluments des officiers public ou ministériel, les avances et autres frais de l'instance doivent être payés. Il en est de même des frais de déplacement du magistrat. En outre, il y a lieu de relever que la gratuité de la procédure a un domaine limité. Il ne concerne que le droit de la famille et le droit du travail; ce qui a poussé une doctrine autorisée à préconiser l'extension de la gratuité à toutes les matières.¹⁸⁶

86. Plusieurs dispositions du Code de procédure civile sénégalais mettent en exergue le caractère non gratuit de la procédure. C'est l'exemple de l'article 3 qui dispose que les frais d'assignation restent à la charge de son auteur et ne peuvent être passés en dépens. L'article 5 du même code ne dit pas autre chose lorsqu'il précise que le demandeur est tenu de consigner au greffe du tribunal départemental qu'il saisit, une somme suffisante pour garantir le paiement des droits de timbre et d'enregistrement au droit fixe. Les articles 56, 56 bis et 56 ter

¹⁸⁵ Certains auteurs ne croient pas à la gratuité de la justice. C'est l'exemple de C. LOYER-LARHER qui soutient dans son article intitulé *L'article 700 NCPC et le remboursement des frais non compris dans les dépens*, D. 1977, p. 205 et s que : « la justice, en raison de la complexité des problèmes qu'elle pose, ne peut être bon marché. Un service public qui traite de l'homme et de son milieu, qui doit résister aux pressions de multiples groupes d'intérêt, ne peut qu'être coûteux si l'on veut qu'il soit rapide, efficace, protecteur des libertés individuelles. (...) Seule une justice extrêmement sommaire peut être rendue sans frais. Mais une fois admise cette réalité que beaucoup feignent d'ignorer, reste à déterminer qui va en supporter le coût. La réponse dépend en fait, très largement, d'une option politique. Ou bien l'on considère que la justice civile concerne essentiellement des litiges entre particuliers, que chaque procès est uniquement affaire privée entre les parties ; à elles de supporter les frais. Ou bien, l'on admet que le fait de rendre la justice est un service d'intérêt public au même titre que la protection de la santé ou l'éducation, et qu'aucun barrage financier ne doit en limiter l'accès ». De notre point de vue, nous pensons que cette opinion de l'auteur mérite examen dans la mesure où le fait d'engager des frais pour que justice soit rendue n'est pas gage de rapidité et d'efficacité de celle-ci. D'ailleurs, il nous semble que l'auteur prône un accès ouvert à la justice qui ne peut se réaliser que lorsque le coût de celle-ci n'est pas très élevé.

¹⁸⁶ K. MBAYE, *Propos d'un juge*, N.E.A.S, 2006, p.150.

s'inscrivent dans la même lancée. Le seul cas d'exonération de la consignation c'est que le demandeur bénéficie de l'assistance judiciaire. Et s'il ne consigne pas une somme suffisante, il n'est donné aucune suite à sa demande dont l'irrecevabilité en l'état est constatée par une mention apposée par le Président sur l'acte de saisine de sa juridiction. Il est interdit à tout greffier en chef d'enrôler une assignation non revêtue de l'attestation de provision. Et le juge est tenu de contrôler d'office, dès l'appel de la cause, l'accomplissement de cette formalité de consignation préalable. En son absence, il ne pourra accorder renvoi pour régularisation même si la partie adverse donne son acquiescement.

Cette situation a fait dire à Me DOUDOU NDOYE que : « là où elle n'existe pas, la provision préalable des droits de timbre et d'enregistrement a été instituée, renchérissant la justice en augmentant les tracasseries des justiciables qui seront soumis à des va et vient constants entre les greffes pour liquidation, les chefs de juridiction pour arbitrage et le receveur de l'enregistrement pour les encaissements et aussi pour les restitutions ». ¹⁸⁷

87. Une autre disposition qui décourage et dissuade le justiciable de saisir la justice c'est l'article 81 qui précise que toute partie qui succombe est condamnée aux dépens. En effet, l'issue du procès n'est pas connue d'avance par les parties et une partie peut penser qu'elle a tous les éléments pour gagner le procès et, au final, elle se retrouve perdante. Cette disposition du code de procédure civile diffère quelque peu de l'article 696 du C.P.C français qui dispose que la partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une partie. On remarque donc à l'examen de cet article que le principe qui veut que celui qui perd le procès soit condamné n'est plus absolu car le juge peut demander à l'autre partie, gagnante de surcroît de payer les dépens.

Cela peut paraître injuste pour la partie gagnante et son conseil, mais il faut préciser que dans certaines hypothèses cette règle est justifiée. C'est le cas notamment lorsqu'un justiciable perd un procès parce qu'il est défavorisé tant sur le plan économique que juridique c'est-à-dire lorsqu'il a des ressources financières insuffisantes et lorsque son adversaire a pu se payer les meilleurs avocats ¹⁸⁸. C'est donc le souci d'équité qui sert à justifier cette disposition. Et cela

¹⁸⁷ D. NDOYE, *La Cour de cassation au Sénégal*, E.D.J.A, 1992, p.10.

¹⁸⁸ En France, certains auteurs justifient la raison d'être de l'article 700 C.P.C.F par l'abus de procédure. C'est le cas lorsque le demandeur assigne la partie adverse, sans avoir des moyens sérieux à faire valoir, dans le seul but de lui porter dommage.

C'est le cas aussi lorsque le défendeur, par une résistance sans fondement aux prétentions formulées, contraint l'adversaire à recourir à une onéreuse procédure judiciaire. V. J.M. PANSIER, *Abus de procédure, article 700 du Code de procédure civile et référé*, J.C.P. 1983 .I. 2105.

est confirmé par l'article 700 du même code où il est même dit que lorsqu'une partie est condamnée à payer des frais outre les dépens, le juge tient compte de l'équité ou de sa situation économique. Il reste à plaider pour que des dispositions similaires soient intégrées dans notre ordonnancement juridique¹⁸⁹. C'est en tout cas le souhait de Me Alioune Badara Cissé.¹⁹⁰

88. Contrairement au Sénégal, en France, la suppression des frais de greffe, même si elle n'a pas rendu la justice totalement gratuite, allège tant soit peu la cherté de la justice. Les frais de greffe dont il s'agit sont les frais de transport, les droits de timbre, les frais de séjours des magistrats. L'article 12 de la loi n° 77-1468 du 30 décembre 1977 sur la gratuité de la justice dispose : « les actes d'huissiers accomplis en application des règles de procédure se rattachant directement à une instance ou à l'exécution d'une décision de justice, sont dispensés des droits d'enregistrement ». Les frais de greffe sont mis à la charge de l'Etat. Seuls les justiciables qui bénéficient de l'assistance judiciaire ne paient pas au Sénégal les droits de greffe.

Au Sénégal, il existe un arrêté interministériel n°0087661 MJ/AGS du 14.09.1993 fixant le barème des provisions. Le critère de fixation du montant de la consignation n'est autre que l'aboutissement de l'instance, en ce sens que la provision est plus importante si elle aboutit à un jugement qu'à une ordonnance de référé. L'article 1^{er} de l'arrêté dispose « le montant de la provision à verser par le demandeur qui introduit une instance civile, est fixé comme suit : devant la cour d'appel : une instance devant aboutir à un arrêt 24000frs (soit droits

¹⁸⁹ V. Article de J.P. ROUBY Gaz.Pal 1977.1. p.160, *Plaidoyer pour un article 700*. Selon l'auteur, si depuis toujours les frais de justice firent l'objet d'une répétibilité mise à la charge de la partie succombante, il était de tradition que les honoraires des avocats continuaient à être supportés par la partie qui les avait avancés sans qu'ils puissent faire l'objet d'une quelconque indemnisation. L'accès à la justice semblait donc réservé à ceux possédant les moyens financiers d'avancer tous les frais de l'instance. Cette lacune fut comblée par l'article 700 du C.P.C français.

¹⁹⁰ Me Alioune Cissé soutient dans son article intitulé « *Quand le Conseil national du Patronat sénégalais s'intéresse aux honoraires des avocats* », EDJA N°47-2000, pp. 57 et s que : « faire à la partie succombante grâce des honoraires d'avocats avancés par la partie victorieuse, est une grave injustice à corriger, car la vertu du procès n'est pas d'appauvrir celui qui a raison ». C'est dire, poursuit l'avocat, que la position figée sur l'irrépétibilité présumée des honoraires d'avocat sur la partie succombante ne doit pas nous faire rater les derniers wagons du train en partance qui restent à notre portée. Ce serait perdre l'occasion de disposer d'un instrument efficace de discipline du justiciable, de promotion de l'accès au prétoire du juge pour les causes juridiquement défendables, de développement chez tout le monde du réflexe préventif auquel l'assurance de protection juridique doit son essor fulgurant dans le monde moderne ».

Par rapport à l'irrépétibilité des honoraires des avocats, il faut dire que l'article 258 du Code CIMA dispose que : « les frais de toute nature peuvent être, soit remboursés à la victime sur présentation des pièces justificatives, soit être pris en charge directement par l'assureur du véhicule ayant causé l'accident ». C'est l'exemple aussi de l'article 64 du Règlement N°1/96/CM portant règlement de procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA qui précise que sont considérés comme dépens récupérables les sommes dues aux témoins et aux experts, les frais de déplacement et de séjour et la rémunération d'un agent ou d'un avocat.

d'enregistrement : 16000frs, droits de timbre 8000frs) instance devant aboutir à une ordonnance 6000 à 8000 (soit droits d'enregistrement 4000, droits de timbre 2000 à 4000frs) ». Or, on devait faire allusion au montant de la réparation demandée, à celui de la créance dont le recouvrement est demandé. Ainsi, la personne qui compte agir pour une créance de moindre somme préférera ne pas être payée plutôt que de saisir le juge.

L'indigence sera également un obstacle dans la mesure où, pour pouvoir verser une provision il faut d'abord être en mesure de le faire au lieu de s'endetter. Alors qu'on ne peut connaître à l'avance l'issue du procès.¹⁹¹ Ce point de vue est pertinent en ce sens que lorsqu'un justiciable saisit la justice pour se faire indemniser par exemple, il ne s'attend pas à ce que les frais de justice soient plus onéreux que les indemnités demandées¹⁹².

89. Pour mettre en évidence la cherté de la justice, BAUDELAIRE soutenait « je dois dire que j'ai été traité par la justice avec une courtoisie admirable... Mais, je dois acquitter des frais inintelligibles pour moi et qui dépassent les facultés de la pauvreté proverbiale des poètes.¹⁹³ M. RIALS parle de la difficulté pour le justiciable à évaluer la charge d'un procès.¹⁹⁴ Selon lui, il y a quatre paramètres qui entrent en ligne de compte : l'issue aléatoire de beaucoup d'affaires notamment en raison des interprétations différentes, des textes fournis par les tribunaux, la durée incertaine du procès qui peut s'arrêter en première instance ou au contraire franchir tous les degrés de juridiction jusqu'en cassation ; en cas de triomphe, le non remboursement des frais exposés en raison de l'insolvabilité du perdant, enfin, l'impossibilité de déterminer avec précision les frais et honoraires de l'avocat en conséquence de ce qui précède. Et l'auteur de conclure : « la charge financière peut ainsi varier du simple au décuple et représenter parfois une dépense très supérieure à l'intérêt du litige »¹⁹⁵

Comme on peut le constater, la justice constitue un luxe au Sénégal en ce sens qu'elle n'est pas à la portée des infortunés mais plutôt des gens fortunés. Ce qui est une discrimination au

¹⁹¹ A. FAYE, *Le procès juste et équitable au Sénégal*, in Séminaire sur les récentes modifications du code de procédure civile du Sénégal E.D.J.A 2003, p. 59.

¹⁹² Au-delà de l'arrêté interministériel fixant le barème des provisions comme preuve d'obstacle financier, nous avons l'arrêté ministériel n°11032 en date du 26 décembre 2008, fixant le barème de référence des honoraires des avocats à partir du 1^{er} novembre 2008, J.O. n° 6467 du 2 mai 2009. Il ne faudrait pas également perdre de vue le décret n°84-1239 du 29 octobre 1984 modifiant le tarif des huissiers en matière civile et commerciale, JORS n°5039 du 8 décembre 1984, p. 788. Tout ceci traduit l'idée de frais liés à l'enrôlement du dossier et de frais liés au déroulement de l'instance V. Thèse de P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, janvier 2010 U.G.B, p.224.

¹⁹³ Cité par M. Moustapha SEYE, *L'assistance judiciaire au Sénégal*, Mémoire UCAD Année 1992-1993, Salle de travail de la Faculté de Droit de l'UCAD.

¹⁹⁴ A. RIALS, *L'accès à la justice*, Que sais-je ? N°2735, Paris, PUF 1993.

¹⁹⁵ A. RIALS, *op.cit.*

détriment des indigents. Comme le disait Jean CARBONNIER, les pauvres sont des non sujets de droit. Il faut comprendre par là qu'ils ont vocation théorique à être sujets de droit, mais qu'ils sont empêchés de l'être en fait.¹⁹⁶

Un contentieux peut subvenir en matière d'honoraires entre un client et son avocat. Dans une décision du Tribunal de Première Instance -Tribunal Régional aujourd'hui- n°680 du 31 mars 1979, affaire Maître X contre Héritiers P, le juge s'est basé sur l'article 467 COCC pour poser des critères d'honoraires : l'avis donné, l'importance du travail fourni, la nature des procès soutenus¹⁹⁷. N'est donc pas pris en compte l'intérêt du litige parce que le pacte dit de *quotas litis* est rejeté par la jurisprudence et la doctrine. L'intervention du juge se justifie par le fait que le décret n°60-309 du 3 septembre 1960 portant création d'un barreau près la Cour d'appel du Sénégal ne contenait aucune disposition concernant les honoraires des avocats. A partir de la loi 84-09 du 4 janvier 1984 portant création de l'ordre des avocats, des critères ont été prévus par le Règlement Intérieur du Barreau et l'arrêté ministériel pour les années judiciaires 1983/ 1984, 1984/ 1985. Il en est de même des arrêtés précités.

Au-delà des obstacles financiers, il existe des obstacles géographiques.

1. LES OBSTACLES GÉOGRAPHIQUES

90. L'accessibilité à la justice est fonction de la proximité spatiale des juridictions.¹⁹⁸ Le législateur Sénégalais s'est essayé à rapprocher la justice du justiciable et ce, dès les premières années des indépendances par la création des juges de paix remplacés aujourd'hui par les tribunaux départementaux.

Aujourd'hui, l'institution des Maisons de justice participe de ce souci de rapprocher la justice du justiciable. La lecture du décret n°1124 du 17 novembre 1999 relatif aux Maisons de justice, à la médiation et à la conciliation permet de constater que la Maison de justice a pour fonctions essentielles d'organiser ou faciliter un traitement de proximité (...) des affaires de la vie quotidienne. Toutefois, l'effort de décongestion de l'appareil judiciaire s'avère insuffisant et ce, comme le constate le rapport du PNBG.

¹⁹⁶ CARBONNIER cité par F. BARKA, *Le maintien dans un logement*, R.D.SS, 1999 p.306.

¹⁹⁷ TPI Dakar N° 680 du 31 mars 1979 affaire Me X c/ Héritiers P EDJA N° 9 novembre 1988.

¹⁹⁸ R.D. SEGUI, *L'accès à la justice et ses obstacles*, in *l'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*- Colloque 1993- AUPELF-UREF, 1994, pp. 241 et s.

Selon le rapport, la justice est éloignée du justiciable tant par sa répartition géographique que par son architecture : « le système judiciaire sénégalais, tel qu'il été conçu dans l'ordonnance de 1960 avait prévu pour chaque région un tribunal du travail, un tribunal régional et pour chaque département, un tribunal départemental. Il été également prévu la création de plusieurs cours d'appel. Aujourd'hui, malgré l'installation de tribunaux dans tous les départements, certaines régions sont dépourvues de tribunaux de travail ».¹⁹⁹ Dire que toutes les régions n'ont pas de tribunal du travail signifie qu'un justiciable qui habite dans une région où il n'existe pas une juridiction de second degré doit se déplacer vers une qui en a pour obtenir gain de cause.

Enfin, on peut relever des obstacles sociologiques et culturels.

2. LES OBSTACLES SOCIOLOGIQUES ET CULTURELS

91. Dans la plupart du temps, le justiciable sénégalais refuse de recourir aux juridictions d'Etat. On a relevé lors du premier congrès de l'Institut international du Droit d'expression française, tenu à Fort-Lamy en 1966, la fuite des africains devant les tribunaux classiques. Au second congrès tenu l'année suivante à Dakar, on fit le même constat. De l'avis du professeur ALLIOT, « il n'y a pas plus de 1% des affaires coutumières qui sont soumises aux tribunaux traditionnels, le reste étant réglé par les chefs selon leurs procédés ancestraux en dehors de toute intervention de l'Etat²⁰⁰.

En paraphrasant le juge KEBA M'BAYE, on peut préciser que « la fierté du sénégalais est de pouvoir dire : je n'ai jamais mis les pieds dans un tribunal ou un commissariat de police »²⁰¹. D'avoir affaire à la justice reste encore perçu, partout en Afrique, comme une atteinte à l'honorabilité et à la dignité humaine. L'africain, même s'il vit dans une case, ne supporte pas d'être enfermé dans une cage. Et, malheur au justiciable qui osera se prévaloir de sa décision de justice contre sa communauté et même contre un des membres de celle-ci. Il s'y exclurait lui-même ou s'exposerait à des sanctions. G.PONTIE et M. PILON expliquent : « La femme, qui aura obtenu le divorce continuera à faire l'objet de pression de la part de sa famille. Le mari, délaissé, qui n'aura pas obtenu, au tribunal, le remboursement

¹⁹⁹ Rapport PNBG.

²⁰⁰ M. ALLIOT, *Les résistances traditionnelles* in R.J.P.I.C., 1967, pp.245 et s.

²⁰¹ K. M'BAYE, *Le droit en déroute, liberté et ordre social*, Neuchâtel, Editions de la BANONNIERE, 1969.

intégral des prestations liées au mariage, continue à réclamer. Le dissident devra se résigner à quitter le village ou à payer sa réintégration sociale de quelques concessions... »²⁰².

Cette situation n'est spécifique aux justiciables sénégalais. Tout près du Sénégal, en Mauritanie, c'est la même attitude qui est observée comme le précise un auteur : « à l'instar des autres populations africaines, les justiciables mauritaniens vivent en marge du droit « moderne » et conformément à leurs coutumes islamiques. Le Code des Obligations et des Contrats continue d'être boudé au profit des coutumes islamiques qui régissent le statut personnel notamment celles qui réglementent le mariage, la succession, la dot, la polygamie. La même attitude est observée à l'égard des institutions et procédures « modernes », dont les juridictions notamment. Malgré les efforts déployés d'abord par le colonisateur français et ensuite par l'Etat mauritanien pour « rapprocher la justice des justiciables », les contentieux sont réglés en dehors des tribunaux et conformément à la coutume musulmane²⁰³ ».

En effet, la société africaine est censée reposer sur un consensus caractérisé par la volonté d'asseoir une véritable paix sociale qui tire ses fondements dans les valeurs culturelles du groupe. Dès lors, il s'avère indispensable d'écarter tous les facteurs de division au profit du dialogue dans les conflits. C'est la démocratie à l'Africaine qui confère une place importante à l'homme. On dit que sous l'arbre à palabre, ce qui est primordial, c'est la recherche patiente de la vérité qui renforce le pacte social... C'est en cela que la vérité consacrée revêt un caractère social.

A coté des obstacles financiers, géographiques, sociologiques et culturels ou obstacles de fait, il existe des obstacles juridiques.

§2. LES OBSTACLES JURIDIQUES

92. Parmi les nombreux obstacles juridiques qui minent l'accès à la justice, on peut citer l'ignorance de la règle de droit, le langage du droit, la complexité de la procédure.

A. L'IGNORANCE DE LA RÈGLE DE DROIT

²⁰² G. PONTIE et M. PILON, *Un exemple de justice au quotidien : les conflits matrimoniaux au Togo*, in la justice en Afrique pp. 104 et s.

²⁰³ H. RAMDAN, « *Le fonctionnement de la justice dans les pays en voie de développement: le cas de la Mauritanie* », Thèse, UCAD 2005, p.360.

93. En effet, nombreux sont les citoyens sénégalais qui ignorent tout de la loi. Cette situation constitue, à n'en point douter, un obstacle majeur à l'accès au prétoire. Et pourtant, le principe qui prévaut c'est que nul n'est sensé ignorer la loi, c'est-à-dire qu'une fois la loi votée par le parlement, promulguée par le Président de la République et publiée au journal officiel, aucun citoyen ne peut avoir pour excuse son ignorance. Mais ce principe est vidé de son sens dans la mesure où il existe un nombre important d'analphabètes à défaut de personnes très peu scolarisées au Sénégal.

A en croire le rapport du PNBG, au Sénégal, environ plus de 50% de la population sont encore dans l'ignorance des textes de lois. Ce faisant, la présomption d'une égale connaissance de la loi par les citoyens est un leurre car la loi est inconnue de la plupart des sénégalais, et surtout dans un contexte d'inflation des textes législatifs et réglementaires. Et pourtant, c'est au nom de cette fiction que doit être rendue la justice. Et à supposer que la loi soit connue, encore faut-il qu'elle soit compréhensible. Il y aurait beaucoup à dire du langage judiciaire.²⁰⁴

B. LA TECHNICITÉ DU LANGAGE JUDICIAIRE

94. Au Sénégal, la langue officielle est le français. Mais pour que la langue française puisse être considérée comme la langue du droit, ou d'une partie du droit, il a fallu l'intervention des pouvoirs publics. Cette opinion est d'autant plus crédible qu'à l'article 1 de la constitution du Sénégal, il est précisé que la langue officielle est le français, c'est donc la langue de travail et partant, la langue du procès.

95. En France, si dans les années 1830, la Cour de cassation a semblé hésiter sur la validité d'actes produits devant le juge dans une langue autre que le français, très rapidement, elle a adopté une attitude particulièrement claire et vigoureuse en faveur de l'exigence de la langue française dans l'arrêt du 4 août 1859 GIORGI contre MASASPINO ²⁰⁵ relatif à un recours contre un arrêt de la Cour de Bastia infirmatif d'un jugement du tribunal de Calvi et qui annulait un exploit d'ajournement rédigé en Corse, en langue italienne. L'un des intérêts de cet arrêt c'est que la Cour de cassation considère que la règle, qui veut que les actes publics

²⁰⁴ BURGELIN J.F, *op.cit.*, p.84. La question de l'accessibilité matérielle et intellectuelle est assez préoccupante aussi bien en France qu'au Sénégal. C'est ainsi qu'à côté du Journal officiel comme moyen d'information sur le droit, nous avons les sites internet des gouvernements respectifs.

²⁰⁵ Dalloz 1859,1, p 453.

soient rédigés en français, a le caractère, non d'une simple règle de procédure, mais d'un principe d'ordre public et doit, par suite, être observée à peine de nullité et cela quoique la nullité, prononcée non seulement de l'édit de décembre 1968 pour les Flandre, et par l'arrêt du conseil du 30 janvier 1968 pour L'Alsace ne soit pas écrite, ni dans l'ordonnance de 1539 ni dans l'arrêté du 24 prairial de l'an XI.

Dans un arrêt du 1^e janvier 1989 portant sur un litige relatif à l'application d'une clause attributive de compétence rédigée en anglais et figurant dans un contrat conclu entre une société américaine et une société française, la cour a annulé l'arrêt rendu par défaut de motivation en langue française.²⁰⁶ Cet arrêt se borne à déclarer que « à peine de nullité les jugements doivent être motivés en français ». Les commentateurs s'interrogent néanmoins sur l'étendue du champ de l'obligation de l'utilisation de la langue française : porte-t-elle sur l'ensemble des documents composant le recours ou bien le juge admettrait-il que certains documents puissent être rédigés dans une autre langue ? Il semble et c'est ce que décide le juge administratif, que seuls peuvent être pris en considération les documents rédigés en français. C'est d'ailleurs la seule interprétation qui paraît conforme à la loi.²⁰⁷

Ainsi, à plusieurs reprises, le juge a rappelé que les actes de procédure ainsi que les documents apportés par les parties doivent être rédigés en langue française ou du moins, pour les seconds, comporter une traduction en français.²⁰⁸ Sans doute, on peut effectivement dire que la raison déterminante de l'exigence rigoureuse affirmée par le juge tient d'abord « à la bonne administration de la justice » ainsi que le déclarait la Cour de cassation de 1859, et non pas celui de défendre la langue française.²⁰⁹ Nous souscrivons entièrement à cette opinion car il serait mal vu que dans un procès tous les documents ne soient pas écrits dans la même langue. Une traduction fidèle s'impose le cas échéant et ce, dans le souci de respecter le principe de l'égalité des armes.

Le fait que la langue du procès soit le français porte préjudice à beaucoup de justiciables qui, non seulement ne connaissent pas les textes, mais encore ne maîtrisent pas le français. Dénoncé tout au long des XVI et XVII siècles comme un parler inaccessible à chacun, le

²⁰⁶ Cass. Civ 2^e, 11 janv. 1989, D. 1989. Som. 181, obs M. JULIEN.

²⁰⁷ J.M. PONTIER, *Le droit de la langue française*, Dalloz, 1997, Collection « Connaissance du droit ».

²⁰⁸ Crim. 4 Mars 1986, TARKSAN FRANCK, D.1987, Som. 78, obs. J. PRADEL.

²⁰⁹ J. PRADEL, Observations précitées.

langage juridique est encore considéré comme un jargon incompréhensible, réservé aux juristes.²¹⁰

Selon Mme Cécile ROBIN, le sentiment d'étrangeté qui se dégage du langage juridique n'est que le reflet de la spécificité nécessaire d'un langage technique appréhendant la vie juridique. Ce point de vue mérite d'être adopté dans la mesure où le droit, comme toute science se doit d'avoir un langage qui lui est propre même si certains auteurs ne partagent l'opinion de la spécificité du langage juridique. Selon H.PH.VISSERT HOOFT, le langage du droit n'est pas « un langage à part » comme l'est par exemple le langage mathématique.²¹¹

Mais, il nous semble que l'opinion de cet auteur ne résiste pas à l'examen parce que la spécificité du langage juridique s'apprécie plus par la signification qui résulte d'un mot que par la racine de celui-ci. C'est ainsi que les mêmes mots de la langue française comportent des significations différentes selon que l'on se trouve dans le langage ordinaire, courant ou dans la sphère juridique. Et d'ailleurs, l'auteur reconnaît que le langage du droit est un usage spécialisé du langage ordinaire; spécialisation, on l'a vu, se fonde tout simplement sur une spécialité de « sens ». Le sens de ce que veut dire le droit. Cette spécialisation pourrait – on dire, traverser le langage ordinaire et le conforme aux besoins du droit.

96. Maîtrisant mal le langage du procès, le justiciable se trouve dans l'obligation de recourir à un professionnel du droit notamment à un avocat et subsidiairement à l'huissier qui va lui rédiger des actes de procédure. Très rares sont en effet ceux qui peuvent se vanter de comprendre tous les termes d'une sommation par huissier, d'un acte notarié d'un jugement ou de tout autre acte de pratique judiciaire, sans avoir recours à un technicien de la justice.²¹²

Cette situation est analysée par Mme ROBIN comme étant une dépossession du justiciable en ces termes : « le plaideur est dépossédé de son conflit par l'intervention d'un tiers, seul habilité à accomplir des actes écrits, ou par sa difficulté en tant que profane à rédiger l'acte juridique exigé²¹³ ». Et l'auteur de conclure « l'introduction du conflit en justice ne s'effectue

²¹⁰ C. ROBIN, *La langue du procès*, L.G.D.J., P.U de Clermont Ferrand 2000 Collection des Thèses. Vol.9.

²¹¹ V. HOOFT.H.PH, *La philosophie du langage ordinaire et le droit*, Arch.Ph.Dr.Tome XIX.

²¹² H. PASCAL, *Une certaine idée de la justice*, Fayard, 1973, Collection « en toute liberté », p.128.

²¹³ C.ROBIN, *La langue du procès*, op.cit., p.144.

donc pas par le plaideur, mais par l'intermédiaire d'un tiers ; le juge a connaissance des faits à travers le représentant de chacune des parties²¹⁴ ».

Pour mettre en exergue l'ignorance du langage judiciaire par les justiciables, le juge Pascal a relaté dans son ouvrage précité certains anecdotes : c'est ainsi qu'un homme lui dit « je sors du tribunal, vous m'aviez laissé espérer une condamnation légère. Et bien ! Ils m'ont mis trois mois de prison. Mais tenez-vous bien cela ne leur a pas suffi de me coller la prison, en plus ils m'ont mis sur le sursis ». L'autre anecdote concerne la victime d'un cambriolage dont l'auteur avait été identifié et pris la fuite. Ayant appris par la presse que le juge Pascal avait décerné contre celui-ci un mandat d'arrêt, la victime est venue lui poser la question suivante « j'ai lu hier dans le journal que vous avez envoyé un mandat d'arrêt pour arrêter mon voleur. Je ne voudrais pas que ça traîne et je viens pour payer tout de suite. C'est un mandat de combien ? » Il résulte de tous ces faits que le justiciable maîtrise mal la langue judiciaire.

97. Les actes de procédure sont rédigés suivant un modèle que seuls les initiés maîtrisent, on voit mal comment le justiciable pourrait les rédiger sans leur aide.

En France, la rédaction des actes de justice notamment des actes d'huissier a été simplifiée pour faciliter aux plaideurs l'accès aux tribunaux, améliorer le règlement des litiges et humaniser les rapports entre la justice et son public.²¹⁵ En outre, il y a une commission de modernisation du langage judiciaire²¹⁶ qui s'est attachée à rechercher les moyens de rendre le langage judiciaire plus clair, plus moderne, plus intelligible et plus français. Selon cette commission, il importe en effet que la justice se fasse mieux comprendre de ceux pour qui elle est faite. Cependant la commission a estimé qu'il n'était pas souhaitable ni possible d'éliminer les termes techniques. Les travaux de la commission ont porté sur les expressions latines, les expressions étrangères, les archaïsmes et locutions surannées ou ambiguës.

Au Sénégal, des efforts ont été menés pour une meilleure compréhension des textes par les citoyens²¹⁷. C'est le cas des projets de traduction qui ont permis de disposer de certains textes en langues nationales et de la confection en langues nationales de certains manuels de

²¹⁴ C.ROBIN, *La langue du procès*, op.cit., p.146.

²¹⁵ Circulaire du 2 mai 1974 relative à la rédaction des actes d'huissier de justice, J.O, 11 mai 1974.

²¹⁶ Gaz .Pal. 1977 (2^e Sem).

²¹⁷ Il ne faudrait pas non plus oublier l'utilisation lors des procès des différentes langues nationales et la traduction de la langue du procès également.

formation en droit. Parmi les textes traduits en langues nationales, il y a la constitution du Sénégal et la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Mme Cécile ROBIN soutient que l'obstacle de la langue se retrouve à l'oral comme à l'écrit car « le profane peut difficilement utiliser son droit à la parole parce qu'il manie mal le langage et le raisonnement juridique ». Toutefois, malgré sa pertinence la thèse de Mme ROBIN mérite d'être tempérée car dans la pratique judiciaire, on permet au justiciable de s'exprimer dans la langue nationale notamment le ouolof. Au-delà des obstacles relatifs à l'ignorance de la règle de droit, l'absence de maîtrise de la langue du procès, il y a un troisième obstacle afférent à la procédure.

C. LA COMPLEXITÉ DE LA PROCÉDURE

98. Le justiciable ne maîtrise pas, sinon mal la procédure. Il ignore par exemple les différentes sortes de délais pour saisir la justice. L'accès à la justice implique aussi que le demandeur puisse aisément déterminer le tribunal devant lequel il doit agir. Etre incertain sur le type de juridiction à saisir ou sur le lieu de cette juridiction est aussi fâcheux que l'être sur le fond du droit et c'est particulièrement irritant pour les plaideurs²¹⁸. Selon M. Alioune Badara FALL : « l'organisation de l'instance impose un cérémonial et un arsenal de règles et de conditions de forme à suivre et à respecter qui découragent plus d'un justiciable africain non rompu à un tel exercice ».²¹⁹ L'auteur est arrivé à la conclusion que le juge africain est isolé.

Il est en quelque sorte « mis dans un sarcophage » par l'institution judiciaire elle-même, dans son organisation, notamment par toutes les règles de procédure et d'instance auxquelles les populations ne sont pas toujours habituées malgré les apparences. ²²⁰On serait tenté de croire que la méconnaissance des règles de procédure est atténuée par l'information que l'avocat donne à son client concernant le déroulement du procès. Mais ce serait un leurre d'autant plus que cette information est pour la plupart du temps superficielle et n'est motivée que par le souci de permettre au justiciable d'être au parfum de l'état d'avancement de la procédure et non pour qu'il puisse la maîtriser au point de se passer des services de l'homme de l'art.

²¹⁸ H. STREET, *Accès à la justice et Etat -Providence-Le point de vue d'un spécialiste de droit administratif : Rapport pour l'Europe in Accès à la Justice et Etat-Providence* dir M. CAPPELLETTI pp.287 et s.

²¹⁹ A. B. FALL, *Le juge, le justiciable, et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique*, Actes des deuxièmes journées scientifiques du réseau Droits fondamentaux dir. J.Y. MORIN et G. OTIS QUEBEC 1999 pp.309-346.

²²⁰ A.B. FALL, *op.cit.*, pp. 309-346.

Un autre obstacle réside dans les nombreux renvois qui minent la rapidité du procès. A ne pas oublier que le législateur a posé des conditions pour saisir la justice, lesquelles ne sont pas souvent remplies par le justiciable. C'est l'exemple des délais qui sont parfois courts ou longs et qui respectivement ne peuvent être respectés ou découragent plus d'un.

L'étude des obstacles à l'accès au juge ne saurait prendre fin sans dire un mot sur la place des étrangers dans l'ordonnement juridique sénégalais.

§3. ACCÈS AU JUGE ET CONDITION DES ÉTRANGERS

99. Cette étude est d'une importance capitale car depuis son accès à l'indépendance, le Sénégal a entretenu des relations non seulement avec les pays africains mais aussi avec ceux européens notamment la France. Et dans le préambule de la Constitution du 22 janvier 2001, il est prévu que le peuple du Sénégal souverain est attaché à l'idéal de l'unité africaine. Même dans les constitutions précédentes, il était précisé que la République du Sénégal ne ménagera aucun effort pour la réalisation de l'unité africaine. Il sera donc intéressant de voir si ces belles déclarations sont suivies d'effet.

100. Les étrangers vivant au Sénégal sont en effet en droit de saisir les tribunaux sénégalais lorsqu'ils voient leurs droits violés. La condition des étrangers s'apprécie de façon extensive d'une part et restrictive d'autre part. La conception large de la condition des étrangers renvoie à l'ensemble des règles qui s'appliquent aux étrangers; par exemple les conditions d'admission des étrangers dans un pays. Quant à la conception étroite, elle renvoie à la jouissance par ces derniers de droit civils notamment l'accès à la justice qui retient notre attention. Nous allons relater l'état de la question en droit sénégalais d'abord (A), ensuite mettre en évidence l'historique de l'accès aux tribunaux par les étrangers (B).

A. L'ÉTAT DE LA QUESTION EN DROIT SÉNÉGALAIS

Le législateur sénégalais a consacré une égalité juridique des étrangers et des nationaux (1). Mais il y a lieu de préciser que cette égalité souffre de limites (2).

1. LA CONSÉCRATION DE L'ÉGALITE JURIDIQUE DES ÉTRANGERS ET DES NATIONAUX

101. Au Sénégal, l'accès au prétoire n'est pas exclusivement réservé aux nationaux. Les étrangers et notamment les ressortissants français, peuvent saisir les tribunaux sénégalais pour faire valoir leurs droits. Pour s'en convaincre, il convient d'examiner respectivement les dispositions de l'article 840 du code de la famille et 36 de la Convention de Coopération en matière judiciaire signée à Paris le 29 mars 1974 entre le Sénégal et la France qui précise : « au même titre que les nationaux, les étrangers jouissent des droits résultant du présent code » et : « les ressortissants de chacun des deux Etats ont, sur le territoire de l'autre, un libre accès aux juridictions pour la poursuite et la défense de leurs droits ». Ainsi donc, toutes les garanties procédurales qui profitent aux nationaux et contenues dans le code de la famille leur sont applicables. La nationalité ne constitue pas une entrave à la saisine des tribunaux sénégalais. L'une des raisons de la consécration de l'égalité juridique des nationaux et étrangers, c'est le rôle que s'est octroyé le Sénégal à savoir la promotion de l'intégration régionale. Il serait donc contradictoire que notre pays qui a signé beaucoup de traités où la libre circulation des personnes est consacrée, exclut, de par sa législation, les ressortissants d'un autre pays signataire du traité.

102. L'examen de la définition négative de l'étranger permet de remarquer, qu'est étranger celui qui ne fait pas partie du groupe social politique par rapport auquel son statut est envisagé. Sa condition varie d'une société à une autre, d'un pays à un autre. Ainsi dans les sociétés dites peu évoluées, est étranger celui qui n'est pas membre de la famille, du clan ou de la tribu.

Dans la Grèce et la Rome classiques, l'étranger est celui qui n'a pas droit de cité, celui qui dans l'Europe médiévale n'est pas sujet de l'empereur, du roi, du seigneur.

Dans nos Etats contemporains, est étranger celui qui n'est pas citoyen de l'Etat par rapport auquel son statut est envisagé²²¹. Le Sénégal étant un Etat moderne est concerné par cette définition. Malgré cette définition négative de l'étranger, le Sénégal a mis, au travers de l'article 840 alinéa 1 du code de la famille, l'étranger et le national sur le même pied. Le législateur veut par le biais de cette disposition, que le droit d'agir ou d'accéder aux tribunaux

²²¹ L'Etranger, Recueils de la société Jean Bodin Tome 9, Editions de la librairie encyclopédie Bruxelles

soit largement ouvert à tout sujet de droit qui vit au Sénégal. Ce faisant, il s'inscrit dans la même lancée que le législateur et juge français.

103. La liberté d'accès de toute personne française ou étrangère aux tribunaux peut non seulement être déduite des articles 14 et 15 du Code civil, qui sans doute consacrent une réalité constitutionnelle, mais résulte aussi bien de l'application du principe d'égalité devant la loi, qui, lorsqu'il s'agit de droit à connotation économique et sociale, est appliqué tout aussi strictement par le Conseil constitutionnel aux français qu'aux étrangers²²². Le prolongement de l'égalité juridique des nationaux et étrangers c'est la compétence des tribunaux sénégalais pour connaître des litiges entre étrangers lorsque le défendeur est domicilié au Sénégal ou lorsque l'élément de rattachement auquel se réfèrent les articles 34 et 36 du Code de procédure civile sénégalais pour donner compétence à un tribunal déterminé se trouve situé au Sénégal. Ces éléments de rattachement prévus aux articles 34 à 36 CPCs sont entre autres, le lieu de situation de l'immeuble, le lieu de conclusion ou d'exécution du contrat, le lieu de livraison de la marchandise.

Ainsi, lorsqu'un conflit éclate entre par exemple un Malien et un Guinéen ayant conclu et exécuté leur contrat au Sénégal, les juridictions sénégalaises sont compétentes pour connaître de l'affaire. Il serait en effet gênant et mal interprété que le législateur sénégalais octroie les mêmes droits dont bénéficient les nationaux aux étrangers et qu'il exclut par la même occasion la compétence des juges sénégalais en cas de litige dans lequel un étranger est partie. On peut même affirmer que la contrepartie de l'égalité juridique entre les étrangers et les nationaux c'est la compétence des tribunaux sénégalais. La compétence a donc pour fondement l'égalité juridique. Elle en est le corollaire. Mais la compétence des tribunaux sénégalais n'est pas absolue et peut donc être exclue par des traités portant sur la compétence judiciaire ou en considération des règles relatives aux immunités des agents diplomatiques, des souverains et Etats étrangers. Ces étrangers dont il est question sont des privilégiés de par leur qualité et les traités.

L'égalité juridique des nationaux et étrangers consacrée par l'article 840 alinéa 1 du CF n'est pas absolue et peut être soumise à un certain nombre de conditions.

²²² C.C.N° 89-269 DC 22 janv. 1990 Rec. p. 33

2. LES LIMITES À L'ÉGALITÉ JURIDIQUE DES NATIONAUX ET ÉTRANGERS : LE MAINTIEN DE LA CAUTION JUDICATUM SOLVI

104. On serait porté à croire que la condition des étrangers vivant au Sénégal est de loin meilleure à celle des étrangers vivant en France, si l'on se limitait à examiner uniquement l'alinéa 1 de l'article 840 du C F. Mais une lecture plus poussée et approfondie de cette disposition permet de déceler que le législateur sénégalais, à l'instar du législateur français a posé une condition de réciprocité. C'est ainsi que l'article 840 alinéa 2 du C F dispose : « la jouissance d'un droit peut (...) être subordonnée à la réciprocité ». Ce qui ressort de la lecture de cette disposition c'est que dans certaines hypothèses, la jouissance des droits par les étrangers n'est pas automatique : elle est soumise à une condition de réciprocité. L'exercice auquel le législateur sénégalais ne s'adonne pas, c'est la précision des hypothèses dans lesquelles la condition de réciprocité est exigée de même que la nature de la réciprocité. Est-ce une réciprocité législative ou diplomatique ?

La législation sénégalaise est restée muette sur la question. Toujours est-il que puisque l'article 840 alinéa 2 a presque le même contenu et la même signification que l'article 11 du code civil, il est permis d'affirmer que la réciprocité dont il s'agit est celle qui résulte des traités signés par le Sénégal : elle est donc diplomatique. Mais il ne faut pas oublier qu'à côté de la réciprocité diplomatique subsiste en France, une réciprocité législative. On ne peut pas cependant conclure que la loi sénégalaise en parlant de réciprocité fait allusion à celle législative même s'il ne fait l'ombre d'aucun doute que la réciprocité diplomatique, est quant à elle, consacrée.

Il est en outre prévu à l'article 840 alinéa 2 que la jouissance d'un droit peut être refusée aux étrangers. A l'instar de la condition de réciprocité, le législateur sénégalais ne précise pas dans quelles circonstances il peut refuser d'accorder des droits aux étrangers. C'est certainement le cas lorsque les relations entre l'Etat du Sénégal et l'Etat dont l'étranger est le ressortissant sont conflictuelles ou lorsque l'étranger en question a commis des actes d'une extrême gravité à telle enseigne que le législateur sénégalais estime qu'il est préférable de ne pas lui octroyer des droits.

En tout état de cause, le refus d'octroyer la jouissance des droits à l'étranger relève d'un pouvoir discrétionnaire du législateur qui à coup sûr, n'est pas tenu de motiver sa décision. On remarque que lorsque le refus d'octroyer des droits à l'étranger est motivé par des relations conflictuelles des Etats, on se rapproche du système d'interprétation de l'article 11 du code civil dont DEMANGEAT est l'instigateur à savoir que la situation juridique des étrangers au regard du principe civil d'égalité était appelé à évoluer, certes dans un sens positif comme dans un sens négatif²²³. Toujours est-il qu'il faut préciser que le refus d'octroi des droits à l'étranger de même que sa soumission à une condition de réciprocité peuvent être exclus par les dispositions des traités diplomatiques et des conventions d'établissement.

105. Une autre limite à l'égalité juridique entre les étrangers et les nationaux, c'est la *caution judicatum solvi* à fournir par les premiers. Elle est prévue à l'article 110 du Code de procédure civile en ces termes : « sous réserve des conventions et des accords internationaux²²⁴, tous les étrangers demandeurs principaux ou intervenants sont tenus, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution personnelle de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamné ».

On constate donc que cette exigence à fournir une caution personnelle imposée aux étrangers constitue une discrimination procédurale au détriment de l'étranger qui, même si la procédure est gratuite comme c'est le cas en matière de statut personnel et en matière sociale, est tenu de supporter des frais lorsque le défendeur le requiert. On serait tenté de croire que, puisque le défendeur n'est pas dans l'obligation de soulever cette exception, cela constitue une petite décharge au profit du demandeur ; mais selon certains détracteurs de la caution judicatum solvi, le défendeur n'hésitera jamais à la demander même par pure fantaisie²²⁵. Connaissant l'esprit de chicane de certains avocats, on ne peut qu'adhérer à cette opinion.

Constatant les méfaits de la caution judicatum solvi, le législateur français a abrogé l'article 16 du code civil qui consacrait la notion par la loi n° 75-596 du 09 juillet 1975. Sans doute, c'est pour être en harmonie avec la Convention de la Haye relative à la procédure civile conclue le 1^{er} mars 1975 et entrée en vigueur le 12 avril 1975 que le législateur français a

²²³ CH. DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et dans le nouveau droit*, Paris Joubert, Librairie de la Cour de Cassation, 1844, p.248.

²²⁴ L'Etat du Sénégal et l'Etat malien ont conclu en 1966, une Convention dispensant leurs ressortissants à verser une *caution judicatum solvi*. Voir le Journal officiel de 1966 1^{er} Semestre.

²²⁵ A. FAYE, *Le procès juste et équitable au Sénégal op.cit.*, p. 59.

procédé à l'abrogation de l'article 16 du code civil. A l'article 17 de ladite convention il est prévu qu' « aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé, à raison de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans ce pays, aux nationaux d'un des Etats contractants ayant leur domicile dans l'un de ces Etats, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux de ces Etats ». Un auteur sénégalais a estimé qu'il ne devrait plus y avoir de distinction entre les personnes, fondée sur la nationalité, pour des raisons de rapidité dans les affaires mais aussi de renforcement des relations Nord-Sud sur le plan économique²²⁶.

De plus, la définition ici du concept de procès équitable n'opère pas une telle distinction. Les termes employés pour désigner le justiciable sont « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal... ». Le caractère indéfini des articles ici employés peut être considéré comme un moyen d'élargissement du droit d'accès à un tribunal à tout le monde de manière égalitaire. Il n'est donc pas nécessaire de distinguer selon que la personne est ou non un étranger. Et les raisons qui ont pu motiver l'exigence d'une telle garantie ne se justifient plus de nos jours, les créances pouvant être poursuivies partout où peut se trouver le débiteur. Elle est donc inutile.²²⁷

106. Il est vrai qu'on ne saurait faire une discrimination entre nationaux et étrangers, parce que l'impératif de l'heure c'est l'union entre les Etats africains ; de plus, nous évoluons dans un monde planétaire. Mais il ne faudrait pas verser dans le mimétisme c'est-à-dire supprimer l'article 110 du CPCS parce que d'autres pays ont supprimé les dispositions qui consacrent la *caution judicatum solvi*.

En effet, il faut préciser que l'objectif de cette institution n'est pas d'opérer quelque discrimination que ce soit mais de permettre au défendeur sénégalais d'être payé dans l'occurrence où le demandeur a perdu son procès et ne se trouve pas au Sénégal. Cela participe donc du souci de préserver le droit à un procès équitable.

De plus, il ne faudrait pas se limiter simplement à affirmer que les risques pour le défendeur de ne pas être payé ont disparu : encore faudrait-il démontrer que dans la pratique, toutes les garanties sont mises en place pour qu'il le soit. Pour s'en convaincre, il y a lieu de citer M.

²²⁶ A.FAYE, *Le procès juste et équitable*, op.cit., p.59.

²²⁷ A. FAYE, *Le procès juste et équitable au Sénégal*, ibidem.

BASSE : « l'environnement juridique communautaire qui est le nôtre reste désavantageux lorsqu'il s'agit de faire circuler des décisions de justice. A ce jour, seules les décisions de la CCJA possèdent ce visa communautaire »²²⁸.

Selon l'auteur, il faudrait pourtant que les Etats africains arrivent à permettre l'application rapide des décisions rendues au moins par les juridictions des pays avec lesquels ils se retrouvent dans les mêmes organisations ou unions.

107. Cette nécessité a été comprise ailleurs où l'on a déclaré que : « Dans l'Union, les litiges transnationaux se multiplient et il est de moins en moins toléré et admis dans un espace qui se veut sans frontières, que les opérateurs économiques se heurtent à des difficultés, parfois inextricables ou vécues comme telles, pour faire exécuter une décision de justice hors du pays dans lequel elle est rendue »²²⁹. Toutes ces raisons nous poussent à soutenir qu'il faudrait une réflexion approfondie des juristes sur la question du maintien ou de la suppression de l'article 110 du CPCS.

Deux intérêts contradictoires sont mis en évidence après l'examen de cette disposition. D'une part l'intérêt du défendeur qui souhaite qu'on lui rembourse les frais du procès lorsque le demandeur perd ce dernier, car la règle qui prévaut c'est que les dépens sont à la charge de la partie succombante, d'autre part l'intérêt du demandeur qui, dans l'occurrence où il avait

²²⁸ M. BASSE, *Pour une libre circulation des... jugements ! Plaidoyer pour une libre circulation des jugements et sentences dans l'espace communautaire*, AFRICAJURIS, N°31 2002.

Il y lieu d'ajouter en effet, que les arrêts de la C.C.J.A ne sont pas soumis à la procédure traditionnelle de l'exéquatur à laquelle sont assujetties toutes les décisions judiciaires rendues à l'étranger. Il s'agit de la procédure prévue à l'article 787 C.P.C.S. Il en est de même pour les sentences arbitrales exécutées par la C.C.J.A. Ces diverses situations constituent un allègement de la procédure et une diminution du domaine de l'exéquatur comme l'affirme A.D. WANDJI KAMGA, *Le droit à l'exécution forcée Réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse Yaoundé II, mai 2009. L'auteur prévoit même l'éventualité d'un titre exécutoire ohada.

Pourtant l'optimisme affiché face à cette situation n'est pas partagé par une certaine doctrine qui croit que : « l'assimilation prévue à l'article 20 Traité Ohada risque dans certains cas de conduire à une divergence de situation juridique selon le pays membre dans lequel l'exécution de l'arrêt de la Cour est sollicitée. En effet, il y aura un obstacle juridique du à l'exemption de toute de toute exécution forcée contre certaines personnes morales citées à l'article 194 COCC à savoir l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics et les sociétés d'économie mixte dont l'objectif exclusif est l'exploitation d'une concession de service public. (...) Il s'ensuit dès lors que l'assimilation des effets des arrêts de la Cour à ceux des juridictions nationales peut conduire à des conséquences fâcheuses ou à tout le moins contraires à l'harmonisation recherchée du droit positif des Etats membres. Un correctif s'impose ». V. I.K. DIALLO, *Le contentieux maritime devant le juge*, Tome II Publication de l'Institut Afrique-Mer, 1994 p.45.

²²⁹ E. GUIGOU, alors Ministre de la justice, Garde des Sceaux, Séminaire européen : « La reconnaissance mutuelle des décisions civiles » Sénat, 3 juillet 2000). En droit européen, il y a une disparition partielle de l'exéquatur avec l'existence d'un titre exécutoire européen V. Thèse de A.D WANDJI KAMGA, précitée pp. 464 et s.

toutes les chances de gagner son procès, risque d'abord de ne pas saisir le juge sénégalais parce qu'il n'a pas les moyens de payer la caution. En effet, le législateur sénégalais ne précise pas le montant de la caution à verser, qui est peut-être laissé à l'appréciation souveraine du juge ou fixé par la loi en fonction de l'importance du litige ; rien n'est pour le moins sûr. Ensuite, le demandeur verra le cours du procès ralenti parce que le défendeur a soulevé l'exception *judicatum solvi* dans un but dilatoire. La tâche qui revient au juriste sénégalais est de trouver un équilibre entre ces deux intérêts. Le versement de la *caution judicatum solvi* est annihilé dans certains cas. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 37 de la Convention de Coopération en matière judiciaire entre la France et le Sénégal : « les ressortissants de chacun des deux Etats ne peuvent, sur le territoire de l'autre, se voir imposer ni caution, ni dépôt sous quelque, dénomination que ce soit à raison de leur qualité d'étranger. L'alinéa précédent s'applique aux personnes morales constituées ou autorisées suivant les lois de l'un ou de l'autre des deux Etats »

Après avoir exposé la position du droit sénégalais, l'examen de l'historique de l'accès des étrangers aux tribunaux ne semble pas dépourvu d'intérêt.

B. L'HISTORIQUE DE L'ACCÈS AUX TRIBUNAUX PAR LES ÉTRANGERS

Il nous sera permis d'aborder ici la condition des étrangers à Rome²³⁰ (1) et en France (2).

1. LA CONDITION DES ÉTRANGERS À ROME

108. La loi des 12 tables confondait sous la même appellation *hostes* ; c'est-à-dire les ennemis et les barbares en paix à Rome. Elle les écartait de la protection légale en des termes absolus, fermes : *adversus hostem acterna auctoritas ecto*. En effet, les romains distinguaient dans le droit privé deux branches : le *jus civile* et le *jus gentium*.

²³⁰ Nous mettons l'accent sur Rome parce que le droit sénégalais est d'inspiration romano-germanique. Cela n'entame en rien le fait qu'en Grèce, les étrangers avaient un statut particulier. Selon J.GAUDEMET(*Les institutions de l'Antiquité*, 5^e édition, Montchrestien, 1998), les citoyens constituent le corps politique de la cité, participaient aux assemblées, gérant les magistratures, rendant la justice. Ces droits ne sont pas reconnus à tous les habitants. L'étranger résidant à Athènes y jouit de la liberté et d'une certaine protection juridique. Cependant, il n'est pas citoyen athénien. On peut accorder la citoyenneté à un étranger par décision de l'assemblée. Les concessions sont individuelles ou collectives. A la différence de Rome, Athènes se montre avare de ces concessions.

Le *jus civile* est le droit propre à chaque peuple et à Rome, ce droit n'est applicable qu'aux seuls romains par opposition aux pérégrins, étrangers ou autres barbares soumis à la domination romaine. Le *jus civile* recouvrait les solennités des *justae nuptiae*, propriété quiritaire, les actions en justice.

Au Moyen Age, le *jus civile* désigne le droit romain par opposition au droit canonique.

Quant aux *jus gentium*, il concerne l'ensemble des règles juridiques ayant leur fondement dans la nature des choses, applicables à tous les peuples et non simplement aux sujets d'un Etat bien déterminé. Selon certains auteurs, cette appellation désignait autrefois ce qu'on qualifie de nos jours de droit international public, c'est-à-dire les règles qui gouvernent les rapports des Etats entre eux.²³¹ Ce droit était accessible aux étrangers. Mais à lire la définition du *jus gentium*, ces règles n'étaient pas leur apanage exclusif. Elles s'appliquaient aussi bien aux sujets d'un Etat qu'aux étrangers. Parmi d'autres explications, la sociologie historique donne comme cause de la dégénérescence de la civilisation romaine, le refus d'ouvrir la citoyenneté aux autres peuples, de ne pas avoir intégré les pérégrins, les étrangers.

Nous allons examiner maintenant la condition des étrangers en France.

2. LA CONDITION DES ÉTRANGERS EN FRANCE : LA SUPPRESSION DE LA CAUTION JUDICATUM SOLVI

109. En France, sous l'ancien régime, on assiste à une résurrection de la distinction entre *jus gentium* et le *jus civile*. Ainsi, en vertu du *jus gentium*, l'étranger pouvait se marier, contracter, avoir un domicile, recevoir des donations entre vifs, mais leur ont été refusés la prescription acquisitive, l'adoption, le droit de garde des enfants. Les parlements ont décidé que les étrangers n'avaient pas la jouissance des droits civils et devraient être réduits à celle du droit des gens (*jus gentium*). Dans cette ancienne France, en effet, la condition des hommes dépendait de leurs rapports avec le sol et le statut des étrangers procédait du pouvoir royal qui décidait ou non de leur accorder des droits. Ce fut également le cas à la veille de la Révolution française où existait le droit d'aubaine c'est-à-dire que l'étranger ne pouvait acquérir à cause de mort.

²³¹ P. NICOLEAU, *Lexique de Droit privé*, Ellipses, 1996, Collection « Dicojuris », p. 205.

110. De nombreuses exceptions existaient cependant en raison de la qualité de certains étrangers ou de la profession qu'ils exerçaient ou de la faveur royale qui pouvait les relever de leur incapacité. C'est la Révolution française de 1789 qui amorça la nette rupture d'avec le droit romain lorsqu'elle proclama que les droits de l'individu sont antérieurs à la souveraineté de l'Etat. En sorte, la situation des étrangers s'est améliorée au cours du XVIII^{ème} siècle par la conclusion de nombreux traités de réciprocité.

Au XIX^{ème} siècle, les réformes du droit intermédiaire assimilaient pratiquement l'étranger au national sauf en ce qui concerne les droits politiques et l'obligation de fournir la *caution judicatum solvi*.²³² Mais le Code civil a marqué un recul de la condition des étrangers sans véritablement rétablir le droit d'aubaine au travers les articles 726 qui greffait l'étranger d'une incapacité de recueillir en France une succession et l'article 912 qui excluait l'étranger de la donation entre vifs. Il faut souligner que ces articles ont été abrogés par la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction. En son article 1, il est mentionné : « les articles 726 et 912 du Code civil sont abrogés ; en conséquence, les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les français dans toute l'étendue du royaume ».

Au-delà de ces articles abrogés par la loi du 14 juillet 1819, le Code civil contenait trois autres textes concernant les étrangers.

Il s'agit de l'article 11 qui posait une condition politique à satisfaire par les étrangers pour pouvoir bénéficier de la jouissance des droits civils, à savoir l'existence d'une réciprocité en la matière entre la nation à laquelle cet étranger appartient et la France.

Il s'agit également de l'article 13 qui disposait : « l'étranger qui aura été admis par le Gouvernement à établir un domicile en France, y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider ». Cet article a été supprimé par la loi du 10 août 1927 sur la nationalité française. La lecture de cet article met en évidence la condition imposée aux étrangers pour jouir des droits civils à savoir avoir son domicile en France et continuer d'y résider.

²³² M. PORTENER, *L'Etranger dans le droit de la Révolution française*, Rec. Soc. Jean Bodin, T.X, p. 533.

Enfin, nous avons l'article 16 obligeant l'étranger à fournir la *caution judicatum solvi*, qui, à son tour, a été abrogé à l'occasion des réformes de la procédure civile par la loi du 09 juillet 1975. De tous ces textes, seul l'article 11 a survécu. Cet article a posé un problème d'interprétation à la doctrine.

111. Plusieurs interprétations ont été avancées, dont les plus importantes sont celles de DEMOLOMBE, d'AUBRY et RAU et enfin de DEMANGEAT et VALETTE. Nous allons commencer par examiner la doctrine de DEMANGEAT et VALETTE qui, malgré les nombreuses critiques dont elle a fait l'objet, a été consacrée par le juge de cassation en 1948.

Selon DEMANGEAT : « le premier consul ne s'astreignit pas davantage à régler les conditions des étrangers en France d'après les principes de l'équité naturelle, ni même en vue de l'utilité des français. Tout fut sacrifié aux fatales exigences d'une ambition démesurée »²³³. L'auteur poursuit « jamais un gouvernement national, tel qu'en exige notre civilisation moderne, n'aura la prétention de pouvoir arbitrairement donner ou refuser aux étrangers, suivant l'état des relations diplomatiques, certains avantages éminemment variables, ils peuvent être en un instant révoqués, dès qu'une circonstance quelconque vient rompre la bonne harmonie entre deux princes ! » Cette analyse critique fait apparaître deux éléments. En premier lieu le caractère quasi-juridique, donc uniquement politico- diplomatique des dispositions du code civil relativement aux étrangers. En second lieu, le fait que dès le départ, la situation juridique des étrangers au regard du principe civil d'égalité était appelée à évoluer, certes dans un sens positif comme dans un sens négatif.²³⁴ Ce point de vue, emporte notre adhésion dans la mesure où c'est presque uniquement sur la base de traités que les étrangers pouvaient bénéficier de droits. La réciprocité était beaucoup plus diplomatique que législative. Et pour preuve, la suppression par Napoléon de celle-ci qui subsistait néanmoins dans certaines matières notamment la protection des marques, le dépôt des brevets et le droit au bail.

112. En outre, l'octroi des droits aux étrangers dépend de la santé des relations entre princes. Ce qui signifie que lorsque les relations entre princes qui étaient au beau fixe se détériorent au fil des temps, il y aura très probablement une influence sur la condition des étrangers et

²³³ C. DEMANGEAT, *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et dans le nouveau droit*, Paris Joubert, 1844, Librairie de la Cour de cassation, p.248.

²³⁴ J. KISSANGOULA, *La Constitution française et les étrangers-Recherches sur les titulaires des droits et libertés de la constitution sociale*, Préface J. ROBERT, L.G.D.J, 2001, p.146.

vice versa. L'auteur précité prétend que « toujours est-il que dès le départ, les choses ont évolué plutôt dans le sens positif, c'est-à-dire vers la conformité du principe civil d'égalité au principe constitutionnel d'égalité appliqué aux matières civiles, donc dans un sens favorable aux étrangers, notamment avec l'abolition du droit d'aubaine dès 1819 ».

Selon DEMANGEAT et VALETTE, les termes « droits civils » devaient être entendus dans le sens qui était le leur dans l'ancien droit c'est-à-dire le droit de recevoir à titre gratuit²³⁵. Cette lecture leur permet d'arriver à la conclusion que l'article 11 dénie aux étrangers la jouissance de ce droit sauf en cas de réciprocité diplomatique.

Pourtant, aussi pertinente soit-elle, cette thèse a été critiquée par certains auteurs notamment AUBRY et RAU et DEMOLOMBE.

Pour AUBRY et RAU « plutôt fondé sur des considérations philanthropiques à faire valoir l'appui d'une réforme législative, que sur des arguments juridiques puisés dans la législation existante, le système de DEMANGEAT, ne tiendra à rien moins qu'à rayer du code l'article 11, qui n'aurait plus aucun objet si l'application devait en être subordonnée à des textes spéciaux »²³⁶. AUBRY et RAU ont repris la distinction traditionnelle que l'ancien droit avait emprunté au droit romain entre les facultés de droit civil ou *jus civile* et les facultés de droit des gens ou *jus gentium* estimant que les travaux préparatoires du code Napoléon fournissaient la preuve évidente que les rédacteurs du code avaient eu l'intention de la maintenir. Ainsi, les facultés du droit des gens étaient celles qui « découlent du droit naturel ou qui se trouvent de fait généralement admis par les nations policées et ne sont point à considérer comme particulière au droit national de tel ou tel peuple » et les facultés de droit civil étaient au contraire « les avantages dont l'établissement est plus spécialement l'œuvre du droit national qui les consacre ».

113. Le reproche adressé à DEMANGEAT par AUBRY et RAU n'est pas pertinent dans la mesure où l'article 11 qui dispose : « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra », pose une condition de réciprocité diplomatique.

²³⁵ DEMANGEAT, *op.cit.*, ; VALETTE, *Explication sommaire du code civil*, 1859, pp. 408 et s.

²³⁶ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, 6^e édition, Tome 1^{er}, p. 469.

En outre, on ne peut pas comprendre pourquoi AUBRY et RAU s'accrochent à la distinction *jus civile* et *jus gentium* qui non seulement a été, selon la sociologie historique, la cause du déclin de l'empire romain, mais également a été supprimée par les révolutionnaires de 1789 qui considéraient que la nation l'emporte sur cette discrimination. En tout cas, on a reproché au système AUBRY et RAU l'arbitraire de son point de départ ainsi que l'incertitude de la définition des facultés du droit des gens et du droit civil,²³⁷ contrairement à certains auteurs qui l'approuvent, estimant que la jurisprudence n'était pas dépourvue de critères pour opérer cette distinction.²³⁸

A l'égal d'AUBRY et RAU, DEMOLOMBE a critiqué la thèse de DEMANGEAT. Pourtant, dans un premier temps, il admet que : « le système de DEMANGEAT est plus net que celui de AUBRY et RAU ».²³⁹ Mais dans un second temps, DEMOLOMBE se joint à la thèse d'AUBRY et RAU. A ce propos, il écrit la phrase suivante « mais il paraît difficile de le fonder sur une base logique et juridique²⁴⁰ ».

Plus récemment, un auteur a abondé dans le même sens que les détracteurs du système de DEMANGEAT et VALETTE en estimant que ce système est en contradiction manifeste avec les préceptes de la civilisation du droit des étrangers²⁴¹. Nous avons manifesté notre désapprobation face à ces critiques et d'ailleurs, la jurisprudence a consacré le système de DEMANGEAT. Mais cette consécration s'est faite de façon progressive. C'est ainsi qu'en 1823 la Cour de cassation a refusé à un étranger le droit d'adopter « car il est d'ordre public en France que l'étranger ne jouit des droits purement civils des français qu'autant qu'une loi expresse ou des droits formels l'y autorisent »²⁴².

114. L'analyse du système de DEMOLOMBE permet d'arriver à la conclusion que l'auteur s'attache à faire une interprétation stricte de l'article 11. L'auteur professait que « les étrangers ne peuvent jouir des droits civils en France qu'autant que ces droits leur sont concédés ».²⁴³ Il tirait argument de l'article 8 du code civil qui dispose : « tout français jouira des droits civils ». Ce qui implique à contrario que tel n'est pas le cas de l'étranger.

²³⁷ LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, 5^e édition, N° 167.

²³⁸ J. MAURY et P. LAGARDE Rep.int. Dalloz 5^e Etranger N°112

²³⁹ DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, 6^{ed}, p.373.

²⁴⁰ DEMOLOMBE, *ibidem*.

²⁴¹ J. KISSANGOULA, *op.cit.*, p.148.

²⁴² 5 août 1823 : S. 23, 1, 253.

²⁴³ DEMOLOMBE, *op.cit.*

Cette thèse de DEMOLOMBE est très rigoureuse. C'est pourquoi ce dernier, conscient de cette situation, a revu sa position en estimant que la concession du législateur n'était pas nécessairement expresse et pouvait être tacite. Pour conforter son opinion, l'auteur, tirait de l'article 3 du code civil selon lequel les immeubles même possédés par des étrangers étaient régis par la loi française, la faculté pour les étrangers, de jouir en France du droit de propriété. Ou bien encore, en envisageant le cas de l'étrangère épousant un français ou la française épousant un étranger, il en concluait que l'étranger avait le droit de contracter mariage. DEMOLOMBE s'est appuyé sur les articles 12 et 19 du Code civil, abrogés par la loi du 10 Août 1927 qui réglementait les effets du mariage sur la nationalité.

115. Ces textes invoqués par DEMOLOMBE pour atténuer la rigueur de son système sont impertinents. En effet, ce n'est pas parce que l'article 11 a institué une réciprocité diplomatique pour la jouissance de droit que le législateur français exclut totalement les étrangers des prérogatives dont jouissent les français. Cela est d'autant plus vrai que la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction permet aux étrangers de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les français. Le fait pour les étrangers de jouir en France d'un droit de propriété est une évidence.

116. Ce n'est finalement qu'à une époque récente que la Cour de Cassation a clairement adopté l'interprétation défendue par DEMANGEAT et VALETTE.²⁴⁴ Cet arrêt de la Cour de cassation, chambre civile du 27 juillet 1948, LEFAIT c. Société des Galeries Saint Denis, précise dans son attendu principal « Mais attendu qu'après avoir, en ce qui concerne la nationalité de ces derniers, procédé souverainement à cette constatation de fait, l'arrêt attaqué relève d'autre part que l'ordonnance du 21 avril 1945 ne fait pas de la nationalité française une condition nécessaire pour être en droit de réclamer le bénéfice alors qu'il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés ».

En commentant cette décision, le professeur Henri BATTIFOL explique que « pour la première fois un arrêt de la Cour de cassation affirme « qu'il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés »²⁴⁵. Il ajoute qu' « on peut considérer que cette décision clôt une longue évolution qui a permis aux interprètes

²⁴⁴ Cass. Civ 27 juillet 1948, Lefait.D.1948.535.

²⁴⁵ H.BATIFFOL, note sous Cour de cassation, Chambre civile du 27 juillet 1948, in R.C.D.I.P ; 1949, p.75.

d'arriver à donner à l'article 11 du code civil un sens acceptable et suffisamment précis ». Et Henri BATTIFOL de poursuivre : « si cet arrêt peut être regardé comme marquant le point final de l'évolution, c'est qu'il confère l'autorité d'une approbation de la cour régulatrice au système qui avait rallié l'ensemble des auteurs contemporains ». Quoi qu'il admette l'importance de cet arrêt, M. Justin KISSANGOULA, n'adhère pas à l'idée selon laquelle cet arrêt a constitutionnalisé la condition civile des personnes et ce d'autant plus que selon lui, ni l'arrêt, ni le commentaire fait sous l'arrêt par Henri BATTIFOL, ni les autres commentaires l'ayant accompagné ne font clairement référence au contenu de la constitution en général et de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789 en particulier comme fondement de cette décision.

Selon l'auteur, la jurisprudentialisation de la doctrine DEMANGEAT a produit plusieurs conséquences dont la plus importante est la fin de la période de « civilisation du droit des étrangers », donc l'abandon définitif, tout au moins dans la jurisprudence de l'article 11 du code civil comme fondement de la condition civile des étrangers. Autrement dit, à partir de l'arrêt de la Cour de cassation, l'étranger ne va plus être défini comme étant celui qui a la non-jouissance de principe des droits civils.

En effet, c'est le point qui jusque là constituait le critère juridique qui permettait de le distinguer du français qui, à l'inverse et conformément aux dispositions de l'article 8 du Code civil, avait lui et lui seul, l'automaticité de la jouissance des droits civils²⁴⁶.

117. Au travers de cet arrêt de 1948, on sent une volonté manifeste du juge français d'instituer une égalité juridique entre les étrangers et les français. Cette disposition abonde donc dans le même sens que les codes civils révolutionnaires qui ont inscrit une égalité civile entre les nationaux français et les étrangers conformément aux dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen. Cet arrêt exclut donc toute définition négative de l'étranger et met en marche la constitutionnalisation du droit civil des étrangers²⁴⁷. En tout état de cause, la condition des étrangers suscite encore aujourd'hui des analyses controversées. Ces développements ont permis de mettre en évidence l'évolution législative de la condition des étrangers en France.

²⁴⁶ Cass-civ 27 juillet 1948, Lefait D.1948.535.

²⁴⁷ J. KISSANGOULA, *op.cit.*, p.146.

Au regard des développements précédents, il est permis de conclure qu'il existe de nombreux obstacles au droit d'accès à la justice. Le législateur sénégalais, à l'égal de son homologue français, ne s'est pas contenté d'en constater l'existence ; il a essayé d'y remédier.

SECTION II. L'EFFECTIVITÉ MISE EN ŒUVRE OU LES REMÈDES AUX OBSTACLES A L'ACCÈS AU JUGE.

118. Quand une société n'est gouvernée que par la loi, c'est le signe d'une dégradation profonde de la civilisation. Les chaloupes de sauvetage ne font pas les croisières de rêve²⁴⁸. Les tribunaux sont parfois encombrés, les procès tirent en longueur ; un procès peut faire plus de mal qu'un arrangement. Il faut donc développer l'esprit de compromis. De même, il va falloir financer la justice pour permettre aux indigents de pouvoir saisir celle-ci. Ce financement peut se faire également de façon privée : c'est l'exemple de l'assurance de protection juridique.

Nous avons des remèdes consacrés (§1) et des remèdes qu'il y a lieu d'introduire dans l'ordonnancement juridique sénégalais et français vus leur importance et parce que n'y étant pas encore en vigueur (§2).

§1. LES SOLUTIONS EXISTANTES OU REMÈDES CONSACRÉS

119. Il s'agit des remèdes visant à neutraliser l'obstacle financier (A) et des modes alternatifs de règlement des différends (B)

A. LA NEUTRALISATION DES OBSTACLES FINANCIERS : L'INSTITUTION D'UN SYSTÈME D'ASSISTANCE JUDICIAIRE

120. L'assistance judiciaire est un système certes important, (1) mais mérite d'être réformé (2).

1. L'ASSISTANCE JUDICIAIRE : UN SYSTÈME PROFITABLE AU JUSTICIAIRE CERTES

²⁴⁸ B. BEIGNIER, *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*, Libertés et droits fondamentaux, 3^e édition, Montchrestien, 2000, pp.43 et 44.

121. L'assistance judiciaire, on s'en doute, est un instrument destiné à permettre aux personnes sans ressources ou aux ressources limitées d'accéder à la justice. L'institution n'est cependant pas nouvelle. Déjà à Athènes, l'assistance judiciaire n'était pas inconnue. Dix avocats étaient désignés chaque année pour défendre les pauvres devant les tribunaux²⁴⁹. A Rome, les patrons avaient le devoir de défendre leurs clients à l'occasion des procès. Et après l'avènement de l'empire, le pro-consul devait désigner un avocat aux indigents et les magistrats avaient l'obligation de juger gratuitement leurs causes.

En outre, le Code Wisigoth dans son chapitre V du Titre premier du Livre premier soutient que le juge « doit être accessible aux citoyens et aux gens du commun²⁵⁰ ».

En France, dès le VIII^{ème} siècle, des capitulaires prescrivaient aux juges de statuer sans frais sur les affaires des indigents²⁵¹. Au XIII^{ème} siècle, Henry de BRACON parant aux juges disait « Vous entendrez les humbles au même titre que les grands et ne ferez acception de la personne, ni de l'un ni de l'autre²⁵² ». Au moyen Age, des conciles autorisaient les moines à assister gratuitement les pauvres devant le tribunal séculier et invitaient les avocats à adopter la même attitude.

En 1215, la « Magna Carta » imposait au roi Jean d'Angleterre, en son chapitre 40, une obligation ainsi exprimée : « nous ne vendrons, ni ne refuserons ou différerons le droit ou la justice à personne ». ²⁵³

Au Sénégal, c'est le décret du 20 décembre 1911 organisant l'assistance judiciaire devant la cour d'appel et les tribunaux de l'A.O.F. qui réglemente l'institution²⁵⁴. Ce décret a été

²⁴⁹ K.MBAYE, *Propos d'un juge*, Les nouvelles éditions africaines du Sénégal, 2006, p.148.

²⁵⁰ Le Code Wisigoth est un ensemble de lois promulguées par le roi Eurik dans la seconde moitié du Ve siècle. Sa forme définitive fut reçue au VIII^{ème}. Il est divisé en 12 livres. Chaque livre en titres, et chaque titre en un certain nombre de constitution.

²⁵¹ Des avocats français ont joué un rôle important en matière d'assistance judiciaire au XVIII^{ème} et XIX^{èmes} siècles. C'est le cas à Marseille où il semble que dès 1825, il existait un Bureau de consultations gratuites au sein de l'Ordre des avocats. V.Y.OZANAM, *L'Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris vu par ses Bâtonniers : analyse d'un siècle de discours de rentrée du 29 novembre 1851* p.148.)

²⁵² K.MBAYE, *Propos d'un juge*, op.cit., p.148.

²⁵³ La grande charte ou Magna carta, acte fondamental sur les libertés publiques, est le résultat d'une révolte armée des barons, du clergé et du peuple de Londres contre leur roi. Elle a été rédigée par des barons Anglais, émigrés en France, mais elle fut promulguée, en Juin 1215, par le Roi Jean Sans Terre qui fut une concession à son peuple V. Ouvrage de V. ETEKA YEMET, *La charte africaine des Droits de l'homme et des Peuples*, Paris, L'harmattan, 1996.

²⁵⁴ Depuis l'année 2001, il est régulièrement inscrit au budget du Ministère de la Justice une dotation annuelle de 200.000.000 sous la rubrique « Assistance judiciaire ». Cependant, ce n'est que le 07 avril 2005 qu'il y a eu un protocole relatif à l'aide juridictionnelle, suivi de l'arrêté du 31 janvier 2006 établissant les commissions et sous-commissions relatives à l'assistance judiciaire.

promulgué par arrêté du 30 décembre 1912. Ce texte régleme l'assistance judiciaire en matière civile et correctionnelle, mais pour des raisons liées à notre thèse, nous ne nous intéresserons qu'à l'assistance judiciaire en matière civile.

122. Toutefois, il y a lieu de préciser que le Ministère de la Justice, dans un souci de moderniser l'assistance judiciaire a pris un arrêté 00864 du 31 janvier 2006 portant organisation et fonctionnement de la Commission *ad hoc* et des sous-commissions chargées de l'assistance judiciaire. Cet arrêté s'inscrit dans la même logique que celui du 23 mai 1977 désignant les membres des bureaux d'assistance établis près la Cour d'Appel et les tribunaux de première instance. Ce faisant, nous examinerons le domaine de l'assistance judiciaire (a) d'abord, ensuite les organes qui accordent l'assistance judiciaire à savoir : les bureaux d'assistance judiciaire (b), enfin la procédure d'admission à l'assistance judiciaire (c).

a) LE DOMAINE DE L'ASSISTANCE JUDICIAIRE

123. Deux questions seront abordées ici : les personnes qui bénéficient de l'assistance judiciaire (i) d'une part et d'autre part les actes et litiges soumis à l'assistance judiciaire (ii).

i) Les personnes pouvant bénéficier de l'assistance judiciaire

124. Deux types de personnes bénéficient de l'assistance judiciaire : les personnes physiques et les personnes morales. Aux termes de l'article 1 du décret de 1911 : « En Afrique occidentale française l'assistance judiciaire peut être accordée, en tout état de cause, à toutes personnes ainsi qu'à tous établissements publics ou d'utilité publique et aux associations privées ayant pour objet une œuvre d'assistance et jouissant de la personnalité civile ». Les personnes morales bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont les personnes morales de droit public à savoir les établissements publics qui sont des entités dotées de la personnalité juridique et chargées de la gestion d'une activité de service public dans le cadre limité de sa spécialité d'une part, d'autre part les établissements d'utilité publique, personnes morales de droit privé, qui gèrent une activité présentant un intérêt général et dotées à ce titre d'un régime juridique de faveur. Au-delà de ces personnes morales, il y en a d'autres qui peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire : c'est l'exemple des associations.

125. Le Code des obligations civiles et commerciales, en son article 811 définit l'association comme le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leur activité, et au besoin, certains biens, dans un but déterminé autre que le partage des bénéfices. A la lecture de l'article 1 du décret de 1911, on peut déceler que ce ne sont pas toutes les associations qui peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire. Seules celles qui ont pour objet une œuvre d'assistance et jouissant de la personnalité civile sont concernées.

Mais le texte n'est pas sans poser un problème d'interprétation dans la mesure où il ne précise pas ce qu'il entend par « œuvre d'assistance ». En effet, l'association, pour jouir de la personnalité morale, de la capacité juridique, doit faire l'objet d'une déclaration. Ainsi donc, toute association non déclarée ne peut prétendre bénéficier de l'assistance judiciaire.

126. En outre, il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'une personne morale qui poursuit un but lucratif est exclue du bénéfice de l'assistance judiciaire : c'est l'exemple des sociétés commerciales.

La loi française n° 91-647 relative à l'aide juridique pose les conditions d'admission à l'aide juridictionnelle pour les personnes morales : il faut avoir un but non lucratif, avoir son siège en France et ne pas disposer de ressources suffisantes.

127. Concernant les personnes physiques, la loi de 1991 précise que peuvent bénéficier de l'aide juridictionnelle les personnes physiques de nationalité française et les ressortissants des Etats membres de la communauté européenne. De même, peuvent bénéficier de cette aide les personnes de nationalité étrangère résidant habituellement et régulièrement en France. La loi 91-647 relative à l'aide juridique n'exclut pas les étrangers du bénéfice de l'aide juridictionnelle.

Ce faisant, elle entre en harmonie avec la résolution (76) prise par le Conseil de l'Europe (76)5 du 18 février 1976 concernant l'assistance judiciaire en matière civile, commerciale et administrative qui recommande d'accorder le traitement national aux ressortissants étrangers.

En vertu de la Convention de coopération en matière judiciaire signée à Paris le 29 mars 1974 entre le Sénégal et la France²⁵⁵, un ressortissant sénégalais peut bénéficier de l'assistance judiciaire en France et au Sénégal. Il en est de même du ressortissant français. En effet, en son

²⁵⁵ Décret n° 76-1072 du 17 novembre 1976. J.O du 30 novembre 1976 p. 6868

article 38, la Convention précitée précise que: « les ressortissants de chacun des deux Etats bénéficient sur le territoire de l'autre de l'assistance judiciaire comme les nationaux eux-mêmes ».

128. A l'examen du décret du 20 décembre 1911 relative à l'assistance judiciaire, il est permis de remarquer que ce texte ne contient pas de dispositions analogues à celles de la loi française de 1911 concernant les étrangers. En effet, cela se comprend aisément dans la mesure où le décret avait pour vocation de réglementer l'assistance judiciaire en A.O.F ; ce sont donc des dispositions générales applicables à tous les ressortissants de l'A.O.F, sans distinction de nationalité ; et cela est d'autant plus vrai qu'à cette période aucun des Etats de l'A.O.F. n'était indépendant. Ce que l'on peut relever avec intérêt, c'est que la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples réunie en sa 26^e session ordinaire, tenue à Kigali, au Rwanda du 1^{er} au 5 novembre 1999 a voté une résolution 41 (XXVI) 99 sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire, où il est reconnu l'importance de ces deux notions.

129. Au-delà de la condition d'octroi de l'assistance judiciaire relative aux personnes, il existe une condition d'ordre financier à savoir l'insuffisance de ressources, qui met les éventuels bénéficiaires de l'assistance judiciaire dans une difficulté voire impossibilité d'exercer leurs droits en justice. A preuve, l'article 8 de l'arrêté portant organisation et fonctionnement de la commission ad hoc et des sous commissions chargées de l'assistance judiciaire dispose : « toute personne physique demeurant au Sénégal et dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir ses droits en justice peut adresser sa demande d'aide juridictionnelle à la sous-commission du lieu de son domicile ». Il y a lieu de remarquer qu'aucune distinction n'a été opérée entre le demandeur et le défendeur qui tous, peuvent prétendre à l'assistance judiciaire. Ce qui est demandé aux futurs bénéficiaires, c'est une insuffisance de ressources et le caractère sincère de leur déclaration peut être apprécié en demandant aux autorités administratives, judiciaires, fiscales, douanières, communication de tous renseignements ou pièces les concernant²⁵⁶.

²⁵⁶ Voir article 7 du décret de 1911 sur l'assistance judiciaire et l'article 8 alinéa 4 de l'arrêté portant organisation et fonctionnement de la commission ad hoc et des sous commissions chargées de l'assistance judiciaire.

Il ne servirait à rien en effet de proclamer que tous les hommes sont égaux devant les services publics et notamment devant la justice si des écueils de toute nature sont susceptibles de réduire à néant la portée d'une telle formule, quelle que soit sa générosité²⁵⁷.

On ne saurait parler d'égalité entre les hommes si certaines personnes ne peuvent saisir les tribunaux parce qu'elles sont pauvres et que la justice constitue un luxe pour elles. L'institution d'une assistance judiciaire vise à leur permettre de faire valoir leur droit.

130. Certains la considèrent comme le corollaire de principe de l'égalité devant la loi et les services publics. KEBA MBAYE n'est pas de cet avis et propose d'assurer à l'assistance judiciaire une meilleure assise en la rattachant à un principe encore plus général et plus noble²⁵⁸.

Dans cette voie, certains ont essayé d'expliquer l'aide judiciaire par le principe dit du « *due process* ». C'est ce qui semble résulter notamment d'un arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis qui, en 1971, a annulé la loi du Connecticut subordonnant l'engagement d'une procédure en divorce au règlement des frais du procès.

Mais comme l'a souligné M. Bruno OPPETIT, le principe du « *due process* » est d'un maniement difficile et ne permet pas l'institution d'une garantie à caractère général. C'est pourquoi Kéba MBAYE a posé la question de savoir s'il ne faut pas tout simplement dire qu'il y a un droit d'accès à la justice et que ce droit est un droit de l'homme qui n'a pas besoin de justification. Paul Laroche de ROUSSANE semble être du même avis lorsqu'il soutient que « l'exercice des droits en justice relève... à titre privilégié, du domaine des libertés publiques²⁵⁹ ». Et le juge MBAYE de conclure qu'une telle manière de voir permet d'aller beaucoup plus loin que ne l'autorise la seule égalité devant le service judiciaire. Une pareille conclusion emporte notre adhésion dans la mesure où l'institution de l'assistance judiciaire participe beaucoup plus de souci de permettre à tout justiciable n'ayant pas les moyens financiers de saisir la justice que d'assurer l'égalité entre parties au procès. Si égalité il y a, elle ne se limite qu'à la saisine du juge d'autant plus qu'une partie au procès peut être beaucoup mieux conseillée qu'une autre parce qu'elle a su s'attacher les services des meilleurs avocats.

²⁵⁷ K. MBAYE, *Propos d'un juge*, N.E.A.S, 2006.

²⁵⁸ K. MBAYE, *Propos d'un juge*, N.E.A.S, 2006, p.151.

²⁵⁹ P. de ROUSSANE LAROCHE cité par K. MBAYE, *Propos d'un juge*, *op.cit.*, p.151.

131. En plus, la durée d'un procès peut être beaucoup plus supportable par un justiciable riche que par un justiciable pauvre. Il faut donc comme le souhaite le Juge KEBA MBAYE, trouver un fondement beaucoup plus autonome à l'assistance judiciaire. Cette institution traduit l'idée selon laquelle il est inadmissible qu'une personne ne puisse pas agir en justice parce qu'elle est pauvre. L'assistance judiciaire est le reflet de l'Etat de droit qui a pour vocation, entre autres, de ne personne exclure des prestations qu'offrent les services publics surtout lorsque ceux-ci sont jugés sensibles comme c'est le cas de la justice. Selon Mme Florence TOURETTE, si la pauvreté est d'abord une réalité sociale, son appréhension, se fait de plus en plus, sur le plan juridique. Le lien entre droit et pauvreté extrême n'est apparemment pas naturel, néanmoins il s'est construit au fil du temps au point de trouver aujourd'hui une réelle matérialisation²⁶⁰.

132. La Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg a réaffirmé l'importance constitutionnelle de l'aide judiciaire, en tant que moyen d'assurer un droit effectif d'accès à la justice.

Ainsi, il a été jugé dans l'arrêt Airey que l'Irlande ne respectait pas la Convention européenne puis la protection des droits de l'homme, lorsqu'elle refusait d'accorder l'aide judiciaire à mademoiselle Airey qui demandait à être séparée de son mari²⁶¹. En effet, la question posée à la Cour dans cette affaire est la suivante : suffit-il que le droit d'accès à un tribunal soit formellement prévu dans la législation d'un Etat contractant, ou faut-il en outre qu'il puisse être effectivement mis en œuvre, ce qui suppose que son exercice ne rencontre pas d'obstacles matériels ou financiers ? La réponse à cette interrogation est d'une évidence manifeste en ce sens que la Cour européenne rappelle sans cesse que le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs.

Dans les faits, selon la Cour européenne, le recours offert à la requérante en vue d'une séparation de corps ne pouvait être exercé en raison de son coût disproportionné par rapport à ses ressources financières.

A l'inverse, le gouvernement irlandais, soutenait que la requérante avait la possibilité de comparaître personnellement sans l'assistance d'un avocat. Cet argument n'est pas admis par

²⁶⁰ F. TOURETTE, *Extrême pauvreté et droits de l'homme*, L.G.D.J, Presses universitaires de Clermont Ferrand 2001.

²⁶¹ C.E.D.H, 9 oct. 1979, Airey C / Irlande du 13 juin 1979.

la Commission et la Cour car pour elles, une telle comparution équivalait à l'ineffectivité du droit d'accès en raison de l'ignorance des problèmes juridiques en cause par la requérante et de la complexité de la procédure devant la *High Court*.

Une telle position de la Commission et de la Cour se comprend aisément parce que ces deux entités ont pour préoccupation prédominante d'assurer aux droits garantis par la Convention européenne de droits de l'homme une véritable effectivité. Comme la Cour, la Commission note que : « l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'Etat, en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif... Or l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice se range dans cette catégorie d'engagements ».

En fait, cette précision de la Commission et de la Cour vise à rejeter l'attitude du Gouvernement irlandais qui s'efforçait de distinguer l'hypothèse en cause de l'affaire *GOLDER*, en arguant que l'impossibilité d'un accès au juge n'était pas imputable à une décision spécifique de l'Etat, mais à la situation personnelle de la requérante. La Cour a noté qu'un « obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique ».

Enfin, le Gouvernement irlandais a soutenu qu'une telle interprétation de l'article 6§1 faite par la Cour impliquerait nécessairement l'institution d'une aide judiciaire illimitée en matière civile, et donc d'un droit de caractère économique et social. Naturellement, la Cour a réfuté cet argument en déclarant que : « la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (...) si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la convention » (§26).

Cette position de la Cour est à cautionner parce qu'on ne saurait opérer une distinction entre les droits civils, politiques et les droits économiques et sociaux : ce sont des droits complémentaires. C'est pourquoi il ne sert à rien de consacrer le droit d'accès aux tribunaux, s'il s'avère que les justiciables ne peuvent saisir les juges faute de moyens financiers.

133. Quant à l'article 8 de l'arrêté du 31 janvier 2006, il dispose que toute personne physique demeurant au Sénégal et dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir ses droits en

justice peut adresser sa demande d'aide juridictionnelle à la sous-commission du lieu de son domicile.

A la lecture de cette disposition, on serait tenté d'affirmer que l'arrêté précité exclut de son domaine d'application les personnes morales. Toutefois, ce point de vue ne saurait être admis dans la mesure où, la non abrogation du décret de 1911 signifie que celui-ci complète l'arrêté. L'assistance judiciaire s'étend également à certains actes et litiges.

ii) Les actes et litiges soumis à l'assistance judiciaire

134. Les litiges qui peuvent faire l'objet d'une assistance judiciaire sont tous ceux qui peuvent être portés devant une des juridictions françaises, même d'ordre administratif ainsi que le précise l'article 1 alinéa 3 du décret 1911 sur l'assistance judiciaire. La conclusion qui s'évince de cette disposition est qu'il y a une exclusion des litiges qui ne relèvent pas de la compétence des juridictions françaises à savoir les litiges de droit local qui eux sont examinés devant les tribunaux indigènes. Cette mesure discriminatoire était sans doute motivée par la politique assimilationniste très poussée de la métropole. Comme nous l'avons soutenu dans les développements précédents, le décret de 1911 sur l'assistance judiciaire contient des dispositions générales qui s'appliquent à tous les ressortissants de l'A.O.F. Par conséquent, ce décret vise à uniformiser l'application de ses dispositions. Mais ce faisant, il laisse en rade la majorité de la population qui, la plupart du temps est régie par un statut local.

En effet, vu que les ressortissants de l'AOF nourrissaient une attitude de défiance à l'égard des tribunaux du colon, on peut en conclure qu'ils ne portaient presque jamais leur litige devant ces juridictions d'où la confirmation de l'idée que la population de l'A.O.F est exclue du bénéfice de l'assistance judiciaire. On aurait dû mettre en place des dispositions beaucoup plus libérales qui permettraient d'appliquer l'assistance judiciaire aux litiges portées tant devant les juridictions françaises qu' indigènes.

135. L'assistance judiciaire est également applicable aux actes de juridictions gracieuses. Ici, l'expression « acte de juridiction gracieuse » ne doit pas induire en erreur car elle renvoie à la matière gracieuse qui constitue l'ensemble des décisions que prend le juge en vertu de son pouvoir d'impérium en l'absence de litige c'est-à-dire en l'absence de contradiction. Le décret de 1911 est moins précis que les lois françaises de 1972 et 1991 sur l'assistance judiciaire qui

elles, mentionnent expressément que l'assistance judiciaire s'applique à la matière contentieuse et gracieuse.

136. En outre, l'assistance judiciaire est applicable aux actes conservatoires et s'étend de plein droit aux actes et procédures d'exécution à opérer en vertu des décisions en vue desquelles elle a été accordée.

Le justiciable qui a obtenu du juge une décision d'exécution sans le bénéfice de l'assistance judiciaire ou qui a transigé peut bénéficier de cette dernière aux termes de l'article 1 alinéa 4 du décret de 1911 : « elle peut, en outre, être accordée pour tous actes et procédure d'exécution à opérer en vertu de décisions obtenues sans le bénéfice de cette assistance ou de tous actes, même conventionnels, si les ressources de la partie qui poursuit l'exécution sont insuffisantes ». La seule condition qui est opposable ou que devra remplir le justiciable qui poursuit l'exécution est l'insuffisance de ressources. Les dispositions du décret de 1911 sont en contradiction avec celles de l'arrêté N° 00 864 du 31 janvier 2006 portant organisation et fonctionnement de la commission ad hoc et des sous-commissions chargées de l'assistance judiciaire qui exclut en son article 2 l'exécution des décisions de justice du bénéfice de l'aide juridictionnelle. Qui plus est, l'arrêté précité, lorsqu'il précise en son article 2 que l'aide juridictionnelle ne s'applique qu'aux instances portées devant les juridictions du premier et du second degré, ne s'inscrit pas dans le même lancée que l'article 18 de loi 92-25 du 30 mai 1992 sur la Cour de cassation qui dispose : « l'assistance judiciaire peut être accordée pour les litiges portés devant la Cour de cassation ». Et la disparition de ladite Cour n'arrange rien puisque l'article 36 de la loi organique n°2008-35 du 7 août 2008 sur la Cour suprême prévoit l'octroi de l'aide juridictionnelle pour les litiges portés devant la Cour suprême.

En effet, s'il est vrai que l'arrêté 00864 du 31 janvier 2006 présente des avantages du fait qu'il a non seulement créé des commissions et des sous-commissions chargées de l'assistance judiciaire, mais également tente de moderniser le langage de l'assistance judiciaire en utilisant l'expression « aide juridictionnelle », il n'en demeure pas moins qu'il ne résiste pas à l'examen et n'est pas exempt de critiques.

137. On ne peut pas comprendre qu'un justiciable qui a bénéficié de l'assistance judiciaire pour saisir les tribunaux éprouve des difficultés pour recouvrer par exemple sa créance parce que ses ressources sont insuffisantes. Il ne sert à rien donc de limiter l'assistance judiciaire aux juridictions de premier et second degré. Ce faisant, les dispositions de l'arrêté précité

doivent être modifiées non seulement pour des raisons de respect du procès équitable car l'exécution d'une décision de justice est partie intégrante du droit à un procès équitable, mais également pour qu'elles soient conformes à la loi organique n°2008-35 sur la Cour suprême .

Pour bénéficier de l'assistance judiciaire, le justiciable doit porter sa demande devant un bureau de l'assistance judiciaire qui est un organe décisionnaire.

b) LES ORGANES DISPENSATEURS DE L'ASSISTANCE JUDICIAIRE : LA COMMISSION AD HOC ET LES SOUS COMMISSIONS

Nous étudions dans cette partie la composition des bureaux d'assistance judiciaire (i) et leur fonctionnement (ii).

i) Organisation de la commission ad hoc et sous – commissions

138. Parler d'organisation des commissions ad hoc et des sous commissions revient à examiner les personnes qui les composent. Cette détermination a commencé avec l'arrêté n° 5367 du 23 mai 1977 désignant les membres des bureaux d'assistance judiciaire établis près la Cour d'appel et les tribunaux de première instance. Pour rappel, cet arrêté a désigné les membres des bureaux d'assistance judiciaire pour l'année 1977. Il y en avait aussi bien à la Cour d'appel qu'au Tribunal de première instance, aujourd'hui appelé Tribunal régional.

Ainsi, au niveau de la Cour d'appel MM. Amadou Ciré SALL et Ibrahima DIAW respectivement Directeur des Domaines, et Directeur de l'Administration générale et territoriale ont été membre des bureaux d'assistance judiciaire. Il y en avait également au Tribunal Régional de Ziguinchor, Diourbel, Saint Louis, Tambacounda, Kaolack et Thiès. L'innovation de cette loi c'est d'avoir substitué aux membres des bureaux de l'assistance judiciaire de l'AOF des personnes exclusivement sénégalaises. L'arrêté du 30 janvier 2006 portant organisation et fonctionnement de la commission ad hoc et des sous commissions sur l'assistance judiciaire s'inscrit dans cette lancée.

La commission ad hoc ayant son siège provisoire à la Cour d'appel de Dakar est composée du 1^{er} président de la Cour d'appel de Dakar ou du magistrat désigné par lui. Quant au

procureur général près la Cour d'appel de Dakar ou le magistrat du parquet général par lui désigné, il assure les fonctions de vice-président. Le secrétariat est assuré par le greffier en chef de la cour d'appel de Dakar. Ce dernier est secondé par un greffier de la Cour désigné par le 1^{er} Président. La commission comprend en outre :

- Le Directeur des Affaires civiles et du Sceau ou son représentant ;
- Le Directeur des Affaires criminelles et des Grâces ou son représentant ;
- Le Directeur des Impôts et Domaines ou son représentant ;
- Un avocat ;
- Un huissier ;
- Un représentant d'une organisation non gouvernementale s'intéressant à l'Aide juridictionnelle, désigné par le Ministre Chargé de la Justice ;
- Une personne désignée au titre des usagers par l'association des présidents des conseils régionaux et qui ne soit ni agent public, ni membre d'une profession juridique et judiciaire.

139. En se référant au décret de 1911 sur l'assistance judiciaire, on se rend compte que les bureaux de l'assistance judiciaire avaient leur siège aussi bien devant le Tribunal de première Instance que devant la Cour d'appel. Le bureau ayant son siège au T.P.I. est composé : du chef de service de l'enregistrement et des Domaines, ou à défaut de receveur le plus ancien ; d'un délégué du Secrétaire général de la colonie : de trois membres désignés, en chambre du Conseil par le tribunal civil, près duquel est établi le bureau et choisi parmi les avocats défenseurs et les notables domiciliés ou résidant au siège du bureau. Le nombre de bureaux d'assistance judiciaire doit correspondre à celui des Tribunaux de première instance.

En effet, on a pu se demander si les arrêtés émanant en matière d'assistance judiciaire de l'autorité locale du Sénégal et qui sont les seuls à réglementer le fonctionnement de la matière devant les juridictions du premier degré, sont légitimement applicables aux autres Colonies du groupe. La réponse qui a toujours prévalu est l'affirmative. Mais le Ministre des colonies de l'époque A. LEBRUN a préféré élaborer une réglementation d'ensemble de l'assistance judiciaire auprès de tous les Tribunaux français de l'ordre judiciaire et administratif, siégeant en Afrique occidentale française, pour dit-il, prévenir toute difficulté.

Cette position est louable car on ne voit pas au nom de quoi, les arrêtés pris par les autorités locales sénégalaises s'appliqueraient aux autres colonies. Devant la Cour d'appel, le bureau d'assistance judiciaire était composé des membres suivants : « Du chef du service du

Gouvernement général auquel ressortissent les affaires de l'enregistrement et des Domaines ou de son délégué, d'un délégué de l'Administration désigné par le Gouverneur général, de trois membres désignés par la Cour d'appel en assemblée générale et choisis parmi les anciens magistrats, les avocats défenseurs, les notaires ou ancien notaires, ou parmi les notables domiciliés et résidant à Dakar ».

Quant à la sous-commission d'aide juridictionnelle, elle a son siège dans chaque tribunal régional. Elle est composée du Président du Tribunal régional ou le magistrat qu'il désigne, le Procureur de la République ou son substitut. Le secrétariat est assuré par le greffier en chef du tribunal régional. Ce dernier est secondé par un greffier désigné par le président du tribunal régional.

La sous-commission comprend en outre :

- Le représentant de l'administration pénitentiaire ;
- Le représentant de l'action éducative en milieu ouvert ;
- Le chef du service régional des impôts et domaines ;
- Un avocat ;
- Un huissier ;
- Un représentant d'une organisation non gouvernementale s'intéressant à l'Aide juridictionnelle, désigné par le président de la sous commission ;
- Une personne désignée au titre des usagers par le conseil régional et qui ne soit ni agent public, ni membre d'une profession juridique et judiciaire.

Dans le décret de 1911 sur l'assistance judiciaire, les membres des bureaux d'assistance judiciaire désignés par la Cour d'appel et les Tribunaux peuvent être renouvelés mais seulement au mois de janvier de chaque année. Quant aux membres sortants, ils peuvent être nommés à nouveau. De même, une même personne ne peut faire partie à la fois d'un bureau de première instance et du bureau d'appel. Il n'y a donc pas de cumul de fonction et ce, dans le souci de permettre au bureau de statuer en toute impartialité et objectivité au profit du justiciable qui a formulé une demande d'assistance judiciaire mais aussi pour sa crédibilité

Le décret de 1911 a également réglementé le fonctionnement des bureaux d'assistance judiciaire au même titre que l'arrêté du 31 janvier 2006.

ii) Fonctionnement de la commission *ad hoc* et sous commission

140. Le rôle de la commission *ad hoc* et sous-commission est d'octroyer l'assistance judiciaire à celui qui en a besoin et dont les ressources sont insuffisantes. Ainsi, la commission *ad hoc* est compétente pour statuer sur les demandes d'admission à l'aide juridictionnelle, contrôler la gestion par le Bâtonnier de la dotation budgétaire versée au compte « Fonds Accès à la Justice » SGBS n° 1400205687/M ouvert au nom du Barreau du Sénégal et de promouvoir l'accès à la justice. Les membres des sous-commissions et de la commission *ad hoc* d'aide juridictionnelle sont tenus au secret professionnel : leur mandat est gratuit.

141. Les secrétaires assurent l'administration de la commission *ad hoc* et des sous commissions tandis que les Présidents sont chargés de l'exécution des décisions de la commission *ad hoc* et des sous-commissions ainsi que de leur fonctionnement régulier.

Aux termes de l'article 10 de l'arrêté du 30 janvier 2006 les décisions de la commission *ad hoc* et des sous commissions sont prises à la majorité des voix exprimées ; en cas de partage des voix, celle du Président est prépondérante.

142. Chaque bureau d'assistance judiciaire aussitôt formé nomme son Président sur la convention en première réunion du Parquet . C'est le greffier ou les commis de la Cour d'appel du Tribunal de Première Instance où est institué un bureau qui remplissent les fonctions de secrétaire avec voix consultative. Pour délibérer valablement, le bureau doit réunir au moins trois de ses membres, le secrétaire non compris. Les décisions sont prises à la majorité et en cas de partage, la voix du Président est prépondérante.

L'article 10 de l'arrêté s'inscrit dans la même lancée. En tout état de cause, les expéditions de la délibération de la Cour ou du Tribunal qui nomme les membres du bureau et celle de la délibération du bureau qui nomme le Président sont délibérés, sur papier libre, selon la juridiction, soit par le greffier de la Cour, au Parquet général, soit par le greffier du Tribunal, au Parquet de Première Instance qui les transmet immédiatement au Procureur général.

L'admission à l'assistance judiciaire nécessite le respect d'une procédure.

c) LA PROCEDURE D'ADMISSION A L'ASSISTANCE JUDICIAIRE

143. Il existe deux procédures d'admission à l'assistance judiciaire : une procédure normale (i) et une procédure exceptionnelle (ii)

i) La procédure normale d'admission à l'assistance judiciaire

144. Cette procédure est prévue à l'article 8 de l'arrêté. Selon cette disposition, toute personne physique demeurant au Sénégal et dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir ses droits en justice peut adresser sa demande d'aide juridictionnelle à la sous-commission du lieu de son domicile. L'article poursuit que l'avocat commis ou désigné d'office dans les cas prévus par la loi peut également saisir la sous-commission compétente au lieu et place de la personne qu'il assiste.

Cette procédure dite normale est prévue à l'article 8 du décret de 1911 aux termes duquel : « toute personne physique qui souhaite bénéficier de l'assistance judiciaire adresse sa demande avec les pièces justificatives au parquet du lieu où siège le bureau d'assistance de son domicile ». La demande peut revêtir une forme écrite ou se faire oralement. Cette même demande peut également être adressée au maire de son domicile, lequel va transmettre immédiatement avec les pièces jointes au parquet qui en fait la remise au bureau d'assistance judiciaire établi près le tribunal.

145. Les pièces justificatives prévues par le décret de 1911 sont : un extrait du rôle des contributions du postulant ou un certificat du percepteur de son domicile constatant qu'il n'est pas imposé, une déclaration attestant qu'il est, à cause de l'insuffisance de ses ressources, dans l'impossibilité d'exercer ses droits en justice et contenant l'énumération de ses moyens d'existence. En effet, l'exigence de cette deuxième pièce justificative traduit l'idée selon laquelle l'assistance judiciaire n'est accordée qu'aux indigents. D'ailleurs, s'il est démontré que le bénéficiaire de l'assistance judiciaire a fait une déclaration frauduleuse relativement à son indigence, il peut se voir retirer l'assistance judiciaire et, sur l'avis du bureau être traduit devant le tribunal de police correctionnelle et être condamné, indépendamment du paiement des droits et des frais de toute nature, dont il avait été dispensé à une amende égale au montant total de ses droits et frais sans que cette amende puisse être inférieure à cent francs et

à un emprisonnement de huit jours au moins et de six mois au plus. L'article 463 du Code pénal est applicable.

On peut donc remarquer que la fourniture des pièces justificatives n'est demandée qu'aux personnes physiques à l'exception des personnes morales qui pourtant peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire.

La raison de cette exclusion tient principalement au fait que ces personnes n'exercent pas une activité lucrative et par conséquent il pèse sur elles une présomption irréfragable serait-on tenté de dire, d'indigence lorsqu'elles formulent une demande d'admission à l'assistance judiciaire.

Une autre raison procéderait du fait que ces personnes visent l'intérêt général et il est donc indispensable qu'on les épargne d'un quelconque formalisme contraignant. Si les sociétés commerciales étaient bénéficiaires de l'assistance judiciaire, on leur aurait sans doute demandé de produire des preuves de leur incapacité à saisir les juridictions. Pareille preuve serait aisée à faire si elles fournissent leurs documents comptables. L'article 8 du décret 1911 précise le contenu de la demande d'admission à l'assistance judiciaire. Il est fait mention dans la demande de l'objet du procès que le postulant doit soutenir ou qu'il veut intenter, des noms, prénoms, profession et domicile des parties adverses. L'arrêté du 31 janvier 2006 a passé sous silence le contenu de la demande d'admission.

Le magistrat du parquet sus indiqué ne transmet le dernier au président du bureau qu'après avoir examiné si la demande d'assistance est régulière, si toutes les pièces exigées sont jointes et l'avoir fait compléter, s'il y a lieu. Il doit, en outre, s'assurer avec le plus grand soin, qu'il s'agit d'un procès de bonne foi et non d'une action frustratoire. Le magistrat du parquet joue là un rôle de contrôle et de surveillance des demandes.

En effet, on peut dire d'une demande d'assistance qu'elle est régulière si elle ne contient pas une déclaration mensongère sur les ressources du postulant. En s'assurant avec le plus grand soin qu'il s'agit d'un procès de bonne foi et non d'une action frustratoire, le magistrat du Parquet, veille à ce que le fondement de la demande soit solide et non léger.

146. Cette disposition est à rapprocher de l'article 7 de la loi de 1991 sur l'aide juridictionnelle qui, en plus des conditions requises pour bénéficier de l'aide relatives aux personnes et aux ressources, exige que l'action n'apparaisse pas irrecevable ou dénué de fondement. La difficulté qui va se poser est celle de l'appréciation du caractère sérieux de la demande en justice.

Le bureau doit statuer dans le plus bref délai possible. S'il n'est pas en même temps celui de la juridiction compétente pour connaître du litige, il se borne à recueillir ou à faire au besoin compléter, s'il en a déjà été fourni, les renseignements, tant sur l'insuffisance des ressources que sur le fond de l'affaire. Il peut entendre les parties si elles ne l'ont pas été. Et si les parties n'ont pas trouvé un terrain d'entente, il transmet par l'intermédiaire du parquet qui l'a saisi, la demande, le résultat des informations et les pièces au bureau de la juridiction compétente.

Par lui même ou par l'intermédiaire du Parquet, le bureau de la juridiction compétente prend toutes les informations nécessaires pour s'éclairer, tant sur l'insuffisance des ressources du demandeur que sur les motifs de la demande. L'instruction prescrite par l'article 8 de l'arrêt du 31 janvier 2006 démontre que la sous-commission dispose des mêmes pouvoirs d'investigation que le bureau de la juridiction compétente parce qu'elle peut recueillir tous renseignements sur la situation financière de l'intéressé. Pour ce faire, elle peut demander aux autorités administratives, judiciaires, fiscales, douanières, communication de tous renseignements ou pièces pouvant permettre d'apprécier les ressources de l'intéressé.

147. Mais à la différence du décret de 1911, l'arrêté ne prévoit pas l'hypothèse de non comparution de la partie adverse du candidat à l'assistance judiciaire. En effet, dans ce cas, le Bureau d'Assistance donne à la partie adverse avis qu'elle peut se présenter devant lui, soit pour contester l'insuffisance des ressources, soit pour fournir des explications sur le fond et ses moyens de défense. Le bureau entend par cette attitude respecter le principe du contradictoire.

L'exécutif sénégalais peut-être n'a pas jugé nécessaire de consacrer pareille disposition parce qu'il estime qu'il est évident que vu l'importance de ce principe, il doit pouvoir être respecté dans toutes les procédures. Le décret de 1911, à l'instar de l'arrêté du 31 janvier 2006, a également prévu une procédure d'admission provisoire qui peut être qualifiée d'exceptionnelle.

ii) La procédure exceptionnelle

148. Aux termes de l'article 9 de l'arrêté du 31 janvier 2006, dans les cas d'urgence, et si la commission ad hoc et les sous-commissions ne peuvent être réunies, le bâtonnier ou son représentant au niveau régional peut saisir le Président de la commission ad hoc ou de la sous-commission, selon le cas, pour être statué sur les demandes d'assistance judiciaire. Le Ministre chargé de la justice, peut également saisir la commission ad hoc d'une demande d'assistance judiciaire.

Il faut dire à l'examen de cette disposition que la procédure exceptionnelle n'est mise en branle qu'en cas d'urgence et si la commission *ad hoc* et les sous-commissions ne peuvent être réunies. Dans cette occurrence, les personnes aptes à saisir les sous commissions et la commission *ad hoc* sont le bâtonnier, son représentant au niveau régional et le ministre de la justice.

On remarque donc que l'intéressé ou son conseil sont exclus de la saisine et que la commission *ad hoc* ne peut être saisie que dans les conditions susmentionnées. Cette disposition est à rapprocher de l'article 6 du décret du 20 décembre 1911.

Nous avons mentionné dans nos développements précédents que le quorum exigé par le décret de 1911 pour que les bureaux d'assistance délibèrent valablement c'est au moins la présence de trois de ses membres. Toutefois, cette règle reçoit exception dans la procédure de l'admission provisoire²⁶². Dans cette hypothèse, l'admission provisoire pourra être prononcée par le bureau, quelque soit le nombre des membres présents, le président ou à son défaut le membre le plus ancien, ayant voix prépondérante et même par un seul membre.

Dans ces mêmes cas, par exception, le magistrat du Ministère public, auquel doit être adressée la demande d'assistance judiciaire, pourra d'office, s'il y a lieu, convoquer le bureau. Ce bureau, même s'il n'a, dans l'espèce, qualité pour recueillir les renseignements, dans les termes de l'article 8, aura cependant, si les circonstances l'exigent, le droit de prononcer l'admission provisoire. Lorsque l'admission n'aura été, dans les conditions qui précèdent, que

²⁶² Aux termes de l'article 20 de la loi française de 1991 : « l'admission provisoire à l'aide juridictionnelle peut également être accordée lorsque la procédure met en péril les conditions essentielles de vie de l'intéressé, notamment en cas d'exécution forcée emportant saisie de biens ou expulsion ».

provisoire, le bureau compétent statuera à bref délai sur le maintien ou le refus de l'assistance demandée. La condition exigée pour le prononcé d'une admission provisoire par le décret de 1911 c'est l'extrême urgence et l'urgence pour l'arrêté du 31 janvier 2006. Sans aucun doute, il appartient respectivement au bureau d'assistance judiciaire et au Président des commissions et sous-commissions saisi par le Bâtonnier ou son représentant au niveau régional d'apprécier ces états de fait. L'appréciation est également laissée aux saisissants.

Avant de prononcer l'admission provisoire à l'aide juridictionnelle, la sous-commission peut recueillir tous les renseignements sur la situation financière de l'intéressé. A cet effet, elle peut demander aux autorités administratives, judiciaires, fiscales, douanières, communication de tous renseignements ou pièce pouvant permettre d'apprécier les ressources de l'intéressé. L'ensemble du dossier du demandeur est transmis à la commission ad hoc qui prononcera l'admission définitive au bénéfice de l'aide juridictionnelle. Les décisions des sous-commissions peuvent être frappées d'un recours exercé par l'intéressé ou son conseil. Ce recours est déféré devant la commission ad hoc de la Cour d'appel de Dakar. De plus, lorsque le bénéfice de l'aide juridictionnelle lui a été provisoirement refusé, l'intéressé ou son conseil peut, en cas d'élément nouveau, demander une nouvelle délibération de la sous-commission .

149. Au delà de l'étude de ces différentes procédures, il convient de préciser que l'assistance produit des effets qui varient selon qu'elle est accordée ou refusée. Lorsque l'assistance judiciaire est accordée elle entraîne deux conséquences relatives d'une part au concours des auxiliaires de justice, d'autre part aux frais occasionnés par le procès. Ainsi, dans les trois jours de l'admission à l'Assistance judiciaire , le président du bureau compétent envoie un extrait de la décision portant seulement que l'assistance est accordée au Président de la juridiction compétente. Ce dernier, dès réception, désigne dans les plus brefs délais un avocat, un huissier et s'il y a lieu, le mandataire qui doivent prêter leur ministère à l'assisté.

L'assisté peut en outre demander aux notaires et greffiers et tous autres dépositaires publics la délivrance gratuite des actes et expéditions. Toutefois, ces derniers ne sont tenus de s'exécuter que lorsqu'une ordonnance du Président de la juridiction compétente le leur autorise. Concernant les conséquences financières, l'assisté est dispensé provisoirement de la consignation et du paiement des sommes qui pourraient être dues pour droits de timbre d'enregistrement et de greffe ainsi que de toute consignation d'amende, du paiement des sommes dues au greffier et aux officiers ministériels pour droits, émoluments et honoraires. Et

en cas de condamnation aux dépens prononcée contre l'adversaire, la taxe comprend tous les droits, frais de toute nature et émoluments auxquels l'assisté aurait été tenu s'il n'y avait pas eu assistance judiciaire. Il apparaît de tous ces développements que l'assisté n'a pas le libre choix de son avocat.

En effet, ce dernier est désigné par le Président de la juridiction compétente. Aux termes de l'article 8 de l'arrêté du 31 janvier 2006, l'avocat commis ou désigné d'office dans les cas prévus par la loi peut saisir la sous-commission compétente au lieu et place de la personne qu'il assiste. Même si l'arrêté ne le prévoit pas de façon expresse, il résulte de la lecture de ce texte, que l'assisté ne choisit pas librement son avocat.

150. Ces instruments juridiques ne s'inscrivent pas dans le même sillage que la loi française de 1991 qui elle autorise l'assisté à choisir librement son avocat. Pourtant, il n'en a pas toujours été ainsi car il prévalait une règle selon laquelle lorsque l'assisté refuse le concours de l'auxiliaire désigné, il perd le bénéfice de la gratuité²⁶³. C'est le bâtonnier qui avait pouvoir pour désigner un avocat dans l'ancien système. Depuis la réforme de 1991, le bâtonnier ne peut le faire qu'à défaut d'un choix pour l'assisté ou dans le cas de refus de l'auxiliaire de justice choisi.

Les effets du refus de l'assistance ne sont prévus que par le décret de 1911 et non par l'arrêté du 31 janvier. Ainsi, dans le cas où l'assistance est refusée par le bureau, son président, dans le délai de 3 jours, donne avis de la décision au Parquet général et au Parquet du lieu où il siège selon le cas, et lui retourne le dossier pour être remis à l'intéressé qui est avisé, en même temps du refus.

L'importance de l'assistance judiciaire ne fait l'ombre d'aucun doute. Seulement, il doit être réformé.

2. MAIS QUI MÉRITE D'ÊTRE REDYNAMISÉ COMME EN DROIT FRANÇAIS

²⁶³ CA Caen, 13 juillet 1906 : s ; 1907, 2, p.105.

151. L'assistance judiciaire au Sénégal est d'une efficacité limitée. Plusieurs raisons permettent en effet d'arriver à cette conclusion. D'abord, peu de Sénégalais sont au courant de l'existence de dispositions relatives à l'assistance judiciaire. Une vulgarisation de ce texte s'impose donc. Ensuite, selon une doctrine autorisée, l'assistance judiciaire organisée dans l'ex-AOF par décret du 20 décembre 1911 publié au Journal officiel de l'AOF en 1912 à la page 104 n'a pas fonctionné en dépit de l'arrêté ministériel n° 5367/MJ/ du 30 mai 1977 ayant installé le Bureau d'assistance judiciaire.²⁶⁴ L'auteur pose la question de savoir si sa réorganisation pourra permettre de poser et appliquer des critères objectifs dans un pays où l'écrasante majorité de la population pourraient être classée dans cette catégorie au regard du rapport analytique entre le revenu moyen par tête d'habitant et le coût global d'une affaire judiciaire pour le justiciable²⁶⁵.

152. La question de la réforme de l'assistance judiciaire a depuis toujours préoccupé le juriste sénégalais. Feu le juge KEBA MBAYE n'a pas manqué de critiquer le décret de 1911 qui selon lui : « a gardé de ses origines des expressions surannées et des mesures devenues tout à fait inadaptées, l'application des unes et des autres mobilisant parfois en vain tout le génie d'interprétation du magistrat. Ce rescapé de l'époque coloniale utilise encore le langage démodé de son temps. Il parle du « chef de service du gouvernement général chargé de l'enregistrement et des domaines », du « gouverneur de l'Afrique Occidentale française », et « justices de paix à compétence étendue », des « juridictions françaises », de la « colonie du Haut Sénégal et Niger », des « avocats-défenseurs », du « territoire militaire établi à Bamako ». Il menace les greffiers coupables de négligence, d'une amende de dix francs, et fait encourir à l'assisté qui a souscrit une déclaration frauduleuse, la terrible peine de cent francs. Même débarrassé de ses formules anachroniques et réadapté, le décret de 1911 n'en échappera pas davantage aux critiques que l'on a adressées fort justement à la loi française du 22 janvier 1851, père légitime de notre système actuel d'assistance judiciaire. Il faut ajouter à cela la méconnaissance quasi totale de cette institution par la population. En effet, il n'y a eu aucune décision judiciaire en 1977 et en 1978 au Tribunal de première instance de Dakar et à la Cour d'appel. Ce n'est évidemment pas par faute de plaideurs indigents. C'est parce que les intéressés ignorent leurs droits²⁶⁶ ».

²⁶⁴ D. NDOYE, *La Cour de cassation au Sénégal*, EDJA, 1992, p. 10.

²⁶⁵ D. NDOYE, *op. cit.*

²⁶⁶ K. MBAYE, *Propos d'un juge*, N.E.A.S, 2006, p. 149.

Ces remarques fort pertinentes du juge KEBA MBAYE se passent de commentaires et emportent assurément notre adhésion.

En effet, on ne saurait comprendre que la nécessité de réorganiser le système d'aide judiciaire soit de tout temps souhaitée et que l'exécutif sénégalais malgré la tentative de réforme entreprise au travers l'arrêté 0864 du 31 janvier 2006 ne puisse pas poser des critères objectifs d'attribution de l'assistance judiciaire. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que ces critères sont laissés à l'appréciation souveraine des commissions ad hoc et sous-commissions chargés de l'assistance judiciaire ; ce qui n'est pas sans entraîner des abus.

153. Si l'on se réfère au droit français, l'on constate que le législateur français a fixé un plafond pour bénéficier de l'aide juridictionnelle. Ainsi l'article 4 de la loi de 1991 relative à l'aide juridique précise que : « le demandeur à l'aide juridictionnelle doit justifier que ses ressources mensuelles sont inférieures à 4.400 F pour bénéficier de l'aide juridictionnelle totale et à 6.600 F pour bénéficier de l'aide juridictionnelle partielle ». Aujourd'hui, avec l'adhésion de la France à l'Euro, pour l'année 2003, le plafond est fixé à 816 Euros pour l'aide juridictionnelle totale, et à 1223 Euros pour l'aide juridictionnelle partielle, les dites sommes étant majorées de 93 Euros par personne à charge.

Cette personne à charge peut-être le conjoint, le concubin, l'enfant âgé au premier janvier de l'année de la demande de moins de 18 ans, ou de moins de 25 ans, s'il poursuit ses études, l'enfant titulaire d'une carte d'invalidité, quelque soit son âge, l'ascendant ayant des ressources inférieures au minimum vieillesse. Et chaque année, ces sommes sont réévaluées par la loi des finances en prenant pour référence la tranche la plus basse du barème de l'impôt sur le revenu. Sont désormais pris en considération, au titre des ressources, les éléments du train de vie, l'existence de biens, meubles même non productifs de revenus, ainsi que les revenus du conjoint du demandeur à l'aide juridictionnelle et des personnes vivant habituellement à son foyer. Le principe de plafond des ressources que nous venons d'évoquer souffre d'exception. L'article 6 de la loi de 1991 permet à un justiciable dont les revenus sont supérieurs au plafond fixé par la loi de faire face aux frais souvent importants lorsque la situation du plaideur : « apparaît particulièrement digne d'intérêt au regard de l'objet du litige ou des charges prévisibles du procès ».

Au Sénégal, nous n'avons pas de dispositions d'une telle teneur. En effet, la fixation des plafonds de ressources présente l'avantage de ne pas laisser les critères d'octroi de l'assistance judiciaire aux organes décisionnaires. On pourrait par exemple avoir comme règle que toutes les personnes ayant un revenu inférieur ou égal au SMIG sénégalais peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire. Le tout en s'inspirant des correctifs apportés par l'article 6 de la loi de 1991 au principe de plafond de ressources posé.

154. Une autre raison qui permet de constater l'inefficacité de l'assistance judiciaire au Sénégal c'est l'absence de décisions de justice y afférentes. Il est permis de relever qu'en France, au cours de l'année 2001, 657816 décisions d'admission à l'aide juridictionnelle ont été prononcées dont 391276 pour des contentieux civil et administratif et 266540 pour des contentieux pénaux²⁶⁷.

A cela s'ajoutent les moyens de recours contre les bureaux d'assistance judiciaire et les commissions ad hoc et sous-commissions chargées de l'assistance judiciaire en cas de refus d'octroi de l'assistance judiciaire et la rémunération des avocats. L'article 13 du décret de 1911 confirme que les décisions du bureau ne sont susceptibles d'aucun recours de la part des parties. C'est dire donc que lorsque le bureau accepte ou refuse d'octroyer au postulant l'assistance judiciaire, aucune remise en cause de cette décision ne saurait être envisagée.

La situation serait beaucoup plus désavantageuse en cas de refus opposé au postulant par le Bureau car on ne voit pas l'intérêt pour un justiciable qui bénéficie de l'assistance judiciaire de tenter de remettre en cause cette décision ; à moins qu'elle soit partielle voire insuffisante. On serait tenté, à la lecture de l'article 11 de l'arrêté 0864 du 31 janvier 2006, de penser que l'exécutif sénégalais a été sensible à la question en permettant au postulant de demander à la sous-commission une nouvelle délibération lorsque le bénéfice de l'aide juridictionnelle lui a été provisoirement refusé.

Mais il faut relever que cet article pose une condition de recours c'est-à-dire « en cas d'éléments nouveaux ». Le premier problème qui va se poser sera celui de la détermination des « éléments nouveaux ». En outre, il n'est pas certain que même si cette condition a été respectée, la sous-commission reviendra sur sa décision et ce d'autant plus que cette dernière recueille tous les renseignements sur la situation financière du demandeur avant de se

²⁶⁷ H. REGOLI, *Institutions judiciaires*, 4^e édition, Dalloz, 2003, p.13.

prononcer. Il faut permettre au demandeur d'aide juridictionnelle d'exercer un recours devant un tribunal en cas de refus par la sous-commission et la commission ad hoc de lui accorder l'assistance judiciaire comme c'est le cas en droit français.

L'article 23 de la loi de 1991 dispose que les décisions du bureau d'aide juridictionnelle, de la section du bureau ou de leur président peuvent être déférées, selon le cas, au président du Tribunal de Grande Instance, au premier président de la Cour d'appel ou de la Cour de cassation, au président du tribunal d'instance. Ces autorités statuent sans recours ; les recours peuvent être exercés par l'intéressé lui-même lorsque ce bénéfice lui a été refusé pour un motif prévu à l'article 7 ou lorsque ce bénéfice ne lui a pas été refusé. Il résulte de cette disposition que même si la décision de refus du bureau d'aide juridictionnelle est fondée, cela n'empêche pas le demandeur d'aide d'exercer un recours contre celle-ci.

155. Il faudrait penser au prélèvement d'une taxe qu'alimenterait un fonds géré par un organe spécial. Des fonds, il en existe dans notre pays. C'est le cas des Fonds de garantie automobile qui est un fonds chargé d'indemniser les victimes des dommages résultant d'un accident dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur en circulation ainsi que ces remorques et semi-remorques lorsque le responsable des dommages demeure inconnu ou n'est pas assuré. C'est l'exemple également du Fonds Accès à la Justice ouvert au nom du Barreau du Sénégal²⁶⁸.

L'assistance judiciaire, telle que réglementée au Sénégal, manque de pertinence pour les raisons ci-dessus évoquées. Il faut rappeler que malgré sa non-application et son inadaptation à l'évolution de la société sénégalaise, le décret de 1911 n'est pas abrogé ; et on ne saurait parler d'abrogation par désuétude. Il y a donc coexistence entre l'arrêté du 31 janvier 2006 et le décret de 1911 qui, dans certaines hypothèses abondent dans le même sens. Toutefois, on peut relever quelquefois des contradictions entre ces deux instruments.

Le législateur sénégalais doit entreprendre une véritable réforme de l'assistance judiciaire. De notre point de vue, il faut commencer d'abord par abroger le décret de 1911 étant donné qu'il

²⁶⁸ On n'ira pas jusqu'à souhaiter l'introduction du rapport Darrois sur les « professions de droit » qui propose de permettre aux avocats de supporter une large part du poids de l'aide juridictionnelle (ce fonds serait prélevé sur le chiffre d'affaires des avocats) dans notre ordonnancement juridique. Il semble d'ailleurs que ce rapport n'a pas reçu l'assentiment de certains parlementaires français d'où l'existence de la proposition de loi n°345 (2010-2011) relative à la rétribution des avocats en charge des missions d'aide juridictionnelle www.senat.fr/leg/pp10-345.pdf.

est désuet et inadapté. Nous souscrivons entièrement à l'opinion du juge KEBA MBAYE selon laquelle le décret de 1911 est dépassé car aujourd'hui l'AOF n'existe plus et les Etats qui la composaient sont indépendants même s'il est permis d'envisager une éventuelle harmonisation voire uniformisation des règles d'assistance judiciaire en Afrique puisque le droit communautaire domine l'esprit du temps depuis une bonne dizaine d'années. Pour l'instant, les règles d'assistance judiciaire sont d'application interne.

Ensuite, il faut étudier des critères clairs précis et compréhensibles d'octroi de l'assistance judiciaire, qui évoluent lorsque les circonstances l'exigent, accorder une importante indemnité aux avocats intervenant dans l'assistance judiciaire.

Enfin, il faut décentraliser les bureaux d'assistance judiciaire notamment les commissions ad hoc ; ce qui suppose rendre effectives les Cours d'appel de Saint-Louis et Ziguinchor et en créer d'autres. Pourquoi ne pas penser à créer une caisse de Crédit judiciaire ? Celle-ci, au lieu de verser au bénéficiaire du crédit la somme empruntée, garantirait aux avocats le paiement de leurs frais et honoraires de telle sorte qu'ils puissent limiter le montant des provisions à leurs débours. Le procès terminé, elle solderait le compte des frais et honoraires dus aux auxiliaires de justice et exercerait le recouvrement de ses avances sur la partie condamnée (le cas échéant sur le bénéficiaire lui-même)²⁶⁹

156. Nous pensons donc que le justiciable, à défaut pour l'Etat de préciser les personnes qui peuvent bénéficier de l'assistance judiciaire, de l'assurance de protection juridique, et du crédit judiciaire, choisira entre ces trois mesures.

Rappelons que les règles concernant la composition, le fonctionnement du bureau d'aide juridictionnelle près la Cour suprême n'ont pas encore été fixées par décret tel que prévu par l'article 36 de la loi organique sur la Cour suprême.

En France, l'aide aux personnes dépourvues de ressources suffisantes a connu une évolution. La loi des 12 janvier 1851 qui réglementait la question avait un domaine d'application restreint. Elle ne concernait que les indigents, et les services rendus par les avocats n'étaient pas indemnisés encore moins rétribués. Mais au fil des années, il est apparu que de plus en

²⁶⁹ P. BERTIN, *Présentation du projet de loi instituant l'aide judiciaire*, Gaz. Pal 1971 (2^e semestre).

plus de personnes, sans être indigents, devaient pouvoir être aidés face à la multiplication des lois.

Ainsi la loi du 3 juillet 1972 a substitué l'aide judiciaire à l'assistance judiciaire et accordé aux avocats une indemnisation ainsi que le précise l'article 19 de cette loi : « l'avocat chargé de prêter son concours au bénéficiaire à l'aide judiciaire perçoit une indemnité ». Le domaine de cette nouvelle loi est plus large puisqu'elle n'est plus réservée aux seuls indigents, mais à tous ceux dont les ressources sont inférieures à un certain seuil. Il était donc permis de constater l'existence de bénéficiaires de l'aide judiciaire totale à côté de ceux de l'aide judiciaire partielle.

Mais à l'instar de la loi de 1851 qui a fait l'objet de vives critiques parce qu'elle était une œuvre de charité ou que son domaine était restreint et que les auxiliaires de justice ne percevaient aucune rémunération, celle de 1972 n'a pas non plus été épargnée. Il lui a été reprochée d'avoir un domaine restreint car elle ne se limitait qu'à l'aide juridictionnelle ou l'aide à l'accès à la justice. Or, les citoyens avaient besoin d'être informés sur leurs droits. De plus, les avocats se sont plaints des montants dérisoires d'indemnités versées par l'Etat qui le plus souvent suffisaient à peine à couvrir les frais de gestion d'un dossier. Cette situation a provoqué en 1989 plusieurs grèves d'avocats.

C'est dans ces circonstances que la loi du 10 juillet 1991 a vu le jour. Cette loi a changé de qualificatif. Ainsi, l'expression « d'aide judiciaire » a disparu au profit de celle « d'aide juridique ». Cette notion recouvre à la fois l'aide juridictionnelle qui est l'aide à l'accès à la justice et l'aide à l'accès au droit permettant au justiciable d'être informé de ses droits. Avec cette loi, les avocats perçoivent une rétribution. On est donc passé de l'indemnité à la rétribution.

157. Mais une fois de plus, cette loi n'a pas échappé aux critiques. Le système mis en place par cette loi est qualifié d'inadapté à raison notamment de l'explosion des demandes d'aide juridictionnelle mais également du fait qu'elle constitue un fardeau devenu insupportable pour les avocats. La rétribution s'étant révélée insuffisante à couvrir ne serait-ce que les frais engagés par les avocats, un mouvement de révolte s'est fait sentir en automne 2000 et a abouti

à la conclusion d'un protocole entre le barreau et le Gouvernement français le 18 décembre 2000²⁷⁰.

Un projet de loi « relatif à l'accès au droit et à la justice » adopté par le Conseil des Ministres prévoit : « la modulation du taux horaire en fonction de l'implication de l'avocat dans l'aide juridictionnelle : ainsi un avocat qui consacre 50 % de son temps à l'aide juridictionnelle bénéficiera d'un taux horaire plus élevé qu'un avocat qui n'effectue que quelques dizaines d'heures d'aide juridictionnelle et une personnalisation de la rémunération²⁷¹» Cette situation est, poursuit l'auteur vivement contestée par le Conseil national du Bureau.

Ce point de vue de l'auteur est exact car les avocats dont la situation économique dépend de l'aide juridictionnelle seront davantage portés à s'adonner à cette activité que les autres qui ont une assise financière. Cependant, si le principe de la création d'une classe d'avocats voués à l'aide juridictionnelle est à déplorer, parce que peut-être elle porte atteinte à leur indépendance, il ne devrait pas en être ainsi du montant de leur rémunération qui est fonction du degré de leur implication dans l'activité de l'aide juridictionnelle. Aux termes de l'article 18 du projet « dès qu'il a été choisi ou désigné au titre de l'aide juridictionnelle, l'avocat sauf cas d'urgence, conclut avec le bénéficiaire de l'aide une convention par laquelle il s'engage à respecter les exigences de qualité prévues à l'article premier et dont le contenu est défini par décret prévu à l'article 61. La Convention est communiquée au bâtonnier de l'ordre dont relève l'avocat, qui en contrôle la régularité. A défaut de communication de la Convention, l'avocat ne peut prétendre au versement d'honoraires complémentaires lorsque l'aide juridictionnelle partielle a été accordée ».

Ce texte, soutient M. MARTIN est injurieux pour les avocats en jetant le doute a priori sur la qualité de leur prestation qui doit être contrôlée, et il est attentatoire à leur indépendance. Rien à notre avis, ne peut justifier un tel texte. Il n'appartient pas à l'exécutif de prévoir dans un décret des normes de qualité auxquelles l'avocat doit se soumettre. Ce dernier est assez compétent pour qu'on prétende lui donner des directives dans son travail. L'article 19 poursuit en précisant que les avocats voués à l'aide juridictionnelle seront rémunérés à la

²⁷⁰ Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi n°345 (2010-2011) relative à la rétribution des avocats en charge des missions d'aide juridictionnelle, on peut lire que l'avocat n'est pas rémunéré à hauteur de son intervention et travaille à perte dans une large majorité de ses dossiers. Toujours dans l'exposé des motifs, il est précisé que le financement de l'aide juridictionnelle ne se conçoit que « moyennant l'engagement prioritaire de l'Etat » www.senat.fr/leg/pp10-345.pdf.

²⁷¹ R. MARTIN, *Le Projet de loi relatif à l'accès au droit et à la justice*, JCP ed G. 2002, N° 14, p. 641.

vacation. M. MARTIN conclut que tout ce pan du projet est lourd d'une menace d'une sorte de barreau d'Etat. Avant que le Gouvernement français ne se préoccupe de la qualité des prestations de services des avocats, il doit d'abord penser à leur accorder une rémunération suffisamment importante pour les intéresser à l'aide juridictionnelle.

Selon M. Michael ZANDER le fait que l'Etat prenne en charge l'aide judiciaire ne constitue pas, comme on en a manifesté parfois la crainte, une menace pour l'indépendance des professions juridiques.²⁷² Pour conforter son opinion, le professeur cite l'exemple du système judiciaire qui prévaut en Angleterre. Dans ce système, les avocats qui prêtent leurs services aux pauvres se voient accorder une rémunération par l'Etat. La seule exigence que les membres des professions juridiques ont formulée, en vue de garantir l'indépendance des juristes salariés, a été la demande, faite par la *Law Society*, que les centres juridiques soient « indépendants », c'est-à-dire que l'administration qui leur octroie les crédits ne dispose pas d'un pouvoir excessif dans la gestion de ces centres. La *Law Society* accepte en effet qu'il soit dérogé aux règles d'éthiques professionnelles traditionnelles (*Practice Rules*) à la condition que dans chaque centre juridique « la commission de gestion soit indépendante de l'administration qui subventionne le centre, ainsi que des autorités nationales et locales, nul représentant de celle-ci ne pouvant être *ex officio* président, vice-président un secrétaire du comité de gestion ». L'auteur conclut que selon lui, la meilleure solution est sans aucun doute, d'avoir un système d'aide judiciaire qui combine l'appel à des juristes exerçant leur profession à titre privé et à des juristes salariés²⁷³.

Pour remédier aux obstacles d'accès au juge, le législateur sénégalais a également prévu des modes alternatifs de règlement des conflits.

B. L'ALTERNATIF AU PROCES : LE RECOURS AUX MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

158. La question a été posée de savoir si la justice est le monopole de l'Etat. La réponse varie selon que l'on est partisan de la thèse kelsenienne qui consacre une identité de l'Etat et du droit et selon qu'on pense que la justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des

²⁶⁴ M. ZANDER, *La première vague, in Accès à la justice et l'Etat -Providence*, Economica, 1984, p.42.

²⁷³ M.ZANDER *op.cit.*, p.43.

tribunaux²⁷⁴. En effet, devant le blocage de l'institution judiciaire par l'allongement des délais, l'encombrement des juridictions, l'inefficacité des moyens, la tentation est de recourir à une dérivation du flux judiciaire en mettant hors de contrôle du juge ce qu'il ne peut matériellement traiter. Cette tentation s'appelle déjudiciarisation²⁷⁵. Ce développement des modes alternatifs de règlement des différends est-il la panacée qui allégerait radicalement la tâche des juridictions surchargées ? Il faut dire qu'en la matière, il y a des aspirations contradictoires entre les professionnels du droit qui souhaitent régler les contentieux avec technicité et les justiciables qui veulent un système plus souple et accessible de traitement des litiges.

Trois modes alternatifs de règlement des différends sont prévus dans la législation sénégalaise : la conciliation (1), l'arbitrage (2) et enfin la transaction (3).

1. LA CONCILIATION

159. S'il est vrai qu'en droit sénégalais on ne parvient pas à faire le départ entre la conciliation et la médiation, tel n'est pas le cas en droit français. Selon le législateur français, la conciliation est soit faite par le juge, soit extrajudiciaire. Dans tous les cas, elle est gratuite contrairement à la médiation. Le médiateur est choisi par le juge en accord avec les parties²⁷⁶. La diminution de l'encombrement des tribunaux exige le développement de structures propres à prévenir les procès, c'est-à-dire à concilier les parties antagonistes²⁷⁷. La conciliation est un accord de deux parties visant à éteindre le litige et mettre fin à l'instance judiciaire²⁷⁸. L'examen du domaine de la conciliation et de ses acteurs présente l'avantage de mieux cerner

²⁷⁴ M. GALANTER in *Accès à la justice et Etat – Providence op.cit.*, pp.151 et s.

²⁷⁵ J.M. VARRAUT, *Le droit au juge op.cit.*, p.154.

²⁷⁶ Mais selon M. Charles JARROSSON, lorsque la conciliation fait appel à un tiers, il n'y a pas vraiment de différence de nature, « mais tout au plus une différence de degré dans l'implication du tiers » (Conférence de Lyon 26 septembre 1995, La médiation G.P. 21 août 1996 p. 3). Il faut juste dire que la conciliation ne nécessite pas forcément la présence d'un tiers ; elle peut avoir lieu entre les parties seules. Le conciliateur tempère l'animosité des parties, les pousse à se parler. Le médiateur propose quant à lui, un projet de solution. Avec la conciliation, on met davantage l'accent sur la fin, le but à atteindre, c'est-à-dire l'accord. Dans la médiation, on insiste surtout sur les moyens utilisés pour arriver au même résultat. Pour tous ces développements V. 94 e Congrès des Notaires de France *Le contrat Liberté contractuelle et sécurité juridique*, Lyon 17-20 mai 1998.

²⁷⁷ SOLON, *Raison pour la justice*, Paris, Dalloz, 1986 p.102

²⁷⁸ P. NICOLEAU, *Lexique de droit privé*, Ellipses, *op.cit.*, p.86.

la notion ; mais au préalable, il y a besoin d'évoquer l'évolution de la procédure de conciliation en droit sénégalais²⁷⁹.

160. Dans la législation coloniale, c'est le décret du 22 mars 1924²⁸⁰ réorganisant la justice, qui, tout en supprimant les tribunaux de village, avait maintenu le pouvoir de conciliation du chef de village en matière civile et commerciale, selon la coutume du pays. De plus, ce même décret instituait devant les tribunaux du premier et du second degré de juridiction, un préliminaire obligatoire de conciliation. La même organisation a été reprise par le décret du 3 décembre 1931²⁸¹. Les termes de ce décret notamment son article 23 qui posait le principe de la conciliation devant les tribunaux de droit coutumier et qui sont les suivants : « Avant toute chose, le tribunal doit tenter de concilier les parties » ont donné matière à controverse. La chambre d'annulation de l'A.O.F. avait déduit de ce texte le caractère obligatoire du préliminaire de conciliation, cela jusqu'en 1952. En effet, la chambre d'annulation est revenue sur une jurisprudence qui n'avait pas varié depuis 1924 : « considérant que le préliminaire de conciliation, prévu par le texte susvisé, n'a pas un caractère d'ordre public et ne saurait en conséquence servir de fondement à un pourvoi en annulation pour violation de la loi ».

Contrairement à une opinion autorisée²⁸², la controverse sur le caractère obligatoire ou facultatif du préliminaire de conciliation n'a pas pris fin au moment des indépendances. Le législateur sénégalais, en soutenant à l'article 2 du décret 60-40 du 14 novembre 1960 que « le juge de paix appelle les parties en conciliation de la manière qu'il estime la plus expédiente » est beaucoup moins précis que l'article 23 du décret du 3 décembre 1931. La preuve en est que le juge KEBA MBAYE interprète l'article 2 comme une tentative obligatoire. Si la controverse était close, le décret 60-40 n'allait pas donner lieu à interprétation.

Néanmoins, nous souscrivons à l'opinion selon laquelle l'article 23 du décret de 1931 pose un préliminaire obligatoire de conciliation au regard de la philosophie africaine de conciliation à savoir, entre autres, que la conciliation est un facteur de paix sociale. Elle ne fait « ni gagnant ni perdant ». Les plaideurs tombent d'accord et la fraternité n'est pas compromise. Ils se séparent en partageant la noix de cola, symbole de l'égalité et de l'amitié²⁸³ ». Il est permis

²⁷⁹ E. MICHELET, *La conciliation dans la procédure sénégalaise*, Penant, 1980 avril-mai-juin pp.135 et s.

²⁸⁰ J.O.A.O.F. 1924 p.319.

²⁸¹ J.O.A.O.F. 1932, p.125.

²⁸² E. MICHELET, *La conciliation dans la procédure sénégalaise*, op.cit., p.154.

²⁸³ E. MICHELET, op.cit., p.136.

d'affirmer que le décret du 3 décembre 1931 a entendu respecter cette philosophie africaine en instituant le préliminaire obligatoire de conciliation devant les tribunaux de droit coutumier même si la terminologie employée est on ne peut plus floue. Cette affirmation doit être étendue à l'article 2 du décret 60-40 du 14 novembre 1960.

Ajoutons que dans le domaine des conflits individuels du travail, le Code de travail d'outremer de 1952 en son article 190, permettait à tout travailleur ou tout employeur, de demander à l'inspecteur du travail et des lois sociales, à son délégué ou son suppléant de régler le différend à l'amiable, l'action en justice ne pouvant être exercée qu'en cas d'échec de la tentative de conciliation.

161. A leur accession à l'indépendance, plusieurs pays africains dont le Sénégal ont consacré la conciliation. Elle est prévue dans le CPCS, le Code de la Famille, le Code du Travail et le COCC ; d'où l'examen de son domaine.

Dans le Code de procédure civile, ce sont les articles 7, 30, 21, 31 et 781 abrogé par l'article 12 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. A la lecture de l'article 7, on peut relever que la conciliation peut se faire au début de l'instance et en tout état de la procédure.

L'initiative de la conciliation appartient concurremment au juge, qui peut d'office tenter de concilier les litigants et aux parties au procès. Le lieu de la conciliation c'est soit l'audience publique soit le cabinet de juge du Tribunal départemental.

Lorsque la conciliation aboutit, le juge va la matérialiser dans un écrit appelé procès-verbal de conciliation. Celui-ci doit, à peine de nullité absolue, être signé par les deux parties dans l'hypothèse où elles le savent et peuvent. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque les parties ne savent ou ne peuvent signer, mention en est faite par le greffier et le juge. Le procès-verbal a une force exécutoire et n'est pas susceptible d'appel. La chambre d'annulation du 21 juin 1951 a précisé la nature du procès-verbal : « Attendu qu'il (le procès-verbal) s'agit d'un simple contrat judiciaire qui ne revêt même pas la forme d'un jugement d'expédient et qui

n'en a d'ailleurs pas le caractère²⁸⁴ ». Il est vrai que le décret portant Code de Procédure civile en son article 7 ne mentionne pas le cas de non- conciliation. Il faut se référer, pour ce faire à l'article 170 du Code de la Famille et le procès-verbal à dresser le cas échéant est celui de non-conciliation.

162. La question qui mérite d'être posée est celle de savoir si le code de Procédure civile fait de la conciliation un préliminaire obligatoire. La réponse est négative au regard de l'article 30 du CPCS qui dispose que : « toutes les instances sont dispensées du préliminaire de conciliation sauf dans les cas où la loi en dispose autrement ». Le principe donc consacré c'est le caractère facultatif du préliminaire de conciliation sauf dispositions contraires de la loi ou si les parties comparaissent volontairement aux fins de conciliation devant le juge compétent.

Commentant l'article 12 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, une doctrine autorisée a soutenu que l'institution d'un préliminaire de conciliation obligatoire constitue une innovation de l'Acte uniforme, car cette phase n'existait ni dans les législations des Etats membres ni dans la législation française dont s'est inspiré l'Acte uniforme²⁸⁵. Ce point de vue ne résiste pas à l'examen au regard non seulement de l'article 30 du CPCS mais également de l'article 781 abrogé dont le contenu est le suivant : « Dans tous les cas, avant de statuer, le tribunal procède à une tentative de conciliation ».

A notre avis, cet article consacre un préliminaire de conciliation obligatoire. Au-delà du CPCS, le Code de Famille, le Code du Travail et le COCC, l'article 595 à 599 des dispositions aujourd'hui abrogées par l'Acte uniforme portant droit commercial général consacrent la conciliation.

163. Quant aux acteurs de la conciliation nous avons d'une part le juge et les acteurs extrajudiciaires. Le juge peut d'office concilier les parties. Mais ce pouvoir du juge en matière de conciliation est également prévu en droit français.

²⁸⁴ Arrêt de la chambre d'annulation du 21 juin 1951, n°91 de l'AOF cité par J. CHABAS, *La conciliation devant les tribunaux de droit local de l'A.O.F.*, L.G.D.J., 1953.

²⁸⁵ A.M. ASSI-ESSO OHADA, *Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002, p. 708.

En France, la conciliation est un mode de règlement amiable des conflits pratiqué sous l'ancien régime dont le principe a été repris après la révolution de 1789. Elle relèvait de la compétence des juges de paix qui fondaient leur décision sur l'équité et non sur le droit. Aujourd'hui, avec le décret du 9 septembre 1971 portant Nouveau Code de procédure Civile, la conciliation devient l'un des principes directeurs du procès. L'article 21 CPCF précise qu'il « entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

Mais la conciliation peut se tenter en dehors du juge. C'est ainsi que l'article 21 du CPCS précise que les chefs de village et les délégués de quartier peuvent en ce qui concerne la famille, le mariage, la filiation, les successions, les donations et les testaments, concilier les parties. Le juge intervient le cas échéant pour constater l'accord des parties en présence de celles-ci et du conciliateur. L'inspecteur du travail est également un conciliateur. Lors d'un colloque de l'ASERJ tenu en 1972, il a été recommandé de rendre obligatoire la tentative de conciliation devant l'inspecteur du travail, pour tous les différends individuels avant saisine du tribunal.

En effet, l'article 211 de la loi du 21 janvier 1971 prévoyait que tout travailleur ou tout employeur peut demander par écrit à l'inspecteur du travail de régler le différend à l'amiable. La suggestion qui a été faite lors du colloque l'ASERJ de 1972 a donné naissance à la loi du 6 avril 1976, qui a rendu le préliminaire de conciliation obligatoire devant l'inspecteur du travail, aussi bien pour les employeurs que pour les travailleurs salariés.

L'exposé des motifs de cette loi est ainsi conçu : « il a été constaté que beaucoup de conflits individuels du travail qui auraient pu trouver facilement leur solution à l'inspection du travail ne sont finalement réglés au tribunal du travail qu'après de longs mois d'attente, l'employeur s'étant refusé, dans la plupart des cas, à répondre à la convocation de l'inspection du travail de l'emploi et de la sécurité sociale ». La réforme de 1976 a-t-elle atteint son but ?

Selon Elisabeth MICHELET²⁸⁶, il est certes prématuré d'émettre une appréciation rigoureuse au sujet des pouvoirs conférés à l'inspecteur du travail par la réforme de 1976, mais il est certain qu'elle n'a pas encore fourni le résultat qui en était espéré. Le but de la loi était, en effet, d'alléger les tribunaux du travail, encombrés par une foule d'affaires mineures.

²⁸⁶ E. MICHELET, *op.cit.*, p.147.

Or, les statistiques fournies à Monsieur Yoro Bocar SY, à l'occasion de la rentrée des Cours et tribunaux en 1978, fut ressortir que le nombre des affaires devant les tribunaux du travail n'a pas cessé d'augmenter. Ce phénomène rapporté n'a pas échappé au chef de l'Etat SENGHOR, qui lors de cette même rentrée judiciaire a fait aussitôt un appel pressant aux inspecteurs du travail, disant à leur adresse que : « la conciliation avait aussi largement sa place dans les conflits du tribunal » et les priant, avec une insistance particulière, « d'être conscients de l'importance et de l'utilité de cette mission nouvelle que leur a confié, le législateur, de l'accomplir avec conviction et dévouement sans le considérer comme une formalité automatique et indifférente²⁸⁷ ». A en croire Elisabeth MICHELET, la réforme de 1976 n'a pas atteint son objectif principal à savoir désencombrer les tribunaux de travail.

Aujourd'hui encore, on peut affirmer au regard de la loi n°97-17 portant CTS que la tentative de rendre le préliminaire de conciliation obligatoire devant l'inspecteur de travail par la loi du 6 avril 1976 n'a pas réussi. L'article L 241 du C.T.S dispose que tout travailleur ou tout employeur pourra demander à l'inspecteur du travail, à son délégué ou à son suppléant de régler le différend à l'amiable.

Cette disposition n'oblige pas le travailleur ou l'employeur à s'attacher les compétences de l'inspecteur du travail. Elle a pratiquement le même contenu que l'article 211 de la loi du 21 janvier 1971 susmentionnée.

Mais la loi 97-17 portant CTS est plus contraignant à l'égard des parties ayant accepté la conciliation, qui sont tenues de se présenter à l'inspection au jour et à l'heure fixés par la convocation, sous peine d'une amende ne pouvant excéder cinq cent mille francs.

164. Autre exemple d'une conciliation extrajudiciaire, c'est celle qui se fait dans les Maisons de justice. Ces Maisons de la justice et du droit ont été instituées par le décret N° 1124 du 17 novembre 1999 relatif aux maisons de justice, à la médiation et à la conciliation. Il ressort de ce décret que la Maison de justice a pour fonctions essentielles d'organiser ou faciliter un traitement de proximité, rapide, diversifié et adapté des litiges de la vie quotidienne. L'un des objectifs de la création de la Maison de justice c'est de désengorger les tribunaux et de rapprocher la justice du justiciable.

Les Maisons de la justice accueillent des activités de médiation et de conciliation conformément aux articles 7, 21 et 30 du CPCS. Ce qui signifie que même si la conciliation se

²⁸⁷ L. SEDAR. SENGHOR, cité par E. MICHELET, *op.cit.*, p.148.

fait en dehors des palais de justice, elle ne doit pas être en contradiction avec les règles prévues par le CPCS d'où donc la volonté de l'exécutif de contrôler cette activité. Les Maisons de justice peuvent être saisies de deux manières : directement ou indirectement.

Par saisine directe, il faut entendre la demande directement adressée aux Maisons de justice ; et par saisine indirecte, celle qui provient des officiers de police judiciaire. Dans le cas échéant, le particulier adresse sa plainte au commandant de gendarmerie ou du parquet. Si le parquet estime non nécessaire de renvoyer l'affaire devant le tribunal, il saisit les Maisons de justice.

En France, il existe des commissions départementales en matière de baux commerciaux et baux d'habitation. Ces conciliateurs n'ont aucun lien avec le juge. Ce sont des conciliateurs extra judiciaires²⁸⁸.

165. A côté de ces conciliateurs, il y a des conciliateurs para-judiciaires c'est-à-dire, ceux qui se situent entre les conciliateurs extra-judiciaires et le juge conciliateur et qui entretiennent avec la justice des liens de plus en plus étroits selon les textes en cause²⁸⁹. En effet, la transformation des juges de paix en juge d'instance a provoqué un vide judiciaire d'où le lancement d'une expérience en avril 1977 d'une expérience dans quatre départements français (les Alpes – Maritimes, la Gironde, la Haute Marne et la Loire Atlantique. Cette expérience, initiative de M. Olivier GUICHARD, développée par M. Alain PEYREFITTE consistait à demander à des hommes et femmes de s'efforcer bénévolement, gratuitement, par la seule voie de la concertation d'arranger les difficultés, les querelles qui leur sont soumises.

Un décret n° 78-381 du 20 mars 1978, modifié par décret n° 81-583 du 18 mai 1981 a généralisé à l'ensemble du territoire français l'expérience tentée en 1977. Mais cette expérience est mal perçue par beaucoup de magistrats professionnels notamment les juges d'instance qui ont vu chez les conciliateurs des concurrents à leur propre mission de conciliation. La contestation des organisations professionnelles de magistrats eut un écho favorable auprès du Garde des Sceaux Robert BADINTER, lequel a pris une circulaire enjoignant aux premiers Présidents des Cours d'appel de ne plus remplacer les conciliateurs qui cessaient leurs fonctions. Une commission de cinq magistrats et un avocat désignés par

²⁸⁸ J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Institutions judiciaires*, 6e édition, Dalloz, 2001, p. 701.

²⁸⁹ J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Institutions judiciaires*, *ibid.*

BADINTER ne fut pas tendre à l'égard des conciliateurs. On considérait en effet que le conciliateur est « un écran entre le justiciable et le juge », il est parfois utilisé « à des fins politiques », que « son intervention peut se révéler une source de retard et de complication » qu'elle n'allège pas de manière significative l'importance du contentieux soumis au juge d'instance ». Bref, le conciliateur est voué aux oubliettes²⁹⁰. Il leur était reproché d'être des notables ; c'est-à-dire que le désintéressement et la générosité leur furent imputés à grief²⁹¹.

La mise en sommeil de l'expérience susmentionnée durant cinq ans c'est-à-dire entre 1981 et 1986 puis réactivée en février 1987²⁹² et actualisée par un décret n° 93-254 du 25 février 1993 et enfin par un dernier décret N° 96-1091 du 13 décembre 1996. La nouveauté de ce décret s'apprécie par le remplacement des termes « conciliateurs » par « conciliateurs de justice ». Dorénavant, ces conciliateurs sont plus fortement qu'auparavant rattachés à l'institution judiciaire²⁹³.

Aux termes de l'article 1^{er} du décret n° 78-381 du 20 mars 1978, la mission des conciliateurs de justice est de faciliter, en dehors de toute procédure judiciaire, le règlement amiable des différends portant sur des droits dont les intéressés ont la libre disposition.

Le qualificatif de conciliateurs para-judiciaires provient du fait qu'à l'alinéa 2 de l'article 1^{er} susmentionné, il est précisé que les conciliateurs de justice peuvent également procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi, sauf en matière de divorce et de séparation de corps, dans les conditions et selon la procédure prévues par les articles 831 à 835 du CPCF.

166. La question posée est celle de savoir si les conciliateurs de justice peuvent être considérés comme des auxiliaires de justice. La réponse est évidemment oui vu l'apport considérable qu'ils constituent pour les juges. Ils ne facilitent pas moins son travail. A notre avis, les chefs de quartiers de village, les conciliateurs des Maisons de justice, jouent le même rôle que ceux qui sont institués par le décret de 1978. Ce faisant, leurs pouvoirs doivent être accrus. La difficulté que l'on ne peut occulter c'est que la conciliation et la médiation ont du mal à être effectives dans des institutions permanentes telles que la Chambre du Commerce où on fait

²⁹⁰ SOLON, *Raison pour la justice*, op.cit., p.103.

²⁹¹ J.M.VARRAUT, *Le droit au juge*, op.cit., p. 263.

²⁹² P. DECHEIX, « *Le nouveau départ des conciliateurs* » Petites Affiches, 17 juin, 1988.

²⁹³ J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Institutions judiciaires*, op.cit., p.702.

beaucoup plus d'arbitrage. A côté de la conciliation, l'arbitrage constitue un mode alternatif de règlement des différends.

2. L'ARBITRAGE

167. L'arbitrage consiste pour des parties en litige à recourir à un intervenant autre que juridictionnel pour trancher le litige qui les oppose²⁹⁴.

Certains auteurs ont eu le regret que le Sénégal, cinq ans après le traité constitutif qui posait les fondements d'un système harmonisé d'arbitrage, ait cru bon d'édicter en 1998 une loi et un décret sur l'arbitrage, en partie contraires, en partie en harmonie avec l'Acte uniforme.²⁹⁵ Il est vrai que l'alinéa 1 de l'article 35 de l'AUA : « le présent Acte uniforme tient lieu de loi relative à l'arbitrage dans les Etats Parties » a suscité un certain nombre d'interrogations et d'interprétations. Une controverse opposait ceux qui estimaient que l'Acte uniforme se substitue intégralement aux législations internes sur l'arbitrage²⁹⁶ et ceux qui affirmaient que les dispositions internes non contraires à celles de l'Acte uniforme doivent être maintenues²⁹⁷.

La CCJA dans son avis 001/2001 du 30 avril 2001 a considéré que : « ce texte doit être interprété comme se substituant aux lois nationales existantes en la matière sous réserve des dispositions non contraires susceptibles d'exister en droit interne ». Nous n'adhérons pas à cet avis et ce, au regard de l'article 10 du Traité de l'OHADA selon lequel : « les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ». Il est vrai qu'à la lecture de cette disposition, on serait tenté de soutenir que lorsque des dispositions de droit interne ne sont pas contraires à celles des actes uniformes, elles ont vocation à s'appliquer et ne sont pas abrogées et qu'on ne saurait de plus invoquer la supranationalité des Actes uniformes qui n'est pas exclusive de l'application des dispositions de droit interne. Mais quand on sait que

²⁹⁴ P. NICOLEAU, *Lexique de droit privé*, DICOJURIS, *op.cit.*, p.29.

²⁹⁵ PH. FOUCHARD, *Le système d'arbitrage de l'Ohada : le démarrage*, Petites Affiches, 2004, n°205 ; F. CAMARA, *Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère*, Rev.arb.1999 p.45. Ce regret est fondé d'autant que l'article 2 du Traité OHADA cite le droit de l'arbitrage au rang des matières du droit des affaires ; c'est donc le législateur OHADA et non sénégalais qui est compétent. De plus le traité OHADA consacre son titre IV à l'arbitrage.

²⁹⁶ NAKA, *Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage dans l'espace OHADA*, annotations sous l'art 35 ; Philippe Le Boulanger « *l'arbitrage et l'harmonisation du droit en Afrique* », Rev. Arb. 1999, n° 3, pp. 541 et s.

²⁹⁷ J.I. SAYEGH, *Réflexions dubitatives sur le droit de l'arbitrage*, ohadata D-02-20 Communication parue in Revue camerounaise de l'arbitrage, numéro spécial, Octobre 2001, p.22.

lorsque survient un litige c'est l'Acte uniforme qui a vocation à s'appliquer, il n'est pas nécessaire de maintenir les dispositions du Droit sénégalais sur l'arbitrage.

Dans son avis du 21 avril 2001, la CCJA relève que les dispositions contraires « s'entendent de tout texte législatif ou réglementaire contredisant dans la forme, le fond et / ou l'esprit des dispositions d'un Acte uniforme ». Sauf à réduire considérablement la portée de l'harmonisation du droit des affaires, il est évident qu'il faut entendre de manière très large la notion de dispositions contraires²⁹⁸. Estimant que du fait de l'existence de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, notamment l'article 35, les lois nationales sur l'arbitrage sont devenues caduques, M ABDOULAYE SAKHO pose la question de savoir si les litiges liés aux investissements, qui étaient généralement soumis à l'arbitrage CIRDI (Centre international pour le Règlement des différends relatifs aux investissements) par renvoi de nos codes des investissements, peuvent conserver leurs sources légales. Et l'auteur de répondre que puisqu'il s'agit d'un cadre spécifique (le CIRDI) et des litiges spécifiques (les investissements), on peut estimer que le renvoi opéré par le Code des investissements de chaque pays n'est pas contraire au droit de l'arbitrage OHADA tel qu'il résulte du Traité et de l'Acte uniforme²⁹⁹.

La nature de l'arbitrage a fait l'objet d'une controverse. Trois thèses ont été en effet avancées.

La première thèse soutenue est celle de l'autonomie de l'arbitrage. Ce faisant, l'arbitrage assure une fonction propre, en droit interne comme en droit en droit international (...) Ce rôle fait de l'arbitrage une institution autonome étrangère au contrat comme à la juridiction. Reconnaître sa nature originale permettrait d'éviter bien des incohérences³⁰⁰.

A côté de cette thèse, il y a celle qui est favorable à la nature contractuelle de l'arbitrage. Pour les tenants de cette thèse, la sentence arbitrale qui tire du compromis toute sa substance a, comme le compromis, le caractère de contrat au point d'être elle-même un véritable contrat³⁰¹.

D'autres, favorables à la nature juridictionnelle de l'arbitrage partent de l'idée que l'administration de la justice est un service public. La juridiction des arbitres ne peut être un

²⁹⁸ Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage commenté par M.MEYER in Traité et actes uniformes commentés et annotés p.135.

²⁹⁹ A. SAKHO, *Présentation de l'Acte uniforme sur l'arbitrage*, op.cit.

³⁰⁰ J.RUBELLIN – DEVICHI, *L'arbitrage. Nature juridique*, L.G.D.J, 1965.

³⁰¹ M.HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, Paris, L.G.D.J, Bibliothèque de droit privé, t.352, 2001.

jugement rendu à la suite d'une procédure ; on ne peut contester son caractère juridictionnel³⁰².

Enfin, la dernière thèse est favorable à la nature mixte de l'arbitrage. MOTULSKY observe que : « l'arbitrage est une institution hybride, qui tient à la fois de l'acte juridictionnel et du contrat sans qu'il soit permis de la soumettre globalement au régime de l'un ou de l'autre³⁰³ ». Toutes ces thèses ont une part de vérité. En effet, l'idée de toute autonomie ou originalité de l'arbitrage n'est pas fausse au regard qui accorde une certaine liberté à l'arbitre dans l'organisation de la procédure arbitrale.

En effet, à partir du moment où le juge suggère aux parties d'entreprendre une négociation, il paraît naturel d'affranchir les parties des contraintes procédurales qui, normalement, rythment le cours de l'instance³⁰⁴. L'auteur ayant étudié les rapports entre le droit processuel et les modes alternatifs de règlement des litiges est arrivé à la conclusion selon laquelle, si la forme du procès s'efface devant les modes alternatifs de règlement des différends, le fond quant à lui ne disparaît pas.

Ainsi, certains principes de droit processuel paraissent incontournables. C'est le cas du droit au juge, du principe d'indépendance et d'impartialité, du respect des droits de la défense, de la loyauté.

Cette réponse fait suite à la question de savoir si les principes de droit processuel s'appliquent aux modes alternatifs de règlement des différends. L'autorité réglementaire sénégalaise s'inscrit dans cette logique en ce sens que, tout en octroyant à l'arbitre une certaine autonomie dans l'organisation de la procédure, il ne le dispense pas cependant du respect des garanties procédurales comme le principe du contradictoire. Ceci participe du souci de sécurisation du règlement non juridictionnel des litiges.

La thèse favorable à la nature contractuelle mérite approbation en ce sens qu'à la base de l'arbitrage il y a un accord de volontés plus précisément un contrat qui revêt la forme d'un compromis ou d'une clause compromissoire.

³⁰² DAVID cité par M. HENRY, *Le devoir d'indépendance de l'arbitre*, op.cit.

³⁰³ H. MOTULSKY Ecrits, T. II, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1974.

³⁰⁴ X. LAGARDE, *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*, Revue de l'arbitrage, Litec 2001 N° 3, pp.423-450.

De même, la nature juridictionnelle de l'arbitrage résulte du fait que la sentence de l'arbitre est revêtue de l'autorité de la chose jugée à l'instar du jugement. Ainsi, si l'on admet la nature à la fois contractuelle et juridictionnelle, il est évident qu'on opte pour la théorie mixte ; c'est elle qui prévaut et qui emporte notre entière adhésion.

L'institution de l'arbitrage n'est pas nouvelle. Elle existait déjà à la Révolution Française et constituait un principe constitutionnel.

En effet, la Constitution du 3 septembre 1791 a proclamé en son article 5 que le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif. Cet article est à rapprocher de l'article 1 du décret des 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire en France qui dispose que : « l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ».

168. On ne saurait parler d'arbitrage sans en présenter les avantages même si certains auteurs comme BOURBEAU ont manifesté une certaine hostilité à l'égard de l'institution.

Selon ce dernier : « dans une société qui commence le pénible travail de la civilisation, l'arbitrage est l'ébauche imparfaite des institutions et des garanties judiciaires. Dans une société que l'expérience, éclaire enfin de sa lumière tardive, où les pouvoirs ont trouvé leur équilibre, où la justice n'admet que des formes protectrices sous la vigilante sauvegarde de magistrats éclairés, l'arbitrage n'a plus qu'une valeur contestable : qu'on le respecte comme un hommage à la liberté du citoyen ; mais élever trop haut ses bienfaits, c'est préférer l'ombre de la justice à l'éclat dont elle brille sur le siège du magistrat³⁰⁵ ».

Dans la mise en place de l'arbitrage, les rédacteurs du code civil ont soutenu avoir eu pour dessein avoué de : « concilier, le respect et l'influence qu'il importe tant de conserver aux tribunaux, avec la liberté dont il n'importe pas moins de laisser jouir les citoyens dans l'administration de leurs affaires personnelles ». Les avantages communément attachés à l'arbitrage sont la rapidité, le coût de l'arbitrage sensé être moins onéreux qu'une procédure contentieuse, la confidentialité.

³⁰⁵ B. BOURBEAU, *Procédure civile*, T.VI p.422.

Relativement à la rapidité de l'arbitrage, il faut relever que le délai légal de l'arbitrage est de 6 mois sauf prorogation à l'initiative des parties ou du juge. En outre, il est communément pensé que l'arbitrage coûte moins cher qu'une procédure juridictionnelle.

Enfin, l'arbitrage est marqué du sceau de la confidentialité ; ce caractère est prévu tant par l'AUA³⁰⁶ que par les divers règlements du Centre d'arbitrage, de Médiation et de conciliation de la chambre de commerce, d'industrie et d'agriculture de Dakar.

Selon MM. Linaut de BELLFORTS et HOLLANDE : « la discrétion de l'arbitrage est sans doute l'avantage le plus apprécié des milieux d'affaires, spécialement à une époque où les médias s'emparent de la moindre information au risque de condamner tout arrangement »³⁰⁷. Toutefois, ces avantages attachés à l'arbitrage, malgré leur réalité, n'en sont pas moins discutables. En effet, il est inexact de croire, encore aujourd'hui, que l'arbitrage est moins coûteux qu'une procédure devant le juge. Le risque que l'arbitrage soit plus onéreux que la justice étatique est accru en matière internationale en raison du lieu d'arbitrage qui peut être très éloigné du domicile d'une partie. Plus prosaïquement dit, le coût élevé d'un arbitrage international constitue-t-il un obstacle à l'accès d'une partie faible à la justice ?³⁰⁸

Le législateur ohada, dans l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage n'a pas utilisé le mot international. Aux termes de l'article 1^{er} de l'AUA : « le présent Acte uniforme a vocation à s'appliquer à tout arbitrage lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve dans l'un des Etats-parties ». Le droit uniforme africain de l'arbitrage, en s'appliquant sans distinction aux arbitrages internes et de droit international privé, a un champ d'application qui dépasse le seul cadre des arbitrages de droit international privé et a fortiori celui de l'arbitrage commercial international³⁰⁹. ¹ Aux termes de l'article 1492 CPCF, est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce. Il est nécessaire qu'une partie qui souhaite recourir à l'arbitrage et qui n'a pas les moyens financiers de le faire, puisse y être aidé ; en d'autres termes, il ne serait pas mal vu et interprété que l'assistance judiciaire soit étendue à l'arbitrage pour deux raisons

³⁰⁶ Aux termes de l'article 18 : « les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes ». Selon M.P.MEYER (Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage, OHADA, Juriscope, 2002, p.124.) , au delà de ce texte qui ne vise que le secret des délibérations, la confidentialité couvre tous les éléments ayant trait au litige et à la procédure arbitrale.

³⁰⁷ MM. L. de BELLEFORTS et HOLANDE, *L'arbitrage*, Que sais-je ? PUF, 1995, N° 2952, p. 142.

³⁰⁸ F. VALENCIA, *Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage*, Revue de l'arbitrage, LITEC, 2007, N° 1, pp.45 et s.

³⁰⁹ Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage commenté par Pierre Meyer, OHADA, Juriscope, 2002, p.103.

simples : d'abord parce qu'on reconnaît que l'arbitrage n'est pas gratuit et peut se révéler plus onéreux que la justice Etatique, ensuite parce que l'existence d'obstacles à l'accès à la justice Etatique ou arbitrale est contraire aux garanties procédurales.

169. D'un autre côté, la confidentialité, caractéristique de l'arbitrage, n'est pas absolue, au regard des obligations de transparence financière qui pèsent sur les sociétés cotées en bourse.

Ces dernières sont tenues de révéler à leurs actionnaires et au marché, un certain nombre d'informations sur les litiges auxquelles elles sont parties. Cette obligation de transparence entre en conflit avec l'obligation de confidentialité, dont sont revêtues, le plus souvent les procédures arbitrales.

Selon M. Jean-Denis BREDIN, le conflit entre confidentialité et transparence prend rapidement une tournure morale. D'un côté la transparence qui paraît « assembler toutes les vertus : la vérité, la clarté, la limpidité, la pureté même », de l'autre côté la confidentialité qui renvoie à « l'époque, le glauque, le masque, le voile, qui dissimulent la vérité, le mensonge bien sûr, et encore l'artifice, le secret et aussi le mystère »³¹⁰.

Au-delà des questions morales, la transparence apparaît aujourd'hui indispensable à la circulation des flux financiers. Il est essentiel que les entreprises qui souhaitent obtenir la confiance d'un nombre très important d'épargnants plus ou moins avertis, leur délivrent une information qui rendrait à leurs yeux la société transparente³¹¹.

Le juge français n'est pas resté insensible à ces exigences contradictoires que les sociétés en bourse sont tenues de respecter. Cela s'est manifesté par deux décisions de justice. Le tribunal de commerce de Paris s'est prononcé par le biais d'une ordonnance dans l'affaire *Publicis*. Cette affaire opposait les sociétés *TRUTH Communication INC* et *FCB International* à des actionnaires de la société *Publicis*. Aux termes d'un accord passé le 19 mai 1997, les sociétés *TRUE NORTH Communication* et *FCB International* d'une part et la société *Publicis* d'autre part, avaient mis un terme à leur partenariat en stipulant que tous les différends susceptibles de naître dans le cadre de l'exécution de cet accord seraient soumis à un tribunal arbitral

³¹⁰ J.D. BREDIN in *La transparence*, numéro spécial, RJ com, nov. 1993 pp. 175 et s observations de clôture.

³¹¹ F. FAGES, *La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière*, Revue de l'arbitrage, n°1, 01/01/2003, pp.5-39.

composé de trois arbitres nommés par la *London Court of International Arbitration* (LCIA). Par la suite, un différend étant né, les parties ont recouru à l'arbitrage. Or, dans un communiqué du 7 janvier 1999, la société *TRUE* a publié la décision de la *District Court* de l'Illinois, un tribunal Fédéral de première instance ayant rendu exécutoire la sentence arbitrale qui avait ordonné à la société Publicis de communiquer un certain nombre d'informations fiscales.

Par un autre communiqué du 14 janvier 1999, *TRUE NORTH* a également rendu public le montant de sa demande d'indemnisation formulée dans le cadre de la procédure arbitrale et s'élevant à 60 ou 65 millions de dollars. A la suite de cette communication, le cours de l'action Publicis a sensiblement baissé et des actionnaires de Publicis ont estimé avoir subi un préjudice lié à l'information publiée par *TRUE NORTH*. Ils ont, en conséquence, assigné *TRUE NORTH* en référé devant le Président du Tribunal de Commerce de Paris afin de faire cesser toute diffusion d'information liée à la procédure d'arbitrage et les débats se sont poursuivis devant la Cour d'appel de Paris. En revanche, les sociétés *TRUE NORTH* et FGB faisaient valoir qu'il n'existait aucune obligation de confidentialité quant à l'existence même de la procédure arbitrale et au montant des demandes.

Au soutien de leurs prétentions, elles invoquaient l'application de la réglementation boursière française, et notamment du règlement COB 90-08 relatif à l'utilisation d'une information privilégiée, estimant : « qu'elles étaient tenues d'informer le public sur le montant de ces demandes dans le cadre de la procédure d'arbitrage, au risque de ne pouvoir effectuer aucune opération de vente ou d'achat de titre Publicis, alors que la société Publicis, contrairement aux dispositions du règlement de la commission des opérations de Bourses n° 90-02, relatif à l'information du public, n'avait pas jugé utile de rectifier les informations précédemment rendues publiques par son Président ». Inversement, les actionnaires de Publicis soutenaient que la « procédure d'arbitrage est soumise à la règle de la confidentialité en vertu du règlement d'arbitrage auquel les parties se sont référées ».

Dans une ordonnance rendue le 22 février 1999, le Tribunal de Commerce de Paris interdisait toute communication destinée à « fournir au public des informations sur l'existence, le contenu et l'objet du différend les opposant à la SA *Publicis*, actuellement soumis à l'arbitrage ». Le président du Tribunal de commerce, très clairement, a reconnu « que l'arbitrage est une procédure privée à caractère confidentiel » et « que la voie d'arbitrage

acceptée par les parties devait éviter toute publicité du litige qui les opposait et de ses éventuelles conséquences ». Toutefois, le président a immédiatement précisé : « mais sous réserve des obligations légales d'information dûment démontrées auxquelles seraient soumises ces sociétés »³¹² Il est permis de remarquer, à l'examen de cette décision, que le juge français tente de trouver un équilibre, entre l'obligation de transparence et la confidentialité de l'arbitrage.

La Cour d'appel de Paris n'a pas été en reste. Elle a été saisie d'un recours présenté par l'association pour la défense des actionnaires minoritaires (ADAM) et la société Belge VALBEL tendant à l'annulation d'une décision du CMF relative à une opération de restructuration mettant en présence des sociétés cotées en France et en Suisse.

Les requérants demandaient à la Cour d'ordonner la production aux débats des conventions qui liaient les personnes impliquées dans l'opération « dans leur version intégrale, sans que des mentions ne soient biffées et avec leurs annexes ». Au soutien de leur demande, les requérants faisaient valoir que la connaissance « des éléments financiers » était indispensable pour apprécier l'équilibre véritable de la transaction ». La réponse de la Cour d'appel de Paris est d'une grande clarté et manifeste un souci remarquable de concilier la transparence et le respect d'une certaine confidentialité nécessaire pour la bonne marche des affaires. Elle a validé la démarche du CMF, également partagée par la commission des OPA Suisse : « s'il est exact que la régularité de la décision du CMF disant n'y avoir lieu au dépôt d'un projet d'offre publique d'acquisition s'apprécie au vu des documents examinés par le conseil, lors de la séance, et de la décision telle que publiée, ce principe ne fait pas obstacle à ce que certaines données communiquées au Conseil soient soustraites à l'examen des parties à l'instance devant la Cour d'appel de Paris dès lors, d'une part, qu'il existe un intérêt légitime à ce que des informations mettant en jeu le secret des affaires demeurent confidentielles, et d'autre part que la connaissance de celles-ci n'est pas nécessaire à l'exercice effectif du recours ouvert contre la décision de l'autorité de marché ». La Cour d'appel considère qu'en l'espèce, cette double exigence est satisfaite³¹³.

³¹² Trib. Com. Paris, 22 fév. 1999 ; BLEUSTEIN, Cailloux et ZENATY c/TRUE NORTH Communication INC et FCB International (affaire Publicis).

³¹³ Paris 26 fév. 2002. *Association pour la défense des actionnaires minoritaires*, (ADAM) et SA VALBEL c/SCA Financière Pinault et autres, Banque et Droit mars – avril 2002 p.28 chron H. de VAULPLANE et J.T. DAIGRE.

Ces développements sont la parfaite illustration du caractère discutable des avantages attachés à l'arbitrage. Une doctrine autorisée a soutenu qu'à côté des raisons traditionnelles tenant aux insuffisances de la justice étatique, il existe des raisons contemporaines fondées sur l'exaltation de l'autonomie de la volonté dans le siècle finissant³¹⁴.

170. Au-delà de ces questions non moins importantes, il en existe d'autres relatives au secret du délibéré des arbitres, au devoir d'indépendance de l'arbitre, aux liens entre la Convention européenne des droits de l'homme et l'arbitrage, au rattachement de l'arbitrage à l'ordonnancement juridique interne et communautaire et enfin à l'arbitrage judiciaire.

171. En ce qui concerne le secret du délibéré arbitral, il y a eu une controverse doctrinale entre ceux qui attribuent à l'arbitre une grande liberté dans l'organisation du délibéré, et ceux qui estiment par contre que ce dernier est soumis aux mêmes obligations que le juge. Tout semble aller de soi quand il s'agit des juges judiciaires. Nous imaginons les juges, assis en chambre du Conseil, réfléchissant, discutant, délibérant, bref procédant ensemble à cet « examen conscient et réfléchi » d'où naîtra la décision. Les portes sont fermées, nul n'est admis s'il n'est juge dans l'affaire, nul n'entend, nul n'écoute³¹⁵. Une certaine jurisprudence et doctrine ont été assez souples à l'endroit des arbitres. C'est ainsi que la Cour de cassation française a décidé qu'aucune forme particulière n'est imposée pour le délibéré des arbitres³¹⁶. Quant à la Cour d'appel de Paris, elle estime que l'arbitre « maître de la procédure, a toute liberté pour organiser son délibéré »³¹⁷. Selon une doctrine autorisée le terme « délibération » ne signifie pas forcément discussion orale.³¹⁸

Cette affirmation peut être cautionnée au regard du sens que peut recouvrir le terme « délibération » à savoir la réflexion. Or, la réflexion peut être le fait d'une seule personne. Mais, il faut contextualiser, car en droit, lorsqu'on parle de délibération, on pense à une discussion, un débat des personnes chargées de prendre une décision la plupart du temps. Monsieur VIATTE, déplorant cette facilité, sinon cette complaisance consentie à l'arbitrage, estime que le terme « délibération » utilisé par l'article 1469 du CPCF devait signifier discussion, réunion des arbitres, confrontation orale des opinions, sans quoi le délibéré risque

³¹⁴ A. SAKHO, *Présentation de l'Acte uniforme sur l'arbitrage*, Session de formation des formateurs de l'ERSUMA de l'OHADA.

³¹⁵ J.D. BREDIN, *Le secret du délibéré arbitral*, Mélanges BELLET, p. 71.

³¹⁶ Cass. Civ. 2^e 28 janvier 1981, Rev. Arb. 1982, p. 429, note PH. FOUCHARD.

³¹⁷ Paris 1^{er} ch. Suppl. 10 février 1984, Rev. Arb. 1985, p.176.

³¹⁸ PH. FOUCHARD, Rev. Arb. 1982, p. 428.

de ne plus être qu'un semblant³¹⁹. S'inscrivant dans cette même lancée, MM. BENARBERT et DUBARRY pensent que le délibéré peut n'être soumis à « aucune forme particulière » encore faut-il qu'il s'agisse d'un délibéré véritable.³²⁰

M. BOISSESON tient le secret du délibéré pour « un principe fondamental qui constitue l'un des pivots de l'arbitrage comme toute décision de justice »³²¹. Adopter une conception libérale quant au délibéré arbitral comme certains qui pensent qu'il peut se dérouler par lettres, par télex et par fax échange³²², ce n'est pas garantir au justiciable une procédure arbitrale de qualité. On peut déduire de l'article selon lequel : « les délibérations des arbitres sont secrètes » que le secret du délibéré arbitral doit revêtir les mêmes caractères et qualités que celui auquel le juge est soumis.

172. Relativement au devoir d'indépendance de l'arbitre, elle était requise ou pas selon que l'on opte pour la théorie de « l'arbitrage – juge » ou de l'arbitre mandataire. Dans la première hypothèse, on estime que l'arbitre doit être indépendant au même titre que le juge professionnel tandis que dans la seconde, on pense que l'indépendance est étrangère à la fonction de représentant de l'arbitre, agissant au mieux des intérêts de ses clients, à savoir les parties qui l'auront désigné. La jurisprudence française, notamment la Cour de cassation a accordé la préférence à la conception juridictionnelle des fonctions de l'arbitre.

C'est d'abord les chambres réunies³²³ qui se sont prononcées contre les réquisitions du procureur Général M. DUPIN, favorables à la théorie du mandat. En 1942, cette opinion a été réaffirmée par la Cour de Cassation qui décidait qu'il y a « incompatibilité de droit entre la qualité de juge incombant à l'arbitre et celle de mandataire de l'une des parties »³²⁴. Le juge français est allé jusqu'à exiger que l'arbitre soit indépendant d'esprit. C'est dans l'affaire URY que cette exigence a été affirmée. La Cour d'appel de Paris observe que « les arbitres ne sont pas les mandataires respectifs de chacun des contractants, ils sont dans tous les cas les juges du litige qui leur est déféré » et que, « l'indépendance d'esprit est indispensable à

³¹⁹ Gaz Pal, 1981. 1. 373 sous Paris 28 janvier 1981.

³²⁰ RT com ; 1981, p. 733.

³²¹ M. BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, 1990, p.296.

³²² J.D.BREDIN, *Le secret du délibéré arbitral*, op.cit.

³²³ Sirey 1838 p. 1398.

³²⁴ Cass. 18 mai 1949, S. 1949, 1.p. 94.

l'exercice d'un pouvoir juridictionnel qu'elle qu'en soit la source ; elle est donc une des qualités essentielles des arbitres »³²⁵.

Le devoir d'indépendance de l'arbitre est consacré par le droit sénégalais. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les dispositions du et l'article 8 du Règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage, de Médiation et de Conciliation de la Chambre de Commerce d'industrie et d'agriculture de Dakar. Aux termes de l'article 8 : « Tout arbitre doit être et demeurer indépendant des parties en cause. Avant sa nomination ou sa confirmation, l'arbitre pressenti signe une déclaration d'indépendance et fait connaître par écrit au secrétariat du centre les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit des parties ». Il y a également l'article 6 AUA. Mais si le devoir d'indépendance de l'arbitre a été consacré, il existe néanmoins un vide juridique quant aux causes de récusation de l'arbitre. A notre avis, elles doivent être les mêmes que celles requises à l'encontre du juge. Hormis les questions du secret du délibéré arbitral du devoir d'indépendance de l'arbitre, il y a celle des liens entre la Convention Européenne des droits de l'homme et l'arbitrage.

173. L'étude de la dialectique Convention européenne des Droits de l'homme et arbitrage résulte de la thèse de M. JARROSON selon laquelle, l'article 6 de la CEDH ne fait nulle part mention du mot « arbitre » ou « arbitrage ». De même, ces notions n'apparaîtraient à aucun moment dans les travaux préparatoires de la Convention. L'auteur constate ensuite que la Convention ne vise expressément que les juridictions des Etats contractants et d'une manière générale les organes à qui l'Etat délègue son pouvoir de juger. Le contrôle instauré par la Convention ne joue qu'à l'égard des « seuls Etats parties à la convention » lorsque « le manquement est imputable à l'Etat » ; celui-ci n'étant indirectement responsable « que des actes de ses propres organes et agents » M. JARROSON conclut en observant que la « convention s'applique rationae personae à l'Etat et rationae materiae à ses manquements constatés dans l'organisation ou le fonctionnement de ses juridictions » et n'est donc pas applicable à l'arbitrage³²⁶. Cette thèse de M. JARROSON n'est pas admise par tous. Pour un certain nombre de commentateurs, il ne fait plus de doute que la jurisprudence française ait consacré l'application de l'article 6 alinéa 1 de la CEDH à l'arbitrage.

Selon eux, c'est à l'occasion des différentes décisions intervenues dans l'affaire République de Guinée contre chambre arbitrale de Paris que cette consécration a eu lieu. Le TGI, dans

³²⁵ Paris, 8 mai 1970, Consorts URY c/Galleries La FAYETTE, Dalloz S. 1970, p. 635, note J. ROBERT.

³²⁶ CH. JARROSON, « *L'arbitrage et la Convention EDH* », Rev. arb. 1989, pp. 573 et s.

cette affaire se serait référé à l'article 6 de la CEDH. De même, la Cour d'appel de Paris aurait clairement indiqué que les arbitres doivent se conformer aux indications prévues par l'article 6. Un auteur fait de cette « intrusion de la convention européenne dans le droit de l'arbitrage », un « signe des temps », qui s'explique par le fait que « la fonction juridictionnelle de l'arbitrage ayant été accentuée par les récentes réformes, il était normal que le fonctionnement de celui-ci fût un jour confronté avec les exigences procédurales de l'article 6 de cette convention »³²⁷.

A notre avis, la thèse de M. JARROSON ne saurait prospérer dans la mesure où même si l'article 6 ne fait nulle part mention du mot « arbitre », il ne faut pas vite conclure qu'elle dispense ce dernier du respect des exigences procédurales, garanties du justiciable. L'article 6 dispose simplement que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal. Le mot tribunal a un double sens. Elle renvoie d'une part au juge étatique, et d'autre part au tribunal arbitral désignant un arbitre unique ou plusieurs arbitres confirmés ou commis par un centre d'arbitrage pour trancher un différend. Il serait par exemple inadmissible qu'un justiciable qui a évité toute procédure juridictionnelle au motif que les juges sont partiaux et non indépendants, soit confronté au même problème dans la procédure arbitrale. Le cas échéant, son droit à la justice ne serait que pure fiction. Par conséquent, l'article 6 de la CEDH s'applique bel et bien à l'arbitrage.

175. La dernière question qui mérite examen est celle de l'arbitrage judiciaire. A l'instar de l'arbitre qui peut statuer en amiable compositeur c'est-à-dire en équité, le juge français peut s'adonner aux termes de l'article 12 du CPCF à cet exercice. Le TGI décide qu'en « confiant au tribunal le pouvoir d'amiable compositeur, les parties ont manifesté leur volonté de voir trancher le litige non pas en application des seules règles de droit, mais aussi d'obtenir une solution équitable et acceptable par l'adaptation, s'il y a lieu, du droit à l'ensemble des circonstances de fait régissant les rapports des parties »³²⁸. Comme l'écrit M. ESTOUP : « l'arbitrage judiciaire établit un pont entre la justice étatique et l'arbitrage privé³²⁹ ». C'est

³²⁷ PH. FOUCHARD, « *Les institutions permanentes d'arbitrage devant le juge étatique (à propos d'une jurisprudence récente)* », Rev. Arb. 1987, pp. 225 et s.

³²⁸ TGI 27 mai 1987 Rev.arb.1987, p.519, note M. FLECHEUX.

³²⁹ P. ESTOUP D.1987, p.569.

une institution mixte qui présente à la fois les caractères de la justice arbitrale et ceux de la justice de l'Etat ³³⁰.

La question qui était posée est celle de savoir si on peut choisir comme arbitres des magistrats. Le Garde des Sceaux français d'alors était hostile à ce cumul. Il l'a manifesté dans une circulaire du 25 février 1986 en considérant que : « l'exercice de fonctions d'arbitre donnant lieu à une rémunération quelconque » n'était pas « compatible avec la dignité et l'indépendance auxquelles sont tenus les magistrats »³³¹. Cette rigueur de la circulaire a suscité quelque émoi, ce qui a fait que le nouveau Garde des Sceaux en a atténué la rigueur au travers d'une circulaire du 20 octobre 1986 qui demandait aux chefs de Cour « de rechercher dans chaque cas, avec une attention particulière, si ces fonctions d'arbitre ou liées à l'arbitrage « ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance »³³².

Récemment, un décret du 20 avril 1994 a consacré la comptabilité des fonctions de magistrat et d'arbitre, mais à l'instar de la circulaire du 20 octobre 1986, il l'a subordonnée à une autorisation du chef de Cour³³³.

En droit sénégalais, en dehors de l'arbitre, aucun texte n'a prévu la possibilité pour le juge de statuer en amiable compositeur. A notre avis, une réforme devrait intervenir en ce sens, autorisant le juge à s'adonner à cet exercice et ce, pour une raison toute simple que le législateur ne prévoit pas tout et le droit n'est pas dans tous les cas en adéquation avec la réalité sociale notamment celle des affaires.

³³⁰ P. KAYSER, *La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaire et administratif par le développement des règlements amiables*, Justices, N° 03 janvier / juin 1996 pp.203 et s.

³³¹ Circulaire n° SJ 86-28 – A3 du 25 février 1986.

³³² Circulaire n° SJ – 86-150-A3 du 20 octobre 1986.

³³³ PH. FOUCHARD, « la comptabilité des fonctions de magistrat et d'arbitre ou la fin d'une mauvaise querelle », Rev. Arb. 1994. 653. Au Sénégal, dans la Revue R.I.P.A.S N°9 p. 193, l'Agent judiciaire de l'Etat d'alors a estimé qu'il y a une incompatibilité entre les fonctions de magistrat et d'arbitre. En effet, ce dernier s'est basé sur le fait que le juge ne peut exercer une activité publique ou privée. Mais il n'a pas été suivi dans son raisonnement par la Cour d'appel de Dakar dans son arrêt en date du 10 août 1984. Selon la Cour d'appel, rien n'interdit à un magistrat d'être choisi intuitu personae comme arbitre dès lors que les parties en conviennent dans la clause de compromis (Affaire Etat du Sénégal c/EXPRESS-NAVIGATION, SIIMAR, SOMARSEN RIPAS N°10).

De plus, le garde des Sceaux peut permettre au magistrat d'enseigner ou exercer des fonctions qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat. Un autre argument qui nous permet de dire que le juge peut être arbitre c'est l'article 223 alinéa 8 CPCS qui dispose que le juge peut être récusé s'il a connu précédemment un différend comme arbitre.

176. Nous ne saurons cependant clore l'étude de l'arbitrage sans faire allusion aux rapports qui existent entre l'arbitre et le juge étatique. Selon M. P. LALIVE, l'arbitrage aurait pour objet de soustraire un litige à l'appareil d'Etat³³⁴. C'est une thèse qui postule donc l'altérité de la justice arbitrale³³⁵. Cette opinion n'est pas celle de MOTULSKY qui a toujours soutenu avec vigueur l'idée que l'arbitrage procède moins d'un refus de l'Etat, de ses lois et de ses juridictions, que d'un désir d'une justice administrée différemment : justice étatique et arbitrage poursuivraient, par des voies différentes mais complémentaires le même idéal de justice³³⁶. Nous épousons cette thèse car justices arbitrale et étatique ne sont pas exclusives l'une de l'autre, mais plutôt complémentaires.

Le recours à l'arbitrage peut être considéré dans certains cas comme un moyen de désencombrer les tribunaux étatiques, et partant, participe du souci d'assurer un bon fonctionnement du service public de la justice. De même, grâce à son impérium, le juge vient renforcer l'efficacité de la sentence arbitrale, notamment par l'exéquatur. Un praticien du droit sénégalais a relevé le rôle du juge dans le déroulement de la procédure d'arbitrage. A son avis, il existe une coopération tant active que passive du juge étatique dans le déroulement de la procédure arbitrale³³⁷. Au-delà de la conciliation, l'arbitrage, il y a la transaction, comme mode alternatif de règlement des conflits.

3. LA TRANSACTION

177. Cette institution est prévue par le COCC notamment en son article 756 qui la définit comme le contrat par lequel les parties mettent fin à une contestation par des concessions mutuelles. Cette définition est à rapprocher de celle prévue à l'article 2044 du Code civil : « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». Mais, à la différence du Code Civil, le COCC précise la manière dont les parties terminent leur contestation. En droit français, il a fallu l'intervention de la jurisprudence pour compléter la définition de la transaction : « la transaction est un contrat par

³³⁴ MMM. LALIVE, PONDRET et RAYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, ed. Payot, 1989, pp. 258 et s.

³³⁵ B. OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998 p.23.

³³⁶ H.MOTULSKY cité par M. Bruno OPPETIT, *Théorie de l'arbitrage*, op.cit., p.23.

³³⁷ A. BA, *La coopération du juge étatique dans le déroulement de la procédure arbitrale*, RSDA, N° 1, janvier – juin 2003, pp.98 et s.

lequel les parties terminent une contestation née ou à naître en se consentant des concessions réciproques »³³⁸.

Partant de ce constat, il est permis d'affirmer que le COCC a été beaucoup plus précis que le code civil. La réciprocité a été également affirmée dans une décision de justice où le juge a remarqué que seul le salarié a renoncé à une indemnité de licenciement, alors que tel n'a pas été le cas pour l'employeur : « après avoir retenu, hors, toute dénaturation que la convention avait été conclue après que la décision de licenciement ait été prise à l'encontre du salarié, la cour d'appel a pu estimer qu'elle n'emportait pas la rupture amiable du contrat de travail ; ayant alors relevé qu'afférente aux conditions de règlement des conséquences du licenciement ainsi décidé, ladite convention ne comportait de concessions qu'à la charge du salarié qui, sans contrepartie renonçait à une part importante des indemnités conventionnelles auxquelles il pouvait prétendre, elle a, à bon droit décidé qu'elle ne constituait pas une transaction interdisant au salarié de faire valoir ses droits »³³⁹. IHERING avait montré son aversion à l'encontre de la transaction par ces mots : « transiger sur un droit bafoué, afin de s'épargner les ennuis et les frais d'un procès, c'est désertier devant un combat nécessaire »³⁴⁰. Il est évident que cette opinion d'IHERING ne nous convainc pas car le combat ne se règle pas forcément devant les tribunaux étatiques. Lorsqu'on transige, le lieu du combat s'en trouve quelquefois déplacé, mais le combat n'est pas évité.

178. Ce qu'il faut préciser, c'est que la transaction obéit à un certain nombre de conditions et entraîne des effets.

Aux termes de l'article 757, il faut avoir la capacité de disposer des droits compris dans la transaction, pour transiger. Cette disposition est on ne peut plus complexe et donne matière à interprétation. L'article 2045 du CC a presque le même contenu : « Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction ». Est-ce à dire qu'il faut avoir une autorisation pour transiger, ou que la transaction ne doit porter que sur des choses qui sont dans le commerce juridique et dont les parties ont la libre disposition ? Ou enfin que seuls les majeurs peuvent transiger ?

³³⁸ Cass. Com 22 novembre 1988: Bull. civ. IV, n° 320.

³³⁹ Soc., 3 avril 1990, Société clause, B.V n° 153.

³⁴⁰ IHERING, *La lutte pour le droit*, traduction O de MEULENAERE.

La lecture des articles 757 et 2045 ne permet pas, dans tous les cas, de répondre à ces questions. Contrairement au droit français, le formalisme qui prévaut en la matière est un formalisme probatoire. Pourtant, la Cour de cassation française, en dépit de l'article 2044 alinéa 2 du Code civil a estimé que l'écrit n'est pas exigé pour la validité du contrat³⁴¹. L'article 1450 dispose cependant que : « les époux peuvent pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de la communauté. Ces conventions doivent être passées par acte notarié, sauf en cas de demande conjointe ».

A l'instar de tout contrat, la transaction produit des effets. Deux effets sont à relever. D'abord la transaction emporte renonciation définitive des parties aux prétentions qu'elles avaient formulées ; ensuite, elle est déclarative des droits antérieurement contestés.

En droit français, la transaction a autorité de la chose jugée entre les parties. Une partie à la transaction peut saisir le président du tribunal de grande instance sur requête pour donner force exécutoire à l'acte. Lorsque la transaction ne respecte pas les conditions de validité du contrat, elle doit être annulée. Mais il faut savoir que la transaction ne peut être attaquée, aux termes de l'article 759, pour erreur de droit. Cette disposition met en évidence l'existence d'une présomption de connaissance pour les parties à la transaction de leurs droits.

Cette présomption serait justifiée si la transaction, comme c'est le cas souvent, est le fait des avocats, au nom de leurs clients. Ce qui signifie que lorsque la transaction lie un initié du droit ou quelqu'un qui connaît ses droits, et un profane, cette présomption susmentionnée devient un leurre. Ce que l'on remarque néanmoins en matière de transaction, c'est la modification de la théorie de vices du consentement puisque la règle selon laquelle l'erreur de droit est vice du consentement dans les mêmes termes que l'erreur de fait n'a pas vocation à s'appliquer. Le législateur français prévoit en plus de l'erreur de droit, la lésion. Il est tout à fait normal que la lésion ne soit pas une cause de nullité en matière de transaction puisqu'en principe, la loi l'exclut des causes de nullité.

Mais cette règle est loin d'être absolue. La transaction peut être rescindée en cas d'erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation ; mais également dans tous les cas où il y a dol ou violence.

³⁴¹ Cass. 1^{er} Civ, 18 mars 1986 : Bull.Civ. I. n° 74.

Concernant la violence légitime, on a remarqué que la transaction y est particulièrement propice. C'est ainsi que certaines menaces, comme celle de porter l'affaire en justice pour obtenir le consentement de son partenaire sont légitimes et n'entraînent donc pas en principe la nullité du contrat ainsi obtenu. La solution est logique, car il est de bonne guerre, spécialement au cours des pourparlers précédant une transaction de menacer l'autre partie de soumettre le différend au juge³⁴².

Le recours à la transaction est fréquent dans les rapports privés comme c'est le cas en droit du travail et en droit des assurances, plus particulièrement en matière d'indemnisation du préjudice corporel. Le juge français contrôle le contenu de la transaction conclue entre le salarié et l'employeur.

En effet, la Cour de cassation française a jugé que « la Cour d'appel a, hors de toute contradiction, estimé par une appréciation souveraine de la force probante des éléments de preuve soumis à son examen que le salarié, qui ne savait pas lire le français, n'avait pas compris la signification et la portée de la transaction qu'il a signée, et fait par là même, ressortir une absence de consentement ; que par ces seuls motifs, elle a légalement justifié sa décision »³⁴³.

En matière sociale, la transaction revêt une importance capitale et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, elle met en présence deux parties qui évoluent dans un rapport de force totalement disproportionné dès lors que l'une des deux peut disposer par exemple d'un service juridique structuré tandis que l'autre se présente seule sans assistance. Cette inégalité « juridique et judiciaire » s'accompagne d'une inégalité économique qui peut pousser le salarié à transiger trop vite et en deçà de ce qu'aurait pu lui accorder le juge. Toutes ces raisons ont conduit la chambre sociale de la Cour de cassation à exercer un contrôle approfondi sur les conditions et le contenu de la transaction, notamment lorsque celle-ci fait suite à un licenciement, redonnant ainsi au juge toute la plénitude de la fonction jurisprudentielle. « Ce mode de résolution des litiges est admis dans la seule mesure où, pour l'essentiel, il laisse subsister les droits substantiels et les droits procéduraux du salarié licencié »³⁴⁴.

³⁴² D. VEAUX : JURISCLASSEUR CIVIL, art 2044 à 2058 fasc 30, N° 11.

³⁴³ Cass. Soc, 14 janvier 1997 D. 1997, jur : p. 612, note D. DJOUDI.

³⁴⁴ X. LAGARDE, « les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement », JCP éd. G. 2001, I, 337

Pour protéger le salarié, les Cours d'appel et de cassation, se sont basées sur son illettrisme. Dans son article précité, M. Xavier LAGARDE rappelle que le juge doit se livrer à un triple contrôle : « restituer la qualification juridique des circonstances de la rupture du contrat de travail, veiller à ce que la transaction accorde une indemnité supérieure à celle à laquelle le salarié aurait de toute façon droit si le motif retenu était établi en fait, vérifier que les concessions de l'employeur ne sont pas dérisoires. En ce qui concerne les droits procéduraux, la protection que leur accorde la Cour de cassation est absolue : la transaction réglant les conséquences d'un licenciement ne peut être conclue qu'une fois le licenciement définitivement décidé »³⁴⁵.

Relativement au droit des assurances, il ressort de la lecture des dispositions renvoyant à la transaction que le souhait tant du législateur français édictant la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation que des Ministres ayant participé à la conférence interministérielle des assurances est de promouvoir la transaction.

C'est ainsi que l'article 231 du code CIMA dispose que : « indépendamment de la réclamation que peut faire la victime, l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter, dans un délai maximum de douze mois à compter de l'accident une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne. En cas de décès de la victime, l'offre est faite à ses ayants droits tels qu'ils sont définis aux articles 265 et 266 dans les 8 mois du décès ». Il en résulte que la tentative de transaction est obligatoire et que la procédure judiciaire a un caractère subsidiaire. Le Code CIMA énumère les cas de saisine du tribunal. Ils sont au nombre de deux : en cas de désaccord entre l'assureur et la victime et ce désaccord doit persister d'une part et d'autre part en cas de demande de réduction, d'annulation ou de contestation d'une transaction. Ce qu'il faut relever c'est que si l'assureur tire profit du délai maximum de douze mois pour transiger, tel n'est pas forcément le cas, pour la victime qui souhaite être indemnisé le plus rapidement possible. A notre avis, ce délai maximum doit être réduit.

De même, on pourrait permettre à la victime du dommage corporel de saisir le juge des référés afin qu'il oblige l'assureur à faire une offre d'indemnisation, lorsqu'il est avéré qu'elle

³⁴⁵ Cass. Ch. Mixte, 12 février 1999 Bull. civ. Ch. Mixte n° 1.

ne peut pas attendre. A côté des remèdes aux restrictions de l'accès à la justice prévus, il y a ceux qui ne sont pas prévus à savoir l'assurance de protection juridique et la *class action* qu'il y a lieu d'instituer.

§2. LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES OU LES REMÈDES À INTRODUIRE DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE SÉNÉGALAIS ET FRANÇAIS

179. Les remèdes à introduire dans l'ordonnancement juridique sénégalais et français mettent en exergue la nécessité de s'inspirer des réformes en vigueur dans les autres pays, que l'on partage la même famille juridique ou pas.

Il s'agit de l'assurance de protection juridique (A) et de la *class action* (B).

A. INSTITUER L'ASSURANCE DE PROTECTION JURIDIQUE EN DROIT SÉNÉGALAIS

180. Convaincus, que l'assistance judiciaire telle qu'elle est réglementée au Sénégal produit peu d'efficacité, certains auteurs autorisés ont eu à proposer des solutions. Parmi ces derniers, on peut citer KEBA MBAYE qui, pense que : « S'il est juste que le pauvre, comme le riche, se fasse soigner en cas de maladie, il doit aussi pouvoir être entendu dans des conditions de stricte égalité par les tribunaux, s'il a à défendre ses droits. S'il est légitime d'instaurer au bénéfice des citoyens un système de sécurité sociale, il est aussi normal et juste de faire bénéficier chaque individu, d'un service effectif de sécurité judiciaire. Certes en attendant cette gratuité totale qui, nous le reconnaissons, ne peut être que pour un avenir relativement lointain, la solution pourrait consister à compléter l'aide judiciaire par un système d'assurance judiciaire, comme il en existe dans certains pays. Rien n'empêcherait d'ailleurs de donner à une telle assurance un caractère social et de l'étendre à l'ensemble des plaideurs, par le prélèvement d'une taxe qu'alimenterait un fonds géré par un organe spécial. En tout état de cause, il ne faut rien négliger qui puisse assurer, à tous les citoyens, l'égalité devant la loi et les services publics³⁴⁶ ». Ces propos fort pertinents du juge KEBA MBAYE méritent d'être cautionnés. En effet, si la sécurité sociale recouvre l'ensemble des règles qui visent à protéger

³⁴⁶ K. MBAYE, *Propos d'un juge*, op.cit., p.150.

le travailleur et sa famille, il est normal qu'il y ait des règles spéciales destinées à jouer le même rôle à l'égard le justiciable et ce, à tous les stades de la procédure.

Le juge KEBA MBAYE a proposé d'intégrer dans notre ordonnancement juridique l'assurance de protection juridique à l'instar de certains pays, en attendant que la gratuité de la justice soit totale. La France figure parmi ces pays. Dans le code des assurances français, le législateur a consacré un chapitre à la notion. L'article L 127-1 dispose qu'est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi³⁴⁷.

181. Le domaine de l'assurance de protection juridique est vaste ; elle ne se limite pas simplement à la matière civile. Elle touche le droit pénal et administratif. C'est suite à une directive européenne du 22 juin 1987 sur l'assistance judiciaire que le législateur français, par le biais de la loi du 31 décembre 1989, a intégré dans le droit positif l'assurance de protection juridique. Il n'existait pas de définition de l'assurance de protection juridique jusqu'à la loi du 31 décembre 1989. Ce qui existait c'est une dépêche du 13 mars 1978 de la Direction des assurances dans laquelle cette activité était caractérisée par la couverture « des risques engendrés, par les réclamations amiables ou contentieuses dans lesquelles peut être engagée toute personne soit en demande, soit en défense ». Avec l'assurance de protection juridique, le justiciable paie la gratuité de son procès, qu'il soit demandeur ou défendeur au procès.

182. L'assurance de protection juridique est distincte des autres types d'assurance comme c'est le cas de l'assurance de responsabilité³⁴⁸. En effet, cette dernière vise à garantir le fait dommageable de l'assuré suite à une réclamation amiable ou judiciaire dirigé contre lui par un tiers, tel n'est pas le cas de l'assurance de protection juridique qui couvre les frais de procédure en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers. Ainsi donc, tandis que l'assurance de responsabilité vise le défendeur, l'assurance de protection juridique profite

³⁴⁷ L'assurance de protection juridique est désormais régie en France par la loi 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique. Cette loi a introduit le principe de subsidiarité de l'aide juridictionnelle suivant lequel l'aide est refusée si les frais du procès (avocat, huissier, expertise) sont pris en charge au titre d'une assurance protection juridique ou d'un autre système de protection (J.O 21 février 2007).

³⁴⁸ Elle est également différente de la clause de direction du procès où l'assureur se réserve la faculté de conduire le procès dont dépend la responsabilité de son assureur V. *Droit et déontologie de la profession d'avocat* sous la direction de B. BEIGNIER, B. BLANCHARD, J. VILLACEQUE, P.U.F, Droit 2002.

tant au demandeur qu'au défendeur, en somme à tous les justiciables engagés dans le procès civil qui ont eu à verser une prime ou une cotisation à l'assureur. La particularité de cette notion a poussé le législateur français à soutenir que l'assurance de protection juridique fait l'objet d'un contrat distinct de celui qui est établi pour les autres branches ou d'un chapitre distinct d'une police unique avec indication du contenu de l'assurance de protection juridique et de la prime correspondante.

Pour donner plus de garantie à l'assuré, la loi impose un certain nombre de clauses qui doivent figurer dans le contrat d'assurance de protection juridique. Parmi ces clauses, il y a la liberté octroyée à l'assuré de choisir un avocat ou toute personne qualifiée par la législation ou la réglementation en vigueur pour défendre, représenter ou servir les intérêts de l'assuré dans une procédure judiciaire ou amiable. Le contrat d'assurance de protection juridique stipule également que l'assuré a le libre choix d'un avocat ou d'une personne qualifiée pour l'assister lorsqu'il survient un conflit entre l'assuré et l'assureur et qu'une tierce personne peut les concilier en cas de désaccord. En prenant en charge les frais engagés par le justiciable par exemple les honoraires d'experts, d'avocats, l'assurance protection juridique fournit à l'assuré les moyens permettant un dépassement de l'aide juridictionnelle pouvant aller jusqu'à la mise en place d'une véritable « sécurité sociale juridique³⁴⁹ ».

Mais il y a lieu de relever que cette dernière ne peut constituer un dépassement de l'aide juridictionnelle que lorsque les primes à verser à l'assureur ne sont pas trop élevées et deviennent de ce fait hors de portée du justiciable. Elles sont certainement versées en considération de la valeur du litige ou des honoraires à payer car si les primes sont de loin inférieures à la valeur du litige et aux honoraires à payer, il va se poser sans aucun doute la question de la prise en charge du surplus des frais. En tout état de cause, M. Loïc CADIET a fait ressortir à quel point les classes moyennes sont exclues du dispositif d'aide juridictionnelle.

183. C'est sur la base de ce constat que le professeur CADIET prône un développement de l'assurance de protection juridique. Selon lui, « pour des primes annuelles généralement comprises entre 200 à 400 Frs, une assurance de protection juridique est en mesure de prendre en charge les frais liés au règlement du litige ». L'auteur conclut qu'il « n'est dès lors

³⁴⁹ S. GUINCHARD, *Les solutions procédurales, in le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996.

pas excessif de voir, dans cette espèce d'assurance, un relais opportun de l'aide juridique ». En 1989, pour une prime de 200 F par foyer assuré, les assureurs ont financé des procédures pour un coût moyen trois fois supérieur à celui d'une procédure prise en charge au titre de l'aide judiciaire. En 1990, alors que le budget de l'aide judiciaire s'élevait à 400 Millions de Francs en France, le total des encaissements dépassait les 3 milliards³⁵⁰.

Au-delà de l'assurance de protection juridique comme remède aux obstacles d'accès au juge, nous avons la class action.

B. PREVOIR LA CLASS ACTION EN DROIT SÉNÉGALAIS ET FRANCAIS

184. La *class action* est une action introduite par un représentant pour le compte de toute une classe de personnes ayant des droits identiques ou similaires qui aboutit au prononcé d'un jugement ayant autorité de chose jugée à l'égard de tous les membres de la classe³⁵¹.

On remarque que cette action remet en cause un certain nombre de principes notamment l'exigence de la part du litigant d'un intérêt direct et personnel. La class action déforme le visage traditionnel de la procédure civile. M. CAPPELLETTI l'exprime bien en ces termes : « Nous assistons à présent au déclin d'une conception individualiste du procès et de la justice »³⁵².

L'auteur écrit encore : « de plus en plus fréquemment la complexité des sociétés modernes engendre des situations dans lesquelles telle ou telle action donnée peut servir ou nuire à une grande quantité de gens, et cette circonstance rend tout à fait inadéquat le système de justice traditionnel, où le procès était regardé comme une affaire intéressant deux parties seulement, le demandeur et le défendeur. De fausses informations ainsi, émanant de grandes sociétés, peuvent causer un préjudice à tous ceux qui achètent des actions de ces sociétés, une violation des lois antitrust peut porter préjudice à tous ceux qu'affecte la concurrence illicite ; l'employeur qui ne respecte pas une convention collective de travail porte atteinte aux droits

³⁵⁰ CERVEAU et TRIBONDEAU, *L'assurance de protection juridique*, Préface BIGOT, L'argus, 1991, 128 pages.

³⁵¹ L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, L.G.D.J, 1997, p.359.

³⁵² M. CAPPELLETTI, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil*, R.I.D.C, 1975, p.571.

de tous ceux qu'il emploie ; l'imposition d'une taxe contraire à la constitution ou le retrait illégal d'un avantage social peut porter préjudice à de larges groupes de citoyens ; l'entreprise qui déverse des produits détergents ou autres dans un lac porte préjudice à tous ceux qui veulent en utiliser les eaux pures ; le conditionnement ou l'emballage défectueux ou malsain de produits peut porter préjudice à tous les consommateurs de ces produits. La possibilité qu'un dommage soit souffert de la sorte par une quantité d'individus constitue un trait caractéristique de notre époque »³⁵³.

185. Malgré son importance, la class action n'a été introduite ni dans la législation Française, ni dans celle sénégalaise.

En droit français, plusieurs propositions ont été faites pour introduire la class action sous le nom d'action de groupe. Certains réservaient l'usage exclusif de l'action de groupe aux associations de consommateurs, d'autres étaient beaucoup plus larges. Mais jusqu'ici, toutes ces propositions ont échoué. Il s'agit de la commission PINOT ayant rendu un rapport au Ministère de la Justice sur le traitement du contentieux de masse dans lequel elle préconisait l'introduction d'une telle action dans le droit français³⁵⁴. M. TAILADHES fit de même dans son rapport au Premier Ministre sur la modernisation de la Justice³⁵⁵. La commission sur le règlement des litiges de la consommation, présidée par M. CALAIS-AULOY rendit un rapport contenant un projet détaillé visant à instaurer une action de groupe dans le droit de la consommation³⁵⁶.

Dans notre législation, il n'est pas prévu de class action³⁵⁷. Toutefois, à la question de savoir s'il faut l'introduire dans l'ordonnement juridique sénégalais et français, la réponse ne peut être qu'affirmative à condition qu'elle soit un moyen de protection du titulaire de l'action

³⁵³ M. CAPPELLETTI, *Vindicating the public Interest* p. 519.

³⁵⁴ Rapport de la commission de traitement du contentieux de masse, Ronéo, 1984, pp.12 et s.

³⁵⁵ E. TAILADHES, *La modernisation de la justice*, la documentation française, 1985, p.165.

³⁵⁶ Proposition pour un nouveau droit de la consommation. La documentation française 1985 pp.131 et s.

³⁵⁷ Dans les Actes du Colloque des 17 et 18 novembre 1994 sur l'actualité du Droit de l'environnement BRUYLANT Bruxelles 1995, on a tenu à préciser que la class action diffère de l'action d'intérêt collectif en ce sens que tous les fruits de cette dernière sont réservés à l'association qui en a pris l'initiative, sans qu'aucun tiers à la décision ne puisse se prévaloir de celle-ci pour en retirer un avantage direct à son profit. Par contre dans la class action, le jugement profitera même à ceux qui n'étaient pas parties au procès, par dérogation au principe de l'effet relatif des jugements en matière civile.

Selon une certaine doctrine : « l'action dite collective présente une originalité qui la distingue de tout autre. (...) cette action est exercée par un groupement pour défendre des intérêts qui, en quelque sorte, le dépassent. (...) les intérêts préexistent à l'association, ou lui subsisteront et ou ils pourront être défendus simultanément par une multitude d'associations » J. VAN COMPERNELLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, LARCIER, 1972.

contre un plaideur puissant. Telle est sa raison d'être aux USA où elle connaît un essor non négligeable. Pour éviter des dérives, tel que le fait pour certains avocats véreux de se faire payer des honoraires hors de prix sans pour autant que l'action aboutisse, la class action est assortie de conditions. Celles-ci sont posées par la règle fédérale pour ce qui est de la class action américaine. Il faut donc aux termes de la règle fédérale 23 que : « le groupe soit si nombreux que la fonction des instances soit impossible », ensuite que « il existe des points de droit ou de fait communs ou groupe ».

On peut, à la lecture de ces dispositions, constater qu'il appartiendra au juge, lorsqu'une classaction est introduite de vérifier si toutes les conditions sont réunies³⁵⁸.

³⁵⁸ Il s'agit de la certification qui selon M. Serge GUINCHARD (Une class action à la française ? D.2005 p.2180) permet au juge de dire que les conditions de réalisation d'un préjudice de masse sont réunies pour tous ceux qui se trouvent dans la même situation.

CONCLUSION DU TITRE I.

186. L'accès au juge est consacré aussi bien au niveau universel, régional qu'interne. Le Sénégal a exprimé, dans le préambule de sa Constitution, son attachement aux instruments universels et régionaux de protection des droits de l'homme reconnaissant le droit au juge.

Ainsi, en raison de la valeur constitutionnelle du préambule, on peut affirmer que l'accès au juge est constitutionnalisé. Le pouvoir constituant sénégalais, à l'instar de ses homologues camerounais, béninois et djiboutiens a franchi le Rubicon et pris le contrepied de la doctrine hostile à la valeur juridique du préambule.

Il faut dire que la consécration de l'accès au juge emporte un certain nombre de conséquences notamment l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordonnement juridique sénégalais du fait de l'option moniste avec primauté du droit international, et l'instauration de principes facilitant l'accès au juge. Tout justiciable peut se prévaloir des droits fondamentaux devant le juge. Concernant la Convention européenne des droits de l'homme, même si elle n'est pas applicable au Sénégal, elle doit constituer une source d'inspiration pour le juge sénégalais. De même, le pouvoir réglementaire, en mettant en place des règles de procédure civile, doit veiller à leur conformité non seulement avec la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples, mais également avec le préambule et la Constitution.

Les justiciables sénégalais doivent être informés de la possibilité qui leur est offerte de saisir les institutions garantes des droits de l'homme au sein de l'Union africaine telles que la Commission africaine des droits de l'homme basée en Banjul, et la Cour africaine des droits de l'homme mais encore faudrait-il que leur saisine ne soit pas hypothéquée par des obstacles dirimants tels que l'épuisement des voies de recours internes et la déclaration spéciale³⁵⁹.

³⁵⁹ Selon R.D.SEGUI (*Les droits de l'homme en Afrique noire francophone Théories et réalités*, Abidjan, CEDA, avril 2001, p.192), la déclaration spéciale renvoie « au consentement de l'Etat présumé responsable des violations des droits de l'homme exigé pour qu'il puisse être attrait devant la Cour Africaine des droits de l'homme ». A ce jour seuls le Burkina, le Malawi, le Mali et la Tanzanie ont déposé une telle déclaration. Notre pays ne figure pas sur cette liste. Il faudra s'orienter vers la Cour de justice de la CEDEAO où la règle de l'épuisement des voies de recours internes, comme préalable à une saisine de la Cour, n'est inscrite nulle part dans les textes régissant celle-ci. V. A. SALL, *La justice de l'intégration- Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Editions CREDILA, 2011, p.44.

La consécration de l'accès au juge, à elle seule, ne suffit pas ; encore faudrait-il en assurer l'effectivité. Celle-ci a pour fondement les principes de fonctionnement inhérents à tout service public. Il s'agit de la continuité, de la gratuité et de l'égalité devant le service public de la justice. En effet, que vaudrait le droit d'accès au juge si le cours de la justice est interrompu ou s'il existe des zones dans lesquelles le service public de la justice n'est pas assuré ? Que vaudrait-il si l'accès à la justice n'est pas gratuit ou si les justiciables ne sont pas sur le même pied d'égalité ?

Pourtant, ces beaux principes ne sont pas forcément suivis d'effet en raison des nombreux obstacles qui malmènent l'effectivité du droit au juge. Ces obstacles sont de deux ordres : obstacles de fait (obstacles financiers, géographiques, socioculturels) et obstacles de droit (ignorance de la règle de droit, langage du droit et complexité de la procédure). A ces obstacles, des remèdes ont été proposés. Il s'agit de remèdes dont l'objectif est d'une part, de neutraliser les obstacles financiers et d'autre part de trouver un alternatif au procès. A ces remèdes consacrés, d'autres devraient s'ajouter, toujours dans le souci de rendre le prétoire accessible.

Le juge saisi par le justiciable doit avoir un certain nombre de qualités.

TITRE II. L'ACCÈS A UN JUGE DE QUALITÉ³⁶⁰.

187. Une chose est d'avoir accès au juge, une autre est de s'attendre à ce que la personne qui rend justice présente des garanties morales et intellectuelles. Ces garanties participent du renforcement de la crédibilité de la justice. Mais en est-il toujours ainsi ? C'est dire que par moment, le droit du justiciable à un juge de qualité est remis en cause.

Nous étudierons dans ce titre les critères d'un juge de qualité (Chapitre 1) et la remise en cause du droit à un juge de qualité (Chapitre 2).

³⁶⁰ Dans l'ouvrage collectif (Droit processuel-Droit commun du procès, 1^e édition, Dalloz, 2001, p.428), S. GUINCHARD et alii parlent de « bon juge ».

CHAPITRE I. LES CRITÈRES D'UN JUGE DE QUALITÉ

188. Dans ce chapitre, bon nombre de questions d'une grande importance méritent d'être évoquées. Il s'agit notamment de la possibilité pour les magistrats de se syndiquer, de l'obligation de réserve. En effet, celle-ci n'est point une obligation de conformisme et elle n'interdit pas au fonctionnaire le recours à certains moyens d'expression. Elle lui fait simplement un devoir, lorsqu'il est amené à manifester publiquement ses opinions, de mesurer les mots et la forme, dans laquelle il les exprime, c'est-à-dire de s'abstenir de donner à ses critiques une forme grossière ou insultante.³⁶¹

En effet, le mode de désignation des juges est un problème délicat. Selon les pays, le législatif ou l'exécutif ou le judiciaire ou le peuple souverain par élection, intervient exclusivement ou conjointement avec l'un des autres. Lors de son Congrès à New-Delhi en 1950, la Commission internationale des Juristes dénonçait les risques des élections politisées ainsi que les dangers pour l'indépendance et la compétence des juges, d'une nomination laissée à la discrétion de l'un des trois pouvoirs. Elle recommandait qu'en droit ou en fait une certaine collaboration (ou au moins une procédure de consultation) s'instaurât entre le pouvoir judiciaire et l'autorité effectivement chargée de la nomination. Au Sénégal, c'est cette dernière solution, conforme à la tradition française, qui a été adoptée. Pour tout ce qui concerne les nominations et les promotions des juges, les relations sont étroites entre l'exécutif et le judiciaire. Leur collaboration s'exerce essentiellement au sein d'un Conseil supérieur de la magistrature³⁶². En France, depuis que le principe de l'élection des juges a été abandonné au profit de la nomination par le chef de l'Etat, on s'est efforcé, par différentes voies, de combiner le pouvoir reconnu au Gouvernement avec l'indépendance de l'autorité judiciaire. C'est dans cette intention qu'un organe collégial, placé en dehors du pouvoir exécutif, a été créé sous le nom de Coseil supérieur de la magistrature³⁶³

Le juge de qualité est celui qui est indépendant et impartial (SECTION1). Ces qualités font l'objet d'une sanction (Section 2).

³⁶¹ J. ROBERT D.1973 p.196 note Conseil d'Etat 1^{er} décembre 1972, Demoiselle OBREGO.

³⁶² A.DIOP, *Les relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire au Sénégal*, in Congrès de l'Institut international de Droit d'expression française (IDEF) tenu à Montréal, Québec et Ottawa du 7 au 14 septembre 1969 sur l'organisation judiciaire Revue juridique et politique Indépendance et coopération, 23^e année, n°4 oct-déc 1969, p.1035.

³⁶³ P.LAMPUE, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, in Congrès de l'Institut international de Droit d'expression française précité, p.1081.

SECTION 1. UN JUGE INDÉPENDANT ET IMPARTIAL³⁶⁴

189. L'indépendance est le maître-mot dans les constitutions. Pourtant, les choses ne sont pas si simples qu'on le croit. On pense aux moyens qui permettront de la traduire en réalité. Des questions telles que la gestion des carrières des magistrats seront abordées.

La justice est représentée par une femme aux yeux bandés. Le bandeau symbolise l'impartialité du juge qui ne doit favoriser ni l'une ni l'autre partie.

Nous ferons cas respectivement de l'indépendance (§1) et de l'impartialité du juge (§ 2).

§1. L'INDÉPENDANCE DU JUGE

Il convient d'examiner la portée (A) et les garanties de l'indépendance du juge (B).

A. LA PORTÉE DE L'INDÉPENDANCE

190. Le juge est indépendant à l'égard des autres pouvoirs constitutionnels (1) et des parties (2).

1. L'INDÉPENDANCE À L'ÉGARD DES AUTRES POUVOIRS CONSTITUTIONNELS

191. Il s'agit du pouvoir exécutif (a) et du pouvoir législatif (b).

a) L'INDÉPENDANCE À L'ÉGARD DU POUVOIR EXÉCUTIF

192. L'article 92 de la constitution du 22 janvier 2001 dispose que le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif. L'indépendance de la magistrature est la vertu à laquelle le public est le plus sensible. Il peut souhaiter des magistrats savants, travailleurs, et dont le

³⁶⁴ On aura remarqué que l'accent n'est mis que sur les qualités morales et non intellectuelles ; non pas parce que ces dernières ne soient pas importantes bien au contraire, mais parce qu'elles sont présumées. En effet, le juge est cette personne qui a au moins une maîtrise en droit et a subi une formation pratique au niveau du Centre de Formation judiciaire.

labeur incessant hâte la solution des litiges qui leur sont soumis. Mais il souhaite d'abord qu'ils soient indépendants vis-à-vis de quiconque.³⁶⁵

L'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789 dispose « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». De la lecture de ce texte, s'évince l'idée selon laquelle la séparation des pouvoirs est un principe fondamental, essentiel dans toute constitution. Ce principe a opposé deux juristes belges. Le premier, Alfred GIRON, défenseur de la séparation des pouvoirs soutenait en 1884 : « tout gouvernement dans lequel les pouvoirs ne sont pas séparés et indépendants l'un de l'autre, dégénère nécessairement en tyrannie et périt par l'excès même du principe qui faisait sa force originaire ».³⁶⁶ En revanche, L. WODON déclarait, dans deux communications à l'académie royale des sciences, des lettres et beaux-arts en 1927 et en 1942 : « la théorie des trois pouvoirs et de la séparation des trois pouvoirs n'est qu'un cliché, une de ces formules, vides de substance dont les sciences sociales, faute d'une terminologie exacte et précise qu'elles ne posséderont peut-être jamais sont actuellement encombrées, mais dont il convient de ne pas être dupe ». Le fait que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, est une expérience éternelle à laquelle MONTESQUIEU dans l'Esprit des lois a apporté le remède : « le pouvoir va jusqu'à ce qu'il trouve des limites ... pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir (...) 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 ».

L'Etat est doté de la personnalité juridique ; de ce point de vue, il peut être justiciable à titre de demandeur ou défendeur devant les juridictions civiles puisqu'au Sénégal les tribunaux civils sont compétents pour connaître d'une affaire dans laquelle l'Etat est partie. Suivant une évolution doctrinale moderne et fortement influencée par le précédent marocain, le Sénégal a réalisé l'unification de la justice administrative et de la justice privée, par la suppression des juridictions administratives. Cette règle ainsi édictée, l'Etat, les services publics, l'administration en un mot, ont cessé d'être des plaideurs privilégiés bénéficiant de règles exorbitantes du droit commun, pour devenir, comme tout plaideur ordinaire, des justiciables du

³⁶⁵ A. DAMIEN, *Pouvoir judiciaire et vertu Les trois tentations du magistrat*. Arch.Ph.Dr. Tome 42, L'argent et le Droit , Sirey 1998, pp.235-240.

³⁶⁶ A. MONCEAUX, *Le droit public de la Belgique*, Bruxelles, 1884, N°26, p.31

tribunal civil³⁶⁷ L'Etat est représenté en justice par un agent judiciaire. Tout a été fait en droit français pour exclure les tribunaux judiciaires du contentieux administratif. L'article 13 du titre II de la loi du 16-24 août 1790 dispose : « les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelque manière que ce soit les opérations du corps administratif, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction ». Ce principe de la séparation des fonctions judiciaires et des fonctions administratives reçoit exception en matière de voie de fait.

193. L'indépendance du juge à l'égard du pouvoir exécutif a attiré l'attention des politiques français et sénégalais. Ainsi le général DEGAULLE déclarait le 18 juin 1946 : « tous les principes et toutes les expériences exigent que les pouvoirs public, législatif et judiciaire soient nettement séparés et fortement équilibrés ». Et François MITTERAND en 1976 soutenait : « si l'on veut que la justice soit un contre-pouvoir efficace, il faut retirer aux Maîtres de l'Etat les moyens d'influence sur l'institution judiciaire. » Quant à Léopold Sédar SENGHOR, il déclarait en 1963 : « à l'heure où l'on commence à insinuer que les trois pouvoirs ne sont en réalité que deux, le pouvoir judiciaire n'étant qu'une autorité, nous restons profondément fidèle à notre attachement au tryptique traditionnel. C'est pourquoi après les événements sénégalais de 1962, nous avons jugé bon d'exprimer clairement cet attachement et de lui donner une vigueur nouvelle. La constitution du 7 mars 1963, celle de la deuxième République du Sénégal, a marqué la différence de conception quant au rôle du pouvoir judiciaire entre le régime actuel et le régime précédent. L'ancienne constitution parlait d'« autorité judiciaire ». La nouvelle constitution intitule son article 7 « du pouvoir judiciaire ».³⁶⁸

En France, on ne parle pas de pouvoir judiciaire mais d'autorité judiciaire. Toujours selon SENGHOR, « les conditions essentielles d'un retour à une véritable démocratie sont le pluralisme des partis, le pluralisme des syndicats et enfin l'indépendance de la magistrature ».³⁶⁹ Au-delà des hommes politiques, les juristes se sont penchés sur la question de l'indépendance du juge. Dans sa déclaration au congrès de New-Delhi en Inde, le 10 novembre 1959, la Commission internationale des Juristes martèle : « l'indépendance de la magistrature est une condition nécessaire de l'existence d'une société libre vivant sous un régime de la légalité fondé sur le principe de la primauté du droit ». L'indépendance du juge

³⁶⁷ A. DIOP, *L'organisation judiciaire sénégalaise en matière administrative*, RJPIC, n°4, p.940.

³⁶⁸ L. SEDAR SENGHOR cité par J. DU BOIS DE GAUDUSSON, in *La justice en Afrique*, Afrique Contemporaine N° 156, Numéro spécial, p.6.

³⁶⁹ Jeune Afrique N°902 du 12 avril 1978, p.18.

ne signifie pas que ce dernier doit agir d'une manière arbitraire mais plutôt que le juge aussi bien que la magistrature soit préservée des passions, des pressions, des menaces et des corruptions.³⁷⁰

Selon M. DEBBASH, le but de l'indépendance de l'autorité judiciaire n'est pas d'assurer aux magistrats un confort de carrière mais de garantir aux citoyens que ceux-ci ne se prononceront qu'en leur âme et conscience sans subir d'intervention pesant sur leurs jugements.³⁷¹

Le juge est également indépendant à l'égard du pouvoir législatif.

b) L'INDÉPENDANCE À L'ÉGARD DU POUVOIR LÉGISLATIF

194. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le pouvoir législatif ne doit pas intervenir dans le cours du procès. Il en est de même du juge qui ne doit exercer aucune incursion dans le domaine législatif. A cela s'ajoute l'article 5 du Code civil qui dispose que le juge ne doit pas rendre des arrêts de règlement. On peut le constater, le législateur a pris toutes les dispositions pour que le pouvoir judiciaire ne puisse se considérer comme un législateur.³⁷²

,

195. Selon P.ROUBIER l'incidence de la loi nouvelle sur le procès est beaucoup plus directe dans les lois de procédure que dans les lois de fond. L'objet de la loi envisagée, quand il s'agit d'une loi de procédure, c'est la manière de conduire et de régler les litiges, il est donc évident que l'action de la loi nouvelle sur les litiges en cours apparaîtra comme une chose normale du moment qu'on ne cherchera pas à étendre l'empire de cette loi sur des faits déjà accomplis, parce qu'alors il y aurait rétroactivité de la loi³⁷³.

³⁷⁰ K. A. ATSU, *L'indépendance du pouvoir judiciaire et des avocats*, RSD 1977, n°22, 11^e année, numéro spécial relatif au Colloque de Dakar sur le développement et les droits de l'homme, organisé par l'ASERJ et la commission internationale de juristes, Septembre 1978, p.171.

³⁷¹ C. DEBBASH, *L'indépendance de la justice*, Mélanges L. DUBOIS, Dalloz, 2002.

³⁷² RIPERT, *Les forces créatrices du droit* 2^e édition, L.G.DJ, 1955, p.380.

³⁷³ P.ROUBIER, *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours*, Mélanges MAURY, Paris, Dalloz-Sirey, Tome II, p.513.

Les lois de fond s'appliquent aux faits et aux actes susceptibles de produire des effets juridiques, directement et sans l'intermédiaire du magistrat. C'est ce que G.PACE ³⁷⁴a très heureusement appelé le principe de l'effet automatique de la loi .Pourquoi donc, dans ces conditions, la loi de fond nouvelle aurait-elle un effet sur des litiges en cours ?

Mais ce principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle en matière de procédure comporte des exceptions.

La première est relative aux lois de compétence c'est-à-dire aux lois qui déterminent la compétence des diverses juridictions, qu'il s'agisse d'ailleurs de compétence *rationae materiae* ou *rationae loci*.

La deuxième exception concerne les délais donnés pour exercer les voies de recours. Ce sont les lois existant au jour du jugement attaqué qui s'appliquent.

Le juge doit également être indépendant à l'égard des parties.

2. L'INDEPENDANCE A L'EGARD DES PARTIES

196. Le magistrat doit être indépendant à l'égard des parties. Cela signifie qu'il ne doit craindre aucune pression venant des justiciables et partant, de leurs conseils. C'est cette indépendance qui justifie, en partie, le principe de la gratuité de la justice qui veut que le juge ne soit pas payé par les parties. Pour le justiciable, la décision judiciaire est effectivement gratuite. Le juge est un fonctionnaire payé par l'Etat et non un professionnel qui exerce une activité libérale. Il exerce sa mission dans un but d'intérêt général. C'est en raison de cette nécessaire indépendance que la Cour de cassation française, avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, avait pu estimer contraire à l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme le fait qu'un tribunal du contentieux de l'incapacité soit présidé par un représentant du directeur régional des affaires sanitaires et sociales alors que cette juridiction avait à juger une affaire à laquelle était partie une Caisse primaire d'assurance maladie et que son président avait des liens avec cette dernière du fait de ses fonctions administratives.³⁷⁵ A la suite de cet arrêt, la Cour de cassation a également

³⁷⁴ G. PACE, *Il diritto transitorio*, Milan, 1944.

³⁷⁵ Cass- Soc. 17 dec 1998, Bull. Civ v N° 578.

suggéré, pour la même raison, une modification de la composition de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail.³⁷⁶

On peut soutenir que c'est dans le souci d'assurer l'indépendance du juge à l'égard des parties que le législateur sénégalais a précisé en son article 319 du code de procédure civile qu'il ne peut être employé aucun terme injurieux contre les juges à peine, contre la partie de telles amendes dont le montant ne pourra excéder 5.000F et contre son avocat de telle injonction ou suspension qu'il appartiendra. Le juge doit rendre la justice sans pression et les parties sont tenues d'une obligation de réserve envers la justice. L'indépendance du juge à l'égard des parties implique que ces dernières ne sauraient corrompre le juge afin qu'ils rendent une décision en leur faveur. Le magistrat doit avoir de la distance à l'égard des parties.

197. Selon une doctrine autorisée, l'indépendance des juges à l'égard des parties se trouve, cependant, aujourd'hui remise en cause par la disparition d'un grand principe de l'organisation juridictionnelle qui allait en sa faveur : le principe de la collégialité. En outre, des problèmes particuliers se posent lorsque les juridictions comprennent des juges élus.³⁷⁷ Concernant la remise en question de l'indépendance des juges du fait de la disparition du principe de la collégialité, M. Pierre CROCQ soutient que la collégialité permet la concertation des juges et le contrôle de chaque juge par les deux autres. Ceci favorise donc une justice plus éclairée et plus impartiale.

En outre, le jugement est, ainsi, rendu non par un juge déterminé mais par une entité collégiale et, de ce fait, au sein de cette entité, les juges se sentent beaucoup plus indépendants à l'égard des parties puisque celles-ci, en raison du principe du secret du délibéré, ne peuvent pas savoir quelle a été l'opinion individuelle de chaque juge. C'est donc, conclut l'auteur, la nécessité d'une justice à la fois impartiale et indépendante à l'égard des parties qui explique que la collégialité soit le principe et que le juge unique soit l'exception.

Pour pertinent qu'elle soit, la thèse de M. Pierre CROCQ ne résiste pas à l'examen du fait que l'indépendance du juge est beaucoup plus une question de tempérament que de nombre et que

³⁷⁶ Rapport de la Cour de cassation 1998, La Documentation Française 1999, p.19.

³⁷⁷ P. CROCQ, *Le droit à un tribunal impartial in* Libertés et droits fondamentaux direction M.A. FRISON-ROCHE, R.CABRILLAC, TH. REVET 9^e édition, Dalloz, 2003, p.425 n°602.

même s'il y a collégialité, deux magistrats novices peuvent se laisser influencer par le troisième qui lui, est ancien.

Pour ce qui est de la remise en question des juges du fait de leur élection, l'auteur soutient que le fait d'être des professionnels élus et non pas nommés par le pouvoir exécutif, les rend, certes, indépendants de ce dernier, mais pose à la fois le problème de leur indépendance à l'égard de leurs électeurs. Le juge européen a mis en exergue l'indépendance du magistrat à l'égard des parties dans l'arrêt SRAMEK. En l'espèce, la requérante souhaitait faire construire une résidence secondaire en Autriche et avait entrepris d'acheter un terrain à cette fin. Cependant, le contrat ne pouvait prendre effet qu'après avoir été approuvé par l'autorité régionale compétente pour les transactions immobilières, qui pouvait être considérée comme un tribunal au sens du droit à un procès équitable, et qui rejeta sa demande. Cette autorité comportait parmi ses membres des fonctionnaires et des non-fonctionnaires. La loi interdisait aux autorités locales de donner des instructions à leurs fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

Ces autorités étaient représentées au sein de l'autorité régionale par le chef du service des transactions immobilières, qui acquit la qualité de partie à l'affaire quand les autorités décidèrent de former un appel contre la décision rendue. L'un des fonctionnaires membres du tribunal avait pour supérieur hiérarchique le chef du service des transactions, et occupait en outre une position importante au sein de l'autorité régionale. Bien que rien n'indiquait que le chef du service des transactions a tiré avantage de sa position hiérarchique, ni qu'il eût donné des instructions au fonctionnaire en question, la Cour européenne des Droits de l'homme a considéré la situation non satisfaisante et a jugé que les parties pouvaient légitimement douter de l'indépendance de l'autorité régionale. En conséquence, le tribunal avait pu ne pas faire preuve d'une indépendance suffisante.

Mais l'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard des autres pouvoirs constitutionnels et des parties ne serait qu'un vain mot ou un simple souhait, si elle n'est pas assortie de garanties.

B. LES GARANTIES D'INDEPENDANCE DU JUGE

198. Les garanties d'indépendance du juge sont l'inamovibilité (1) et l'existence d'un Conseil Supérieur de la Magistrature (2)

1. L'INAMOVIBILITÉ DU JUGE³⁷⁸

Pour mieux cerner la notion, il faut en préciser le sens (a) et le champ d'application (b).

a) LE SENS DU PRINCIPE

199. Le juge a une mission spécifique qui est de dire le droit. Cette fonction requiert une protection particulière. C'est ainsi, qu'en vue de le protéger, le législateur sénégalais a édicté des mesures tendant à lui octroyer des garanties et des privilèges parmi lesquels on peut citer l'inamovibilité. Ce principe signifie que le magistrat du siège ne peut être déplacé qu'avec son consentement. Il est prévu à l'article 90 de la Constitution sénégalaise qui dispose « les magistrats du siège sont inamovibles ». C'est donc un principe constitutionnel. La constitution a inscrit l'inamovibilité des magistrats comme l'une des premières garanties de l'indépendance des juges.³⁷⁹ Ce principe est également prévu à l'article 5 de la loi 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats : « les magistrats du siège sont inamovibles, ils ne peuvent recevoir une affectation nouvelle même par voie d'avancement, sans leur consentement préalable. »

En France, c'est l'article 64 de la Constitution de 1958 qui énonce dans son alinéa 4 : « les magistrats du siège sont inamovibles ». L'inamovibilité est également prévue par l'article 4 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Le juge qui ne saurait obéir qu'à la loi et à sa conscience ne doit pas pouvoir

³⁷⁸ Malgré son importance, l'inamovibilité ne fut accordée aux magistrats des colonies que fort tard. C'est que, loin d'être une question de principe, l'inamovibilité menaçait surtout l'ordre colonial et l'autorité des gouverneurs. En Algérie c'est en 1921 tandis que dans les autres territoires c'est en 1946. En effet, dans les années 1880, les citoyens d'Alger s'interrogeaient sur les raisons qui pouvaient militer en faveur d'un statut différent : « Est-ce donc, que la vérité et la morale changent avec les climats ? Est-ce que l'indépendance nécessaire à la dignité du juge de France ne l'est pas également de l'autre côté de la méditerranée ? En outre, en France, l'inamovibilité a été supprimée par la loi sur la réforme de l'organisation judiciaire du 31 Août 1887 en ces termes : « l'inamovibilité n'est pas nécessaire pour faire un bon juge... et les juges de paix, les juges commerciaux, les membres des tribunaux administratifs sont amovibles » V. L'article de B. DURAND, *Un dogme soumis « à la force des choses » : l'inamovibilité des magistrats d'Outre-Mer*, Revue historique de droit français et étranger, N°2 avril-juin, 2004, p.241 et s.

³⁷⁹ Audience solennelle de rentrée des cours et tribunaux Volume I 1992- 1993 Droits et Responsabilités des juges 5 novembre 1992 p.12

faire l'objet de la part de ses supérieurs hiérarchiques de décisions de déplacement dans l'intérêt du service qui aurait pour effet : de le dessaisir des dossiers dans lesquels son indépendance d'esprit aurait déplu, de le déstabiliser dans sa vie personnelle et familiale au point de le convaincre de faire preuve d'une grande docilité.³⁸⁰ L'inamovibilité est instituée dans le souci d'éviter que le gouvernement puisse sanctionner par une mutation désagréable un excès d'indépendance et préparer par des changements opportuns en vue du jugement d'un litige qui l'intéresse, une juridiction docile.³⁸¹

200. Pour évoquer la nécessité de proclamer l'inamovibilité des juges face au pouvoir central, M. ROYER-COLLARD imagine un équilibre entre le pouvoir central chargé d'instituer le juge au nom de la société et un citoyen qu'il appelle à cette éminente fonction. « Quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste ni une crainte, ni une espérance, soyez impassibles comme la loi . Le citoyen répond : je ne suis qu'un homme et ce que vous me demandez est au dessus de l'humanité... secouez donc ma faiblesse, affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance, promettez-moi que je ne descendrai point du tribunal à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez. Le pouvoir hésite... éclairé enfin par l'expérience sur ses véritables intérêts, ... il dit au juge : vous serez inamovibles. »³⁸² Le procureur général M. DUPIN disait qu'un « juge qui craint pour sa place ne rend pas la justice. » Il s'accordait ainsi avec Benjamin CONSTANT : « un juge amovible est plus dangereux qu'un juge qui a acheté son emploi. Avoir acheté sa place est une chose moins corruptrice qu'avoir toujours à redouter de la perdre. »

Au regard de ces développements, il y a lieu d'affirmer que l'inamovibilité est une véritable garantie de l'indépendance du juge, qu'il y a lieu de préserver. Toutefois, une chose est de consacrer ce principe, une autre est de le respecter. C'est ce qui nous amène à nous interroger sur son domaine d'application.

b) LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE

³⁸⁰ D. GUIHAL, « *L'inamovibilité des juges à l'épreuve des contraintes de gestion* », Rev. Fr. de droit constitutionnel 24, 1995, Chron p.795 et s.

³⁸¹ J. RIVERO, *Les libertés publiques*, 1. Les droits de l'homme, PUF 1973, p.130.

³⁸² ROYARD-COLLARD cité par Me J.M. VARRAUT, *Le droit au juge*, Quai Voltaire, 1991, pp. 141-142.

201. A la lecture de l'article 5 de la loi 92-27 portant statut des magistrats et de l'article 90 de la Constitution, il convient de soutenir aisément que le principe ne concerne que les magistrats du siège, à l'exclusion de ceux du parquet et des magistrats non professionnels.

Pourtant, il ne devrait pas en être ainsi d'autant plus que comme il est précisé dans l'exposé des motifs de la loi organique numéro 92-26 du 30 mai 1992 portant loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du conseil supérieur de la magistrature de même que dans celui de la loi organique 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats, : « la compétence du Conseil supérieur de la Magistrature s'étend aux magistrats du parquet ». Et l'article 80 de l'ancienne constitution a pour effet d'étendre lesdites compétences aux magistrats du parquet.

202. Ce que le Sénégal a tenté de faire c'est de concrétiser les principes élaborés par les Nations Unies qui visent l'unification autant que possible du statut des magistrats de siège et du parquet. Cet effort international d'unification a abouti au vote par les Nations Unies des résolutions numéro 38 de l'année 1985 pour les magistrats du siège et numéro 26 de l'année 1990 pour ceux du parquet. Ainsi donc, à notre avis, la réforme voulue par le législateur sénégalais a un goût d'inachevé³⁸³.

Le législateur sénégalais a également, dans le souci d'assurer l'indépendance du juge, institué un conseil supérieur de la magistrature

2. LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

203. La compétence et l'organisation du conseil supérieur de la magistrature étaient régies au Sénégal par l'ordonnance n 60-16 du 3 septembre 1960 portant loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du conseil supérieur de la magistrature .Cette ordonnance a été modifiée par la loi organique n°92-26 du 30 mai 1992³⁸⁴. Cette loi précise la composition et la compétence du conseil supérieur de la magistrature. Elle a été modifiée par la loi organique 2008-36 du 8 août 2008.

³⁸³ On nous rétorquera certainement que les caractères du parquet sont incompatibles avec l'inamovibilité.

³⁸⁴ L'existence du C.S.M est considérée comme une avancée véritable du moins théoriquement car désormais l'avancement et la discipline des magistrats ne sont plus laissés à la seule initiative de l'exécutif.

En France, la composition et les compétences du CSM étaient précisées par la loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993 et la loi organique n°94-100 du 5 février 1994 sur le Conseil supérieur de la magistrature. En 2008³⁸⁵, une réforme constitutionnelle est intervenue et désormais on parle de l'article 65 nouveau de la Constitution. Quoiqu'il en soit, on note une différence dans la composition (a). Nous examinerons après la compétence disciplinaire (b) du CSM français et sénégalais.

a) UNE COMPOSITION DU CSM MOINS FERMÉE AU MONDE EXTÉRIEUR ET PLUS IMPORTANTE EN DROIT FRANÇAIS

204. Le conseil supérieur de la magistrature sénégalais comprend à la fois des membres issus du pouvoir exécutif et ceux composant le pouvoir judiciaire. Parmi les membres de l'exécutif, il nous est permis de citer le Président de la République ; Président du Conseil supérieur de la magistrature et le Ministre de la Justice , Garde des Sceaux qui en est le Vice-président. Parmi les membres judiciaires, il y a, au-delà des magistrats du parquet, des membres de droit et des membres élus par leurs pairs. L'article 2 de la loi 92-26 du 30 mai 1992 dispose que sont membres de droit du conseil supérieur de la magistrature : le président du Conseil d'Etat ; le premier président de la Cour de cassation et le Procureur général près de la Cour de cassation, les premiers Présidents auprès des Cours d'appel et les Procureurs généraux près desdites Cours. Il faut tenir désormais compte de la loi organique n°2008-36 du 8 août modifiant la loi organique 92-26 du 30 mai 1992 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature³⁸⁶. Quant aux membres élus, ils sont cités à l'article 3 de ladite loi organique selon lequel le Conseil supérieur de la magistrature comprend en outre trois membres élus pour quatre ans par leurs pairs parmi les magistrats.

³⁸⁵ Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République J.O.R.F du 24 juillet 2008 Texte 2 sur 149. En France, c'est la Constitution de 1946 qui a créé le CSM. A cette époque, le CSM était composé des membres élus par l'Assemblée nationale et de représentants des magistrats. Ces derniers, élus par le corps judiciaire, étaient minoritaires. Le rapporteur général du projet de Constitution votée par l'Assemblée nationale française constituante le 19 avril 1946, Pierre COT, justifia la présence des membres élus par l'Assemblée en ces termes : « la meilleure façon d'assurer l'indépendance des magistrats, c'est de la faire garantir par les élus du peuple ». Depuis 1958, il n'existe plus de membres élus par l'Assemblée nationale au sein du CSM français.

³⁸⁶. L'article 2 la loi organique 92-26 du 30 mai 1992 portant organisation et fonctionnement du C.S.M a été modifié par la loi organique 2008-36 du 8 août 2008. Désormais, les membres de droit du C.S.M sont :
- Le Premier Président de la Cour suprême et le Procureur général près la Cour suprême
- Les Premiers Présidents de Cours d'appel et les Procureurs généraux près lesdites cours.

A coté des membres titulaires élus, la loi organique a prévu trois membres suppléants. Ces derniers sont élus dans les mêmes conditions que les membres titulaires, c'est-à-dire par une procédure déterminée par un décret. On peut donc soutenir que l'élection des magistrats titulaires et suppléants par leurs pairs est une garantie qui leur est accordée.

205. En France, avant la réforme constitutionnelle du 19 juillet 1993, le Conseil supérieur comprenait onze membres :le Président de la République qui en était le président ,le Garde des Sceaux qui en était le vice-président ,trois magistrats de la Cour de cassation dont un avocat général ,trois magistrats des Cours d'appel et tribunaux judiciaires, un conseiller d'Etat et deux personnalités extérieures à la magistrature choisies à raison de leur compétence .Ces neuf membres étaient tous désignés pour quatre ans par le Président de la République, ce qui pourrait paraître en contradiction avec la mission du conseil supérieur de la magistrature qui consiste à garantir la carrière des magistrats .

En effet, si le Président de la République pouvait choisir qui il voulait, le risque aurait été que le conseil ne soit plus qu'un organe inféodé à sa personne et qu'il ne garantisse plus, de ce fait , l'indépendance des magistrats vis-à-vis de l'exécutif .³⁸⁷ On a donc cherché à limiter les possibilités de choix du Président de la République. Dans le cas de six magistrats, il ne pouvait effectuer son choix que sur une liste de dix-huit noms, dressée par la Cour de cassation, et dans le cas du conseiller d'Etat, il choisissait au sein d'une liste de trois noms établie par le Conseil d'Etat. Mais là également, le pouvoir discrétionnaire du Président de la République subsiste et ce dernier risque de choisir les personnes qui sont à même de lui obéir.

C'est pourquoi la loi du 19 juillet 1993 a supprimé en grande partie ce pouvoir. Cette réforme a eu pour conséquence de subdiviser le Conseil supérieur de la magistrature en deux formations, l'une compétente à l'égard des magistrats du parquet et l'autre compétente à l'égard des magistrats du siège comprenant désormais le Président de la République et le Garde des Sceaux ,qui en sont toujours les Président et vice –président, cinq magistrats du siège ,un magistrat du parquet , un conseiller d'Etat et enfin trois personnalités n'appartenant ni au parlement , ni au judiciaire ,désignées respectivement par le Président de la République, le Président de l'assemblée nationale et le Président du Sénat. En outre, la loi du 19 juillet 1993 a prévu que les magistrats et le Conseiller d'Etat ne seraient plus désignés par le Président de la République mais élus par leurs pairs ,suivant des modalités plus ou moins

³⁸⁷ P. CROCQ, *Le droit à un tribunal impartial*, in Libertés et droits fondamentaux, 9^e édition, *op.cit.*, p. 418.

complexes, de façon à assurer une totale indépendance à l'égard du pouvoir exécutif de l'organe dont le rôle est précisément ,de protéger celle des magistrats³⁸⁸ .

L'élection des magistrats par leurs pairs en France s'inscrit dans la même logique que la loi organique modifiée n° 92-26 du 30 mai 1992 portant loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature au Sénégal.

A partir du début de l'année 2011, l'article 65 nouveau de la Constitution française et la loi organique du 22 juillet 2010 prévoient que chacune des deux formations du CSM est présidée respectivement par le premier président et le procureur général de la Cour de cassation. Chacune d'elles est désormais composée de 15 membres : 8 non magistrats et 7 magistrats y compris les chefs de la Cour de cassation. Les non magistrats sont désormais majoritaires au sein du CSM contrairement au droit sénégalais.

206. Le Conseil supérieur de la Magistrature sénégalais est une institution corporatiste. Il faut dire que le législateur sénégalais a fait le choix d'éloigner du Conseil, des personnes n'appartenant pas au corps judiciaire, à l'exception des membres de l'exécutif à savoir le Président de la République et le Ministre de la Justice, Garde des Sceaux.

Cette attitude du législateur ne saurait surprendre car aujourd'hui, le système de l'échevinage est remis en cause du fait de l'existence d'une loi n° 2008-50 du 23 septembre 2008 modifiant le Code de procédure pénale. Cette loi a exclu les jurés de la Cour d'Assises. Désormais donc, seuls les magistrats professionnels composeront la Cour d'Assises. Cette réforme est appréciée positivement par le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice d'alors Me Madické NIANG qui pense qu'elle renvoie aux règles de procès équitable. Mais s'il est vrai qu'en excluant les jurés, on respecte mieux les droits de la défense, aux dires des auteurs de la réforme, parce que seuls les professionnels composeront la Cour d'Assises, ne va-t-on pas déshumaniser le jugement des crimes ? Les professionnels de la Justice comprennent-ils mieux ou moins la sociologie des crimes plus que les jurés ? Toute la question est là³⁸⁹. Contrairement à son homologue sénégalais, le législateur français a intégré au sein du CSM

³⁸⁸ P. CROCQ, *Le droit à un tribunal impartial*, in Libertés et droits fondamentaux, 9^e édition, p.418.

³⁸⁹ En excluant les jurés de la composition de la Cour d'Assises, le Gouvernement Sénégalais considère le jury comme archaïsme social car la justice doit être une affaire de spécialiste V. F. LOMBARD, « *Les citoyens-juges* » *La réforme de la Cour d'assises ou les limites de la souveraineté populaire*, Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé, N°4 oct-déc 1996, pp.773-1076. Il faut tout de même dire que cette loi présente des avantages certains pour le justiciable.

six personnalités extérieures désignées par le Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'Assemblée nationale.

Au-delà de la composition du Conseil supérieur de la magistrature, l'étude de ses attributions disciplinaires s'impose.

b) LES ATTRIBUTIONS DISCIPLINAIRES DU CSM SÉNÉGALAIS ET FRANÇAIS

207. La compétence du Conseil supérieur de la magistrature sénégalais s'exerce en matière de nomination des magistrats et disciplinaire. Cette compétence s'étend désormais aux magistrats du parquet comme on peut le lire dans l'exposé des motifs de la loi 92-26 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature³⁹⁰ : « s'agissant de la compétence du conseil supérieur de la magistrature, celle-ci s'étendra désormais aux magistrats du ministère public, aussi bien du point de vue des nominations que l'exercice du pouvoir disciplinaire ».

L'avènement du C.S.M est une avancée véritable, du moins théoriquement car désormais l'avancement et la discipline des magistrats du parquet ressortiront désormais au C.S.M comme celui de leurs collègues du siège. Mais comme précisé, nous n'abordons ici que la compétence disciplinaire du CSM. Dans ce domaine, le Conseil n'intervient pas pour faire des propositions ou émettre des avis, mais pour prendre des décisions qui s'imposent par elles-mêmes. Il a le caractère d'une juridiction disciplinaire³⁹¹

210. L'article 12 de la loi organique 92-26 du 30 mai 1992 dispose que le Conseil supérieur de la magistrature est le conseil de discipline des magistrats. L'article 20 de la loi organique portant statut des magistrats s'inscrit dans la même veine : « le pouvoir disciplinaire est exercé à l'égard des magistrats par le conseil supérieur de la magistrature ».

Le fonctionnement du conseil de discipline est déterminé par la loi organique 92-26 modifiée par la loi organique 2008-36 du 8 août 2008. C'est ainsi que lorsque le Conseil statue en

³⁹⁰ Cette loi, de même que la loi 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats au Sénégal a été modifiée par la loi n°2008-36 du 8 août 2008.

³⁹¹ P.LAMPUE, *Le Conseil supérieur de la magistrature*, in Congrès de l'Institut international de Droit d'Expression française (IDEF) tenu à Montréal, Québec et Ottawa du 7 au 14 septembre 1969 sur l'organisation judiciaire, Revue juridique et politique Indépendance et coopération, 23^e année n°4 oct-déc 1969 p.1090.

matière disciplinaire, le Président de la République et le Garde des sceaux ne siègent pas. Le Conseil supérieur de la magistrature, lorsqu'il siège comme Conseil de discipline d'un magistrat du siège, est présidé par le premier président de la Cour suprême. Lorsqu'il statue sur le cas d'un magistrat du parquet, le Conseil de discipline est présidé par le Procureur général près la Cour suprême.

Le Conseil de discipline doit être saisi dans les trente jours. Passé ce délai, le magistrat reprend d'office ses fonctions. Mais concernant les magistrats du siège, cette mesure ne peut intervenir qu'après avis du Conseil supérieur de la magistrature.

En droit français, en matière disciplinaire, les deux formations du Conseil siègent à la Cour de cassation. Pour ce qui concerne les magistrats du parquet, c'est le garde des sceaux qui prend les décisions en matière disciplinaire³⁹²

211. L'indépendance de la magistrature intéresse à plus d'un titre tous les acteurs qui sont partisans de l'Etat de droit même si un membre de la doctrine soutient que ce concept est incertain en ces termes « on ne peut s'empêcher de penser que cette référence constante à l'Etat de droit, dans des discours par ailleurs si différents, doit cacher quelques ambiguïtés et reposer sur quelques confusions. De fait, dès qu'on cherche à préciser ce qu'est l'Etat de droit, dont on ne saurait plus se passer, on ne peut manquer d'être frappé par plusieurs incertitudes »³⁹³.

De notre point de vue, pour mieux appréhender le concept de l'Etat de droit, il ne faut pas chercher à en préciser le sens mais plutôt en constater les manifestations. C'est ainsi que dans un Etat où le pouvoir exécutif fait l'objet d'un contrôle émanant du pouvoir judiciaire et législatif, on peut soutenir qu'on est en présence d'un Etat de droit.

. Certains réformateurs critiquent la distinction des magistrats du siège et du parquet et souhaitent étendre aux seconds les protections des premiers.

Au Sénégal, le législateur, à travers la loi 92 -26 du 30 mai, a entendu étendre la compétence du Conseil supérieur de la magistrature aux magistrats du ministère public, aussi bien du point de vue des nominations que de l'exercice du pouvoir disciplinaire.

³⁹² [www.wikipedia.org/Conseil supérieur de la magistrature](http://www.wikipedia.org/Conseil_supérieur_de_la_magistrature) dernière consultation le 17/12/2011.

³⁹³ M. TROPER, *Le concept d'Etat de droit*, Droits, N°15, 1992, p.51.

212. Toutefois, il y a lieu d'admettre que cette tentative d'uniformisation des statuts est incomplète en ce sens que l'inamovibilité qui est une garantie fondamentale dont se prévalent les magistrats du siège, ne profite pas aux magistrats du parquet, qui eux sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice . Leur marge de manœuvre est donc plus réduite que celle des magistrats du siège même si à « l'audience leur parole est libre ».

Au-delà de l'indépendance comme qualité morale du magistrat, il y a l'impartialité.

§2. L'IMPARTIALITE DU JUGE

213. Selon M. Jacques HERON, dans l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, c'est l'impartialité du tribunal qui constitue à la fois l'exigence la plus importante et, de façon corrélatrice, celle qui suscite le plus d'interrogations et de contentieux. En effet, alors que la notion d'indépendance ne laisse que peu de place à l'incertitude et que son contenu se détermine de façon assez précise à partir de critères organique et fonctionnel, le concept d'impartialité présente des ambiguïtés. La diversité des situations dans lesquelles l'impartialité d'un juge est mise en doute conduit à penser qu'en réalité, plusieurs concepts se trouvent rassemblés et parfois confondus sous cette appellation.³⁹⁴ La question de l'impartialité a été évoquée dans la Bible au Deutéronome 16.19 : « Tu ne biaiseras pas avec le droit, tu n'auras pas de partialité, tu n'accepteras pas de cadeaux, car le cadeau aveugle les yeux des sages et compromet la cause des justes. » Même le philosophe s'est intéressé à la notion : « Où donc la justice ? En ceci que le jugement ne résulte point des forces mais d'un débat libre, devant un arbitre qui n'a point d'intérêt dans le jeu. » Cette condition suffit, et elle doit suffire parce que les conflits entre les droits sont obscurs et difficiles.³⁹⁵ Afin de garantir l'impartialité du juge, le législateur sénégalais a édicté des incompatibilités, interdictions (A) et des incapacités (B) à l'égard du juge.

A. L'EDITION D'INCOMPATIBILITES ET INTERDICTIONS FRAPPANT LE JUGE

³⁹⁴ J.HERON, *Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours*, Mélanges P. DRAI, p.369.

³⁹⁵ ALAIN, *Propos du 18 avril 1923*, ed Gallimard, coll. « Bibliothèque de la Pléiade » 1956, pp. 484-485

214. La profession de juge est incompatible avec certaines activités comme le précise l'article 9 de la loi organique modifiée 92-27 portant statut des magistrats : « les fonctions judiciaires sont incompatibles avec toute activité publique ou privée. ». En France, l'incompatibilité des fonctions de magistrats à d'autres activités et fonctions publiques est prévue aux articles 8 à 10 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Ainsi, le juge ne peut cumuler sa fonction avec l'activité de commerce par exemple. Cette incompatibilité est édictée dans le souci de désintéresser le juge. En outre, le juge n'est pas éligible aux termes de l'article 9 alinéa 2 de la loi organique portant statut des magistrats. Cette interdiction de l'éligibilité à tout mandat électoral peut paraître contraire aux lois politiques à savoir ceux qui permettent l'exercice individuel de la démocratie : le droit de vote et l'éligibilité. En effet, si le premier est garanti au juge, tel n'est pas le cas du second concernant certaines fonctions. Le juge ne peut donc être élu aux fonctions représentatives. Sa fonction est incompatible avec tout mandat parlementaire. Cette incompatibilité se justifie dans la mesure où le juge doit être épargné des politiciens³⁹⁶. Il faut signaler cependant que l'incompatibilité peut être levée par le Garde des Sceaux, Ministre de la justice. Cette levée d'interdiction permet au juge d'enseigner ou d'exercer des fonctions ou des activités qui ne seraient pas de nature à porter atteinte à la dignité du magistrat et à son indépendance. En France, la levée d'interdiction est accordée par les chefs de Cour et non le garde des Sceaux.

La question qui mérite d'être posée est celle de savoir comment déceler qu'une activité porte atteinte ou compromet la dignité et l'indépendance du magistrat. C'est peut-être une question laissée à l'appréciation du garde des Sceaux, Ministre de la Justice, d'autant plus que c'est lui qui lève l'incompatibilité. Toutefois, les magistrats n'ont pas besoin d'autorisation préalable pour se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques.

215. Leur génie n'est certes pas enfermé, mais encore faudrait-il qu'il s'exerce conformément à la loi étant entendu que l'article 11 de la loi organique a édicté des interdictions à l'égard des magistrats. Ces interdictions sont une limite des droits exercés individuellement et collectivement. C'est donc ainsi que ces derniers n'ont pas le droit d'accéder, d'adhérer à un parti politique et toute manifestation politique leur est interdite. Cette interdiction est confirmée par les articles L.31, 131, 175 et 190 du Code électoral.

³⁹⁶ V. J. GEORGEL, *La politique contre le droit*, La Revue administrative n°166, juillet-août 1975 28^e année pp.347-353. Selon M. GEORGEL, les impératifs politiques se montrent généralement plus puissants que les incitations juridiques.

Toute manifestation d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement, de même que toute démonstration de nature politique incompatible avec la réserve que leur imposent leurs fonctions leur sont également interdites. Les magistrats peuvent certes donner libre cours à leur talent mais en conformité avec l'obligation de réserve qui leur est imposée.

Relativement à la seconde catégorie d'interdictions, toute activité syndicale et le droit de grève ne sont pas accordés aux magistrats. Ainsi on peut lire : « ils (les magistrats) ne peuvent ni se constituer en syndicat, ni exercer le droit de grève. Il leur est également interdit d'entreprendre une action concertée de nature à arrêter ou à entraver le fonctionnement des juridictions ou d'y participer ». Le but de cette interdiction est sans doute de préserver la réserve et la neutralité des magistrats.

On pourra s'interroger sur l'opportunité de cette interdiction d'autant plus que dans certains pays comme la France, il y a des syndicats de magistrat. La question qui s'impose est celle de savoir s'il faut permettre aux magistrats de se constituer en syndicat. Répondre par l'affirmative équivaut à accorder aux magistrats le droit de grève car on ne peut concevoir un droit syndical sans droit de grève. A notre avis, il vaut mieux maintenir cette interdiction car le risque c'est que le service public de la justice soit paralysé suite à une grève de magistrats au grand détriment des justiciables. En outre, même si les magistrats n'ont pas de syndicat, le souci de se grouper pour défendre ses intérêts professionnels existe³⁹⁷. Les magistrats Sénégalais ont la possibilité de s'organiser dans le cadre d'associations civiles, ou de corporation. C'est ainsi qu'il existe une Union des Magistrats du Sénégal (U.M.S). Pour rappel, il faut dire que l'U.M.S ne peut ester en justice sauf en matière administrative.

L'autre problème non moins important concerne l'exception apportée aux alinéas 1 et 3 de l'article 11 de la loi organique. Au regard de cette disposition, les magistrats détachés et remplissant des fonctions de membres du gouvernement peuvent adhérer à un parti politique et même être éligibles. Un magistrat qui avait été détaché ou ayant occupé un poste ministériel qui reprend du service peut-il être impartial ? Nous pensons qu'il le sera difficilement.

³⁹⁷ La majorité des magistrats sénégalais est contre l'existence d'un syndicat vu qu'ils souhaitent que la justice soit un véritable pouvoir et syndicalisme ne rime pas forcément avec un véritable pouvoir.

Au-delà des incompatibilités, certaines incapacités frappent les magistrats.

B. LES INCAPACITES FRAPPANT LES MAGISTRATS

216. Ces incapacités sont prévues à l'article 10 de la loi de 1992 portant statut des magistrats. A l'alinéa 1 de cet article, on peut lire : « les parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement ne peuvent être simultanément membres d'une juridiction d'instance ou d'appel, sans dispense du Président de la République³⁹⁸ ». Cette incapacité est motivée par le souci d'impartialité quand on sait que les cours d'appel connaissent de l'appel des décisions des premiers juges et il serait mal vu et interprété qu'un parent ou allié d'un juge de la cour d'appel connaisse d'une affaire au premier degré et que ce juge doive soit être appelé à infirmer ou confirmer cette décision. Le justiciable qui a interjeté appel doutera de la qualité de la décision des juges du premier degré et du second degré.

D'ailleurs, un magistrat peut être récusé pour cause de parenté avec une partie au procès. Le magistrat peut néanmoins être dispensé de cette incapacité d'où l'interrogation selon laquelle, sur quels éléments le Président de la République se basera-t-il pour dispenser le magistrat de l'incapacité qui le frappe ? Cette décision est-elle motivée ? De quel recours dispose le justiciable contre la décision de dispense ? En outre, nul magistrat ne pourra connaître d'une affaire dans laquelle l'une des parties sera représentée par un conseil ou un mandataire qui sera un parent ou un allié jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement³⁹⁹. En effet, le rôle du conseil ou d'un mandataire c'est de persuader, de convaincre le magistrat de trancher le litige en faveur de son mandant. On peut penser que lorsque le mandataire est parent ou allié du magistrat, il aura les faveurs de ce dernier et partant, ce jugement sera entaché de partialité, voire d'irrégularité. Mais contrairement à l'alinéa 1 de l'article 9, aucune dispense accordée par le Président de la République n'est prévue. On peut penser que ce qui est valable pour l'alinéa 1, l'est pour le deuxième alinéa.

Par conséquent, ce sont les mêmes interrogations qui reviennent. Ces incapacités se traduisent en jurisprudence sous plusieurs vocables : « qui saisit ne peut juger », « qui instruit ne peut juger », « qui a jugé ne peut rejuger ».

³⁹⁸ En France, les incapacités sont prévues aux articles R.721-1 COJ et R.721-3 COJ.

³⁹⁹ Article 9 alinéa 2 de la loi organique modifiée 92-27 portant statut des magistrats.

217. L'impartialité du juge est prévue à l'article 8 de la loi organique modifiée 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats en ces termes : « tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonction prête serment en ces termes « Je jure de bien et loyalement remplir mes fonctions de magistrat, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la constitution et des lois de la République ». Il ressort de cet article que l'impartialité est une obligation mise à la charge du magistrat par le simple fait de prêter serment. Mais cette obligation est mieux mise en évidence à l'article 13 de la loi organique ci-dessus citée « les magistrats doivent rendre impartialement la justice sans considération de personnes, ni d'intérêt. Ils ne peuvent se prononcer dans la connaissance personnelle qu'ils peuvent avoir de l'affaire. Ils ne peuvent défendre ni verbalement, ni par écrit même à titre de consultation, les causes autres que celles qui les concernent personnellement ». La nécessité d'un tribunal impartial est ressentie comme étant de l'essence même de la justice.⁴⁰⁰ Un auteur l'a définie comme étant la neutralité, l'absence de préférence devant un choix à faire.

Elle consiste essentiellement en matière civile, à ne tenir compte que des faits de la cause, sans prendre en considération les particularités personnelles des plaideurs et à dégager une solution objective, élaborée d'après la réaction entre les faits prouvés et les textes applicables. Conséquence nécessaire de cette attitude : il est impossible pour tout observateur, même très averti, de prévoir quelle sera la solution, sauf qu'il procède, par ses propres moyens, à une analyse impartiale de la cause qui a retenu son attention. A l'inverse, la partialité du juge se dégage toujours selon l'auteur de ses décisions et, plus sûrement encore de ses déclarations de principe, lorsqu'il devient possible de prédire quelle est la partie qui sera défavorisée compte tenu de certaines qualités inhérentes à son personnage. L'auteur est mal allé plus loin dans ses propos en parlant de la composition de l'impartialité. Elle serait composée selon lui en premier d'un détachement de soi-même qui conduit à faire prévaloir le professionnel sur l'individu qui est fermement invité à faire prévaloir ses préférences innées ou acquises afin de ne pas gêner les décisions de l'autre. Ensuite, une absence de préférence à l'égard de l'une des parties par rapport à l'autre, quelque dissemblable qu'elle puisse être ; quelque soit leur position relative dans le litige qui les oppose ; quelque soit, apparent ou non les points communs qui puissent exister entre l'une d'elle et le juge. Enfin, d'une modestie profonde qui rappelle opportunément au juge qu'il n'est qu'un instrument intelligent certes, mais un instrument destiné à faire valoir et à mettre en œuvre des formules génératrices qui émanent

⁴⁰⁰ P. CROCQ, *Le droit à un tribunal impartial*, in *Libertés et droits fondamentaux*, 9^e édition, p. 413

du législateur et non pas de lui-même, des formules qu'il doit honnêtement interpréter sans les déformer, à seule fin de demeurer un juge et ne pas devenir un « justicier » dangereux par définition.⁴⁰¹ L'impartialité du juge a été appréciée de façon objective et subjective⁴⁰². En effet, certains auteurs ont suggéré le remplacement de ces termes par la notion d'impartialité personnelle et d'impartialité fonctionnelle.⁴⁰³ D'autres ont même avancé l'idée de neutralité.⁴⁰⁴ Mais pour l'instant, l'on parle toujours d'impartialité subjective et objective.

La démarche subjective de l'impartialité s'attache à « déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance » et une démarche objective, qui recherche si la composition du tribunal offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à son encontre.⁴⁰⁵ Cette dernière approche conduit à interroger l'impartialité structurelle de la juridiction, compte tenu de l'importance que revêtent les apparences en ce qui la concerne.

Ainsi, la Cour européenne des Droits de l'homme a-t-elle estimé que l'exercice successif, à propos d'un règlement de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles par quatre membres du conseil d'Etat luxembourgeois contrevenait aux exigences de l'article 6⁴⁰⁶.

On peut se demander si l'exigence d'impartialité est sauvegardée dans des circonstances où le juge statue dans une affaire touchant à ses convictions profondes : quid d'un juge aux convictions religieuses fortes confronté à un procès d'avortement ?

L'impartialité suppose que le juge doit être sans préjugé devant une affaire pour bien mesurer les droits de chacune des parties en litige ou apprécier la culpabilité de la personne poursuivie. Il faut que la balance de la justice soit exacte ; ses deux plateaux doivent être au même niveau avant que cette opération particulière de pesée que constitue le jugement ne commence. Comme le soutient Mme FRISON- ROCHE : « ce que l'impartialité interdit, ce n'est pas

⁴⁰¹J.C. LAURENT, *L'impartialité du juge*, Gaz Pal, 1975-Doct 305.

⁴⁰² Dans ses directives et principes sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique, la Commission africaine des Droits de l'homme, pour déterminer l'impartialité d'une instance juridictionnelle se base sur trois facteurs pertinents à savoir : si

le juge est en mesure de jouer un rôle essentiel dans la procédure ; si le juge peut avoir une idée préconçue risquant de peser lourdement sur la décision ; si le juge doit statuer sur une décision qu'il a prise dans l'exercice d'une autre fonction V. Sélection de documents-clé de l'Union africaine relatifs aux droits de l'homme PULP 2006.

⁴⁰³ R. KOERING-JOULIN, *Le juge impartial*, Justices 1998, N°10, pp.1et s.

⁴⁰⁴ P.de F. BRESSIN, « *La neutralité du juge*, in « le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen » www.persee.fr. Bruxelles, Bruylant, Collection « Union des Avocats européens » N° 10. 2001.

⁴⁰⁵ Arrêt PIERSACK du 1^{er} octobre 1982.

⁴⁰⁶ Arrêt PROCOLA Luxembourg du 28 Sept 1995.

d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ hors de portée du débat »⁴⁰⁷.

Mais il ne faut pas perdre de vue que la justice est humaine et que tout juge transporte avec lui un vécu antérieur qui peut influencer sur son jugement par des a priori le plus souvent inconscients. Il est extrêmement difficile voire impossible, de supprimer ces éléments de subjectivité inhérents à tout jugement, sauf à les prendre expressément en compte et à en annuler les effets, par des a priori contraires ; comme le fait le législateur chaque fois qu'il confère un caractère paritaire à des juridictions. M. SIRE affirme qu'il : « y a des techniques dans le droit. Mais le droit tout court est une sagesse qui requiert la vertu car il en faut toujours pour ne pas fausser la balance. Si le juge ne voulait pas ou ne pouvait pas l'équilibrer, s'il était l'instrument d'une rancune, ou le débiteur d'un bienfait, ou le prisonnier d'une amitié ou le serviteur des puissants, il ne jugerait pas ; il paierait sa dette ou il rendrait un service »⁴⁰⁸.

Le législateur sénégalais a prévu des sanctions relativement aux qualités du juge.

SECTION II. LA SANCTION DES QUALITÉS DU JUGE

218. L'indépendance du juge, si elle requiert une certaine immunité à l'égard du justiciable aussi bien que du pouvoir exécutif, ne va pas, cependant, jusqu'à son impunité. Le juge doit répondre de certaines de ses fautes. A l'égard du pouvoir exécutif, cette responsabilité sera mise en œuvre dans le cadre d'un régime disciplinaire (...). A l'égard des justiciables, il a fallu prévoir la possibilité, pour ces derniers, de demander la réparation du préjudice consécutif à la violation par le juge de ses devoirs professionnels⁴⁰⁹. Il faut préciser que la responsabilité s'inscrit dans une logique réactive aux fautes du juge. Or, il existe également une logique préventive car l'adage dit bien « mieux vaut prévenir que guérir ».

⁴⁰⁷ M.A.FRISON-ROCHE citée par P. CROCQ, *Le droit à un tribunal impartial*, in libertés et droits fondamentaux 9^e édition, *op.cit.*, p.431.

⁴⁰⁸ P. SIRE, « *Les problèmes du juge* » in La Revue des deux Mondes, 1964, p.86.

⁴⁰⁹ L. CADIET Chronique de droit judiciaire, J.C.P, 1992.I.3587

Dans cette section nous allons examiner tour à tour la question des sanctions préventives (§1) et curatives (§2).

§1. LES SANCTIONS PREVENTIVES

219. On ne saurait parler d'une justice digne si elle est rendue par des juges dont l'impartialité ou l'indépendance serait douteuse. Ainsi, s'il est avéré que le juge est partial, le justiciable peut user des sanctions prévues par la loi à son profit : il s'agit de la récusation et du renvoi (A) dont nous étudierons le régime juridique (B)

A. LE RENVOI ET LA RECUSATION

220. La récusation est une procédure permettant à une partie de faire écarter, et donc de remplacer, un juge de la juridiction à laquelle le procès est soumis, en raison du risque de partialité dudit juge.

221. Quant au renvoi c'est une procédure par laquelle est recherché un effet beaucoup plus énergique que dans le précédent cas. Dans cette procédure, il s'agit d'obtenir le dessaisissement de la juridiction. Ces deux notions sont prévues aux articles 222 et suivants du CPCS . Ce qu'il y a lieu de relever c'est que même si ces instruments de sanction de la qualité des juges existent, il n'est pas obligatoire que le justiciable s'en serve. Autrement dit, la récusation et le renvoi ne sont pas obligatoires mais facultatifs. Une partie au procès même convaincue de la partialité du juge peut ne pas le récuser ou solliciter le renvoi de l'affaire devant une juridiction autrement composée. Contrairement à la récusation, le législateur sénégalais a prévu plusieurs sortes de renvoi. Nous avons le renvoi pour parenté ou alliance et le renvoi pour cause de suspicion légitime⁴¹⁰.

⁴¹⁰ Désormais avec la loi de 2008 portant Cour suprême au Sénégal, il faut noter l'existence d'un troisième renvoi à savoir le renvoi pour cause de sûreté publique. Ainsi, aux termes de l'article 88 : « Le Garde des sceaux, Ministre de la Justice , a seul qualité pour saisir la Cour suprême, par voie du procureur général près la Cour, des demandes de renvoi pour cause de sûreté publique ».

La sûreté publique c'est une situation où le juge risque de ne pouvoir accomplir son devoir de justice dans les conditions de sérénité et d'impartialité nécessaires à sa difficile mission. V.G.BRIERE DE L'ISLE et P.COIGNIARD, *Procédure pénale*, Tome 1^{er} Collection « Armand Colin » 1971.

La loi sénégalaise ne donne aucune définition de la suspicion légitime. Selon le Dictionnaire Robert, c'est une crainte éprouvée par les parties à l'égard de l'impartialité des juges, qui les autorisent à renvoyer une affaire à un autre tribunal.

222. Le législateur français, à l'article L.731 alinéa 2 COJ a consacré un type de renvoi inconnu le droit sénégalais. Il s'agit du « renvoi pour cause de récusation contre plusieurs juges ». En outre, dans certaines hypothèses, la récusation n'est pas admise. Ainsi, l'article 224 du CPCS précise qu'il n'y a pas lieu à récusation dans le cas où le juge est parent du tuteur ou du curateur de l'une des parties ou des membres ou administrateurs d'un établissement, société, direction ou union, partie dans la cause, à moins que lesdits tuteurs, administrateurs ou intéressés n'aient un intérêt distinct et personnel de cet intérêt.

L'article 225 CPCS dispose à son tour que lorsque le ministère public est partie principale, il n'est pas récusable. Cette position du législateur sénégalais peut se justifier par le fait que l'une des prérogatives du ministère public c'est la défense de la société et ce, même lorsqu'il intervient en matière civile c'est parce que l'ordre public est le plus souvent en jeu. Le législateur a donc voulu lui épargner les méfaits de la récusation notamment les manœuvres dilatoires qui entravent le bon déroulement du procès⁴¹¹. Au delà de la définition des notions étudiées et de leur classification, il y a lieu d'examiner leur régime juridique.

B. LE RÉGIME JURIDIQUE DES SANCTIONS PRÉVENTIVES

223. Cela nous amènera à passer en revue les causes, la procédure et les conséquences de la récusation et du renvoi. Les causes du renvoi ou de la récusation ne posent pas de problème et sont prévues aux articles 222 et 223 du CPCS. En France, l'article R.731-1 COJ dispose : « les règles relatives aux procédures de récusation et de renvoi sont fixées par les articles 342 à 366 CPC ». C'est donc ces dispositions précitées qui fixent le régime juridique, mieux, les règles de procédure à suivre en cas de renvoi et de récusation.

Ainsi, lorsque le juge parent ou allié d'une partie jusqu'au degré de cousin issu du germain inclusivement fait partie du Tribunal qui statue, le justiciable peut demander le renvoi.

⁴¹¹ Aux termes de l'article 87 de la loi organique 2008-35 sur la Cour suprême alinéa 6 les demandes de renvoi pour cause de suspicion légitime ne sont pas admises contre la Cour suprême.

De même, tout juge, tout assesseur peut être récusé s'il est parent ou allié des parties ou de l'une d'elles jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement.

224. Pour mieux cerner la procédure de récusation, ou de renvoi, il y a lieu de se poser plusieurs questions : sous quelle forme se présentera la demande de récusation ou de renvoi ? Quand faut-il récuser ou renvoyer ? Quel est le tribunal compétent pour statuer sur les demandes de renvoi ou de récusation ?

A la question de savoir quand faut-il récuser, ou renvoyer, il faut se référer à l'article 226 du CPCS selon lequel le renvoi ou la récusation est demandée avant le commencement de la plaidoirie.

En outre, l'article 227 qui ne concerne que la récusation dispose que la récusation contre les juges commis aux descentes, enquêtes et autres opérations, ne peut être proposée que dans les trois jours qui courent du jour du jugement si ce dernier est contradictoire, du jour de l'expiration du délai d'opposition si le jugement est rendu par défaut, sans qu'il n'y ait d'opposition, du jour du débouté d'opposition, même par défaut si le jugement a été rendu par défaut sans opposition. La lecture de ces articles permet d'arriver à la conclusion selon laquelle le renvoi et la récusation ne se font pas n'importe quand. L'article 237 CPCS sur le renvoi dispose : « Jusqu'à l'installation d'autres Cours d'appel, la demande de renvoi pour parenté ou alliance est irrecevable contre la Cour d'appel de Dakar ».

Il est vrai que le législateur ne prévoit pas de façon expresse la sanction qui découle du non-respect des délais de récusation ou de renvoi comme s'y est employé le législateur français qui lui, en son article 342 du CPCF utilise l'irrecevabilité comme sanction. On peut croire que c'est à la même sanction qu'a pensé le législateur sénégalais.

Ordonner à ce que le renvoi ou la récusation soit demandée avant le commencement de la plaidoirie pour le droit sénégalais, et avant la clôture des débats pour le droit français, participe du souci d'éviter les manœuvres dilatoires de la part d'une partie qui chercherait à entraver le cours normal de la justice. Le juge français l'a clairement exprimé. Ce qu'il faut peut-être souligner comme difficulté introduite par le législateur français dans le CPCF, c'est de déterminer avec précision le moment où une partie est considérée comme ayant eu

connaissance de la cause de récusation puisque l'article 342 précise que « la partie qui veut récuser un juge, doit à peine d'irrecevabilité, le faire dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation ». Il appartiendra au juge d'apprécier le moment précis de la connaissance par la partie qui entend récuser le juge en se basant sur un certain nombre d'indices.

225. Quant à la forme de la demande de récusation ou de renvoi, il faut préciser que le renvoi et la récusation sont aux termes de l'article 228 du CPCS proposés par déclaration au greffe. Cette déclaration contient les moyens de la partie et est signée de la partie ou du fondé de sa procuration authentique et spéciale. Cette procuration est annexée à la déclaration.

Dès le dépôt de la déclaration, le greffier délivre une copie aux juges récusés ou dont on demande le renvoi et ce, dans les 24 heures. Dans le même délai de 24 heures à compter de la remise de la copie de la déclaration, les juges ont l'obligation de dire s'ils adhèrent à la récusation ou la rejettent avec leurs réponses aux moyens de la récusation ou leurs observations sur la demande de renvoi.

Le délai octroyé au juge pour s'expliquer est très court comparé au droit français où dans les huit jours de la communication de la demande de récusation, le juge récusé fait connaître par écrit soit son acquiescement à la récusation, soit les motifs pour lesquels il s'y oppose.

De notre point de vue, ce délai de 24 heures doit être augmenté pour permettre au juge de mieux préparer sa défense. Selon la deuxième chambre civile de la Cour de cassation française, il n'est pas nécessaire de communiquer à l'auteur de la récusation, les explications écrites du magistrat récusé⁴¹². Cette décision traduit une évidence en ce sens que s'il y a des explications à fournir par le juge, ce n'est pas à l'auteur de la récusation qu'il doit les donner mais à la juridiction compétente pour statuer sur la demande de récusation. De plus, il importe peu à l'auteur de la récusation de s'imprégner de quelques raisons avancées par le juge et ce d'autant plus que son objectif a été atteint. Pour déterminer le tribunal compétent pour se prononcer sur la demande de récusation, il faut faire le départ selon que l'on a affaire aux juges du premier degré ou du second degré.

Aux termes de l'article 231 du CPCS, toutes les demandes de renvoi ou de récusation concernant les magistrats des tribunaux départementaux et des tribunaux régionaux sont

⁴¹² Civ 2^e, 19 nov. 1975 : Bull. Civ. II, n° 299.

soumises par le premier président à la chambre civile de la Cour d'appel , laquelle statue d'urgence sur les conclusions du Procureur général et sur rapport d'un conseiller, sans qu'il soit besoin d'appeler les parties. Il résulte de cette disposition que c'est la Cour d'appel notamment la chambre civile qui est compétente pour statuer sur les demandes de renvoi ou de récusation des tribunaux.

Si la récusation est dirigée contre un membre de la Cour d'appel , la demande est jugée par la Cour elle-même en assemblée générale, sur rapport d'un conseiller et les conclusions du procureur général, sans qu'il soit besoin d'appeler les parties.

Pour ce qui concerne le renvoi pour cause de suspicion légitime, selon l'article 87 de la loi organique 2008-35 du 07 août 2008 sur la Cour suprême , la demande de renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de suspicion légitime est formée dans les conditions prévues aux dispositions générales de la présente loi organique⁴¹³.

Rétablie par la loi organique 2008-35 du 7 août 2008, la Cour suprême est compétente pour connaître de demande de renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de suspicion légitime ou de sûreté publique⁴¹⁴. La demande de renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de suspicion légitime est formée dans les conditions prévues par la loi organique 2008 sur la Cour suprême .

Les conditions dont il s'agit sont relatives au contenu de la requête, au délai de signification de la requête, à la consignation. En effet, la requête contient un certain nombre d'éléments. Quant au délai de signification de la requête, il est de 1 mois et la partie adverse a également un mois pour constituer sa défense⁴¹⁵.

Enfin, l'article 35-3 de la loi organique 2008 soutient que le demandeur est tenu de consigner, dans le délai de deux mois à compter de l'introduction de pourvoi, une somme suffisante pour garantir le paiement des droits de timbre et d'enregistrement calculés aux

⁴¹³ Avant l'avènement de la loi 2008-35 sur la Cour suprême au Sénégal, c'est la défunte Cour de cassation qui était compétente en la matière. Ainsi, l'article 2 de la loi organique 92-25 du 30 mai 1992 sur la Cour de cassation dispose « la Cour de cassation se prononce, en outre, sur les demandes de renvoi d'une juridiction à une autre pour cause de suspicion légitime »

⁴¹⁴ Article 3 de la loi organique 2008-35 du 07 août 2008 sur la Cour suprême .

⁴¹⁵ Article 87 de la loi organique 2008-35 sur la Cour suprême .

droits fixes. La preuve du versement des sommes se fait par la délivrance d'un récépissé de versement sinon le demandeur sera forclos et déchu de son droit.

226. En cas de rejet du pourvoi, l'amende est acquise au trésor. Etant donné que ni le législateur sénégalais ni celui français n'ont défini ce qu'on entend par suspicion légitime, les tribunaux des pays respectifs s'y sont adonnés. Ils disposent à cet égard d'un pouvoir souverain d'appréciation⁴¹⁶. Cette jurisprudence est constante.

Parler de suspicion légitime suppose l'existence d'un soupçon qui pèse sur la juridiction saisie à savoir un soupçon de partialité. Cette partialité doit être prouvée car selon la jurisprudence, elle ne présume pas⁴¹⁷. La Cour de cassation française à cet égard a eu à rejeter une requête en suspicion légitime parce que le demandeur expose lui-même qu'il ne met pas en doute l'impartialité des magistrats composant la juridiction⁴¹⁸ ou que le motif invoqué consiste seulement à alléguer que : « quelle que soit l'impartialité des magistrats... il est permis de penser que la décision à intervenir aurait plus d'autorité si elle émanait d'une autre juridiction du même ordre⁴¹⁹ ». Mais la suspicion à elle seule ne suffit pas ; encore faudrait-il qu'elle soit légitime, pour éviter, selon une doctrine autorisée, que le procès ne dégénère en une querelle de personnes⁴²⁰. Dès lors, les motifs invoqués doivent être précis, graves, sérieux, de haute gravité⁴²¹.

Le juge sénégalais s'inscrit dans cette logique en soutenant que par la suspicion qu'elle implique, la récusation d'un juge est un acte grave qui ne peut être entrepris que si sa légitimité en apparaît clairement et notoirement. Il n'en est pas de même des déclarations d'un plaideur qui procède plutôt de l'imprudence, de la légèreté et de l'imprécision⁴²². Toutes ces décisions de justice visent certes à déterminer le sens de la suspicion légitime mais surtout à démontrer que le renvoi pour cause de suspicion légitime ne se fait pas n'importe comment. Sa réglementation vise à protéger le juge.

⁴¹⁶ Cass.civ, 1^e août 1877 : DP 1877, 1, p.428

⁴¹⁷ C.A. Douai, 18 mai 1988, Bull.civ ,II, n°145.

⁴¹⁸ Cass.2^e civ. 3 juin 1977. Bull.civ II, n°145.

⁴¹⁹ Cass.req.13 avr. 1934 : Gaz-Pal 1934.2.p.442.

⁴²⁰ CATALA et TERRE, *Procédure civile et voies d'exécution*, 1976, p.304.

⁴²¹ Cass.req.4 juillet. 1893 : DP 1892, 1, p.491.

⁴²² Cour d'appel de Dakar 11 mars 1983, Revue EDJA Nov.1987 p. 23 note Me D. NDOYE.

227. Comme il a été précisé dans les pages précédentes, le renvoi ou la récusation sont facultatifs et dans certaines hypothèses, le justiciable n'a même pas l'occasion de les exercer car le juge peut s'abstenir ainsi que le précise l'article 235 du CPCS selon lequel tout magistrat qui sait qu'il existe en sa personne une cause de récusation, est tenu d'en saisir la Cour qui décide s'il doit s'abstenir. Cette disposition est à rapprocher de l'article 339 CPCF. Après l'étude de la forme sous laquelle se présente le renvoi, du moment de la récusation et de la juridiction compétente pour se prononcer sur la demande de récusation ou de renvoi, il faut examiner la question de l'issue de la procédure. Aborder cette question revient à relever que l'action en renvoi et récusation intentée par un justiciable peut être rejetée ou admise.

La première hypothèse est envisagée lorsque le déclarant n'a pas apporté la preuve par écrit ou commencement de preuve des causes de récusation ou de demande de renvoi. En tout état de cause, la possibilité de rejet est laissée à la prudence de la juridiction saisie. Celle-ci peut se prononcer sur la simple déclaration des juges ou en ordonnant la preuve des moyens produits. Il ressort de la lecture de ce texte que la preuve des causes de récusation ou demande de renvoi est essentiellement basée sur l'écrit.

En revanche, dans l'occurrence où la procédure de récusation est admise contre le magistrat unique qui compose le Tribunal départemental ou le tribunal régional, le Président d'un tribunal départemental ou le président d'un tribunal régional, l'affaire est renvoyée devant un magistrat d'une juridiction voisine d'ordre semblable à celle saisie.

Lorsque la récusation est admise contre un membre de la Cour d'appel, celle-ci procède au remplacement du magistrat récusé. Si la demande de renvoi pour parenté ou alliance dirigée contre un tribunal départemental ou un tribunal régional est admise, la Cour d'appel renvoie l'affaire devant une juridiction d'ordre semblable à celle saisie qu'elle désigne à cet effet. La juridiction de renvoi statue sur simple assignation, la procédure étant continuée suivant ses anciens errements. Au delà des sanctions préventives, il y a celles curatives.

§2. LES SANCTIONS CURATIVES

228. Par sanctions curatives, il faut entendre les différentes responsabilités qui pèsent sur le juge. Parler de responsabilité à une certaine époque de l'histoire de la justice pouvait paraître subversif car la solution était radicale : il y avait un refus du principe de responsabilité du fait

de la justice. La « couronne ne se trompe pas » disait-on ; par conséquent, les magistrats seraient souverains et ne répondraient jamais de leur activité. Pourtant selon M. Georges WIEDERKEHR, une telle solution n'est pas conforme à la tradition française. La faculté de s'en prendre à son juge a même historiquement précédé l'organisation des voies de recours et constitue sans doute l'origine de ces dernières. Surtout, l'irresponsabilité de la justice ne serait pas acceptée aujourd'hui par le justiciable si tant est qu'elle ait jamais été acceptée, et paraîtrait, non sans raison, insupportable à l'opinion publique.⁴²³ En effet, il faut relever que la revendication populaire d'une responsabilité directe et personnelle du juge comme contrepartie de sa puissance n'est d'ailleurs pas récente. Elle remonte au Moyen Age, époque à laquelle aucune morale judiciaire ne peut se concevoir en dehors d'une référence obligée à la justice idéale, nécessairement divine, et à la morale commune nécessairement religieuse.

Etre juge, pensait-on alors, c'est usurper un pouvoir divin, usurpation qui ne devient légitime que si son détenteur engage sur son acte son propre salut, si, pour se faire juge, il accepte d'être justiciable.

Il y a eu des arguments en faveur d'une irresponsabilité du fait de la justice parmi lesquels l'idée de responsabilité du fait de la justice est contraire à l'indépendance de la justice et à l'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'acte juridictionnel. Cependant on peut répondre que, l'indépendance n'étant pas arbitraire, la responsabilité, plutôt qu'une entrave, en est une assurance, puisqu'elle rappelle précisément le juge à son devoir d'indépendance⁴²⁴.

Seront successivement étudiées la responsabilité du juge (A) et de l'Etat (B).

A. LA RESPONSABILITE DU JUGE

Cette responsabilité peut être pénale (1), disciplinaire (2) et civile (3).

1. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

⁴²³ G. WIEDERKEHR, *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, Justices, N° 5 janvier/mars, Dalloz, 1997, pp.13 et s.

⁴²⁴ G. WIEDERKEHR, *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, op.cit., pp.13 et s. « la corruption passive est le fait du fonctionnaire qui se laisse acheter, soit pour accomplir un acte de sa fonction, soit pour s'en abstenir La corruption active, à l'inverse est commise par l'indemnité ou le justiciable qui rémunère la complaisance du fonctionnaire ».

229. La responsabilité pénale ne pose pas de problème et est prévue aux articles 112 ; 113 et 118 du Code pénal. Ainsi, lorsqu' un juge aura provoqué, donné ou signé un jugement, une ordonnance autorisant la mise en accusation d'un Ministre ou d'un député sans autorisation préalable, il sera coupable de forfaiture et puni d'une dégradation civique. En effet, les Ministres et députés ne sont certes pas pénalement irresponsables, mais ils bénéficient d'une procédure spéciale de mise en cause. En outre, il est interdit au juge de commettre l'arbitraire c'est-à-dire par exemple d'enfermer quelqu'un en dehors des prisons de l'Etat . Enfin, les juges n'ont pas le droit de s'immiscer dans les domaines réservés au pouvoir législatif. Cette disposition ne saurait être dissociée de l'article 5 du Code Civil qui interdit au juge de se prononcer par voie de disposition générale. Le juge ne peut pas non plus arrêter et surprendre l'exécution d'une loi promulguée. Il a donc l'obligation d'appliquer celle-ci. C'est la consécration de principe selon lequel le juge est « la bouche de la loi » théorisé par les Révolutionnaires de 1789 notamment Montesquieu.

230. Mais au delà des infractions de forfaiture et d'abus d'autorité, celle qui retient le plus l'attention et qui paraît la plus grave et inacceptable pour le justiciable est la corruption. Elle est prévue aux articles 159 et 160 du Code pénal. Elle est passive et active. Elle rompt l'égalité des justiciables devant la justice et pousse le juge corrompu à agir avec partialité. Dans le Code deutéronomique, il est fait défense au juge d'accepter des présents parce que le présent aveugle les yeux des sages et ruine les causes des justes. M. AYDALOT rappelle qu'il a été enseigné aux magistrats l'expérience que, « à trop se mêler au commerce des hommes, les magistrats risquent de perdre sinon leur vertu, du moins cette réserve pleine de noblesse qui leur a, depuis toujours, assuré une place à part et ce caractère d'insoupçonnabilité qui leur donne la meilleure force à leurs décisions ».⁴²⁵

A la responsabilité pénale, s'ajoute la responsabilité disciplinaire. Comme tout corps, la magistrature a établi un ensemble de règles auxquelles doivent se soumettre ses membres sous peine d'être sanctionnés.

2. LA RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE

⁴²⁵ Cité R. LINDON, *Justice : un magistrat dépose...* Paris, PUF, 1975.

231. Dans le cadre de la responsabilité disciplinaire, on note une différence entre le droit français et sénégalais. Dans le premier système juridique, le Ministre de la Justice n'est pas le seul à pouvoir mettre en branle une plainte devant le CSM. Ce monopole a été cassé en 2001 et tout récemment avec la réforme constitutionnelle de 2008 (a), ce qui n'est pas le cas en droit sénégalais.

De même, en matière de procédure disciplinaire, le magistrat sénégalais est moins protégé que le magistrat français (b).

a) UNE SAISINE DU CSM AFFRANCHIE DU MONOPOLE DU GARDE DES SCEAUX EN DROIT FRANÇAIS

232. Aux termes de l'article 15 de la loi organique modifiée 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats, tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire. Le Conseil d'Etat français a qualifié de manque de délicatesse, le fait pour un juge, BIDALOU, d'avoir critiqué violemment son supérieur, lui reprochant « son mépris des règles légales et sa volonté centralisatrice de contrôle généralisé ». En outre, il a été reproché au juge BIDALOU d'avoir manqué à son obligation de réserve d'autant qu'il s'est prononcé publiquement sur une affaire dont il a été saisi⁴²⁶.

Dans la loi organique française du 22 juillet 2010, la faute disciplinaire constitue : « un des manquements aux devoirs de son état, la violation grave et délibérée par un magistrat d'une règle de procédure constituant une garantie essentielle des droits des parties, constatée par une décision de justice devenue définitive ».

De la lecture de l'article 15 précité, il ressort que le magistrat ne doit pas faillir à ses obligations que sont rendre impartialement la justice, résider dans le lieu du siège de sa juridiction, ne pas donner des consultations à titre privé, ne pas verser dans l'absentéisme par rapport aux actions syndicales, ne pas faire la grève, respecter scrupuleusement le secret de délibéré et l'obligation de réserve, obligation qui n'a guère fait l'objet d'une définition de la part de la loi . En outre, tout magistrat doit éviter de s'adonner à des activités qui portent

⁴²⁶ Conseil d'Etat, arrêt BIDALOU, 5 mai 1982, JCP 1984 .I. Jurisprudence, p.103.

atteinte à son honneur ou sa dignité. Les sanctions disciplinaires prévues par la loi organique portant statut des magistrats sont la réprimande avec inscription au dossier, le déplacement d'office, le retrait de certaines fonctions, l'abaissement d'échelon, la rétrogradation, la mise à la retraite d'office ou l'admission à cesser ses fonctions lorsque le magistrat n'a pas droit à une pension de retraite. Mais au delà de ces sanctions qu'encourt le magistrat, son chef de Cour peut lui donner des avertissements.

En France, la saisine du CSM en matière disciplinaire n'est plus de compétence exclusive du Garde des Sceaux, depuis 2001 contrairement au Sénégal. Désormais donc, les premiers présidents de la Cour d'appel ou les présidents du tribunal supérieur d'appel peuvent dénoncer des faits motivant des poursuites disciplinaires au CSM. Le législateur français ne veut pas s'arrêter en si bon chemin puisque la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a permis au justiciable de saisir le CSM. La loi organique du 22 juillet 2010 a fixé les conditions dans lesquelles les plaintes des justiciables seraient examinées, en modifiant l'article 18 de la loi du 5 février 1994 sur le CSM.

Au Sénégal, seul le Ministre de la Justice , Garde des Sceaux est compétent pour saisir le CSM d'une plainte. A part lui, aucun membre de la justice, encore moins le justiciable, ne jouit de ce privilège.

Au-delà de la différence quant aux personnes habilitées à saisir le conseil de discipline du CSM comme différence à relever entre le droit sénégalais et français, il y a la protection des droits de la défense du magistrat poursuivi.

b) UNE PROCÉDURE DISCIPLINAIRE PLUS PROTECTRICE DES DROITS DU MAGISTRAT POURSUIVI EN DROIT FRANÇAIS

233. Au sens de l'article 15 de la loi organique portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature, le Président du Conseil de discipline désigne un rapporteur parmi les membres du Conseil. Les praticiens précisent que ce rapporteur est désigné pour procéder à une enquête et que le magistrat, qui est tenu de comparaître en personne, a droit à la communication de son dossier et à l'assistance d'un conseil. Il est invité à s'expliquer le jour de la citation. Le conseil délibère à huis clos, sa décision qui doit être

motivé, n'est susceptible d'aucune opposition, ni d'aucun recours, même devant la Cour de cassation⁴²⁷.

Si le magistrat a accès à son dossier et peut se faire assister par un conseil en France comme au Sénégal, il n'en demeure pas moins que dans le premier pays cité, le magistrat poursuivi est mieux protégé. En effet, depuis 1996 pour le magistrat du parquet et 1997 pour celui du siège, il est possible de demander à ce que son procès soit public. En 2001, cette possibilité des magistrats a été confortée par une loi organique du 25 juin 2001. Toutefois, l'accès de la salle d'audience peut être interdit au public si l'ordre public, la vie privée ou des circonstances de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice l'exigent. Un dispositif d'une telle ampleur est inexistant au Sénégal.

La question de la publicité en matière d'instance disciplinaire a été la garantie procédurale qui a suscité le plus d'interrogation au sein de la doctrine Française et ce d'autant qu'en la matière le principe c'est le secret au regard d'une part des dispositions de l'article 57 de l'ordonnance de 1958 portant statut de la magistrature « le conseil de discipline statue à huis clos », d'autre part de l'article 38 de la loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, qui prohibe, sous peine de poursuites pénales, la diffusion de la moindre « information relative aux travaux et délibérations du Conseil supérieur de la magistrature ». Il y avait peu d'informations publiques sur la discipline des magistrats.

Dans les décisions des 18 juin 1991 et 20 juillet 1994, la formation disciplinaire du Conseil avait indiqué que les fonctions du juge du siège « ne sont pas assurées dans des conditions relevant du droit privé mais sont régies par un statut dont les principes trouvent leur source et leur fondement dans la constitution de la République française du 4 octobre 1958 » pour en conclure que « l'article 57 de l'ordonnance du 22 novembre 1958, portant loi organique relative au statut de la magistrature fait obstacle à la publicité des débats sans que son application puisse être écartée par une éventuelle renonciation du magistrat poursuivi en huis clos ». Ces dispositions et décisions illustrent une tradition française de confidentialité voire d'excessive pudeur pour tout ce qui touche au disciplinaire⁴²⁸. Mais selon M. Jean Yves

⁴²⁷ M.M. SY « La responsabilité des magistrats : la jurisprudence du Conseil de discipline », Communication au séminaire sur « justice et transparence » du 30 juillet au 1^{er} août 1998 cité par D. SY, *Le statut du juge au Sénégal*.

⁴²⁸ J.Y. MCKEE, *Le Conseil supérieur de la Magistrature siégeant comme conseil de discipline des magistrats et l'article 6 Convention européenne des droits de l'homme*, Mélanges P.DRAI, Dalloz, 1999, pp.89 et s.

MCKEE, il y a un rapprochement entre les exigences de la norme européenne et la position du Conseil sur la publicité. Pour preuve, l'auteur évoque l'article 20 de la loi organique du 5 février 1994, prise en application de la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, qui fait obligation au CSM de publier annuellement un rapport de ses activités. Dans son rapport d'activité pour 1998 on pouvait lire : « comme il était prévisible, les deux formations du Conseil ont exprimé une doctrine commune sur cette question (de la publicité). Si aucune décision contenant un attendu de principe n'est venue contredire la position antérieurement adoptée par la formation du siège, une pratique désormais constante a assuré la publicité des débats conformément aux exigences de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne ». A la page 19 dudit rapport, le conseil y suggère, « une modification de l'ordonnance du 22 décembre qui introduirait dans l'article 57 la règle nouvelle de la publicité des débats ». Par ailleurs, pour 31 décisions sur 40 le souci de célérité a été respecté. Le premier président DRAI a toujours donné pour directive aux rapporteurs qu'il désignait de faire en sorte que l'affaire vienne à l'audience dans un délai d'environ six mois à compter de la saisine de l'instance disciplinaire par le Garde des Sceaux.

234. La question qui s'est posée est celle de savoir si le Conseil supérieur de la magistrature ignore par superbe ou par timidité, la Convention européenne des droits de l'homme.⁴²⁹ Selon l'auteur, la réponse est non seulement immédiatement négative mais doublement négative et ce d'autant que le Conseil supérieur de la Magistrature française respecte les exigences de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme aussi bien en la forme que quant aux obligations de fond. Pourtant, l'auteur avait précisé dès les premières lignes de son article que l'examen des décisions tant des organes de la Convention que du Conseil supérieur de la Magistrature semblent dresser une barrière entre le contentieux disciplinaire et le champ d'application de la Convention. Pour étayer son propos, M. Jean Yves MCKEE cite la décision X. magistrat contre France du 4 décembre 1984 dans laquelle la Commission européenne des droits de l'homme soutient que les procédures disciplinaires engagées entre des magistrats ne mettent en cause ni des obligations de nature civile, ni la matière pénale au sens de l'article 6-1 de la Convention mais « découlent de rapport juridiques relevant du droit public » qui leur sont étrangères. La Cour de Strasbourg n'a pas encore démenti la Commission sur ce point même si on observe qu'elle tend à élargir l'assiette de la notion de droits et obligations de caractère civil en prenant en considération les implications

⁴²⁹ J.Y.MCKEE, *Le conseil supérieur de la Magistrature, siégeant comme conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6 Conv.EDH*, Mélanges P.DRAI, Dalloz, 1999, pp.89 et s.

patrimoniales de certaines sanctions disciplinaires (Editions Périscope c/France, 26 mars 1992)⁴³⁰.

L'autre décision citée par M. Jean Yves MCKEE est celle du Conseil supérieur de la Magistrature en date du 18 février 1991 où le Conseil a jugé « que les poursuites disciplinaires... ne concernent pas la matière pénale » - ceci est vrai car le disciplinaire diffère du pénal mais ne signifie pas que les garanties qui existent dans la procédure pénale ne sont pas assumées dans des conditions relevant du droit privé mais sont régies par un statut dont les principes trouvent leur source et leur fondement dans la constitution de la République française du 4 octobre 1958 ; que les dites poursuites ne mettent donc pas en cause l'exercice de droits et obligations de caractère civil, qu'ainsi... elles n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6... de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ». Pour en venir à la réponse donnée par M. Jean Yves MCKEE à la question posée, il faut relever que l'auteur a cité une décision qui est la manifestation du respect par le Conseil supérieur de la Magistrature française des impératifs de la Convention quant à l'instance juridictionnelle.

Dans une décision du 23 juin 1992 le Conseil a, en effet, déclaré recevable une requête présentée par un ancien magistrat révoqué, qui invoquait le bénéfice des dispositions d'une loi d'amnistie pour obtenir sa réintégration. Le requérant a pu exposer sa contestation devant l'instance qui avait prononcé sa révocation. C'est ainsi qu'accompagné d'un défenseur de son choix, il a été entendu par le Conseil pour faire valoir ses demandes. Selon M. MCKEE, le Conseil, en donnant ainsi à ce magistrat révoqué un droit d'accès effectif pour soutenir sa requête a entendu parer tout risque d'un déni de justice dont aurait pu se sentir victime le requérant. Il est manifeste que le Conseil a ainsi assumé son rôle de juridiction naturelle de tout juge du siège à qui elle accorde, lorsqu'il fait l'objet d'une instance disciplinaire, un droit réel d'accès. Dans une circonstance qui pouvait donner lieu à une banale décision d'irrecevabilité, le conseil a ainsi fait prévaloir la norme européenne d'accès effectif à l'instance juridictionnelle.⁴³¹.

235. Le Conseil supérieur de la Magistrature français respecte également les impératifs de la Convention relatifs au litige de telle sorte que le magistrat faisant l'objet d'une poursuite

⁴³⁰ J.Y.MCKEE, *op. cit.*, Mélanges P.DRAI, Dalloz, 1999, pp.89 et s.

⁴³¹ J.Y. MCKEE, *op.cit.*, Mélanges P.DRAI, Dalloz, 1999, pp.89 et s.

disciplinaire jouisse d'un procès équitable. C'est ainsi que dans une décision collégiale du 3 mai 1990, sous la présidence de M. Pierre DRAI, le Conseil a écarté de ses débats, des procès-verbaux de retranscription d'écoutes téléphoniques intervenues dans le cadre d'une information qui avaient été communiqués dans des conditions régulières à l'inspection des services judiciaires, laquelle avait établi le rapport administratif préalable aux poursuites disciplinaires. Ces pièces douteuses n'ont donc pas été prises en considération par le Conseil « pour l'appréciation des faits dénoncés » à l'encontre du magistrat déféré.

236. La décision du CSM statuant en matière disciplinaire contre un magistrat du siège peut faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'Etat et d'un recours pour excès de pouvoir pour les décisions prises par le Ministre de la Justice, Garde des Sceaux.

Depuis l'arrêt d'Assemblée L'Etang du 12 juillet 1969, le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent pour se prononcer sur les sanctions de nature juridictionnelles prises par la formation disciplinaire du CSM compétente à l'égard des magistrats du siège⁴³². En effet, le CSM statuant en matière disciplinaire est considéré comme une juridiction administrative « en raison des litiges qui lui sont soumis et qui intéressent l'organisation du service public ».

Le CSM français a non seulement publié un recueil des décisions disciplinaires depuis 1956⁴³³, mais également veille sur la déontologie des magistrats depuis l'affaire Outreau⁴³⁴.

237. Au regard de ces développements, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le droit disciplinaire des magistrats doit être en parfaite harmonie avec la Convention européenne des droits de l'homme. Il semble, à la lumière des précisions de M. SY que certaines exigences sont respectées notamment le droit à être défendu par un avocat au Sénégal sauf la publicité des débats et l'absence de voies de recours des décisions du Conseil. De notre point de vue les dispositions de la loi organique sur l'organisation et le fonctionnement du CSM notamment l'article 15, ne sont pas complètes parce qu'elles se bornent à souligner que le président du Conseil de discipline désigne un rapporteur parmi les membres du conseil mais sans précision aucune sur le rôle de ce rapporteur. La curiosité est satisfaite à l'examen de la communication de M. SY. Ceci revient à dire qu'il est important que la procédure disciplinaire devant le CSM

⁴³² Arrêt d'Assemblée L'Etang AJDA 1969, p.567.

⁴³³ CSM, Recueil des décisions disciplinaires, 1959-2005, CSM, 2006.

⁴³⁴ Article 20 de la loi organique relative au CSM du 5 mars 2007, le CSM « élabore et rend public un recueil des obligations déontologiques des magistrats » (loi organique n°2007-287 J.O. 6 mars 2007 p.4187).

fasse l'objet d'un écrit détaillé. Pour les autres garanties procédurales à savoir la publicité et les voies de recours, il est nécessaire qu'elles soient respectées. La procédure disciplinaire devant le CSM ne doit pas être l'occasion de porter atteinte aux droits du magistrat par l'institution d'une procédure secrète et d'une décision insusceptible d'être remise en cause.

Au delà des responsabilités pénale, disciplinaire, il y a la responsabilité civile du magistrat.

3. LA RESPONSABILITÉ CIVILE : LA PRISE À PARTIE

Elle est doublement appréciée selon que l'on se trouve au Sénégal où la prise à partie s'applique à tous les juges (a) et en France, où elle est partiellement supprimée (b).

a) LE MAINTIEN DE LA PRISE À PARTIE EN DROIT SÉNÉGALAIS

238. Il s'agit d'une procédure ayant pour objet la réparation d'un dommage subi. Ici, le magistrat est responsable uniquement de ses fautes personnelles c'est-à-dire soit de la faute commise en dehors du service et n'ayant aucun lien avec lui, soit de la faute intentionnelle et grave. La responsabilité personnelle du magistrat peut engager celle de l'Etat en cas de prise à partie.

L'objectif visé par la procédure de prise à partie c'est la condamnation du juge au paiement des dommages et intérêts. La prise à partie est prévue à l'article 312 CPCS et 90 de la loi organique n°2008-35 du 7 août 2008 sur la Cour suprême.

Toutefois, la question importante est de savoir si, indépendamment des dommages et intérêts, le demandeur peut solliciter la nullité du jugement. Cette question a divisé la doctrine. Ceux qui rejettent cette possibilité invoquent essentiellement l'autorité de chose jugée attachée à une décision de justice, adoptant ainsi un raisonnement similaire à celui de certains publicistes.

En revanche, la majorité de la doctrine estime que cette argumentation n'est pas décisive. Elle pense, d'une part, qu'il est contraire à une bonne administration de la justice de conserver l'autorité de la chose jugée à des actes entachés de dol, fraude ou faute lourde professionnelle, d'autre part, qu'en classant la prise à partie parmi les voies de recours extraordinaires, même

si cette qualification est contestable dans certains cas, comme le déni de justice, il n'en demeure pas moins que les rédacteurs du code avaient certainement envisagé la possibilité de mettre en néant la décision attaquée et de la remplacer par une autre.

Enfin, elle considère que l'annulation du jugement attaqué est la meilleure réparation en nature que puisse obtenir le demandeur, les dommages et intérêts n'étant qu'un complément d'indemnisation.⁴³⁵ Cette position de la doctrine majoritaire emporte notre adhésion car l'autorité de la chose jugée signifie une présomption de vérité de la décision de justice ; cette présomption est simple ; par conséquent, le jugement est susceptible d'être remis en cause. L'autorité de la chose jugée ne saurait être un obstacle à la nullité du jugement rendu par un juge pris à partie. « On reconnaît l'arbre à ces fruits⁴³⁶ » dit-on. On reconnaît le juge par les décisions qu'il prend. Un juge ne peut pas être pris à partie et dans le même temps rendre une décision de qualité ; dans cette occurrence son jugement doit être annulé. Et pourtant, selon une jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, la prise à partie étant essentiellement une action en responsabilité dirigée contre le juge, ne suspend pas l'exécution de la décision à l'origine de la procédure⁴³⁷.

Si la prise à partie est maintenue au Sénégal, les choses sont différentes en Droit Français où il existe une suppression partielle de la notion.

b) SUPPRESSION PARTIELLE DE LA PRISE À PARTIE EN DROIT FRANÇAIS

239. Dans le système juridique français, la procédure de prise à partie a été supprimée de façon partielle. Ainsi, aux termes de l'article L.781-1 alinéa 2 du Code de l'organisation judiciaire : « La responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie par le statut de la magistrature en ce qui concerne les magistrats du corps judiciaire et par des lois spéciales en ce qui concernent les juges composant les juridictions d'attribution ».

⁴³⁵ GLASSON TISSIER et MOREL, Tome I, n° 81.

⁴³⁶ C'est un proverbe biblique qui apparaît dans les évangiles. Il a été donné par Jésus à ses disciples pour leur indiquer comment reconnaître les Vrais, ou bien le vrai culte. Si une religion produit des bons fruits alors elle vient de Dieu. Voir l'explication du proverbe dans www.linternaute.com/proverbe/303/on-reconnait-l-arb. Dernière consultation le 17/12/2011.

⁴³⁷ C.A. Paris 8 mai 1946.D.1946. p.316.

A travers cette disposition on se rend compte que même si la faute personnelle des magistrats est susceptible d'engager leur responsabilité, mais elle diffère du point de vue de sa base légale selon qu'il s'agit d'un juge professionnel ou non professionnel. Dans le premier cas, la base légale est l'article 11-1 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, alors que dans le second cas, ce sont des lois spéciales qui n'ont pas encore vu le jour. Par conséquent, et au regard de l'alinéa 4 de l'article 781-1 COJ⁴³⁸ c'est l'article 505 de l'ancien Code de procédure civile français qui est applicable aux juges non professionnels. On assiste donc en France à un système de responsabilité dualiste.

M. Mauro CAPPELLETTI a tenu à préciser la notion de responsabilité des autorités judiciaires. Selon lui, lorsqu'on parle de responsabilité des juges, on ne veut pas dire seulement qu'une certaine compétence est imposée aux juges par la loi, mais on a en vue aussi le fait qu'une obligation légale est imposée aux juges et aux tribunaux d'exercer la fonction publique de rendre la justice. Etant donné qu'il existe des principes et des normes, écrits et non-écrits, qui règlent cette prérogative et ce devoir de statuer sur les litiges, il va exister bien évidemment, selon le droit public, une responsabilité à la charge de ceux qui doivent exercer cette fonction : ils répondent de leur activité, au cas où ils violeraient ces principes ou ces normes.⁴³⁹

La réflexion sur la responsabilité des juges provient en partie d'une interrogation de JUVENAL : « *qui custodes custodiet ?* » Qui va juger ceux qui jugent ? Cette question a tout son sens au regard de certains versets bibliques : « De la mesure dont vous mesurez les autres, on vous mesurera ». Ce passage biblique traduit l'idée de responsabilité des personnes chargées de rendre la justice.

M. CAPPELLETTI s'est ensuite posé la question de savoir pourquoi la responsabilité des autorités judiciaires revêt un aspect particulier à notre époque⁴⁴⁰. Une des réponses données est l'existence d'un lien entre pouvoir et responsabilité : la responsabilité incombant aux autorités judiciaires revêtira une importance plus ou moins grande selon la mesure des pouvoirs reconnus aux juges. Cette observation est du professeur MERRYMAN. Le juge

⁴³⁸ Selon cet alinéa les règles de l'article 505 du Code de procédure civile continuent à recevoir application jusqu'à l'entrée en vigueur des dispositions législatives concernant la responsabilité des magistrats en raison de leur faute personnelle.

⁴³⁹ M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, PUD Aix-Marseille- Economica 1990, Collection « Droit public positif » p. 119.

⁴⁴⁰ M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, *op cit.*

ROGER FABRE est de cet avis⁴⁴¹. En effet, un système démocratique de gouvernement, soucieux d'assurer les libertés des citoyens, suppose de façon nécessaire qu'une saine proportion soit établie entre pouvoir et responsabilité des organes gouvernementaux et que lorsque le pouvoir de ceux-ci est accru, on accroisse aussi les contrôles portant sur l'exercice de ce pouvoir⁴⁴².

Comme le soutient le professeur TROCKER « un pouvoir qui n'encourt aucune responsabilité est chose incompatible avec un système démocratique »⁴⁴³. Une autre réponse part du constat que les lois prises par le Parlement étant quelquefois atteintes par l'obsolescence et rédigées en termes vagues, le juge est obligé d'avoir une activité créatrice. Cette activité créatrice du juge se manifeste donc en matière d'interprétation et de *vide juridique*.

240. Selon le rapport italien précité, tout le problème de la responsabilité des autorités judiciaires—L'opposition qu'il comporte et l'équilibre qu'il demande à voir établi avec le principe l'indépendance des juges— doit être de réaliser le meilleur état de choses possible pour que soient garanties au maximum les valeurs d'un ordre plus élevé, qu'expriment les principes de la justice naturelle : l'impartialité des juges et le caractère conforme au droit de la procédure, qui permettent de faire participer au maximum les intéressés à l'œuvre de la justice et de renforcer, en ce sens, le caractère démocratique du procès en justice. La position du droit sénégalais est sans équivoque. Le juge peut engager sa responsabilité tant disciplinaire, pénale, que civile. Sa faute peut être constitutive d'une faute de service public de la justice, mettant ainsi en branle la responsabilité de l'Etat .

B. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DU FAIT DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE

241. La responsabilité de l'Etat du fait du service public de la justice est prévue tant en matière civile qu'administrative. L'examen des matières de droit privé permet de déceler que cette responsabilité est consacrée dans le Code de la famille et dans le Code de procédure civile. En effet, l'article 334 du Code de la famille dispose que l'Etat : « est seul responsable à l'égard du pupille sauf son recours, s'il y a lieu, du dommage résultant d'une faute

⁴⁴¹ Rapport français p. 9 et 10.

⁴⁴² M. CAPPELLETTI, *op.cit.*

⁴⁴³ Rapport Italien, paragraphe 6, texte p. 15 et note 32.

quelconque qui aurait été commise dans le fonctionnement de la tutelle par le juge des tutelles ou par son greffier ». Aux termes de l'article 312 du CPCS l'Etat est civilement responsable des condamnations en dommages intérêts qui sont prononcées à raison de ces faits contre les magistrats, sauf recours contre ces derniers⁴⁴⁴. Ces faits dont il s'agit c'est le dol, la fraude, la faute lourde professionnelle du magistrat, le déni de justice qui est l'hypothèse où les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées⁴⁴⁵.

Selon PORTALIS « les Tribunaux ne rempliront pas le but de leur établissement si, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, ils refusaient de juger »⁴⁴⁶. Cette assertion est à rapprocher de l'article 4 du Code civil qui a presque le même contenu.

L'examen de ces deux dispositions nous permet de constater que l'Etat s'interpose entre le justiciable et le juge. Le système de responsabilité du fait du fonctionnement de la justice (judiciaire) balance entre deux intérêts : l'intérêt des victimes des éventuels dysfonctionnements, l'intérêt général et plus spécialement, le prestige et la sérénité de la justice nécessaire à la sécurité juridique, à la paix sociale⁴⁴⁷. Nous ne souscrivons pas à l'opinion selon laquelle à l'occasion de la prise à partie, c'est toujours le comportement d'un magistrat qui est en cause. L'Etat répond seulement pour ce dernier et que la prise à partie ne fait aucune place à une quelconque responsabilité pour mauvais fonctionnement du service public de la justice⁴⁴⁸. En effet, s'il est vrai que la prise à partie vise le comportement du juge, il n'en demeure pas moins que le dol, la fraude et la faute lourde professionnelle dont se rend coupable ce dernier entrave le bon fonctionnement de la justice même si ces actes sont le fait d'une seule personne à fortiori de plusieurs.

En matière administrative, c'est le Code des obligations de l'administration notamment en son article 142 qui consacre la responsabilité de l'Etat en matière de service public de la justice

⁴⁴⁴ L'article 90 de la loi organique 2008-35 sur la Cour suprême a le même contenu que l'article 312 CPCS.

⁴⁴⁵ Le législateur sénégalais incrimine et sanctionne à l'article 165 du Code pénal le fait pour « tout juge ou tribunal, tout administrateur ou autorité administrative, qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni après avertissement ou injonction de ses supérieurs ». Les peines encourues sont constituées d'une amende de 25.000 à 150.000 francs et d'une interdiction d'exercice des fonctions pendant cinq à vingt ans.

⁴⁴⁶ PORTALIS cité par A. BA, in *Droits et Responsabilités des juges*. Audience de Rentrée des Cours et Tribunaux 1992 pp.9 et s.

⁴⁴⁷ G. GIUDECEILLI – DELAGE, *La responsabilité des magistrats et de l'Etat en matière pénale*, Justices, N°5 janvier/mars, 1997, p.25.

⁴⁴⁸ G. WIEDERKEHR, *La responsabilité des magistrats et de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, op.cit., pp.13 et s.

en ces termes : « les usagers ont droit à la réparation du dommage causé par le fonctionnement défectueux du service public ».

242. La justice, on ne le répétera jamais assez, constitue un service public et le justiciable en est l'utilisateur. Deux cas de responsabilité sont mentionnés par le COA : la faute détachable du service public et le fonctionnement défectueux du service public.

Dans la première hypothèse, c'est la responsabilité personnelle de l'agent public qui est engagée⁴⁴⁹, encore faudrait-il prouver qu'une faute de l'agent est détachable du service public ; chose pas du tout aisée. Toutefois, la responsabilité de l'Etat peut également être engagée puisque l'article 143 alinéa 2 du COA dispose que : « lorsqu'une action en indemnité est intentée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'Administration doit être mise en cause. Elle répond de la faute de son agent, sauf à exercer contre celui-ci une action récursoire ».

Le terme fonctionnement, et c'est la seconde hypothèse, n'a de sens que si on le considère, d'une part, par opposition au terme organisation, et d'autre part, dans le cadre de la mission conférée au service judiciaire⁴⁵⁰. Certains auteurs, à cet égard, préfèrent le terme de « mesures d'exécution du service »⁴⁵¹.

En revanche, pour d'autres commentateurs, il faut l'envisager de la manière la plus large : il s'agit de toutes les activités du service public de la justice où interviennent non seulement les magistrats, mais encore les collaborateurs de ce service qui sont appelés à faire des actes judiciaires ou les actes juridiques ou matériels.

Il faut donc y comprendre non seulement les actes juridictionnels proprement dit contentieux ou gracieux, mais également les actes d'administration émanant des autorités judiciaires ou les actes administratifs pris par les autorités administratives collaborant à ce service⁴⁵². D'autres commentateurs, tout en ne niant pas cette interprétation, ont montré qu'elle risquait de se traduire par une régression du système jurisprudentiel antérieur qui avait admis, dans certains cas, une responsabilité sans faute ou basée sur une simple faute, alors que, d'après

⁴⁴⁹ Article 143 alinéa 1 COA.

⁴⁵⁰ DEBBASH, « *Le juge administratif et le juge judiciaire. Vers un prochain passage de la timidité à l'audace* : D.1962, p.276.

⁴⁵¹ P.C. D'ISTRIA, *La responsabilité du fait de la fonction jurisprudentielle* : Mémoire DEA, Université d'Aix-Marseille, 1983.

⁴⁵² AUBRY, *La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire* : AJDA, 1973, p.4.

l'article 11 de la loi du 5 juillet 1972, la responsabilité de l'Etat est subordonnée à une faute lourde⁴⁵³.

La jurisprudence traduit incontestablement une conception extensive de l'expression « service de la justice ». La première décision significative a été rendue par le tribunal de Grande Instance de Marseille⁴⁵⁴ qui a adopté une conception large de « service de la justice » en admettant comme constitutifs d'une faute lourde, d'une part, des négligences d'un magistrat instructeur ayant entraîné l'annulation d'une expertise, d'autre part, des agissements délictueux commis par l'expert au cours des opérations d'expertise. A notre connaissance, le juge sénégalais n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le sens du fonctionnement du service.

De notre point de vue, il serait plus pertinent que ce dernier opte pour la conception large de la notion parce que plus conforme. En effet, le service public de la justice n'est pas composé que du juge. Au-delà du juge, il y a des greffiers⁴⁵⁵, les experts. Si l'on admet dans le Code de la Famille notamment en son article 334 que la responsabilité de l'Etat puisse être engagée par le fait du juge des tutelles ou du greffier, il va de soi qu'en s'adonnant à une interprétation du terme fonctionnement du service de la justice, le juge sénégalais l'envisage au sens large. Dans une décision de justice assez récente, le juge sénégalais a engagé la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice⁴⁵⁶.

La responsabilité de l'Etat du fait du service public de la justice présente un avantage certain. Outre celle de la solvabilité du débiteur des dommages intérêts, la responsabilité de l'Etat présente pour la victime l'avantage qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur de la faute soit

⁴⁵³ VEDEL, *La responsabilité de l'Etat en raison des dommages causés par le service judiciaire et la loi de procédure civile du 5 juillet 1972* ; addendum p.853 ; M. LOMBARD, *La responsabilité de fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972* : RD public 1975, p.585 et note.p.633

⁴⁵⁴ TGI 1^{er} octobre 1980 confirmé le 21 septembre 1981 par la cour d'appel d'Aix-en-provence, BRENOND.

⁴⁵⁵ Dans un jugement du Tribunal de Premier Instance rendu le 12 février 1977 Babacar Kébé dit Ndiouga c/Etat du Sénégal, le tribunal de Dakar a engagé la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice. En effet, les faits se sont déroulés comme suit : M. Kébé avait introduit un recours tendant à obtenir réparation du dommage qu'il a subi par le détournement d'une somme de 21500 F opéré par le greffier en chef du tribunal. L'action était fondée sur l'article 142 du Code des obligations de l'administration et le requérant invoquait la faute du service. Le tribunal a admis la responsabilité de l'Etat en ces termes : « Attendu que l'on doit considérer comme à la fois une faute personnelle et un fonctionnement défectueux du service public par rapport au fonctionnement normal, le fait par un greffier en chef agissant dans le service ou à l'occasion du service de percevoir le prix d'une adjudication par le moyen d'un chèque et de ne point l'endosser dès l'achèvement de la procédure au créancier poursuivant ». V. Thèse précitée de M. A.B.FALL.

⁴⁵⁶ C.A Dakar, arrêt n°207 du 17 février 2005, Etat du Sénégal c/ Alphousseynou DIACK (Bulletin des arrêts rendus par la Cour d'Appel de Dakar en matière civile et commerciale 2011-Vol n°1). Selon la Cour d'appel, le tribunal du travail qui s'est manifestement mis dans l'impossibilité de transmettre le dossier à la Cour d'appel et permettre au justiciable d'avoir droit à un procès équitable dans un délai raisonnable commet une faute qui le prive injustement d'une voie de recours légalement admise et qui engage la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service de la justice.

identifié⁴⁵⁷. Indemniser c'est, en tout premier lieu, permettre aux victimes de trouver un interlocuteur solvable, au-delà du responsable désigné. Ce qui revient à constater que l'indemnisation se fait avec l'argent des autres. Qui dit responsabilité civile, dit possibilité de trouver un garant. A cet égard, ce ne sont jamais les gens de justice qui indemnisent directement les victimes, selon des modalités certes différentes, mais qui présentent ce point commun de faire reposer sur autrui, et au final sur leurs victimes potentielles, leur propre indemnisation !⁴⁵⁸

S'il est vrai que le justiciable doit avoir accès à un juge de qualité, il n'en demeure pas moins que ce droit est par moment remis en cause.

⁴⁵⁷ G. WIEDERKEHR, *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, op.cit., pp.13 et s.

⁴⁵⁸ S. GUINCHARD, *La responsabilité des gens de justice*, *Justices*, n°5 Janvier/Mars, 1997, p. 113

CHAPITRE II. REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ

243. Que le magistrat doive être indépendant et impartial ne se discute pas. De même, l'importance d'un CSM n'est plus à démontrer. Seulement, on peut se poser la question de savoir si le justiciable peut aisément et sans crainte récuser un juge qu'il soupçonne de partialité. La responsabilité de l'Etat est-elle souvent engagée ? Le CSM sénégalais et français a-t-il les moyens de ses ambitions ?

Nous allons mettre en exergue les manifestations de la remise en cause du droit à un juge de qualité (Section 1) d'abord, ensuite les solutions à la remise en cause du droit à un juge de qualité (Section 2).

SECTION I. LES MANIFESTATIONS DE LA REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ

244. Le droit à un juge de qualité est remis en cause par l'institution d'un système protecteur de la responsabilité de l'Etat et des magistrats (§1) et l'existence d'une protection limitée du juge à l'égard des autres pouvoirs constitutionnels (§2).

§1. L'INSTITUTION D'UN SYSTÈME PROTECTEUR DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET DES MAGISTRATS AU SÉNÉGAL ET EN FRANCE

245. Cette protection s'apprécie par une difficile mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat et des magistrats (A) et par le caractère théorique de l'action récursoire (B).

A. LA DIFFICILE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET DES MAGISTRATS⁴⁵⁹

Il n'est pas facile pour un justiciable d'engager la responsabilité des magistrats et de l'Etat parce celle-ci est assortie de conditions (1) ; de même, le justiciable ayant peur d'être sanctionné en cas d'échec de la procédure, préfère ne pas se jeter à l'eau (2).

1. UNE RESPONSABILITÉ ASSORTIE DE CONDITIONS DRASTIQUES ET D'UNE EFFECTIVITÉ RARE

246. Le principe de l'engagement de la responsabilité de l'Etat et des magistrats permet d'afficher le sourire. Toutefois, il n'y a pas de quoi pavoiser. En effet, la responsabilité de l'Etat est engagée en droit sénégalais lorsque le juge des tutelles ou le greffier aura commis une faute dans le fonctionnement de la tutelle, en cas de fonctionnement défectueux du service public, de faute détachable du service, et en cas de prise à partie pour faute lourde professionnelle dans l'instruction ou jugement des affaires, pour déni de justice, pour dol ou concussion. La responsabilité de l'Etat n'est donc pas automatique. Il nous semble opportun de retracer l'historique de la prise à partie en France.

⁴⁵⁹ De nombreux obstacles à la responsabilité des juges ont existé dans le système européen. Ces obstacles tiennent d'abord au fait que le Roi ne peut agir de façon illicite. Ce principe a prévalu pendant des siècles dans des Etats tels que la France, l'Angleterre, l'Allemagne et l'Italie.

En effet, l'idée de souveraineté ne pouvait aller de pair avec celle de responsabilité de l'Etat .

Pourtant, dans la démocratie grecque, il n'en a pas été ainsi où l'idée selon laquelle : « dans notre cité aucun de ceux qui, de quelque manière que ce soit, exerce une fonction publique, ne doit être dispensé de l'obligation d'avoir à répondre de son activité » est affirmée (source grecque ancienne citée par MM. GIULIANI et PICARDI, Vol note 17 et 56).

L'autre obstacle à la responsabilité du juge est l'autorité de la chose jugée. Comme l'écrit le juge FABRE « la force de vérité légale qui est attachée à une décision juridictionnelle a paru toujours faire obstacle à l'aménagement d'un système de responsabilité » (Rapport français, p.10)

Le dernier obstacle cité est la difficile conciliation de la responsabilité et l'indépendance des juges dans le cadre des principes de droit naturel. Comme le disent MM. GIULIANI et PICARDI ; la première considération de raison qui explique le principe d'immunité des juges réside plutôt dans la nécessité : « de garantir que le juge puisse exercer sa fonction dans une pleine autonomie et une totale indépendance. Vu de la sorte, l'immunité judiciaire présente un caractère relatif : elle pose le problème délicat de savoir, quelles doivent en être les limites » (MM. GIULIANI et PICARDI, Perugia Vol-supra, note 1, 591.)

M. CAPPELLETTI se pose la question suivante : « comment en d'autres termes, réaliser un équilibre entre la valeur que représente, en tant que moyen, l'indépendance des juges (indépendance à l'égard des parties au litige et l'indépendance à l'égard des pressions venant d'ailleurs) et cette autre exigence (moderne, mais aussi ancienne) de la démocratie ; à savoir que l'on reconnaisse la responsabilité des autorités étatiques » ? En tout cas : « le privilège de l'irresponsabilité judiciaire ne peut être le prix que l'on demanderait à la collectivité de payer pour que les juges soient indépendants » (Rapport Italien, Paragraphe 1 p.2)

En effet, dès le moyen Age, la prise à partie existait. C'était une accusation directe contre le juge qui donnait lieu à un duel judiciaire. SAINT-LOUIS supprima cette pratique jugée barbare, et décida que les dépositaires du pouvoir devaient indemniser du dommage causé par leur dol ou leur négligence. L'attitude du juge était laissée à l'appréciation du roi lui-même. Par la suite, le juge fut appelé à défendre son jugement devant la juridiction supérieure, sa responsabilité pécuniaire étant en jeu⁴⁶⁰.

Dans une ordonnance de 1540 rendue par François Ier, une distinction est opérée entre le recours contre l'agent et l'acte. La responsabilité du juge est soustraite au droit commun, l'action contre lui est impossible, sauf dol, fraude, concussion ou erreur évidente de fait ou de droit. L'ordonnance de BLOIS de mai 1759 y ajoute la faute manifeste. En 1667, une ordonnance consacra le nom de « prise à partie » et donna l'état définitif de cette voie de recours sous l'ancien régime. M. LAMOIGNON s'est pourtant opposé lors de sa discussion au principe même de la responsabilité du juge, mais en vain, car il ne put l'empêcher de triompher. Sous l'influence de M. BIGOT, le préambule de l'ancien code de procédure civile français fut rédigé dans l'optique de défendre la magistrature contre les retentissements ou les passions des plaideurs.

La prise à partie devait subsister jusqu'en 1933, année où celle-ci a été ouverte en cas de faute professionnelle lourde du magistrat⁴⁶¹. Auparavant, la prise à partie n'était limitée qu'au déni de justice, à la concussion et au dol.

Pourtant, en 1870, on peut se demander si la procédure de prise à partie ne venait pas de disparaître et si les magistrats ne pouvaient être poursuivis librement. Le décret du 19 septembre 1870 supprimait toutes les entraves législatives ou réglementaires aux poursuites contre les fonctionnaires. Le texte s'exprimait ainsi : « sont également abrogées toutes autres dispositions de lois générales et spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics de tout ordre »⁴⁶². Ces dispositions du décret de 1870 ne sont guère appliquées tellement il existe des obstacles à la mise en cause du juge. Encore, est-il excessif d'affirmer que le système tend à la condamnation du magistrat ou de l'Etat, car la voie

⁴⁶⁰ M. PALLUDE, « *La prise à partie dans l'ancien droit français* » Thèse Paris 1922, V. M. de HEIRE : « *Les origines et l'histoire de la prise à partie* » Thèse Bordeaux, 1928.

⁴⁶¹ Cette faute a été consacrée par le Code de procédure civile sénégalais en son article 312-1.

⁴⁶² PH. ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, Paris, L.G.D.J., 1956, *op.cit.*

menant à l'établissement de la responsabilité est étroite et parsemée d'embûches et il est clair que l'objectif a été de dissuader le plaideur mécontent de s'y engager⁴⁶³.

Aujourd'hui, dans la législation française, la prise à partie a été supprimée mais a été provisoirement maintenue en vigueur pour les magistrats non professionnels ou comme le précise l'article 781 du code judiciaire : « les magistrats faisant partie des juridictions d'attribution », les tribunaux de commerce, les prud'hommes, les tribunaux paritaires des baux ruraux et tribunaux des affaires de sécurité sociale qui y restent soumis en attendant que les lois, jugées hypothétiques par certains auteurs viennent déterminer leur statut.

Le législateur français est intervenu à travers les lois du 5 juillet 1972⁴⁶⁴ complétée par la loi organique du 18 janvier 1979⁴⁶⁵ pour distinguer la responsabilité personnelle des magistrats et la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux du service public de la justice.

Selon M. Georges WIEDERKEHR, on ne peut qu'être frappé par le laconisme des lois françaises de 1972 et de 1979. L'article L. 781-1 du code de l'organisation judiciaire, issu de la loi de 1972, pose le principe de la responsabilité de l'Etat pour fonctionnement défectueux de la justice, mais reste muet sur la compétence juridictionnelle en la matière, ne précise rien non plus à propos du domaine du régime institué et se contente de quatre mots – faute lourde, déni de justice pour définir les conditions de la responsabilité.⁴⁶⁶

Toujours selon M. WIEDERKEHR, dans le silence de la loi, compétence est attribuée au Tribunal de grande instance en cas de responsabilité de l'Etat du fait du service public de la justice et ce, malgré le principe que nul ne peut être juge et partie⁴⁶⁷.

A propos du domaine d'application de l'article 781-1 du COJ, la Cour de cassation soutient qu'il ne s'applique qu'aux usagers du service de la justice⁴⁶⁸. C'est-à-dire aux personnes visées par la procédure à l'occasion de laquelle elles ont subi le dommage. Ne sont pas

⁴⁶³ G. WIEDERKEHR, *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, op.cit. Cet auteur mérite est conforté dans sa position par E.JEULAND (*Droit processuel*, L.G.D.J, 2003, p.99.), car même si les magistrats de l'ordre judiciaire ne sont plus concernés en France par la prise à partie, la particularité du mécanisme est sa complexité car il a pour but de rendre le plus rare possible ce recours. Il faut tout d'abord obtenir une autorisation préalable du premier président de la Cour d'appel qui est accordée après avis du procureur général. Le requérant n'a ensuite que trois jours pour signifier la requête au domicile du magistrat qui a commis la faute. L'affaire suit alors la procédure ordinaire devant la Cour d'appel ou devant la Cour de cassation si c'est un magistrat d'une Cour d'appel qui est poursuivi.

⁴⁶⁴ Loi n°72-620 du 5 juillet 1972.

⁴⁶⁵ Loi organique n°79-43 du 18 janvier 1978.

⁴⁶⁶ G. WIEDERKEHR, *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, op.cit., p.18.

⁴⁶⁷ V. art. 3 de la loi de 1984-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire au Sénégal, JORS, n°4992 du 3 mars 1984, pp.124-125.

⁴⁶⁸ Civ. 1^{er} 21 décembre 1987, Bull. civ. I, n° 347, D. 1988, 578, note M. MOUSSA.

usagers ceux qui interviennent dans la procédure pour y apporter leur coopération. C'est le cas de l'expert qui ne parvient pas à obtenir le paiement de ses honoraires et qui doit être indemnisé par l'Etat, s'il parvient à prouver une simple faute de service.⁴⁶⁹

La Cour de cassation va aller plus loin en réaffirmant, pour un collaborateur potentiel du service de la justice que les dispositions de l'article L. 781-1 COJ, « ne concernent que les usagers du service public et ne sont pas applicables aux collaborateurs de ce service, donc les dommages dont ils peuvent être la victime en cette qualité sont soumis aux principes de responsabilité sans faute de l'Etat dès lors que le préjudice est anormal, spécial et d'une certaine gravité ».⁴⁷⁰

247. En droit français, la responsabilité de l'Etat née du mauvais fonctionnement du service de la justice en général n'est pas simplement régie par la loi du 5 juillet 1972. Une solution analogue a été consacrée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt DARMONT.⁴⁷¹

Cette jurisprudence consacre la fin de l'irresponsabilité de l'Etat et diffère par la même occasion des positions antérieures du juge administratif⁴⁷². Le principal motif de l'arrêt DARMONT mérite d'être reproduit, : « une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité, l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité, dans le cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, qu'en l'espèce, les décisions de sanction incriminées par le sieur DARMONT et qui ont été prononcées en 1960 et 1964 sont des décisions juridictionnelles définitives, que dès lors, les conclusions sus analysées doivent être rejetées ». L'examen de cette décision met en évidence l'idée que la responsabilité de la puissance publique ne trouve pas sa source dans l'article L. 781-1, C.O.J, dont le champ d'application est limité à la seule activité des tribunaux judiciaires, mais dans les principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique.

⁴⁶⁹ Civ. 1^{er} 14 février 1989, Bull. civ. I, n° 8 : Gaz. Pal.1. 1989, 394 note MM. SELLON et ROUSSEAU.

⁴⁷⁰ Civ. 1^{er} 30 janvier 1996 : Bull.civ., I n° 51.

⁴⁷¹ CE, Ass, 29 décembre 1978, DARMONT, Rec. p. 542.

⁴⁷² CE, Ass. 4 janvier 1952, POURCELET ; D. 1952, 304, conclusion M. DELVOLLE.

En outre, la mise en œuvre de la responsabilité de la puissance est subordonnée à une faute lourde⁴⁷³ et au déni de justice.

Traditionnellement et selon une jurisprudence française, constitue une faute lourde « celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat ou un fonctionnaire de justice, normalement soucieux de ses devoirs, n'y eut pas été entraîné »⁴⁷⁴. Il s'agissait d'une approche subjective et étroite car une telle faute est rare⁴⁷⁵

Une jurisprudence beaucoup plus récente prouve que la Cour de cassation a infléchi sa notion de faute lourde pour se rapprocher de la notion de manquement à l'Etat de son devoir de protection juridictionnelle de citoyens, idée et expression de M. Louis FAVOREU⁴⁷⁶. Constitue une faute lourde « toute déficience caractérisée par un fait ou une série de fait traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »⁴⁷⁷. Néanmoins, la faute lourde doit être prouvée par le requérant⁴⁷⁸ ; ce qui n'est pas du tout évident. C'est pourquoi l'utilisation du déni de justice, notion en pleine expansion devrait permettre d'échapper à cette difficulté.⁴⁷⁹

Certains auteurs ont suggéré qu'il y ait une meilleure articulation des deux régimes de responsabilité car le régime dualiste de responsabilité à l'égard des usagers laisse perplexe⁴⁸⁰. Ce régime dualiste renvoie d'une part à la responsabilité de l'Etat et d'autre part à la responsabilité personnelle du juge.

⁴⁷³ La question s'est posée de savoir si la notion de faute lourde est compatible avec le droit au juge et au procès équitable découlant de l'article 6 §1 C.E.D.H. Selon la Cour E.D.H, l'existence d'un régime de responsabilité propre au fonctionnement defectueux du service public de la justice, qui ne prive pas le justiciable d'accès au juge, n'est pas en contradiction avec les exigences d'un procès équitable au sens de l'article 6 § 1 de la convention V. Mme BOTELLA, *La responsabilité du juge national*, Revue trimestrielle de droit européen 40 (2) avril-juin 2004, pp.283 et s.

⁴⁷⁴ Civ, 1^{er} 30 octobre 1953; Bull. civ, I, n° 224.

⁴⁷⁵ E. JEULAND, *Droit processuel*, L.G.D.J, 2003, p.100.

⁴⁷⁶ L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, L.G.D.J, 1964, p. 534.

⁴⁷⁷ Cass. Ass. Plén, 23 février 2001, Bull. inf. cass., 1^{er} avril 2001 Concl. M. R. de GOUTTES et note Mme GALLOMP. Selon R.MARTIN, (Procédure 2001 n°8), cette formule est objective mais reste vague. Les commentateurs suggèrent une distinction proche de la responsabilité médicale. On pourrait considérer que dans l'exercice du pouvoir de juger, qui est une activité aléatoire, le juge n'ait qu'une obligation de moyen de moyen et que la victime soit tenue d'établir une faute lourde, ce qui est beaucoup plus difficile que de prouver une faute simple. En revanche, dans la gestion du dossier, la faute simple (ex. : le mauvais enregistrement du dossier, la perte d'une pièce) serait suffisante pour engager la responsabilité du service public de la justice.

⁴⁷⁸ Paris, 21 juin 1989 : Gaz Pal 1989, 944, concl. M. LUPU.

⁴⁷⁹ J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Institutions judiciaires*, 6^e édition, Dalloz, 2001, p. 231.

⁴⁸⁰ M. LUDET, *Pouvoirs*, 1995, n° 74 p. 119.

Au regard des dispositions du COA notamment les articles 142 alinéa 1 et 145, il est évident que le législateur sénégalais s'inscrit dans la même logique que celui français.

D'autres encore ont parlé d'irresponsabilité de fait du juge surtout en matière civile. Le fait que les magistrats soient ainsi pratiquement intouchables dans l'exercice de leurs fonctions est regrettable parce qu'il entraîne des effets pervers (cependant, les magistrats ne sont pas à l'abri des poursuites disciplinaires qui sont, semble-t-il de plus en plus nombreuses). Il est probable que les juges feraient moins l'objet d'attaques médiatiques, si des recours plus impartiaux étaient ouverts contre ceux d'entre eux qui faiblissent à leurs fonctions (les sanctions disciplinaires n'ont pas le même effet car elles sont internes à la justice et ne donnent pas gain de cause au justiciable lésé. En outre, elles ne sont pas publiques⁴⁸¹).

248. Le législateur sénégalais a bien réglementé la prise à partie vue son extrême sensibilité. Il l'a toujours entourée de barrières protectrices contre les actions abusives de justiciables chicaniers. Privilège normal si l'on considère les garanties procédurales dont disposent les plaideurs et la difficulté d'un service dont le recueillement naturel s'accommoderait mal des tracasseries causées par ceux que les actes de poursuites ou d'instruction ont pu mécontenter⁴⁸². La loi, écrivait M. MOREL, est partie de cette idée qu'il y a lieu de protéger le juge contre des actions plus ou moins téméraires de plaideurs mécontents⁴⁸³. Ces affirmations de MM. Philippe ARDANT et de MOREL sont pertinentes en ce sens que si on a soustrait le juge au régime de responsabilité de droit commun notamment l'article 118 du COCC et 1382 du Code civil, c'est par souci de protection.

Au Sénégal, il n'y a certes pas eu d'abrogation des dispositions de l'article 312 du CPCS consacrant les cas de prise à partie, mais celle-ci est difficile à mettre en branle parce qu'aucun magistrat ne peut être pris à partie devant la Cour d'appel sans une autorisation préalable du premier Président qui statue après avoir pris l'avis du procureur général. En effet, il n'est pas évident que le demandeur reçoive l'autorisation préalable du premier Président de la Cour d'appel.

De plus, les conditions de prise à partie posées à l'article 312 du CPCS sont difficiles à remplir et incertaines. En effet, ni la loi, ni le juge n'ont précisé s'il s'agit de conditions cumulatives ou alternatives. Il faut en outre interpréter les faits susceptibles d'être qualifiés de

⁴⁸¹ G. WIEDERKEHR, *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, op.cit., p.24.

⁴⁸² PH. ARDANT, *La responsabilité de l'Etat du fait de la fonction juridictionnelle*, L.G.D.J, 1956.

⁴⁸³ M. MOREL, cité par G. WIEDERKEHR, *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice* op.cit., p.14.

dol, de fraude, de faute lourde professionnelle. La chambre des requêtes définit le dol ainsi : « il n'y a dol, donnant lieu à ouverture à prise à partie, que lorsque le juge a mal jugé par faveur, par haine ou par corruption »⁴⁸⁴.

C'est à cet exercice d'interprétation que la juridiction compétente en matière de prise à partie ; la Cour d'appel pour les juridictions de premier degré et la Cour suprême pour les membres de la Cour d'appel⁴⁸⁵, des Cours d'Assises ou d'une juridiction entière, doit s'adonner. Lorsque la requête est admise tout de même, elle est signifiée dans les trois jours au juge pris à partie qui a l'obligation de fournir ses défenses dans les huitaines. On constate que le délai accordé au juge pris à partie pour se défendre est plus important que celui octroyé à celui faisant l'objet d'un renvoi ou d'une récusation au Sénégal.

Selon M. Alioune Badara FALL : « maintenir la procédure de prise à partie en droit sénégalais comme seul moyen d'engager la responsabilité pour fonctionnement défectueux du service judiciaire- à côté du déni de justice- c'est négliger à tort les progrès certains que le droit français a réalisés⁴⁸⁶ ». Aux termes de l'article 313 CPCS : « il y a déni de justice lorsque le juge refuse de répondre aux requêtes ou néglige de juger les affaires en état et en tour d'être jugées ». Le refus ou la négligence du juge sont donc, en droit sénégalais, les éléments matériels constitutifs du délit de déni de justice⁴⁸⁷.

Une jurisprudence sénégalaise importante ne saurait être laissée en rade. Il s'agit de l'arrêt Seybatou NDIOUR contre l'Etat ⁴⁸⁸. La question portée à l'attention des juges d'appel était de savoir si l'Etat doit répondre des dommages causés aux administrés par le mauvais fonctionnement du service public de la justice. A cette interrogation la Cour d'appel répond positivement. Pour elle, rien ne peut justifier qu'un particulier supporte seul les effets

⁴⁸⁴ Req. 6 juillet 1852.5.1858.I.497.

⁴⁸⁵ Article 90 de la loi organique 2008-35 sur la Cour suprême.

⁴⁸⁶ A.B.FALL, *La responsabilité extracontractuelle de la puissance publique au Sénégal : Essai de transposition des règles de droit administratif français dans un pays d'Afrique Noire francophone*, Thèse UCAD, TOME I 1994.

⁴⁸⁷ P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, Thèse UGB 2010, p.116. A rappeler que le déni de justice est sanctionné par l'article 165 du Code pénal sénégalais.

⁴⁸⁸ Les faits dans cette affaire se définissent comme suit : un commis principal, M. Seybatou Ndiour, en fonction au bureau central télégraphique fut inculpé de détournement de deniers publics et de corruption passive. Acquitté après douze (12) mois de détention, il a été réintégré dans ses fonctions à l'office des Postes et Télécommunications. A propos de cette affaire M. A. B. FALL dira : « la réticence du juge sénégalais à engager la responsabilité de l'Etat pour faute à l'occasion de l'activité juridictionnelle est évidente à la lecture de cette décision et rappelle celle que manifestait pendant longtemps le juge français au point qu'on a pu dire que le justiciable sénégalais se trouve dans la même situation que le justiciable français avant la réforme de 1970 ». On peut noter une certaine évolution de la question car avec la loi constitutionnelle n°2008-35 du 8 août 2008 portant création de la Cour suprême (articles 4 et 86 J.ORS n°6420, du 8 août 2008), une personne victime d'une détention provisoire peut prétendre à la réparation de son dommage après avoir bénéficié d'un non lieu, d'une relaxe et d'un acquittement.

dommageables des charges collectives. En statuant ainsi, le juge d'appel consacre la responsabilité de l'Etat en cas de détention préventive pour risque⁴⁸⁹. Il faut dire que dans cette décision, le juge n'a retenu ni la faute personnelle du juge, ni celle de service

En outre, s'il est constant que le juge peut voir sa responsabilité pénale engagée, il n'en demeure pas moins qu'il bénéficie d'une procédure qui lui accorde un privilège de juridiction. Tel n'est plus le cas en France où depuis la loi du 4 janvier 1993, les juges ne bénéficient d'aucun privilège de juridiction. L'égalité de tous devant la justice pénale est ainsi assurée.

Il faut remarquer avec le Président de l'UMS d'alors que de 1960 à 1998, 15 magistrats ont été déférés devant le Conseil de discipline et ont fait l'objet de sanctions : deux révocations, trois mises à la retraite d'office, quatre réprimandés. Les faits commis sont les suivants : dossiers prescrits, absences non justifiées, cumul d'activités, refus d'assister à l'exécution d'un condamné à mort, modification d'une décision déjà prise en présence des parties, abus de pouvoir, non déclaration à l'autorité de nomination de l'activité lucrative d'une épouse.

Ces faits ont été qualifiés de manquement au devoir de son état et à la délicatesse, de comportement indigne, de désobéissance au supérieur hiérarchique et délicatesse et de manque de probité.⁴⁹⁰

De même, si le demandeur est débouté, il peut être condamné à payer des dommages-intérêts au juge ; ce qui peut freiner son droit de saisine.

2. LA SANCTION PÉCUNIAIRE : UN ÉLÉMENT DISSUASIF POUR LE JUSTICIABLE

249. Le paiement des dommages-intérêts peut dissuader le justiciable à engager la procédure de prise à partie.

⁴⁸⁹ J.M. ZOUANKEU, *La responsabilité de l'Etat du fait de la détention préventive. Cour d'appel de Dakar 27 Juillet 1979 Seybatou NDIOUR contre Etat*, RIPAS, n°2 octobre-décembre 1981, pp.399 et s.

⁴⁹⁰ M. M. SY : « *La responsabilité des magistrats*, op.cit.

250. Dans le souci de protéger le juge, le législateur sénégalais a prévu que celui dont la demande de renvoi ou de récusation a été déclarée inadmissible ou irrecevable peut être condamné à une amende de 5.000 à 20.000 francs sans préjudice, s'il y a lieu de dommages-intérêts, et s'il s'agit d'une demande de renvoi pour cause de suspension légitime ou de sûreté publique, le montant ne peut excéder 1.000.000 au profit du défendeur requérant.

C'est la même attitude adoptée par le législateur français. En effet, non seulement la demande de récusation doit être motivée et accompagnée des pièces justificatives, mais également la partie doit récuser dès qu'elle a connaissance de la cause de récusation et au plus tard avant la clôture des débats⁴⁹¹. A notre avis, cette disposition déprotège le justiciable d'autant qu'il peut arriver que le justiciable connaisse la cause de récusation après la clôture des débats ; et dans cette occurrence toute récusation s'avère impossible. De plus, en cas de rejet de la demande de récusation, l'auteur de la demande peut être condamné à une amende civile de 15 à 1500 euros ainsi qu'à des dommages et intérêts envers le juge qu'il a voulu écarter.

Cette disposition peut être un frein à toute action du justiciable eu égard non seulement à l'amende à payer, mais également aux dommages et intérêts qui, s'ils n'ont pas été fixés forfaitairement, sont laissés à l'appréciation souveraine de la juridiction saisie.

Le justiciable ne sachant donc pas s'il sera tenu de payer des dommages et intérêts élevés, préfère ne pas intenter d'action. Si le justiciable ne devait payer qu'une amende à la rigueur, mais tel n'est pas le cas⁴⁹².

Au-delà de la difficile mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat et des magistrats, il y a le caractère théorique de l'action récursoire.

B. L'ACTION RECURSOIRE : UNE ACTION THEORIQUE

251. L'action récursoire est un recours en justice exercé contre le véritable débiteur d'une obligation juridique par celui qui est tenu de l'exécuter en tant que débiteur solidaire, garant

⁴⁹¹ Voir l'application jurisprudentielle de cette règle (article 342 CPCF) D. 1979, IR p.480 obs M. JULIEN.

⁴⁹² On pourrait se permettre de citer l'article 273 CPCF qui précise que jusqu'à l'installation d'autres Cours d'appel, les magistrats de la Cour d'appel ne peuvent faire l'objet d'une procédure de renvoi et de récusation. Lorsqu'on sait que les Cours d'appel de Ziguinchor et de Saint-Louis sont fictives, on peut douter de la pertinence de ce texte.

ou responsable du fait d'autrui.⁴⁹³ Cette action est prévue à l'article 149 COCC dans le cadre de la responsabilité des commettants du fait de leur préposé⁴⁹⁴ certes, mais selon un auteur, le fondement de l'action récursoire ne repose pas sur la faute commise par l'agent à l'égard de l'Etat qui a amené ce dernier à indemniser la victime. L'agent a subi une défaillance dans l'exercice de ses fonctions, qui a entraîné un dommage pour l'Etat, soit directement, soit indirectement lorsque ce dernier a dû désintéresser la victime. Ce qui est donc en cause, ce sont les relations administration-agent dans le cadre de l'exercice des fonctions qui ont un aspect disciplinaire et sont mieux appréciées dans le cadre du droit administratif⁴⁹⁵.

Dans l'arrêt Seybatou Ndiour⁴⁹⁶, le juge a tenu à préciser que l'action récursoire ne contribue pas à engager la responsabilité civile du magistrat. Il faut également souligner que l'action récursoire n'est mise en branle que dans le cadre d'une faute personnelle du juge. Mais dans un arrêt, la Cour d'appel de Dakar⁴⁹⁷, après avoir qualifié la faute de l'agent de faute de service, avait en même temps réservé la possibilité pour l'administration d'exercer une action récursoire contre cet agent.

En droit français, par les arrêts Larnelle et Delville, le Conseil d'Etat français a admis, pour la première fois, le 28 juillet 1951 la possibilité pour l'administration d'exercer une telle action contre son agent lorsqu'elle a été condamnée au versement de dommages et intérêts en raison d'une faute commise par lui⁴⁹⁸. Et pourtant, dans l'arrêt Poursines, le Conseil d'Etat français a décidé qu'il n'y a pas d'action récursoire possible contre les fonctionnaires⁴⁹⁹.

252. Des auteurs ont dénoncé l'hypocrisie du système fondé sur l'action récursoire de l'Etat contre le juge fautif parce qu'ils estiment que celle-ci n'a jamais été exercée⁵⁰⁰. C'est également le cas de M. Papa M. Sy qui estime que : « l'admission de la possibilité d'une

⁴⁹³ www.wikipedia.org/wiki/action récursoire en droit français.

⁴⁹⁴ L'action récursoire est également prévue à l'article 334 CF, 312 CPCS, 90 de la loi 2008-35 sur la Cour suprême et 145 alinéa 2 du COA.

⁴⁹⁵ A. BOCKEL in Encyclopédie juridique de l'Afrique Tome IX p.444. Le débat s'est également posé en France. Finalement, le juge administratif a estimé dans un arrêt (Tribunal des Conflits, 26 mai 1954) que : « s'agissant des rapports entre l'Etat et un de ses agents, le litige qui s'est élevé au sujet de tels rapports ne peut trouver sa solution que dans les principes du droit public et la juridiction administrative a seule qualité pour en connaître ».

⁴⁹⁶ RIPAS n° 2 octobre 1981, p. 399, note J.M. NZOUANKEU.

⁴⁹⁷ C.A. 26 mars 1973 Etat du Sénégal c/ Berraz.

⁴⁹⁸ www.wikipedia.org/wiki/action récursoire en droit français. C.E. Ass. 28 juillet 1951, Laruelle et Delville, Recueil 464 S. 1952.3.25 note M. MATHIOT.

⁴⁹⁹ Conseil d'Etat 28 mars 1924, Poursines, Rec.357.

⁵⁰⁰ J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Institutions judiciaires, op.cit.*, p. 239.

action récursoire a toujours revêtu un caractère exceptionnel ou théorique car malgré sa consécration à la fois textuelle et jurisprudentielle, elle n'a jamais fait l'objet d'une application effective. Autrement dit, l'Etat n'a pratiquement jamais exercé, dans les faits, une action récursoire contre un magistrat⁵⁰¹ ». Cette situation est véritablement regrettable pour le justiciable qui aurait aimé que le magistrat ne se sente pas surprotégé. Elle l'est également concernant la procédure de l'action récursoire. En effet, la doctrine sénégalaise fait remarquer que selon la position de l'agent fautif dans la hiérarchie, les relations et les appuis dont il dispose au sein de l'administration, l'action récursoire pourra ne pas être exercée, ou alors elle ne le sera qu'à l'encontre des agents subalternes « sans défense » ; ce qui bien évidemment ne correspond pas à l'esprit pour lequel elle a été instituée⁵⁰². Cette position de la doctrine Sénégalaise à laquelle nous souscrivons, est à rapprocher des conclusions de M. KAHN sur l'arrêt Jeannier. Selon lui, la mise en œuvre de la responsabilité des agents étant laissée à l'initiative des chefs de service, il est à craindre que cette responsabilité ne soit d'autant plus aisément recherchée que l'agent est plus éloigné du sommet de la hiérarchie pour ne rien dire de l'éventualité dans laquelle l'état exécutoire deviendrait, tantôt une sanction déguisée prononcée sans aucune garantie, tantôt un moyen de pression particulièrement odieux⁵⁰³. Avec la loi du 5 mars 2007, le législateur français a souhaité établir un lien entre la responsabilité civile de l'Etat et la responsabilité disciplinaire des magistrats. Ce faisant, toute décision de justice condamnant l'Etat pour fonctionnement défectueux est communiquée aux chefs de Cour d'appel intéressés par le garde des sceaux, afin de leur permettre d'engager des poursuites disciplinaires, s'ils estiment que le dysfonctionnement peut être imputable à une faute disciplinaire du magistrat⁵⁰⁴.

Si à l'égard des justiciables, la protection de l'Etat et du juge semble effective, tel n'est pas le cas concernant ce dernier à l'égard du pouvoir exécutif et législatif.

§2. UNE PROTECTION LIMITEE DU JUGE CONTRE LES AUTRES POUVOIRS CONSTITUTIONNELS

⁵⁰¹ P. M. SY, *La responsabilité du service public de la justice au Sénégal*, Nouvelles Annales africaines, N°1-2009, p.457.

⁵⁰² A. B. FALL, *La responsabilité extracontractuelle de la puissance publique au Sénégal*, op.cit., p.572. Selon l'auteur, pour que l'action récursoire soit effective, il faudrait que le juge ou l'agent judiciaire de l'Etat la déclenche automatiquement dès que l'administration est condamnée pour faute personnelle.

⁵⁰³ D. 1957 II p.748.

⁵⁰⁴ www.senat.fr/rap/108-635/108.6355.html.

253. Il s'agit de la prépondérance de l'exécutif sur le juge (A) et de la remise en cause de l'immovibilité (B).

A. LA PRÉPONDERANCE DE L'EXECUTIF SUR LE JUGE AU SENEGAL ET EN FRANCE

254. Elle trouve son explication dans le fait que le Conseil supérieur de la Magistrature traîne des lacunes (1) et la remise en cause de l'immovibilité (2).

1. LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE : UNE INSTITUTION LACUNAIRE

255. Le Conseil supérieur de la Magistrature est une institution lacunaire parce qu'au niveau de son fonctionnement, on note un certain déséquilibre au profit du pouvoir exécutif (a). En outre, le CSM sénégalais présente une certaine particularité par rapport au CSM français en matière de nomination des magistrats (b).

a) DÉPENDANCE DU CSM VIS-À-VIS DE L'EXÉCUTIF

256. La loi organique 92-27 portant statut des magistrats a précisé les pouvoirs du Ministre de la justice, Garde des Sceaux. Celui-ci, saisi d'une plainte ou informé des faits paraissant de nature à entraîner des poursuites disciplinaires contre un magistrat peut, en cas d'urgence, et sur proposition des chefs hiérarchiques, interdire au magistrat faisant l'objet d'une enquête l'exercice de ses fonctions jusqu'à décision définitive sur l'action disciplinaire.

En France, c'est le CSM qui est compétent pour le faire sur la base de l'article 51 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

Cette intervention du Ministre de la justice en matière disciplinaire constitue une atteinte à l'indépendance de la magistrature d'autant plus qu'elle anticipe sur la décision du Conseil Supérieur de la Magistrature. Le juge qui fait l'objet d'une enquête n'est pas encore déclaré coupable d'où donc l'inutilité de toute mesure de suspension qui peut lui être appliquée et ce

même si comme le précise l'article 19 de la loi organique, il existe à son encontre des « faits paraissant de nature à entraîner des poursuites disciplinaires ». Le paraître n'est pas l'être.

257. Le juge doit donc bénéficier d'une présomption d'innocence. L'examen de cette disposition permet d'arriver à la conclusion selon laquelle, le législateur sénégalais n'a pas fait mieux que son homologue français où à une certaine époque, révolue maintenant, seul le Ministre de la justice détient l'initiative des poursuites disciplinaire (art.50-1 de l'ordonnance du 22 déc.1958, modifiée) en saisissant le Conseil⁵⁰⁵.

En France, dans son rapport de juillet 1997, la commission de réflexion sur la justice, présidée par M. TRUCHE a proposé d'élargir la saisine aux chefs de Cour d'appel. Le législateur sénégalais a certainement compris que l'article 19 de la loi organique portant statut des magistrats était attentatoire à l'indépendance de la Magistrature au point où il a soutenu qu'en ce qui concerne les magistrats du siège la mesure de suspension provisoire ne peut intervenir qu'après avis du Conseil supérieur de la Magistrature. Là encore se pose la question de savoir s'il s'agit d'un avis consultatif ou conforme. Donc à aucun moment donné, le Conseil supérieur de la Magistrature qui exerce le pouvoir disciplinaire à l'égard des magistrats, ne s'auto- saisit.

Il s'agit également de l'article 27 de la loi organique portant statut des magistrats au Sénégal dans lequel il est dit que c'est le Ministre de la Justice qui fixe tous les ans par arrêté, le début des vacances des Cours et Tribunaux, de l'article 28 relatif aux autorisations d'absence accordées par le Ministre de la Justice. A l'article 54, il est mentionné que l'avancement des magistrats au premier grade n'est dû qu'au choix. Cette situation n'empêche pas l'adhésion de M. Max GOUNELLE qui soutient que la technique de l'avancement au choix « peut être une forme déguisée pour récompenser les magistrats réputés dociles »⁵⁰⁶.

258. Le Conseil supérieur de la Magistrature sénégalais est composé du pouvoir exécutif et judiciaire. La nécessité d'un Conseil supérieur de la Magistrature n'est plus à démontrer. Selon le professeur Pierre PACTET : « sur le plan juridique, l'indépendance des juges peut être garantie...en confiant le contrôle de leur avancement à un organe indépendant du

⁵⁰⁵ J.Y. MCKEE, *Le Conseil, supérieur de la Magistrature, siégeant comme conseil de discipline des magistrats du siège, et l'article 6, Conv. EDH*, Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, 2000, pp. 89 et s.

⁵⁰⁶ M. GOUNELLE, *Introduction au droit public*, 2^e édition, Paris, Montchrestien, 1989.

gouvernement et largement corporatif »⁵⁰⁷. C'est le chef de l'Etat qui est le Président du Conseil supérieur de la Magistrature, le Ministre de la Justice, le Vice-président. C'est lui qui convoque les réunions et à défaut le vice-président. En cas de délibération, la voix du Président de la République est prépondérante. Au-delà même de la composition du Conseil supérieur de la Magistrature, il faut rappeler que c'est l'exécutif qui accorde au C.S.M les crédits nécessaires à son fonctionnement⁵⁰⁸. C'est ce qui apparaît également à la lecture de l'article 8 de la loi organique 92-26 sur l'organisation et le fonctionnement du CSM modifiée : « les crédits nécessaires au fonctionnement du Conseil supérieur sont inscrits au budget du ministre de la Justice ».

En droit français, on remarque également la préséance de l'exécutif sur le judiciaire même si avec la réforme constitutionnelle de 2008, le Président de la République a été écarté de la présidence, le Garde des Sceaux, de la vice-présidence du CSM. A preuve, l'article 64 de la Constitution, qui n'a pas fait l'objet de modification, dispose que le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Le premier alinéa de cet article est incongru car autant proclamer que le loup est garant de la sécurité de la bergerie⁵⁰⁹. De même, le CSM français ne gère pas directement le corps judiciaire ; il n'est pas consulté, à l'instar de son homologue sénégalais sur son budget et il est dépourvu de compétences pour s'exprimer tant sur le statut des magistrats que sur la pertinence de leur formation⁵¹⁰. Il ne joue aucun rôle en matière de recrutement des magistrats, il n'est pas consulté quant à la nomination du directeur de l'Ecole nationale de la magistrature et des membres du conseil d'administration.

Le CSM sénégalais présente certaines particularités par rapport au conseil français.

b) LE CSM SÉNÉGALAIS: UN ORGANE AUX POUVOIRS MOINS AFFIRMÉS EN MATIÈRE DE NOMINATION DES MAGISTRATS CONTRAIREMENT À CELUI FRANÇAIS

⁵⁰⁷ P. PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 18^e édition, Paris, Armand Colin, 1999.

⁵⁰⁸ Article 22 n°66-458 du 17 juin 1966 portant règlement sur la comptabilité publique de l'Etat .

⁵⁰⁹ G. CARCASSONNE, *La Constitution*, 6^e édition, Editions du Seuil, 2004, p.294.

⁵¹⁰ J.F.KRIEGK, *Les Conseils Supérieurs de justice, clef de voûte de l'indépendance judiciaire ?* D.2004, chr p.2166.

En examinant la loi organique modifiée 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats, on remarque que l'avancement de magistrats n'est plus laissé au seul pouvoir exécutif. C'est ainsi que lorsque le Garde des Sceaux, Ministre de la justice arrête les listes de propositions à l'avancement, il les adresse au conseil supérieur de la magistrature. C'est cet organe qui dresse le tableau d'avancement.

Avant 1992, les magistrats du parquet étaient soumis à la Commission d'avancement placée sous l'autorité du Ministre de la Justice. Les magistrats ont toujours exprimé leur désaccord à l'endroit de cette Commission ; ce qui a peut-être entraîné sa suppression.

Concernant la nomination des magistrats, l'article 10 de la loi organique modifiée 92-26 précise que l'avis du Conseil supérieur est donné sur les propositions du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, après un rapport fait par un membre du Conseil. Même si le contenu de ce rapport n'est pas précisé, il ne fait aucun l'ombre d'aucun doute que ce rapport porte sur les qualités et les défauts du magistrat proposé. L'article 90 de la Constitution du 22 janvier 2001 s'inscrit dans la même logique.

259. Aux termes de l'article 4 de la loi organique n°92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats : « les magistrats sont nommés par décret du Président de la République, sur la proposition du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice⁵¹¹ ». Cette disposition suscite un certain nombre d'interrogations. En effet, le mot « proposition » ne signifie-t-il pas que le Président de la République n'est pas tenu juridiquement d'accepter les magistrats choisis par le Ministre de la justice ? Selon M. TAMBEDOU, il faut répondre par l'affirmative. Toujours selon lui, il ressort du mot « proposition » que si le Président de la République ne peut nommer que les personnes à lui désignées par le Ministre de la Justice et qu'il nomme volontiers dans la pratique, rien ne l'oblige juridiquement à le faire, il peut donc, en toute légalité, refuser de nommer les personnes à lui proposées par le Garde des sceaux même s'il lui est juridiquement impossible de nommer des personnes autres que celles-là⁵¹². Ce propos de M. TAMBEDOU est pertinent.

⁵¹¹ Voir également article 10 de la loi organique n°92-26 du 30 mai 1992 (modifiée par la loi organique 2008-36 du 8 août 2008) sur l'organisation et le fonctionnement du CSM sénégalais : « Pour les nominations des magistrats, l'avis du conseil supérieur est donné sur les propositions du Gardes des Sceaux, Ministre de la justice, après un rapport fait par un membre du Conseil ».

⁵¹² M. TAMBEDOU, *De l'indépendance du pouvoir judiciaire au Sénégal*, in *Justice et Droit en Afrique*, Mélanges Africains, Etudes Doctrinales, EDJA, p.179.

Une autre disposition qui met en exergue la prépondérance du pouvoir exécutif sur le judiciaire, c'est l'article 10 alinéa 1 de la loi 92-27 portant statut des magistrats au Sénégal qui prévoit la possibilité pour le Président de la République de dispenser les parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement d'être simultanément membres d'une juridiction d'instance ou d'appel. Il s'agit bien sûr d'un pouvoir souverain d'appréciation du Président de la République. On pourrait se poser la question de savoir sur quels critères le Président de la République doit se baser pour accorder cette dispense. En tout cas, en la matière, le CSM, demeure impuissant puisqu'il n'a aucun avis à donner, fut-il consultatif.

Plusieurs questions restent à poser : qui a l'initiative des propositions ? Est-ce le Président de la République ou le Ministre de la Justice ou le Conseil supérieur de la magistrature ? Appartient-elle concurremment à l'exécutif et au pouvoir judiciaire ? Et dans cette occurrence lequel des pouvoirs a battu le recours des propositions ?

La lecture de l'article 50 de la loi organique 92-27 du 30 mai 1992 permet de se rendre compte en tout état de cause que le Ministre de la Justice, Garde des Sceaux peut faire des propositions aux nominations des magistrats à un autre emploi. Cet article précise : « les nominations à un autre emploi d'un même groupe ou à un emploi du groupe le plus élevé du même grade ne sont dues qu'au choix. Elles interviennent au fur et à mesure des vacances, sur proposition du Garde des Sceaux, Ministre de la justice, après avis du Conseil supérieur de la magistrature ».

260. Mais sur quels critères le Ministre fait-il ces propositions ? Est-ce que le C.S.M peut refuser cette nomination ? Et le magistrat nommé ? Le C.S.M a eu à refuser d'entériner une nomination d'un magistrat au Tribunal régional Hors Classe de Dakar. Mais n'est-ce pas l'arbre qui cache la forêt ? Toujours est-il que si on veut que l'indépendance du magistrat soit effective, il faut permettre à ce dernier de se prononcer par rapport à sa nomination.

S'il est vrai que la nomination du juge se fait après avis du CSM, il ne s'agit que d'un avis simple. Pourtant, en France, le CSM donne un avis conforme en matière de nomination des magistrats du siège ; et pour les magistrats occupant de haute fonction, le Président de la République ne peut nommer que ceux qui sont proposés par le CSM⁵¹³. Aux termes de

⁵¹³ Cet état des choses est la traduction d'une évolution en la matière en droit français qui s'apprécie en partant de propos de Me J.M.VARRAUT (*Le droit au juge, op.cit.*, p.146) : « le Conseil supérieur de la magistrature n'a plus l'initiative des propositions, sauf pour les conseillers de la Cour de cassation et les premiers présidents de Cours d'appel. Pour les autres grades, il ne donne plus que des avis, le pouvoir exécutif fait ce qu'il veut ». Et

l'article 65 de la Constitution de 1958 : « la formation du Conseil supérieur de la Magistrature compétente à l'égard des magistrats du siège fait des propositions pour les nominations des magistrats du siège à la Cour de cassation , pour celles de premier président de cour d'appel et pour celles de président de tribunal de grande instance. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme⁵¹⁴ ». Ces pouvoirs du CSM français sont renforcés par la réforme constitutionnelle de 2008 qui exclut le Président de la République de la présidence du Conseil. Désormais, celui-ci est présidé par le premier président et le procureur général de la Cour de cassation.

Mais selon N. MERLEY⁵¹⁵ : « Avis simples ou avis conformes, dans un cas comme dans l'autre, la chancellerie reste maîtresse du pouvoir de proposer ou non les projets de nomination (...) Le pouvoir de nomination du chef de l'Etat intervient donc sur un choix effectué très largement par la chancellerie. C'est elle, plutôt que le Conseil Supérieur de la Magistrature qui guidera le pouvoir de nomination présidentiel ».

Si le CSM est une institution lacunaire, l'inamovibilité elle, est un principe vidé de sa substance.

2. L'INAMOVIBILITÉ : UN PRINCIPE VIDÉ DE SA SUBSTANCE⁵¹⁶

261. On serait tenté, au regard du principe de l'inamovibilité, de penser qu'elle est absolue. Cette vision est inexacte car l'inamovibilité concerne un magistrat titularisé. Or généralement, les magistrats sont des intérimaires.

Il y a lieu de relever que pour les besoins du service, un magistrat du siège peut être déplacé. En effet, la contradiction ne pourrait être qu'apparente car l'échec de l'inamovibilité est posé à l'article 5 qui a consacré un peu plus haut le principe. On peut donc lire à l'article 5 alinéa 2 de la loi organique N°92-27 portant statut des magistrats au Sénégal : « Toutefois, lorsque les nécessités du service l'exigent, les magistrats du siège peuvent être provisoirement déplacés

l'auteur de conclure par cette petite phrase de l'union syndicale des magistrats « l'art de faire sa cour est souvent le meilleur atout pour obtenir un avantage de carrière ».

⁵¹⁴ Il s'agit de la réforme constitutionnelle du 19 juillet 1993.

⁵¹⁵ N. MERLEY, *Le chef de l'Etat et l'autorité judiciaire sous la Ve République*, RDP 3, 1997, p. 23.

⁵¹⁶ Cette expression a également été utilisée par le magistrat O. GAYE, « *Le pouvoir exécutif dans ses relations avec les autres pouvoirs* » in Les actes du colloque international sur l'Etat de Droit et la séparation des pouvoirs, organisé par l'Association Ouest Africaine des Hautes juridictions francophones, Cahiers de l'Association Ouest africaine des hautes Juridictions francophones, Cotonou du 13 au 15 janvier 2004, p.105.

par l'autorité de nomination, sur l'avis conforme et motivé du conseil supérieur de la magistrature qui indiquera la durée maximum pour laquelle le déplacement est prévu ». De la lecture de cet article, il s'évince l'analyse selon laquelle, le déplacement n'est motivé que pour les exigences du service. Trois conditions sont posées par l'article 5 alinéa 2 de la loi 92-27 : une affectation provisoire, l'obligation pour l'autorité de nomination de saisir le Conseil Supérieur de la Magistrature, l'obligation pour le Conseil Supérieur de la Magistrature de rendre un avis conforme et motivé. On remarque qu'à l'instar de l'article 68 alinéa 2 de la loi organique portant statut des magistrats, le magistrat affecté n'a aucune possibilité de choix. Tous ces développements montrent qu'il y a des contournements massifs du principe de l'inamovibilité.

262. Comme toutes les dispositions ambiguës, il faut se poser la question de savoir en face de quelles hypothèses peut –on dire que les besoins du service l'exigent. Il est clair que dans une affaire où devaient siéger trois magistrats, s'il y en a qu'un, le magistrat du siège susceptible d'être déplacé peut l'être par l'autorité de nomination. Au delà de cette hypothèse, il appartiendra sûrement à l'autorité de nomination d'apprécier les besoins du service⁵¹⁷. En outre, il faut noter que le déplacement n'est pas définitif mais provisoire et qu'il faut l'avis conforme et motivé du Conseil Supérieur de la magistrature. Cet avis indiquera la durée pour laquelle le déplacement est prévu. Autrement dit, tout magistrat du siège déplacé, doit connaître la durée de son déplacement. Le juge sénégalais⁵¹⁸ a eu à dire que les affectations nouvelles qui ont permis de nommer le magistrat FALL en qualité de procureur de la République par intérim et détacher son collègue NDIAYE auprès du Ministère de l'Enseignement Supérieur sont fondées sur les nécessités de service et sont respectueuses des obligations procédurales.

Les faits de la cause sont les suivants : le 21 juillet 2000, le Président de la République, conformément à l'article 90 de la Constitution, qui lui octroie la possibilité de nommer les magistrats, édicte deux décrets : le décret n°2000/623 porte nomination du sieur FALL précédemment juge intérimaire au tribunal régional hors classe de Dakar, en qualité de procureur de la République par intérim au tribunal régional de Kolda pour une période de trois

⁵¹⁷ Selon A. BA in « Droits et responsabilités des juges », allocution prononcée à la cérémonie de rentrée solennelle des cours et tribunaux 1992-1993, la nécessité de service est une notion non définie, aux contours imprécis p.12 V. D. NDOYE, *Droits et responsabilités des juges au Sénégal*, Dakar, édition CAFORD, 2002, p.12.

⁵¹⁸ Conseil d'Etat Sections Réunies n°2/2002 du 18 Avril 2002, *La balance*, *Le journal de l'Union des Magistrats du Sénégal*, n° spécial, août 2002, p.45.

ans et le décret n°2000/611 porte détachement du sieur NDIAYE auprès du Ministère de l'enseignement supérieur. Ce qui est curieux dans cette affaire, c'est que la deuxième section du Conseil d'Etat avait donné raison aux requérants ; ce qui n'a pas été de l'avis des sections réunies. L'UMS, à la suite de cette affaire, a rendu un communiqué public dans lequel, elle « regrette les dernières mesures d'affectations surprenantes prises par le Conseil supérieur de la Magistrature en ce qu'elles enfreignent délibérément les principes de l'inamovibilité des magistrats du siège... et apporte son soutien aux collègues qui auront décidé d'utiliser les moyens légaux pour être rétablis dans leurs droits⁵¹⁹ ». Autant nous cautionnons l'idée du communiqué et son contenu, autant nous nous posons des questions quant aux mesures de soutien de l'UMS. N'est-il pas temps qu'elle se constitue en véritable syndicat ?

Hormis cet article, il faut citer l'article 68 alinéa 2 de la loi organique 92-27 portant statut des magistrats au Sénégal qui traite de l'intérim. Cet article dispose : « si le nombre des magistrats disponibles dans la juridiction ne permet pas de combler toutes les vacances d'emploi, le service peut être assuré par un intérimaire choisi parmi les magistrats des cours et tribunaux conformément aux articles 5 et 6 du présent statut ». Il ressort de cette disposition que le magistrat intérimaire peut être soit un magistrat du siège, soit celui du parquet. En outre, les magistrats intérimaires peuvent être affectés sans leurs avis comme le précise l'article 68 alinéa 2 de la loi 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats. La condition posée par cette disposition c'est l'insuffisance du nombre des magistrats disponibles dans la juridiction.

263. La question qui mérite d'être posée est celle de savoir si un magistrat qui s'estime lésé par son déplacement peut obtenir une réparation à défaut de pouvoir opposer un refus. A notre avis, cette réparation pourrait être due, s'il s'avère que les raisons évoquées par l'autorité de nomination et le Conseil supérieur de la magistrature manquent d'envergure. Encore faudrait-il en apporter la preuve. Ce qui est constant, c'est qu'un magistrat peut, s'il estime qu'un décret qui l'a déplacé n'a pas bien déterminé les « nécessités de service », saisir la chambre administrative de la Cour suprême en annulation dudit décret⁵²⁰.

⁵¹⁹ *Sud Quotidien* du 7 août 2000, p.5.

⁵²⁰ V. M. NGAIDE, Note sous C.E, Sections Réunies, N° 2/2002 du 18 avril 2002 (Cet arrêt est publié dans *La balance*, Le journal de l'Union des Magistrats du Sénégal, n° spécial août 2002, p.44) « *Le principe de l'inamovibilité des magistrats devant le Conseil d'Etat du Sénégal* », Nouvelles Annales africaines, N°1-2009, pp. 511 et s.

En France, certains auteurs ont considéré l'effectivité de l'inamovibilité comme illusoire. C'est l'exemple de MM.P. HEBRAUD et DEBRE : « nul ne fait illusion sur sa conservation pour ne pas créer, si peu que ce soit, l'apparence d'une atteinte à l'indépendance, mais ce principe s'est vidé de toute sa substance ». Pour P. HEBRAUD : « ...la dégénérescence tient de ce qu'elle est purement statique, alors que la magistrature deviendra une carrière et a besoin de garanties dynamiques » et pour cela « ...les garanties disciplinaires, lorsque surmontant les entraves traditionnelles, parviennent à s'organiser, sont d'une efficacité plus réelle »⁵²¹. Pour M. DEBRE, « l'inamovibilité, garantie de l'indépendance, n'est qu'un mythe depuis qu'on a organisé la carrière des fonctionnaires et qu'on leur a accordé le bénéfice d'un statut : c'est cette organisation de la carrière qui a rendu inutile l'inamovibilité des membres du conseil d'Etat ... »⁵²².

264. Leur point de vue a été conforté par la position du Conseil constitutionnel français qui, dans un premier temps adopte une conception rigoureuse de l'inamovibilité⁵²³. Selon le juge de la conformité des lois à la Constitution, le magistrat ne peut être révoqué, suspendu ou destitué en dehors des garanties prévues par le statut. De plus, il ne peut être déplacé d'une juridiction à l'autre ou affecté d'office par le gouvernement. Ainsi, le fait de pourvoir d'office à l'affectation des conseillers référendaires à la Cour de cassation, à l'expiration du terme de 10 ans n'est pas conforme au principe de l'inamovibilité posé par la constitution. Pourtant, dans une autre décision⁵²⁴, le Conseil a revu sa copie. Selon lui, le principe de l'inamovibilité est satisfait quand sont précisés les cas dans lesquels les magistrats peuvent être appelés à effectuer un remplacement ou à être remplacés, et quand la désignation du remplaçant est faite par une ordonnance du premier Président de la Cour précisant le motif, la durée et le terme du remplacement. En revanche, est contraire aux exigences de l'inamovibilité, la possibilité de remplacer le remplaçant lui-même au bout de six mois sans que l'empêchement du titulaire normal ait pris fin : le remplaçant n'est en effet alors désigné que de manière précaire et on peut craindre qu'il ne soit sensible dans les décisions qu'il rendra, à la perspective de « mériter » une nouvelle affectation agréable ou d'éviter une mutation moins agréable. Dans cette décision, la notion de consentement du magistrat disparaît de la définition et il s'agit incontestablement d'une régression même si l'on comprend les raisons pratiques pour

⁵²¹ P. HEBRAUD, *L'autorité judiciaire*, D.1959, chron.77.

⁵²² M. DEBRE cité par PH. BRETTON, *L'autorité judiciaire gardienne des libertés essentielles et la propriété privée*, Thèse Paris, 1964, p.206.

⁵²³ Décision n°67-31 DC du 26 janvier 1967 Recueil des décisions du Conseil constitutionnel p.19.

⁵²⁴ Décision n°80-123 du 24 octobre 1980 loi relative au statut des magistrats www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les décisions.

lesquelles le système a été mis en place⁵²⁵. Il faut rappeler que cette loi organique soumise au contrôle de la Haute juridiction française avait pour objet de remédier aux absences ou empêchements temporaires dus à des congés de maladie, longue maladie, pour adoption ou pour couches et allaitement, ou à des stages de formation qui perturbent le fonctionnement normal des juridictions et sape donc le principe de la continuité du service public de la justice. La féminisation de la magistrature française est bien prise en compte.

Le pouvoir judiciaire subit les coups de butoir du pouvoir législatif au-delà du pouvoir exécutif.

B. L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR DANS LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

265. L'article 2 du Code civil prévoit que : « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ». A la lecture de cet article, on peut soutenir que la solution d'un litige ne dépend pas en principe d'une loi nouvelle. Le juge est assuré que l'acte juridique qu'il doit appliquer ne sera pas modifié. Cependant, il faut préciser que le principe de non rétroactivité n'ayant valeur constitutionnelle qu'en matière répressive, l'article 2 n'a la valeur que d'une loi ordinaire et ne s'impose pas au législateur qui peut donc y déroger.⁵²⁶ Il y a donc des hypothèses dans lesquelles, le pouvoir législatif porte atteinte au pouvoir judiciaire et méconnaît par la même occasion le principe de la séparation des pouvoirs. C'est le cas des lois expressément rétroactives, des lois de validations législatives et des lois interprétatives. On parle de lois expressément rétroactives lorsque le législateur entreprend de donner ouvertement un effet rétroactif à ses lois. Dans bien des cas, on note la remise en cause ou la méconnaissance par le législateur du principe de la non rétroactivité des lois en droit français. Cela s'est produit par exemple à propos des voyageurs représentant ou placiers, appelé par abréviation V.R.P.

Une loi du 18 juillet 1937 avait défini leur statut mais, dans l'application, certaines difficultés, toujours les mêmes avaient suscité un grand nombre de procès. Petit à petit, la Cour de cassation avait abouti à donner à ces litiges des solutions uniformes mais qui furent

⁵²⁵ L. FAVOREU, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1980*, Chroniques constitutionnelles françaises, RDP, 1981-3 p.638.

⁵²⁶ C. SANDRAS, *Les lois de validation, le procès en cours et l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, N°51 2002, pp.629-658.

jugées par les V.R.P contraires à leurs intérêts. Alors, voici que le 7 mars 1957 est promulguée une loi à la fois interprétative et rétroactive qui substitue aux textes, interprétés par la Cour de cassation d'une certaine façon, des textes nouveaux disant explicitement le contraire. Voici aussi le problème des accidents de trajet. A propos d'une question intéressant grandement les victimes de tels accidents, une profonde divergence a opposé longtemps de nombreuses Cours d'appel à la Cour de cassation. Il a fallu que le débat soit porté devant les chambres réunies qui ont solennellement mis fin à la résistance des Cours d'appel. Mais, dans le temps même où ce débat avait lieu, les propositions de loi étaient déposées à l'Assemblée nationale en vue de faire consacrer par un texte de loi la thèse contraire. Et pour finir, cet effort aboutit avec succès, à la loi 63-820 du 6 août 1963 dont le dernier paragraphe avait, à la vérité, un caractère extraordinaire. Il disait que les dispositions de la loi étaient : « applicables aux accidents survenus après le 31 décembre 1962 soit sept mois avant la loi ainsi qu'aux instances en cours engagées à l'occasion d'accidents survenus avant cette date, y compris, les affaires pendantes de la Cour de cassation ou renvoyée devant une Cour d'appel après cassation ».

Les validations législatives consistent en « l'intervention du législateur en forme de loi destinée, à titre rétroactif ou préventif, à valider de manière expresse, indirecte ou même implicite, un acte administratif annulé ou susceptible de l'être ». En effet, une loi de validation peut intervenir alors qu'un procès est en cours pour orienter la solution du litige. Il est clair que les lois de validation portent atteinte au principe de la séparation des pouvoirs qui est une pièce maîtresse de tout système démocratique. Selon la Cour de cassation française, la loi de validation ne doit pas avoir pour unique objectif d'exercer une influence sur le juge à l'occasion d'un litige déterminé.⁵²⁷

Le Conseil constitutionnel sénégalais a eu à déclarer non conforme à la Constitution l'article 33 de la loi organique n°92-25 du 30 mai 1992 relative à la défunte Cour de cassation instituant le rabat d'arrêt. Aux termes de l'alinéa 2 de cet article : « cette voie de recours n'est pas applicable aux arrêts rendus par la Cour suprême dans les matières qui relèvent des compétences de la Cour de cassation depuis l'entrée en vigueur de la présente loi organique si lesdits arrêts n'ont pas été entièrement exécutés à la date du pourvoi ». On remarque donc que le rabat d'arrêt remet en cause l'autorité de la chose jugée d'une décision et le sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs.

⁵²⁷ Cass 1^e civ-, 22 fév 2000. Bull.Civ. I, N° 53.

En effet, l'intervention du législateur sénégalais avait pour but de remettre en cause l'arrêt n°34 de la Cour suprême rendu le 11 avril 1990.⁵²⁸

266. Au-delà des lois de validation, il existe des lois interprétatives qui remettent en cause le principe de la non rétroactivité des lois. Dans le cadre des lois d'interprétation, il s'agit de la part du législateur non pas de donner des décisions ou ordres directs, mais plutôt de trancher une controverse ou une difficulté juridique à la manière d'un juge. Dans la loi d'interprétation, le législateur prend une position analogue à celle du magistrat. Par hypothèse l'état du droit existant est obscur ou controversé et le législateur adopte une solution qui aurait pu être adoptée par la seule jurisprudence ; ce qui veut dire qu'il se propose d'agir comme un interprète et non comme un législateur.⁵²⁹

Partant de ces exemples, on peut remarquer que le principe de la non rétroactivité des lois est quelque fois méconnu par le législateur. Cela pourrait se justifier par le fait que ce principe n'a pas de valeur constitutionnelle sauf en matière pénale et que le procès constitue une situation juridique légale, mais il ne faut tout de même pas occulter qu'il y a un recul de la sécurité juridique des parties au procès qui craindront tout le temps de voir l'issue du procès prendre une autre direction que celle prévue. Faut-il donc envisager une collaboration entre le juge et le législateur autrement dit, le législateur doit-il consulter le juge avant d'édicter des normes ?

Dans tous les cas, il n'appartient pas au juge, au moment de donner une solution du litige de se soucier d'un projet de loi ou d'une proposition de loi en discussion à l'Assemblée nationale ; ceci remettrait en cause son indépendance. En outre, si l'on admet l'idée d'une

⁵²⁸ Cette affaire opposait Air Afrique à cinq travailleurs sénégalais licenciés et bénéficiaires d'une condamnation ayant été exécutée en France par le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 13 avril 1992. Le Ministre de la Justice du Sénégal d'alors a, par requête du 17 novembre 1992, saisi la nouvelle Cour de cassation pour lui demander de rabattre l'arrêt n°34 de la Cour suprême rendu le 11 avril 1990. Les intéressés ont soulevé l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 33. Par une décision du 23 juin n°11/93, le Conseil constitutionnel leur a donné raison. Cette décision a été commentée par le Professeur E. H. MBODJ sous l'intitulé « *La mort du rabat d'arrêt* » (V. Le pouvoir judiciaire au Sénégal face aux autres pouvoirs, Edition CAFORD, Collection « Le droit de savoir », N°8). Pour contrecarrer l'exécution de la décision prononcée par le Tribunal de Grande Instance, l'Etat du Sénégal a conclu un accord international avec la France le 16 février 1994. Cet accord a été publié par le décret n°94-142 du 18 février 1994. La Cour d'appel de Paris se soumit à cet acte d'Etat par un arrêt du 26 février 1998 en arrêtant l'exécution des décisions de justice. Heureusement pour les plaignants, le Conseil d'Etat français a annulé le 23 février le décret précité.

⁵²⁹ P. ROUBIER, *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours*, Mélanges MAURY, Paris, Dalloz et Sirey Tome II, p. 513.

consultation du législateur par le juge, d'aucuns pourraient y voir un empiètement du premier sur le pouvoir judiciaire et par conséquent une remise en cause du sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs. Comme solution, il faut donc limiter les nombreuses hypothèses d'intervention du législateur sur les procès en cours. Cela suppose que le législateur pose des règles de procédure précises et claires d'une part, à défaut qu'il laisse le soin au juge de combler ces lacunes d'autre part. La sécurité du plaideur et le souci d'une bonne administration de la justice impliquent que le législateur ne vienne pas modifier le cours de la justice une fois l'instance engagée⁵³⁰.

SECTION II. LES SOLUTIONS À LA REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ

267. Il s'agira de réformer le CSM (§1) et de raffermir l'indépendance fonctionnelle des magistrats à l'égard des pouvoirs autres que l'exécutif (§2).

§1. LA NÉCESSAIRE RÉFORME DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE FRANÇAIS ET SÉNÉGALAIS

268. Il est tout de même surprenant de parler de réforme du Conseil supérieur de la magistrature d'autant qu'en France et au Sénégal des réformes ont eu lieu récemment. Il s'agit respectivement de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République et de la loi organique 2008-36 modifiant les lois organiques 92-26 du 30 Mai 1992 portant organisation et fonctionnement du CSM⁵³¹.

Ces différentes réformes, si pertinentes soient-elles n'en présentent pas moins quelques réticences.

La réforme du CSM passe par le réaménagement de la composition de celui-ci (A), le renforcement de ses pouvoirs (B).

⁵³⁰ Selon la C.E.D.H : « si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant des lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige » C.E.D.H , M.M ZIELINSKI et autres c/France (Point 57) N° 24.846/94 et 34.173/96 V. également X. PRETOT, *Les validations législatives et le droit au procès équitable*, R.D.P., 2001-1-p.23

⁵³¹ JORS n°6420 du Vendredi 8 août 2008, pp.773 et s.

A. LE RÉAMENAGEMENT DE LA COMPOSITION DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

269. Le CSM sénégalais est une institution mixte puisque composé du pouvoir exécutif et judiciaire et n'enregistrant guère la présence de personnalités n'appartenant pas à ces deux pouvoirs. Il faut donc à notre avis changer d'approche et de vision non seulement en excluant le pouvoir exécutif de la composition du CSM, mais également en incluant des personnalités de la société civile par exemple.

En effet, l'exclusion de l'exécutif se justifie pour plusieurs raisons notamment le fait que le CSM ne joue pas un grand rôle dans le fonctionnement de la justice. Nous en voulons pour preuve les avis non conformes qu'il rend en matière de nomination des magistrats. En outre, lorsque le Ministre de la Justice arrête les listes des propositions à l'avancement, il les adresse au Conseil supérieur de la Magistrature. Mais ce que la loi organique ne précise pas c'est si le C.S.M peut, lorsqu'il doute des qualités des magistrats candidats à l'avancement proposés par le Ministre de la justice, exercer des recours ou faire des observations sur le choix⁵³².

Selon un quotidien français bien connu : « il faut que peu à peu l'opinion s'accoutume à cette vérité qu'en matière de justice notamment le contrôle hiérarchique et le système de l'avancement sont une forme de vénalité. On ne paie pas ses juges, mais on les récompense ».⁵³³ L'auteur poursuit : « de toute façon le principe même d'une notation quelle qu'elle soit, comme celui des tableaux d'avancement, des listes d'aptitudes, des grades et des sous grades ne permet pas aux juges, qui sont garants des libertés des citoyens, d'être eux-mêmes entièrement libres s'ils ambitionnent, suivant l'expression consacrée de faire carrière ».

⁵³² Il est vrai qu'on pourrait nous rétorquer que l'avancement dépend en grande partie de la note donnée par les chefs de Cour au magistrat qui veut passer au premier grade et que c'est le CSM qui dresse le tableau d'avancement. Mais n'est-ce pas le Garde des Sceaux qui arrête les listes de propositions ? Tient-il toujours compte de la note donnée ? Le CSM ne dresse-t-il pas le tableau d'avancement en raison du nombre de postes vacants signalés par le garde des Sceaux ? De plus, même si le magistrat non proposé peut adresser une requête en vue de son inscription au Président et aux membres du Conseil supérieur de la Magistrature est-ce que ces derniers sont tenus de donner une réponse favorable ? Assurément non ! Dans cette occurrence, un recours est-il possible ?

⁵³³ Cité par H. PASCAL, *Une certaine idée de la Justice*, Fayard, 1973.

270. Au Sénégal, tous les ans, avant le 15 août, les chefs de juridiction d'appel transmettent, pour information, au Président de la Cour suprême pour les magistrats du siège, et au Procureur général près de ladite Cour, pour les magistrats du parquet, une notice concernant chacun des magistrats de leur ressort en activité, en congé administratif ou en congé maladie de longue durée. Cette notice contient une note chiffrée sur vingt, une appréciation circonstanciée et tous renseignements sur la valeur professionnelle et morale de chaque magistrat. Chaque notice éventuellement accompagnée d'un état des inspections dont le magistrat a été l'objet au cours de l'année, est également transmise au Garde des sceaux, Ministre de la justice. A notre avis, le législateur sénégalais devrait s'inspirer de son homologue français qui a exclu le Président de la République de la présidence du CSM afin de lever tout soupçon de justice qui est à la solde du Gouvernement.

Il est donc évident qu'un magistrat qui souhaite avancer doit tout faire pour s'attirer les faveurs de son supérieur hiérarchique et ce, d'autant plus que la note est transmise au ministre de la justice. Toutes ces raisons on fait dire à certains qu'il faut couper les ponts entre le gouvernement et la magistrature.⁵³⁴

Dès 1840, PORTALIS disait « j'ai vu quelque fois au bruit d'une avance d'emploi, un tribunal presque entièrement déserté par les magistrats impatients d'avancement et le ministre obligé de révoquer tous les congés pour dissiper l'essaim des solliciteurs »⁵³⁵.

Un humoriste disait : « il n'y a qu'un magistrat indépendant en France, c'est le Président de la Cour de Cassationà condition qu'il soit grand officier de la légion d'honneur ». On peut donc aisément mesurer au regard de toutes ces précisions, les effets pervers de l'avancement des magistrats.

271. Ce qu'il y a lieu de faire pour éviter le pire, c'est non seulement préciser les critères d'avancement des magistrats mais aussi exclure toute intrusion de l'exécutif sur la carrière des magistrats. Nous n'irons pas jusqu'à demander la suppression pure et simple du Ministère de la Justice comme l'a suggéré M. Alassane Bassirou DIOUF, alors premier Président de l'ancienne Cour suprême, en novembre 1991, lors de la rentrée solennelle des Cours et tribunaux, en ces termes : « puisqu'on ne voit que des députés pour administrer le pouvoir législatif, puisqu'il n'y a que des ministres à la tête des principales activités nationales dévolues à l'exécutif, il nous apparaît de plus en plus contraire à la raison que la justice soit

⁵³⁴ Expression de Me J. M. VARRAUT, *op.cit.*, p.139.

⁵³⁵ Cité par Me J. M. VARRAUT, p. 145.

confiée et recommandée, comme frappée d'incapacité, à un pouvoir extérieur à elle, tandis qu'on continue de l'affubler de l'appellation pouvoir judiciaire⁵³⁶ » ou proposer la création d'un Ministère chargé des relations avec le pouvoir judiciaire.⁵³⁷ Ce qu'il faudrait faire à notre avis, c'est instituer une véritable collaboration entre le pouvoir judiciaire et le Ministère de la Justice au lieu donc de penser les rapports de l'exécutif et du judiciaire en termes de tutelle, il vaut mieux parler de collaboration.

272. Le réaménagement de la composition du CSM suppose l'inclusion des personnalités de la société civile dans la composition du conseil. C'est en tout cas l'avis de M. Tamberdou.⁵³⁸ Selon lui, le CSM doit être composé de 21 membres dont 11 seront des personnalités de la société civile (pour éviter un gouvernement des juges ou un corporatisme judiciaire dit-on) dont l'intégrité, la probité et l'indépendance sont nationalement reconnues ; âgées de 45 ans au moins, elles seront élues au suffrage universel direct et resteront en fonction jusqu'à 80 ans, avec les mêmes salaires et les mêmes avantages matériels que les magistrats professionnels⁵³⁹.

En France, la nouvelle composition du Conseil supérieur de la magistrature n'a cependant, pas paru parfaite à la Commission de réflexion sur la justice nommée en 1997 par le Président de la République. Celle-ci a considéré que le nombre de membres magistrats était trop élevé par rapport au nombre de membres étrangers à la magistrature et que, de ce fait, la composition du Conseil supérieur de la magistrature comportait un risque de corporatisme.⁵⁴⁰

Elle a donc proposé de modifier la composition du Conseil de telle manière qu'une place plus importante soit laissée aux personnes extérieures⁵⁴¹. Le projet de loi constitutionnelle relatif au Conseil supérieur de la magistrature a, en conséquence, prévu que celle-ci comprendrait désormais dix personnalités n'appartenant ni au parlement, ni à l'ordre judiciaire, ni à l'ordre administratif ; quatre étant désignés conjointement par le vice-président de la Cour de cassation et le Président de la Cour des comptes et les six autres étant désignés par le

⁵³⁶ Le pouvoir judiciaire au Sénégal face aux autres pouvoirs, Editions CAFORD, N° 8.

⁵³⁷ M. TAMBEDOU, *De l'indépendance du pouvoir judiciaire au Sénégal*, in *Justice et Droit en Afrique*, Mélanges Africains, Etudes Doctrinales, EDJA, pp.169 et s.

⁵³⁸ M. TAMBEDOU, *De l'indépendance du pouvoir judiciaire au Sénégal*, op.cit., pp.169 et s.

⁵³⁹ M. TAMBEDOU, *De l'indépendance du pouvoir judiciaire au Sénégal*, op.cit., p.208.

⁵⁴⁰ Rapport de la commission de réflexion sur la Justice, La Documentation française, 1997 p.52.

⁵⁴¹ C. BIGAUT et J.P. LAY, *La réforme du Conseil supérieur de la Magistrature*, D. 1995, chron p. 275.

Président de la République, le Président du Sénat et le Président de l'assemblée nationale désignant chacun deux personnalités.

273. Quant à la formation compétente à l'égard des magistrats du siège, elle comporterait à l'issue de cette réforme, quinze membres : le Président de la République, le Garde des Sceaux, cinq magistrats du siège, un magistrat du parquet, un conseiller d'état et six des dix personnalités extérieures précités. Aujourd'hui, le travail de la Commission de Réflexion sur la justice de 1997 n'est plus d'actualité avec la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008.

Qu'il nous soit permis de rejeter l'opinion selon laquelle le nombre de magistrat trop élevé par rapport au nombre de membres étrangers présente un risque de corporatisme car l'un des objectifs visé par la création du Conseil supérieur de la magistrature est la protection des magistrats. Ce nombre leur permettrait donc de résister beaucoup plus aux influences extérieures et ce n'est que justice car les magistrats sont ceux qui sont le plus concernés par leur statut. D'ailleurs, l'USM en France a combattu l'idée de mettre en minorité les magistrats dans les différentes formations du CSM⁵⁴². Selon ce syndicat de la magistrature, le CSM majoritairement composé de magistrats est conforme aux grands principes internationaux édictés notamment par la recommandation R 94-12 en date du 13 octobre 1994 du Conseil de l'Europe, la Charte européenne sur le statut des juges de Juillet 1998, l'avis n°10 du Conseil consultatif des juges européens de novembre 2007, la Déclaration du réseau européen des conseils de justice de mai 2008 ou les résolutions de l'association européenne des magistrats de mai 2006 et mai 2008. A notre avis, le CSM français doit être composé majoritairement de magistrats même si l'ouverture au monde extérieur est recommandée.

En attendant que ces solutions se concrétisent, il faudra veiller au renforcement des pouvoirs du CSM.

B. LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE

274. En l'état actuel de leur fonctionnement, les CSM sénégalais et français méritent de voir leurs pouvoirs renforcés. Il faut donc faire en sorte que le Conseil supérieur de la magistrature

⁵⁴² www.union-syndicale-magistrats.org/Web/upload_fich/publication/fiches_techniques/.

soit la seule entité qui gère la carrière des magistrats. De plus, et pour le cas du Sénégal, celui-ci doit être en mesure de donner un avis conforme en matière de nomination de ceux-ci comme c'est le cas en France pour les magistrats du siège ; les différents CSM doivent avoir leur mot à dire en matière de budget⁵⁴³ car dit-on, « l'argent est le nerf de la guerre » et l'augmentation du budget de la justice ou sa diminution peut être une arme de domestication des magistrats. Pourquoi ne pas envisager carrément une autonomie budgétaire du CSM français et sénégalais ?

275. Le renforcement des pouvoirs du CSM suppose que les modalités du fonctionnement du Conseil ainsi que l'organisation de son secrétariat ne soient plus fixés par décret mais par un règlement intérieur. Seulement, le CSM sénégalais doit faire montre de beaucoup de responsabilité car de nombreux magistrats ont critiqué le CSM en matière de nomination et de promotions qui ne se feraient pas selon des critères objectifs. C'est pourquoi un juge a décidé de créer un syndicat pour protester contre les décisions du CSM⁵⁴⁴.

Le CSM sénégalais doit pouvoir donner à tout moment son avis conforme en matière de déplacement pour nécessités de service. Il en est de même pour les vacances judiciaires qui doivent être fixées par le CSM et non par le Ministre de la Justice, Garde des Sceaux. Le CSM doit avoir son mot à dire dans le découpage de la carte judiciaire.

276. De plus, une réforme du CSM sénégalais est souhaitable afin de rendre les magistrats élus majoritaires dans sa composition⁵⁴⁵.

En France, le CSM a souhaité dans son rapport 2002-2003 que la nomination du directeur de l'Ecole nationale de la magistrature soit subordonnée à son avis et avoir un droit de regard sur les programmes de formation des magistrats⁵⁴⁶.

En somme, aussi bien en France qu'au Sénégal, il faut opter pour le système d' « *autogoverno* » comme en Italie c'est-à-dire que la carrière, le recrutement, la promotion,

⁵⁴³ Aux termes de l'article 22 du décret 66-458 du 17 juin 1966 portant Règlement sur la comptabilité publique de l'Etat (JORS du 30 juin 1966), c'est le Ministre de la Justice qui est l'administrateur principal en recettes et en dépenses du budget en question. C'est également le cas de l'article 8 de la loi organique n°2008-36 du 8 août 2008 modifiant la loi organique 92-26 du 30 mai 1992 portant organisation et fonctionnement du CSM qui dispose que les crédits nécessaires au fonctionnement du Conseil supérieur sont inscrits au budget du ministère de la Justice. En France, les crédits du CSM ne sont pas détachés du budget du Ministère de la justice. Le CSM a souhaité un détachement, ce qu'a refusé le Ministère (V. Rapport d'activité 2007 CSM, 2008 p.5)

⁵⁴⁴ D. SY, *La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal* www.afrilex.u-bordeaux4.fr N° 3, juin 2003.

⁵⁴⁵ Sénégal-Le secteur de la justice et l'Etat de droit Etude d'AfriMAP et d'OSIWA, *op.cit.*, p.13.

⁵⁴⁶ CSM, Rapport d'activité 2002/2003, Edition du Journal officiel 2004, p.94.

l'avancement et le pouvoir disciplinaire sur les magistrats sont confiés au CSM.⁵⁴⁷ A notre avis ces revendications méritent d'être satisfaites.

Autre solution participant de la consolidation du statut du juge c'est le raffermissement de l'indépendance fonctionnelle des magistrats.

§2. LE RAFFERMISSEMENT DE L'INDÉPENDANCE FONCTIONNELLE DES MAGISTRATS À L'ÉGARD DES POUVOIRS AUTRES QUE L'EXÉCUTIF

277. Dans ce paragraphe, l'accent sera mis sur le pouvoir législatif et les pouvoirs que l'on pourrait qualifier d'informels ou de fait à savoir les médias, l'opinion publique et les lobbies financiers ou religieux. Mais également sur les rapports entre pouvoir judiciaire et législatif.

Il est constant que lorsqu'on parle d'indépendance organique ou fonctionnelle du pouvoir judiciaire c'est par rapport à l'exécutif. Toutefois, il ne faut pas oublier que le pouvoir législatif empiète parfois sur le judiciaire. Nous en voulons pour preuve la procédure de rabat d'arrêt jugée inconstitutionnelle par le Conseil constitutionnel⁵⁴⁸. En effet, le rabat d'arrêt est un recours exceptionnel qui affecte le principe même d'intangibilité des décisions de justice définitives et qui peut donner lieu à des manœuvres dilatoires de justiciables de mauvaise foi⁵⁴⁹. A dire vrai, le Conseil constitutionnel sénégalais n'a jamais dit que le législateur ne pouvait pas modifier une situation juridique antérieure : « Considérant que la règle de la non rétroactivité des lois n'a de valeur constitutionnelle qu'en matière pénale, conformément aux articles 6 de la Constitution , 8 de la Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen de 1789 et 11.2 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948 ; qu'en tout autre domaine, elle est un principe général du droit auquel la loi peut déroger ; qu'il s'ensuit que le législateur est en droit de donner un caractère rétroactif à une loi⁵⁵⁰ » ; seulement, dit-il : « la modification, l'abrogation d'une loi comme la rétroactivité d'une loi nouvelle, ne peuvent remettre en cause des situations existantes que dans le respect des droits et libertés de valeur constitutionnelle ».

⁵⁴⁷ L'indépendance de la magistrature en France et en Italie. Colloque organisé par le Centre d'études juridiques comparées et le Centre de recherches italiens de l'Université de Paris X-Nanterre, les 3 et 4 avril 1998, Dalloz, p.35.

⁵⁴⁸ Décision N°2/C/99 du 23 juin 1993, Cissé et autres c/ Air Afrique, EDJA n°23, octobre-novembre-décembre. 1994, pp.76 et s.

⁵⁴⁹ E.H. MBODJI, *La mise à mort du rabat d'arrêt ? Observations sous Conseil constitutionnel* : 23 juin 1993, EDJA, n°23, 1994, pp. 76 et s.

⁵⁵⁰ Décision du Conseil constitutionnel n°11/93 du 23 juin 1993, EDJA, n° 23, 1994.

Cette décision est à rapprocher de celles du Conseil constitutionnel français, qui permet au législateur de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions (220 DC du 22 décembre 1986 et 217 DC du 18 septembre 1986). Néanmoins, le Conseil a limité d'une façon très générale cette possibilité en exigeant que le législateur « dans l'exercice de ce pouvoir ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »⁵⁵¹.

Le Conseil constitutionnel sénégalais sanctionne seulement l'immixtion du législateur, dans l'administration de la justice, qui a pour effet de porter atteinte à l'indépendance fonctionnelle du juge⁵⁵².

Le Conseil constitutionnel sénégalais et français protègent la sécurité juridique sans l'invoquer expressément, préférant mobiliser, pour arriver à un résultat analogue, c'est-à-dire pour assurer aux personnes physiques et morales un environnement juridique décent, stable, intelligible et paisible, des raisonnements et principes plus divers et plus classiques, mais aussi plus sûrement ancrés dans notre bloc de constitutionnalité⁵⁵³. A travers la procédure de rabat d'arrêt, le législateur a outrepassé ses compétences et empiété sur les prérogatives du pouvoir judiciaire. Si nous partons de la définition de M. Max Gounelle : « l'utilisation coutumière de la technique de validation législative montre que le corps de parlementaires peut porter atteinte, par un acte en forme législative, à un acte juridictionnel revêtu de l'autorité de la chose jugée⁵⁵⁴ », nous pouvons dire que la procédure de rabat d'arrêt introduite par la loi organique 92-25 du 30 mai 1992 sur la défunte Cour de cassation, est une validation législative. D'ailleurs à ce propos, M. Serge GUINCHARD soutenait que souvent, les lois rétroactives sont des lois de validation parfois selon un mécanisme qui masque la validation⁵⁵⁵.

278. Le pouvoir judiciaire doit également être éloigné de l'influence des lobbies, médias et l'opinion publique. Dans le Code pénal sénégalais, de nombreuses dispositions ont été prises.

⁵⁵¹ F. LUCHAIRE, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français* www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank.

⁵⁵² L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Volume 57, 2006, p.417.

⁵⁵³ F. LUCHAIRE, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français* www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank.

⁵⁵⁴ M. GOUNELLE, *Introduction au droit public* 2^e édition, Paris, Montchrestien, 1989 p. 55.

⁵⁵⁵ S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel Droit commun du procès*, 1^e édition, Dalloz, 2001.

Nous avons par exemple, l'interdiction de l'outrage à magistrat prévue à l'article 194 du Code pénal, l'interdiction de jeter le discrédit sur un acte ou une décision de justice visée à l'article 198 du même code. Mais on peut regretter que ces dispositions ne soient presque jamais appliquées⁵⁵⁶. Si nous voulons une justice sereine, il faudrait veiller à l'application effective de ces dispositions.

Relativement aux lobbies notamment financiers, il faut citer l'affaire de corruption présumée des magistrats qui a éclaboussé la justice sénégalaise dans le mois de juin-juillet 2006. Un des magistrats a été mis à la retraite anticipée, un autre affecté dans une autre zone géographique et le troisième a été suspendu. Pourtant, le corrupteur a fait l'objet de sanction judiciaire. Il s'agit là d'une justice « à deux vitesses », rompant le principe d'égalité des citoyens devant la loi et dénoncée par la Commission nationale de lutte contre la non transparence, la Concussion et la Corruption dans son rapport d'activité de l'année 2006⁵⁵⁷. Ce scandale ne va pas dans le sens de redorer le blason de la justice qui a toujours eu mauvaise presse auprès des citoyens sénégalais. Pourtant, la gouvernance judiciaire a été instaurée au Sénégal pour lutter contre la corruption. C'est dire que les choses ne bougent pas beaucoup de ce côté⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ D. SY, *La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal* www.afrilex.u-bordeaux4.fr N°3, juin 2003.

⁵⁵⁷ P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, Thèse U.G.B, p.144.

⁵⁵⁸ Pour la gouvernance judiciaire, voir M. SAMB, *La gouvernance judiciaire au Sénégal*, Revue de droit Sénégalais n°5, novembre 2006, p.336.

CONCLUSION DU TITRE II.

278. A la question de savoir qu'est-ce qu'un juge, Georges Wiederkehr estime qu'« on est en présence d'un juge véritable que s'il est en situation d'indépendance et d'impartialité, autrement dit s'il n'est en rien impliqué dans l'affaire qu'il va juger⁵⁵⁹ ». Ainsi, l'indépendance et l'impartialité constituent les critères d'un juge de qualité.

Celui-ci doit être indépendant tant à l'égard des autres pouvoirs constitutionnels que des parties. L'indépendance du juge est garantie par des textes et une institution. Quant à l'impartialité, elle se matérialise par les nombreuses obligations qui pèsent sur le juge. En tout état de cause, le juge qui ne présente pas les qualités requises peut être écarté ou voir sa responsabilité engagée ; et dans certains cas, c'est celle de l'Etat qui se substitue à celle du juge.

280. Ce que l'on constate pourtant, c'est une remise en cause du droit à un juge de qualité. En effet, s'il est vrai qu'il existe des garanties de l'indépendance et l'impartialité du juge, il n'en demeure pas moins que le principe de l'inamovibilité dont la portée est limitée quant à son champ d'application *rationae personae*, est vidé de sa substance du fait de l'intérim et d'une notion à contenu variable à savoir « les nécessités de service⁵⁶⁰ ». De même, le Conseil supérieur de la Magistrature sénégalais, qui est l'organe garant de l'indépendance des magistrats, ne joue pas le rôle qui devrait être le sien parce que dominé par l'exécutif, au-delà des nombreuses critiques dont il fait souvent l'objet de la part de magistrats. Les choses sont un peu plus différentes en droit français, où le CSM joue un très grand rôle en matière de sauvegarde de l'indépendance des magistrats.

⁵⁵⁹ G. WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge » ?, in Mélanges R. PERROT, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Dalloz, 1996, pp.575-582.

⁵⁶⁰ Pourtant, au Bénin, le juge constitutionnel (DCC, 97-033 du 10 juin 1997) a annulé les décrets méconnaissant le principe de l'inamovibilité des magistrats en précisant que « le respect du principe de l'inamovibilité exige que le magistrat du siège ait été individuellement consulté à la fois sur les nouvelles fonctions qui lui sont proposées et les lieux précis où il est appelé à les exercer... Les éléments de cette consultation constituent les conditions de la procédure minimale exigée pour la garantie de l'indépendance des magistrats du siège ». Selon A.B.FALL (*Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique*, in Les défis des droits fondamentaux, Actes des deuxièmes Journées scientifiques du Réseau « Droits fondamentaux » de l'AUF tenues à Québec du 29 septembre au octobre 1999 p.345), cette décision peut certainement ouvrir la voie à d'autres juridictions moins téméraires dans d'autres pays, dans un continent qui s'est irrémédiablement engagé dans un processus de démocratisation condamné à aboutir.

281. Quant à l'impartialité du juge, elle est parfois remise en cause par le Président de la République sénégalaise sur des critères non élucidés.

En tout cas, le justiciable qui veut écarter un juge parce qu'il doute de son indépendance ou de son impartialité se trouve confronté à des règles dissuasives. La responsabilité de l'Etat et du magistrat est difficilement mise en œuvre et l'action récursoire qui aurait dû permettre un partage juste des responsabilités, une sanction financière à l'encontre des personnes ayant commis des fautes (juges), une satisfaction morale et symbolique pour les victimes⁵⁶¹, n'existe que de nom parce que n'ayant presque jamais été mise en branle.

Ce constat pousse à trouver des palliatifs à la remise en cause du droit à un juge de qualité. Ces palliatifs visent à consolider le statut du juge par l'instauration d'un système qui permette à ce dernier d'être véritablement indépendant.

⁵⁶¹ P.M. SY, *La responsabilité du service public de la justice au Sénégal*, op.cit., p.457.

CONCLUSION DE LA PREMIÈREPARTIE

282. La justice est un service public dont la raison d'être est la satisfaction des attentes du justiciable. C'est pourquoi, le prétoire doit être largement ouvert à ce dernier. Mais le constat qui s'impose est que bon nombre de Sénégalais ne sont pas satisfaits de leur justice en raison des nombreux écueils auxquels ils se heurtent. En effet, n'ont accès la plupart du temps à la justice que ceux qui ont les moyens intellectuels et financiers. Et pourtant, l'accès au juge a une triple dimension universelle, régionale et nationale.

283. Tel un médecin, le législateur sénégalais et français intervient pour soigner le mal. Cette attitude est certes louable, mais s'avère insuffisante. Il faut reconnaître que le système d'assistance judiciaire en vigueur au Sénégal est loin d'être satisfaisant du fait de son inadaptation à l'évolution sociétale et de l'absence d'une véritable loi sur l'assistance judiciaire posant des critères clairs et précis. De plus, le dispositif qui fait office de loi sur l'assistance judiciaire est inconnu de la majorité des Sénégalais. Il va falloir que les autorités sénégalaises s'attellent à faire en sorte que chaque justiciable trouve son compte dans une nouvelle loi sur l'assistance judiciaire qui pose des critères d'octroi de l'assistance judiciaire, équilibre les rapports de ceux qui demandent l'assistance et ceux qui l'octroient. C'est là une différence majeure avec le droit français.

284. Mais ne faudrait-il pas mettre l'accent sur la justice alternative, douce ou qui dénoue ? En tout cas, d'autres solutions d'accès à la justice telles que l'assurance de protection juridique et la « *class action* », méritent d'être incluses dans le dispositif juridique sénégalais.

Toutefois, pour l'assurance de protection juridique, ni la direction du procès, ni la fixation des honoraires de l'avocat, ne doit pas être laissée à l'initiative de l'assureur. Entre l'assureur et l'assuré, il doit y avoir un consensus quant à l'opportunité d'engager un procès.

Pour la « *class action* », les dérives constatées aux Etats Unis en matière d'honoraires exorbitants doivent être évitées. De même, une réflexion sur la suppression ou le maintien de la *cautio judicatum solvi* ne serait pas de trop au regard du fait que nous sommes à l'ère des ensembles régionaux et sous-régionaux. Pour notre part, sa suppression s'impose, mais au

préalable, il faudrait mettre en place un véritable système de coopération judiciaire au niveau régional et sous-régional ; lequel est inexistant pour l'instant ou présente des lacunes⁵⁶². En droit français, du fait de la suppression de la *cautio judicatum solvi*, la question ne se pose plus.

285. L'examen des garanties tenant à l'accès au juge permet de remarquer une certaine ambivalence du statut des magistrats.

D'une part, les magistrats sont protégés contre les justiciables du fait qu'il n'y a pas d'action en réparation directe contre eux. Ainsi, la responsabilité du fait de la justice comprend celle de l'Etat pour fonctionnement défectueux de la justice et celle fondée sur une faute personnelle du magistrat.

D'autre part, les magistrats voient leurs prérogatives malmenées à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif. Une réforme s'impose donc. Il faudra accorder plus de pouvoirs aux magistrats ; lesquels méritent d'être utilisés avec beaucoup de circonspection.

286. Une définition de la notion de « nécessités de service » s'impose afin de garantir plus de stabilité aux magistrats. En outre, les écueils à la responsabilité de l'Etat et des magistrats doivent être levés en vue d'accorder plus de crédibilité à la justice et d'instaurer plus de responsabilité au sein de la magistrature. Il faudrait accorder plus de pouvoirs au Conseil supérieur de la Magistrature, exclure de la composition de cette institution le pouvoir exécutif, y inclure des personnalités de la société civile si ce n'est pas fait, mais en nombre minoritaire.

Les garanties du justiciable ne se limitent pas au seuil du procès ; elles pénètrent et étendent leur tentacule dans le déroulement du procès.

⁵⁶² Nous faisons allusion à la Convention générale de coopération en matière de justice du 12 septembre 1961 (Convention de Tananarive).

A decorative frame resembling a scroll, with a vertical bar on the left and a horizontal bar at the top, both featuring rounded ends and a slight shadow effect.

DEUXIÈME PARTIE.

**LES GARANTIES TENANT AU
DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE**

287. Les garanties tenant à l'accès au juge s'avèrent insuffisantes si elles ne sont pas complétées par celles d'un bon déroulement de la procédure. Dans le souci de prémunir les plaideurs contre les risques d'arbitraire de l'autorité judiciaire et d'assurer un procès juste et équitable, des principes gouvernant le déroulement de celui-ci ont été élaborés.

En effet, les règles de procédure sont non seulement organisationnelles puisqu'elles fixent les conditions de fonctionnement du procès mais surtout, elles sont garantes des libertés fondamentales, de l'égalité des citoyens devant la loi et devant le juge, du procès équitable instruit dans des délais raisonnables⁵⁶³. La procédure est l'ensemble des règles qui organisent le déroulement des procès⁵⁶⁴.

Nous allons dans cette deuxième partie de notre étude, présenter les différentes garanties tenant au déroulement de la procédure (Titre 1) et aux atteintes à celles-ci (Titre 2)

⁵⁶³ C. RICOURL, *Mobilisation pour la justice civile* Editorial Autour du rapport COULON, Dalloz, 1997, p.6.

⁵⁶⁴ D. SAINT-AVIT, *Le temps et la procédure- Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate*, Autour du rapport COULON, Dalloz, 1997, p.93.

TITRE I. LA PRESENTATION DES GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE.

288. Pour dire d'un procès qu'il est de qualité, encore faudrait-il se référer aux principes directeurs prévus dans le Code de procédure civile sénégalais (Chapitre I) et aux principes du modèle universel de procès équitable (Chapitre 2).

CHAPITRE I. LES GARANTIES AYANT TRAIT AUX PRINCIPES DIRECTEURS⁵⁶⁵ DU PROCES PARTICIPANT DU RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE

289. Les principes directeurs du nouveau Code de procédure civile sont principalement consacrés à définir les rôles respectifs des parties et du juge dans le procès civil, à préciser les droits et les charges qui reviennent aux parties, les pouvoirs qui sont reconnus au juge⁵⁶⁶. Contrairement au Code de procédure civile de 1806 qui se contentait de répertorier les formalités et techniques procédurales, le CPCF a consacré ses vingt quatre premiers articles aux principes directeurs du procès civil sous l'impulsion de la doctrine notamment Henry MOTULSKY⁵⁶⁷. L'une des innovations du décret sénégalais 2001-1151 du 31 décembre 2001 apportant des modifications au code de procédure civile et les nouvelles procédures de mise en état consiste dans la consécration des principes directeurs du procès. En effet, le Code de procédure de 1964 ne comportait aucune disposition consacrée à ce qu'il est de coutume d'appeler les principes directeurs du procès civil. C'est pour faire du code autre chose qu'un simple recueil de formalités que le législateur a décidé d'énoncer les principes directeurs.⁵⁶⁸ On devrait plutôt parler de principes directeurs codifiés ou consacrés parce que la doctrine française a perçu l'émergence de nouveaux principes directeurs du procès. Il s'agit du principe de loyauté procédurale, de dialogue et de célérité⁵⁶⁹. Les principes directeurs codifiés en droit sénégalais sont le principe du dispositif et du contradictoire. Dans le cadre de notre étude, nous nous bornerons à n'étudier que le second principe.

290. La doctrine française est restée divisée quant aux rapports entre le principe du contradictoire et les droits de la défense.

Pour les uns, les droits de la défense sont un aspect du principe du contradictoire ; pour les autres, c'est tout à fait le contraire. Selon Mme FRISON-ROCHE : « la doctrine civiliste ou

⁵⁶⁵ Selon M. DELMAS MARTY : « les principes directeurs donnent, sinon la solution certaine, du moins une orientation, une direction à suivre » V. son article *Réinventer le droit commun*, D.1995, chron pp 1 et s

⁵⁶⁶ J. NORMAND, *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law. Institute* dir. P. FOUCHARD, Edition Panthéon Assas, p.89.

⁵⁶⁷ H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur code de procédure civile la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, D. 1972, Chr 91.

⁵⁶⁸ N. DIOUF, A. BA et I. SAMBE, *Regards sur le décret n° 2001 – 1151 du 31 décembre 2001 modifiant le code de procédure civile*, RSDA, N° 1, janvier 2003, pp. 235 et s.

⁵⁶⁹ S.GUINCHARD, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire*, op.cit., p.1135 et s.
V. M.E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003.

administrative qui considère que le contradictoire n'est qu'un élément des droits de la défense, ne nourrit sa position d'aucun élément concret, sauf à adopter une conception restrictive du contradictoire ou une conception extensive des droits de la défense, contraires au droit positif. Si l'analyse se limitant à ces procédures là (...) il faudrait reconnaître une relation d'équivalence entre les deux notions, unité masquée par une dualité terminologiques »⁵⁷⁰.

H. VIZIOZ abonde dans le même sens. Selon lui, les droits de la défense seraient attachés au principe du contradictoire en ce sens que : « le principe du contradictoire est la garantie nécessaire d'une bonne justice. C'est lui qui caractérise le procès juridictionnel du point de vue formel. Mais il revêt une importance particulière avec une procédure de type dispositif, dirigée par les parties. C'est par l'exposé contradictoire de leurs prétentions, par la libre discussion des moyens invoqués et des preuves offertes que le juge acquerra une connaissance aussi exacte et aussi complète qu'il se peut du litige. La protection des droits de la défense n'est qu'un des aspects, le plus accusé d'ailleurs, de ce principe »⁵⁷¹.

291. A l'opposé de ces auteurs, MMM. WIEDERKEHR, CROZE et MOREL soutiennent que le principe du contradictoire est un aspect des droits de la défense.

Pour M. WIEDERKEHR, les droits de la défense contiennent divers principes qui ne peuvent être rattachés au principe du contradictoire : principe de neutralité du juge, de liberté de la défense, de droit à la preuve du caractère public de l'audience, de la motivation des décisions, de l'existence des voies de recours⁵⁷².

Enfin, MM.CROZE et MOREL laissent entendre que les droits de défense rayonneraient au-delà, pour s'épanouir au stade du jugement et dans l'aménagement des voies de recours. Ces auteurs rattachent aux droits de la défense, la publicité des débats mais également le principe de la collégialité, le jeu des voies de recours notamment le principe du double degré de juridiction⁵⁷³.

⁵⁷⁰ M.A. FRISON ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire* (Droit processuel) ; Thèse Paris II, 1988, spéc. Ch. I, « contradictoire et droits de la défense » pp. 20 et s.

⁵⁷¹ H. VIZIOZ, *Etudes de procédure*, éd. Bière, 1956, n° 237, p. 447. Pour cet auteur, le principe du contradictoire domine toute espèce de procès juridictionnel, qu'il soit civil, administratif, pénal ou disciplinaire.

⁵⁷² G. WIEDERKEHR, « *Droits de la défense et procédure civile* », D. 1978 Chr. p. 3 Génie », T, II p. 118.

⁵⁷³ H. CROZE et MOREL, *Procédure civile*, PUF, coll. « droit fondamental », 1988 n° 181, p. 185.

292. Mais quelle est la position du Conseil constitutionnel français ? Ce dernier considère en effet le principe du contradictoire comme étant le corollaire des droits de la défense dans une décision datant de 1989 : « le principe des droits de la défense non plus que le principe du caractère contradictoire de la procédure suivie devant le juge de l'impôt qui en est le corollaire »⁵⁷⁴. Nous souscrivons entièrement à cette décision et partant à la conception large du principe des droits de la défense.

293. La notion de droit de la défense est générique et englobant ; elle mérite donc d'être précisée. De toutes les tentatives, celle de MOTULSKY retiendra notre attention. Selon l'auteur précité, il faut seulement s'entendre sur la portée du mot « défense » : de ce que l'idée se manifeste d'une manière particulièrement spectaculaire dans le domaine répressif, il suit que l'on ne songe souvent, en procédure civile, qu'au « défendeur », l'homologue du « prévenu » ; il suffit donc de préciser que si l'on parle, dans notre matière, des droits de la défense, il faut prendre le terme dans l'acceptation large de « défense des intérêts de chacune des parties »⁵⁷⁵.

Il résulte de cette définition que les droits de la défense sont les droits aussi bien du demandeur que du défendeur. Le Conseil d'Etat français les classe parmi les principes généraux du droit⁵⁷⁶, puis c'est au tour du Conseil constitutionnel de qualifier les droits de la défense de « droits fondamentaux à caractère constitutionnel »⁵⁷⁷. Quant à la Cour de cassation, par un arrêt d'assemblée plénière, elle a battu rappel de la décision du conseil constitutionnel : « vu le principe du respect des droits de la défense, la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel »⁵⁷⁸.

Dans cette section, nous traiterons principalement du respect du contradictoire (section 1) et de la problématique du choix d'un défenseur (section 2).

⁵⁷⁴ Déc. 89 – 268 DC du 29 déc. 1989 Rec., p. 110.

⁵⁷⁵ H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, Mélanges P. ROUBIER, p. 184.

⁵⁷⁶ CE 5 mai 1944 Dame Veuve TROMPIER Gravier, Lebon 133.

⁵⁷⁷ CC 13 août 1993, n° 93-325 DC.

⁵⁷⁸ AP 30 juin 1995, D. 1995, P. 513, conclusion JEOL, note DRAGO.

SECTION 1. LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE

294. Une partie au procès est libre de soutenir des arguments. Toutefois, rien n'empêche la partie adverse de discuter ces arguments : c'est la contradiction. Pour rappel, les avis étaient naturellement partagés entre ceux qui estiment que contradictoire et contradiction renvoient au même concept et ceux qui soutiennent le contraire.

Ainsi donc, pour Madame FRISON-ROCHE, partisane de la première thèse : « le droit organise non la contradiction, mais le contradictoire. En effet, seule une partie peut, grâce au contradictoire qui lui en assure la possibilité concrète et la puissance, apporter la contradiction qui meut le procès. Il s'agit ... de la même opération, mais d'abord à l'état de puissance, puis à l'état de l'acte ». Tout le contraire est pour M. CADIET qui soutient que : « le code n'érige en principe que la nécessité de la contradiction, du contradictoire devrai-t on plutôt dire car, même si la partie n'a pas été effectivement entendue dans ses demandes ou ses défenses, l'essentiel est qu'elle ait été en mesure de le faire : « entendue ou appelée ». (Article 14 NCPC). Ce qui compte est moins la réalité de la contradiction que la possibilité même de contredire »⁵⁷⁹.

Pour M. CADIET, contradictoire et contradiction serait donc à distinguer en ce sens que seul le premier serait le principe tandis que la contradiction serait sa mise en œuvre dans le cas où le défendeur aurait décidé de prendre part à la discussion. La contradiction serait donc synonyme de débat effectif entre les parties et ne serait pas alors indispensable au respect du principe du contradictoire puisqu'il est évident que l'une des parties peut très bien décider de ne pas comparaître sans que cela empêche le jugement d'être rendu. Nous adhérons entièrement à ce point de vue M. CADIET. Le principe du contradictoire a un fondement à la fois philosophique et historique. Pour ce qui est du fondement philosophique, plusieurs auteurs s'accordent à considérer le principe du contradictoire comme une donnée du droit naturel. Ils se sont référés peut-être à la décision de la Cour de cassation française selon laquelle : « la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre »⁵⁸⁰. Ainsi donc, MOTULSKY parle à son

⁵⁷⁹ Controverse relatée par L. MINISTO, *La consécration du principe du contradictoire*, D. 2005, p. 308.

⁵⁸⁰ Cass. Civ. 7 mai 1828 : SP. 1828, 1, 329.

propos des « exigences supra positives de l'idéal de justice »⁵⁸¹. Pour M. Bruno OPPETTIT, c'est un principe de droit naturel, réponse à une « exigence supérieure de l'idéal de justice » : « on est bien ici dans le champ d'un droit naturel exprimant des règles éternelles et immuables »⁵⁸².

Quant à P. HEBRAUD, il soutient que la contradiction est une garantie essentielle à la sauvegarde des droits de la défense⁵⁸³. Le principe du contradictoire a des origines historiques voire religieuses.

En droit romain, l'adage ne dit-il pas « *auditur et altera pars* » ?

Dans Genèse 3,9 Dieu convoque l'homme et la femme coupables pour avoir violé l'interdiction qui leur avait été faite de manger le fruit interdit, pose des questions, écoute leur défense avant de leur intimer l'ordre de quitter le Paradis.

Le principe du contradictoire⁵⁸⁴ a une portée c'est-à-dire qu'il doit être respecté tant par les parties (A) que par le juge (B). De plus, pour mieux garantir les droits de la défense, la contradiction doit revêtir un certain nombre de qualité (C).

⁵⁸¹ H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile*, Mélanges P. ROUBIER p. 175.

⁵⁸² B. OPPETTIT, *Philosophie du droit* « Précis » Dalloz, 1999, n° 102.

⁵⁸³ P. HEBRAUD, RTD Civ. 1956. 386.

⁵⁸⁴ Certains auteurs se posent la question de savoir quel rapport entretient le principe du contradictoire et l'égalité des armes.

En effet, l'égalité des armes est une notion anglo-saxonne très tôt reconnue par les organes de Strasbourg. Il s'agit respectivement de la commission et de la Cour européennes des droits de l'homme. Selon la commission européenne, l'égalité des armes est l'obligation d'offrir « à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire » (Commission EDH 30/1959 Szwbowicz/ Suède req n° 434).

Quant à la cour européenne, elle reprend constamment le droit à l'égalité des armes dans sa jurisprudence. Il s'agit de l'arrêt Neumeister c/Autriche du 27 juin 1968, de l'arrêt Delcourt c/Belgique du 17 janvier 1970. La Cour européenne, dans cet arrêt précise qu' : « un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une partie désavantageuse ». Ce principe est appréciable à toutes les procédures mais plus particulièrement au procès pénal du fait de la nécessité de rétablir un relatif équilibre entre les droits de l'accusation et ceux de la défense le ministère public et la partie poursuite.

Le principe de l'égalité des armes est également consacré dans le Pacte international des droits civils et politiques en ses articles 14 et 26 qui disposent respectivement : « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice » et : « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont, sans discrimination, à une égale protection de la loi ».

Au niveau Africain, les directives et principes sur le droit à un procès équitable adoptés par la Commission africaine prévoient également l'égalité des armes.

En France, l'égalité des armes est prévue par l'article préliminaire du code de procédure pénale introduit par l'article 1^{er} de la loi du 15 juin 2000, qui dispose « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». Le législateur sénégalais n'est pas en reste puisque dans la Constitution, l'égalité des citoyens devant la loi est consacrée. Au delà de son affirmation, le principe de l'égalité des armes a des manifestations.

Concrètement, l'égalité des armes implique tout d'abord, une égalité dans la communication des pièces aux parties, la présentation de l'examen par les parties des pièces de la procédure.

§1. LA CONTRADICTION ET LES PARTIES

295. La contradiction et les parties signifie que la partie qui engage la procédure doit informer son adversaire de l'existence de celle-ci en lui notifiant les actes de procédure (1) et en lui communiquant les pièces du dossier (2). Celle-ci doit être réciproque.

A. LA NOTIFICATION DES ACTES DE PROCÉDURE

296. La notification est une formalité qui permet de porter toutes sortes d'actes, comme les actes de procédure, les jugements ou autres à la connaissance des intéressés. L'article 651 du CPCF dispose que les actes sont portés à la connaissance des intéressés par la notification qui leur en est faite. Nous allons examiner les formes de notification (a). Le moment de la notification (b) et enfin les sanctions encourues lorsqu'un acte de procédure est entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond (c).

1. LES FORMES DE NOTIFICATION

297. Le législateur sénégalais a prévu plusieurs procédés qui permettent d'informer une partie de l'ouverture d'une procédure. Toutefois, le procédé le plus en vue est la signification.

298. La signification est une notification faite par acte d'huissier de justice. Donc le significateur est un professionnel libéral, officier ministériel. Il peut s'agir également d'un clerc assermenté. Ce dernier a fait son apparition lors de la première guerre mondiale en France. Cette guerre ayant causé de lourdes pertes dans les rangs des huissiers de justice de sorte que ces derniers ne pouvaient plus assurer convenablement leurs missions, ils devaient être secondés. C'est le sens de la création des clercs assermentés d'huissier de justice par la loi du 27 décembre 1923. Après sa rédaction par le demandeur, l'acte de procédure doit être notifié au défendeur. Cette exigence correspond à un souci d'efficacité. En effet, un acte de procédure n'aura d'efficacité que connu de l'adversaire au moyen d'une notification régulière.

Ensuite, même si le législateur sénégalais n'utilise pas dans le CPCF la notion « *d'égalité des armes* », on constate une de ses manifestations notamment lorsque l'expert est dans l'obligation de convoquer toutes les parties dans le cadre de sa mission.

C'est dire donc que l'égalité des armes signifie que tout justiciable « doit avoir la certitude que devant le juge son épée à la même longueur que l'épée de son adversaire que deux ont des armes qui se touchent en même temps ». (STRESCHER cité par M. FAVREAU, *Effectivité, équité, égalité ou les arcanes du procès équitable*, Mélanges SM Helmons, Bruylant, 2003, p.124.

L'acte de procédure ne produira ses effets normaux qu'à partir de ce jour⁵⁸⁵. L'article 14 du CPCF précise : « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ». L'obligation de donner connaissance de l'introduction de l'instance s'inscrit dans la logique de ce qu'écrivait un jurisconsulte de l'ancien droit : « Ajournement est loi de nature et des gens ».

La première manifestation des droits de la défense en procédure civile est le devoir pour le demandeur, d'aviser son adversaire de la citation en justice dont il est l'objet. Dans la pratique judiciaire cette information se fait par le biais d'une assignation c'est-à-dire l'acte de procédure par lequel le demandeur invite son adversaire à comparaître devant le tribunal. L'article 822 du CPCS dispose que tous les exploits sont signifiés à personne ou à domicile. La signification à personne signifie la rencontre entre le significateur et le récipiendaire. On remarque donc que le destinataire de l'acte peut être soit une personne physique, soit une personne morale.

Il est vrai que lorsqu'on examine les articles 821 et 822 du CPCS, rien ne laisse apparaître que les personnes morales puissent être des destinataires des actes de procédure. Mais quand on sait que les personnes morales ont la possibilité ou faculté d'agir en justice, il va de soi qu'elles peuvent être soit demandeur ou défendeur. En tout cas, le CPCF est plus explicite que le CPCS. En effet, aux termes de l'article 654 : « la signification à une personne morale est faite à personne lorsque l'acte est délivré à son représentant légal, à un fondé de pouvoir de ce dernier, ou à toute autre personne habilitée à cet effet ». Dans la pratique judiciaire sénégalaise, l'acte de procédure est signifiée aux personnes morales et la personne ayant reçu l'acte mentionne son nom après l'expression « où étant et parlant à ».

299. La signification peut être faite à plusieurs destinataires. Les matières ne manquent pas où l'intérêt de telle information se justifie. C'est la jurisprudence, notamment française, qui s'est prononcée sur la question. Ainsi, en droit de la consommation, la forclusion prévue par la loi du 10 janvier 1978 pouvant être opposée à la banque, celle-ci a le plus grand intérêt à informer séparément chaque co-emprunteur⁵⁸⁶. Il en est de même pour la procédure

⁵⁸⁵ B. BEIGNIER, *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*, 3^e édition, Montchrestien, 2000, p.94.

⁵⁸⁶ Cass. 2^e Civ, 6 janvier 1998, C.A Toulouse, 3^e ch. Section 1 Martinez C/Caisse régionale de Crédit agricole Sud Méditerranée : Juris Data n° 044627.

d'injonction de payer⁵⁸⁷, la signification d'un jugement⁵⁸⁸. Dans cette dernière décision, il a été jugé que la signification doit être faite à personne et lorsque l'acte concerne plusieurs personnes, elle doit être faite séparément à chacune d'elles. Toutes ces décisions de justice visent un objectif : l'individualisation de l'information.

Au-delà de la signification à personne, il y a la signification à domicile. Dans cette dernière hypothèse, l'acte est remis soit à la personne concernée, à son parent, allié ou serviteur. La question qui mérite d'être posée est celle de savoir si un mineur peut recevoir un acte à la place du véritable destinataire à l'instar des personnes ci-dessus citées. Pour notre part, cette situation est envisageable à condition que le mineur jouisse d'un discernement suffisant. Le juge français s'inscrit en tout cas dans cette logique. Ainsi, il a été jugé que sont valables les significations faites à des enfants mineurs à condition que leur discernement soit suffisant⁵⁸⁹. Donc un enfant de douze ans a un discernement suffisant pour recevoir l'acte et le remettre à ses parents avec lesquels il demeure⁵⁹⁰. L'huissier a l'obligation de préciser la qualité de la personne trouvée. Dans l'occurrence où l'huissier ne trouve aucune des personnes susmentionnées, il remet la copie à un voisin dont il indique le nom et l'adresse. L'huissier doit, en signifiant l'acte de procédure, faire toutes les diligences notamment respecter un certain formalisme. Ainsi, que la signification soit faite à domicile ou à voisin, l'huissier indique le numéro, la date et l'autorité signataire de la carte d'identité de la personne qui reçoit l'acte. En outre, lorsque la personne interpellée refuse de recevoir l'acte ou se trouve dans l'impossibilité de présenter sa carte d'identité, l'huissier remet l'acte au maire ou à son adjoint ou encore à défaut de ceux-ci, au chef d'arrondissement ; et ce, sans délai⁵⁹¹.

Une autre obligation qui pèse sur l'huissier lorsqu'il remet la copie aux autorités administratives susmentionnées, c'est d'informer par lettre recommandée avec accusé de réception la partie intéressée du dépôt ainsi fait. Il a été jugé que l'huissier instrumentaire peut servir l'exploit à mairie s'il se trouve dans l'impossibilité de remettre l'acte à personne ou à

⁵⁸⁷ Cass. 2^e Civ, 31 mai 2001, Mme JAMIN Juris – Data n° 009914.

⁵⁸⁸ Cass. 2^e Civ 8 novembre 2001 : Droit et procédures 2002. 106, note M. MENUT.

⁵⁸⁹ Cass. Crim. 19 décembre 1956, D. 1957 – 93.

⁵⁹⁰ Civ. 2^e, 21 juin 1995 : Bull. civ. II, n° 197.

⁵⁹¹ En France, depuis le décret 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom, l'acte de procédure ne peut être remis au gardien de l'immeuble où habite le défendeur, encore moins au voisin. Désormais donc, l'acte ne peut être remis qu'à une personne présente au domicile ou à la résidence ; et si personne ne veut recevoir l'acte, l'huissier laisse désormais un avis de passage mentionnant que l'acte doit être retiré à son étude dans les plus brefs délais. Il n'a plus de remise de l'acte à la mairie. L'huissier doit conserver l'acte pendant 3 mois.

domicile, tel est le cas lorsque la personne est inconnue au lieu indiqué comme étant son domicile⁵⁹². L'article 39 alinéa 7 du CPCS a prévu le cas des personnes qui n'ont aucun domicile connu au Sénégal, de même que ceux qui habitent à l'étranger.

Dans la première hypothèse, ceux qui n'ont aucun domicile connu au Sénégal sont assignés au lieu de leur résidence actuelle ; si le lieu n'en est pas connu, l'exploit est exposé au tableau d'affichage du tribunal où la demande est portée ; une seconde copie est donnée au Procureur de la République lequel vise l'original.

Dans la seconde hypothèse, ceux qui habitent à l'étranger peuvent être assignés au parquet du Procureur de la République près le tribunal régional dans le ressort duquel la demande est portée ; celui-ci vise l'original et envoie la copie au Ministère de la Justice ou à toute autre autorité déterminée par les conventions diplomatiques. En tout état de cause, on remarque que la signification à une personne dont le domicile est inconnu au Sénégal et à celui qui habite l'étranger est une signification au parquet.

Dans le souci de remédier aux difficultés qui peuvent subvenir de la notification des actes de procédure à l'étranger, les Etats européens ont signé la convention de la Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires en matière civile et commerciale. En droit français, la question de la notification des actes à l'étranger et en provenance de l'étranger a été réglementée par les articles 683 CPCF et suivants.

En droit sénégalais, il semble que pour s'informer de la question, il faut se référer aux conventions diplomatiques signées par le Sénégal ; ce qui n'est pas fort aisé. Il faut donc que le législateur Sénégalais se penche sur la question en édictant des normes claires, précises.

De notre point de vue, l'article 39 alinéa 8 du CPCS doit être complété.

La loi a mis à la charge de l'huissier de justice des obligations dont il ne peut se défaire sans engager sa responsabilité. Aux termes de l'article 13 de la loi n° 89-690 du 15 juin 1989 fixant le statut des huissiers de justice au Sénégal : « Ils (les huissiers) sont tenus d'exercer

⁵⁹² CA – Dakar 22 décembre 1988 n° 929, inédit .

leur ministère toutes les fois qu'ils en sont requis par les parties. Tout refus d'instrumenter ou tout retard injustifié dans l'exécution portant un préjudice à un justiciable pourront donner lieu à une sanction disciplinaire indépendamment des dommages intérêts qui pourraient être dus à la partie lésée ». Il est certes vrai que cette disposition vise à prémunir le justiciable contre tout agissement nuisible de l'huissier, mais il faut préciser que la responsabilité de l'huissier n'est pas automatique, par conséquent, il appartiendra au justiciable qui s'estime lésé par les faits de l'huissier, de prouver l'existence d'un préjudice subi. De plus, tout retard justifié dans l'exécution du ministère de l'huissier ne peut donner lieu à une quelconque responsabilité.

Pourtant, l'article 15 de la loi précitée poursuit en ces termes : « l'huissier qui en toute matière, ne remettra pas lui-même, ou par l'intermédiaire de son clerc assermenté dans les cas permis par la réglementation en vigueur, à personne ou à domicile l'exploit et les copies de pièces qu'il aura été chargé de signifier, encourra la suspension sans préjudice des dommages intérêts au profit des parties. S'il résulte de l'instruction qu'il a agi frauduleusement, il sera poursuivi et puni conformément aux articles 132 et 146 du Code pénal ». L'huissier de justice répond donc civilement, disciplinairement et pénalement du bon accomplissement de son mandat ; il peut jouer un rôle d'information à l'occasion de la notification et assure une rédaction correcte des actes⁵⁹³.

300. Au-delà de la notification entre parties, il y a celle qui se passe entre avocats prévue aux articles 842 du CPCS et 29 du Règlement intérieur de l'ordre des Avocats, arrêté N° 17-84 C.O intitulé « De la signification des actes d'avocat à avocat ». Aux termes de l'article 842, entre avocats, les notifications et significations sont effectuées par plis ordinaires, en original et double copie, à l'étude de l'avocat destinataire. L'original et une copie, revêtus d'un récépissé détaillé, daté et signé par l'avocat destinataire ou son représentant, sont renvoyés dans les quarante huit heures à l'avocat de celui à la requête de qui a lieu la signification ou la notification. La signature du récépissé est en outre suivie du cachet de l'avocat. Lorsque l'avocat destinataire ne renvoie pas dans les quarante huit heures l'original et une copie revêtus du récépissé, l'avocat du requérant fait procéder à la notification ou à la signification par acte d'huissier.

⁵⁹³ H. SOLUS et R. PERROT, *op.cit.*, p.391.

La remarque que l'on peut tirer de l'examen de cet article c'est que entre avocats, la notification exclut en principe l'huissier, ce dernier n'intervenant que lorsque l'avocat destinataire de l'acte de procédure n'a pas renvoyé à l'avocat du requérant, dans les quarante huit heures, celui-ci.

De notre point de vue, l'intervention de l'huissier est motivée par un souci de preuve. Ainsi donc, grâce à ce dernier, l'avocat destinataire de l'acte de procédure ne pourra pas nier l'avoir réellement reçu. Toutefois, la compréhension de l'article 842 du CPCS, ne saurait être parfaite, si l'on ne se réfère pas l'article 29 du Règlement intérieur de l'ordre des avocats précité. Selon cette disposition : « Aucun acte ne peut être signifié par un avocat à l'avocat de l'autre partie en son étude, sans l'accord préalable et expresse de ce dernier. Toutefois l'avocat ne peut refuser de recevoir l'acte en cas d'élection de domicile en son étude, sans indication de l'adresse précise de son client ».

A notre avis, cette disposition n'a rien de pertinent en ce sens que d'abord, il y a une confusion de terminologie car au lieu du terme « signification », il fallait utiliser le mot « notification » pour une question de bon sens. En effet, il n'appartient à aucun avocat de donner son avis favorable ou pas avant de recevoir un acte qui lui a été signifié par un huissier.

De plus, il est évident que lorsqu'un acte de procédure portant le nom d'une personne bien précise a été notifié à un avocat c'est parce que, sauf erreur de la part de l'avocat notificateur, cette personne a élu domicile au sein de l'étude de l'avocat destinataire.

301. La signification, quoiqu'elle soit le procédé le plus utilisé pour porter à la connaissance du justiciable de l'ouverture d'une procédure à son encontre, n'en est pas moins concurrencée. En effet, le législateur sénégalais a prévu d'autres formes de notification. Aux termes de l'article L 243 du CTS, la citation est faite à personne ou domicile par voie d'agent administratif spécialement commis à cet effet. Elle peut valablement être faite par lettre recommandée avec accusé de réception. Le souci majeur du législateur sénégalais est de simplifier le formalisme en permettant la citation par accusé de réception.

Pour d'aucuns, c'est la complexité des rapports sociaux dans les sociétés contemporaines qui a conduit au remplacement graduel de la forme traditionnelle de signification par contact personnel entre l'huissier et le défendeur, par d'autres formes de notification.

En droit français, les autres formes de notification sont prévues : on parle de notification en la forme ordinaire qui est faite sous enveloppe ou pli fermé, soit par la remise de l'acte au destinataire contre émargement ou récépissé, soit par la voie postale. Cette dernière voie n'est pas expressément prévue par le législateur sénégalais et nous ne pensons pas que lorsque l'article L.243 du CTS mentionne que la citation peut être faite par voie d'agent administratif commis à cet effet, il fait allusion à ce procédé. A notre avis, il serait intéressant d'introduire cette nouvelle voie dans notre ordonnancement juridique pourvu que les garanties de rapidité et d'efficacité soient prévues. La notification des actes de procédure, ne se fait pas à n'importe quel moment.

2. LE MOMENT DE LA NOTIFICATION

302. Pour que la signification soit régulièrement effectuée, l'huissier de justice doit obéir à des contraintes légales. Celles-ci sont relatives au moment de la signification de l'acte de procédure. Ainsi donc, aux termes de l'article 831 CPC : « Aucune signification, exécution ou constat ne peut être fait avant six heures du matin et après sept heures du soir, non plus que les jours de fête légale, si ce n'est en vertu de la permission du juge dans les cas où il y aurait péril en la demeure ». Cette disposition vise à humaniser la signification des actes de procédure. En effet, même s'il est incontestable que le défendeur est comptable des faits qui lui sont reprochés, il n'en demeure pas moins qu'il a droit à une vie privée et, partant, à la protection de son domicile. Une telle disposition se justifie par le souci de protéger les destinataires contre les « inquisitions nocturnes des agents de l'autorité publique »⁵⁹⁴.

Partant des dispositions de l'article 664 du CPCF qui soutient que : « Aucune signification ne peut être fait avant six heures et après vingt et une heure, non plus que les dimanches, les jours fériés ou chômés », la jurisprudence française a admis la validité d'une signification faite la nuit entre six heures et vingt et une heure, dans un lieu ouvert au public⁵⁹⁵. On devrait

⁵⁹⁴ R. PERROT cité par N. FRICERO, *Notification des actes de procédure*, Jurisclasseur Procédure civile Fascicule 141.

⁵⁹⁵ CA Paris, 11 mai 1905 : DP 1905, 2, p. 369.

admettre une signification faite à une personne qui travaille de nuit, à son lieu de travail. De même, si l'huissier de justice doit respecter les horaires prévus par la loi, il n'est pas tenu d'indiquer la signification sur l'acte, aucun texte ne prescrivant une telle mention⁵⁹⁶. On peut remarquer que le législateur français est beaucoup plus permissif que le législateur sénégalais dans la mesure où au Sénégal, à partir de vingt heures aucune signification n'est possible, or, tel n'est pas le cas en droit français.

De plus, le législateur français interdit en principe toute signification les dimanches, les jours fériés ou chômés. Or au Sénégal, à part les jours de fêtes légales, toute signification est envisageable. Les fêtes légales sont instituées dans notre pays par l'ordonnance n° 60-46 S-G du 31 décembre 1960 portant prévision de la fête nationale et des fêtes légales dans la République du Sénégal.

En matière de voie d'exécution, on pourrait, à la lecture de l'article 46 de l'acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution auquel le Sénégal est partie, penser qu'aucune signification ne peut être effectuée le dimanche, puisque cette disposition abroge l'article 831 du CPCS mais seulement en ce qui concerne l'exécution d'un titre exécutoire. Mais, comme le précise l'article 831 du CPCS, en cas de péril en la demeure, le juge peut permettre une signification qui ne respecte pas les exigences temporelles. Au regard de la difficulté de donner un sens ou contenu précis à l'expression « péril en la demeure », on peut affirmer que la loi n'a pas limité le pouvoir du juge qui apprécie donc souverainement l'existence ou l'absence de péril en la demeure. De plus, l'article 831 CPCS ne définit ni la procédure à suivre, ni le magistrat compétent pour accorder une telle dérogation.

Une lecture de l'article 46 de l'acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui dispose qu'aucune mesure d'exécution ne peut être effectuée un dimanche ou un jour de férié si ce n'est en cas de nécessité et en vertu d'une autorisation spéciale du président de la juridiction dans le ressort de laquelle se poursuit l'exécution, permet de soutenir que c'est le Président de la juridiction saisie par le demandeur qui est compétent pour autoriser une dérogation aux exigences temporelles que doit respecter l'huissier.

⁵⁹⁶ CA Douai, 30 avril 1980 : D. 1980, p. 572, note J.J.T.

En droit français, c'est la même ambiance qui prévaut même si le législateur a prévu des permissions judiciaires. C'est peut être ce qui fait que l'article 664 CPCF ne fait point l'unanimité en doctrine pour deux raisons essentielles : d'une part, il semble que la rédaction de l'article 664 CPCF soit défectueuse, ce qui rend le texte ambigu⁵⁹⁷. Selon cet auteur, les termes du texte ne permettent pas de limiter les pouvoirs du juge. D'autre part, toujours selon M. PERROT, un simple décret ne devrait pas pouvoir conférer au juge la permission d'autoriser un huissier de justice à instrumenter de nuit au domicile des particuliers. Il ne suffit pas de prescrire la forme des actes de procédure, il faut encore que la loi précise les sanctions qui seront prises lorsque les normes procédurales sont violées⁵⁹⁸.

3. LA SANCTION DES IRRÉGULARITÉS DES ACTES DE PROCÉDURE

302. Le législateur sénégalais a prévu des sanctions lorsque les actes de procédure sont irréguliers⁵⁹⁹. Il s'agit de la nullité c'est-à-dire la « sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond qui consiste dans l'anéantissement de l'acte »⁶⁰⁰. Il y a eu des avis partagés relativement à la nature des actes de procédure.

Selon une première thèse, l'acte de procédure ne serait qu'une espèce particulière d'acte juridique ; et comme tout acte juridique, l'acte de procédure est subordonné pour sa validité à diverses conditions.

En revanche, pour une seconde thèse, l'acte de procédure se distingue de l'acte juridique en ce sens que l'élément formel semble toujours requis dans le premier alors qu'il ne l'est qu'exceptionnellement dans le second. Il semble que la seconde thèse fait un amalgame entre l'acte juridique, manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques et l'acte juridique qui signifie un titre juridique. Partant de ce constat, nous optons pour la première thèse. Le législateur sénégalais opère une distinction entre la nullité pour vice de forme (c1) et la nullité pour irrégularité de fond (c2).

⁵⁹⁷ R. PERROT cité par N. FRICERO, *op.cit.*

⁵⁹⁸ R. PERROT, « Les nullités de procédure en matière civile selon le droit français », *Trav. Assoc. Capitant*, t. XIV, p. 731.

⁵⁹⁹ C'est également le cas du législateur OHADA V article de F. ONANA ETOUNDI, *Le régime juridique des nullités des actes de procédure dans l'Acte uniforme portant Organisation des procédures simplifiées de Recouvrement et des voies d'exécution*, sur le site de l'IDEF.

⁶⁰⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1992, p.545.

a) LA NULLITÉ POUR VICE DE FORME

303. Il y a nullité pour vice de forme lorsqu'une mention d'un acte de procédure est omise, irrégulière ou erronée. L'article 821 du CPCS précise le contenu de tous les exploits d'huissier. Il va sans dire que lorsqu'une mention fait défaut, tout justiciable notamment le défendeur en fondé à en demander la nullité. Pour mieux cerner la question, nous allons examiner tour à tour les conditions de la nullité (i) et la mise en œuvre de cette nullité (ii).

i) Les conditions de la nullité

Nous allons voir l'état du droit antérieur et l'option du législateur ohada

❖ L'état du droit antérieur

304. Le législateur sénégalais a posé des conditions pour déclarer un acte de procédure nul. Le système mis en place est un système mixte c'est-à-dire celui qui, en plus du grief, ajoute aussi les cas de nullités textuelles⁶⁰¹.

305. La première règle est relative à la prévision textuelle de la nullité. C'est la consécration de la règle « pas de nullité sans texte ». Elle est prévue à l'article 826 du CPCS. La nullité ne peut alors être prononcée que si un texte la prévoit. Il était en même temps posé que lorsqu'une telle nullité était édictée par un texte, le juge ne pouvait pas refuser en principe d'annuler l'acte⁶⁰². Selon M. COUCHEZ, l'application de la règle « pas de nullité sans texte » suppose une loi sans lacunes, dans laquelle il a été tenu compte de l'importance de chaque formalité. Or, les lois ne sont, hélas jamais parfaites et en la matière il est apparu que parfois le législateur a omis de prévoir la sanction de la nullité au cas d'inobservation de règles de forme dont l'importance était indéniable. Il apparaît que la règle pas de nullité sans texte réduit tout pouvoir d'appréciation du juge qui ne peut prononcer la nullité d'un acte de procédure sans qu'aucun texte ne l'ait prévue. Toujours selon M. COUCHEZ, l'absence de pouvoir d'appréciation du juge permettait éventuellement à une partie de mauvaise foi, cherchant à retarder le cours du procès, d'obliger une juridiction à annuler un acte alors même

⁶⁰¹ IPANDA, *Le régime des nullités des actes de procédure depuis l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (A la lumière de quelques décisions récentes)* ohadata D-02-01.

⁶⁰² G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Sirey, 1978, p.113.

que cette partie pouvait fort bien n'avoir subi aucun préjudice du fait de l'irrégularité commise⁶⁰³.

Un autre inconvénient qui résulte de cet adage et qui a été souligné par la doctrine française, c'est l'absence de précision par le législateur des cas où l'acte de procédure devait être sanctionné par la nullité. Pour remédier aux inconvénients de la règle, des auteurs comme GLASSON, TISSIER, MOREL⁶⁰⁴ ont proposé une solution qui consiste à distinguer entre les formalités substantielles ou essentielles et les formalités secondaires ou accessoires.

La violation des premières entraînait la nullité même en l'absence de texte la prescrivant. Au contraire, les secondes n'étaient qu'accessoires et seule la loi pouvait décider si leur violation emportait la nullité. Le législateur sénégalais s'est inscrit dans cette lancée lorsqu'il prévoit à l'article 826 du CPCS alinéa 3 que : « nonobstant les dispositions des deux alinéas qui précèdent, la nullité d'un acte de procédure pourra être prononcée si une formalité substantielle a été omise ».

Mais qu'entend-on pour formalité substantielle ? Selon le législateur sénégalais, le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet. Cette définition du législateur sénégalais de la formalité substantielle est une consécration de la jurisprudence française selon laquelle : « le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour accomplir son objet »⁶⁰⁵. Cette définition de la formalité substantielle n'est pas du tout claire et laisse au juge un large pouvoir d'appréciation. Comme le dit si bien D. TOMASIN à propos de l'article 114 du CPCF qui consacre l'exception à la règle pas de nullité sans texte : « une définition aussi large confère au juge un pouvoir presque discrétionnaire pour agrandir à l'infini la catégorie des nullités pour vices de forme, appelée dès lors à connaître « une véritable hypertrophie »⁶⁰⁶ M. Jean Pierre BROUILLARD parle quant à lui d'une certaine hypocrisie d'autant plus qu'une exception aussi ouverte revient à réduire le principe à néant⁶⁰⁷.

⁶⁰³ G. COUCHEZ, *op. cit.*

⁶⁰⁴ GLASSON, TISSIER et MOREL, *Traite théorique et pratique de procédure civile*, 3^e édition, t. II, n° 441p.342.

⁶⁰⁵ Cass. 2^e Civ, 3 mars 1955 : JCP 1955, éd. GII 8654 : RTD civ. 1955, p. 367 obs.M. RAYNAUD.

⁶⁰⁶ D. TOMASIN, *Remarques sur la nullité des actes de procédure*, Mélanges P. HEBRAUD, 1981, p. 859.

⁶⁰⁷ J.P. BROUILLAUD, *Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées*, D. 1996 Chron. p. 98.

Le juge sénégalais a eu à se prononcer sur le caractère substantiel ou non des actes de procédure. Ainsi dans un arrêt, la Cour d'appel soutient que : « les mentions prévues par l'article 821 du CPC et qui doivent figurer dans tout exploit constituent une formalité substantielle permettant aux personnes citées de vérifier si les délais prévus par la loi ont été respectés »⁶⁰⁸.

Dans une autre décision de justice, la Cour d'appel précise que : « le défaut de mention des noms, prénom et domicile des héritiers qui ont agi és nom constitue l'omission d'une formalité substantielle car de telles mentions auraient permis de mieux identifier les parties »⁶⁰⁹.

Dans la même lancée, la Cour d'appel a prononcé la nullité pour violation d'une formalité substantielle dans la mesure où : « cette formalité (la convocation des parties) qui a pour but de permettre à chacune des parties de présenter des observations utiles à ses intérêts constitue de jurisprudence constante une formalité substantielle »⁶¹⁰. Il y a aussi violation d'une formalité substantielle à chaque fois qu'il y a atteinte aux principes du droit à la défense ou du contradictoire⁶¹¹. Enfin, dans une décision de 1993, la Cour d'appel de Dakar a prononcé la nullité pour omission ou erreur sur les énonciations exigées dans un acte de procédure civile.

En l'espèce, la SCI BLAISE DIAGNE avait interjeté appel du jugement rendu par le Tribunal régional de Dakar. L'intimé plaide l'irrecevabilité de l'appel au motif que l'acte d'appel contient la date du 16 sans aucune autre précision du mois, de l'année du jugement alors que le seul jugement intervenu entre eux est daté le 17 août 1990. La Cour d'appel, pour répondre favorablement à la demande de DIENG va dégager le principe : « Considérant que l'acte d'appel doit contenir à peine de nullité l'indication précise du ou des jugements attaqué qui constitue une formalité substantielle »⁶¹². Au regard de toutes ces décisions, on peut affirmer que le juge sénégalais, notamment la Cour d'appel de Dakar, s'est beaucoup intéressé à la

⁶⁰⁸ C.A. 4 juin 1980, n° 316.

⁶⁰⁹ C.A. 19 janvier 1982, n° 60.

⁶¹⁰ Assurances la sécurité sénégalaise et ENDA c/SARR et DIARRA C.A DKR N° 425 du 03/09/99.

⁶¹¹ CA N° 18 du 20/03/97 CBAO c/HUCHEIM OMAIS.

⁶¹² CA N° 64 du 10/09/93 SADY DIENG C/SCI Blaise Diagne V. également mémoire MAME NDIOCO NDIAYE, Arrêts rendus en matière de nullité d'acte de procédure entre 1990 et 2000 par la Cour d'appel de Dakar 2002/2003, Salle de travail de la Faculté de Droit UCAD.

matière de la nullité des actes de procédure. Il lui appartient de déterminer souverainement le sens de la formalité substantielle.⁶¹³

306. La deuxième condition posée par le législateur sénégalais pour déclarer un acte nul c'est l'existence d'un grief car d'après l'article 826 alinéa 2 du CPCS, aucune irrégularité d'exploit ou d'acte de procédure n'est une cause de nullité s'il n'est justifié qu'elle nuit aux intérêts de celui qui l'invoque. C'est donc la consécration de la règle pas de nullité sans grief. Il faut entendre par grief, le préjudice, le tort causé par le vice de forme à la partie qui invoque la nullité en l'empêchant de défendre correctement ses droits.⁶¹⁴ En effet, l'article 826 alinéa 2 du CPC est une reprise du décret-loi du 30 octobre 1935 modifiant l'article 173 du code de procédure civile français. Aujourd'hui, le CPCF utilise de façon expresse la notion de grief.

De jurisprudence française constante, l'appréciation du grief subi par celui qui se plaint d'un vice de forme et demande la nullité de l'acte a toujours été considérée comme une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.⁶¹⁵ Le juge sénégalais n'a pas manqué d'user de ce pouvoir d'appréciation.

Ainsi, dans un arrêt de 1993, la Cour d'appel de Dakar va constater qu'un plaideur n'éprouve aucun grief puisqu'il a pu constituer conseil et assurer sa défense. En l'espèce, le Sieur SOW avait attiré son employeur devant le tribunal du travail de Dakar qui condamne ce dernier, le Crédit sénégalais à lui verser son dû en plus des dommages et intérêts qui s'élèvent à 3.500.000 F. Le sieur SOW décida alors d'entreprendre l'exécution de la décision après avoir obtenu un certificat de non appel. Le Crédit sénégalais va obtenir du juge des référés du tribunal régional de Dakar la discontinuation des poursuites au motif qu'il avait produit à son dossier un acte d'appel ; le sieur SOW interjeta appel. Le Crédit sénégalais soulève l'irrecevabilité de l'appel arguant que l'acte d'appel ne mentionne ni la profession, ni le domicile réel de l'adresse de l'appelant qui sont prescrites à peine de nullité par l'article 821 CPC. SOW réplique qu'il n'exerce aucune profession et a élu domicile en l'étude de son conseil et en outre, l'omission de ces formalités n'est sanctionnée par aucun texte. Le juge alors va constater que le Crédit sénégalais n'éprouve aucun grief et a pu constituer conseil et assurer sa défense⁶¹⁶.

⁶¹³ G. COUCHEZ, *Procédure civile*, Sirey 1978, pp.113-114.

⁶¹⁴ V. N. FRICERO Jurisclasseur Procédure civile, *op.cit.*, Fascicule 173.

⁶¹⁵ Civ 2^e, 17 juillet 1978, Bull. civ. II, n° 195, p.152.

⁶¹⁶ C.A Dakar N° 423 du 18/06/93 Crédit sénégalais C/Sow.

De même, la Cour d'appel de Dakar va déclarer l'appel régulier au motif que le défaut de précision de la profession et du domicile n'a pas empêché l'intimée de conclure le premier et de communiquer ses écritures au conseil de l'appelant et que l'appelant n'a non plus prouvé son préjudice. En l'espèce, le sieur THIOUNE avait interjeté appel contre l'ordonnance du juge des référés du Tribunal régional de Dakar qui avait ordonné son expulsion des lieux loués ainsi que l'exécution provisoire de la minute. L'intimée réplique que l'acte d'appel de THIOUNE est nul car ne précisant pas sa profession et son domicile, et l'élection de domicile ne saurait suppléer l'indication du domicile du requérant ; ce défaut d'indication nuit à ses intérêts. La Cour d'appel de Dakar après avoir rappelé que « l'omission d'une formalité substantielle n'entraîne la nullité de l'exploit que lorsqu'elle nuit aux intérêts de celui qui l'invoque et justifie son préjudice » va déclarer l'appel régulier au motif que le défaut de précision de la profession et du domicile n'a pas empêché l'intimée de conclure le premier et de communiquer ses écritures au conseil de l'appelant et que l'appelant n'a pas non plus prouvé son préjudice⁶¹⁷. Il résulte de cette décision que l'existence d'une formalité substantielle violée n'entraîne pas automatiquement l'annulation de l'acte de procédure. Il faut prouver qu'il y a préjudice. Cela résulte également de la lecture de l'alinéa 3 de l'article 826 du CPCS qui, bien qu'ayant admis une dérogation aux règles de la nullité sans texte et sans grief, introduit une faculté quant à la prononciation de celles-ci.

Cette jurisprudence précitée est en conformité avec l'article 144 alinéa 2 CPCF qui dispose que : « la nullité ne peut être prononcée qu'à la charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ». Par cette disposition, le législateur français condamne la jurisprudence antérieure qui, dans la mise en œuvre de la règle pas de nullité sans grief, introduisit également la distinction entre formalités substantielles et formalités secondaires dont l'utilisation n'avait pourtant été préconisée que pour l'application du principe « pas de nullité sans texte ». Cette nouvelle utilisation de la dite distinction a conduit à décider que la justification d'un grief ou d'un préjudice comme condition de l'annulation d'un acte de procédure n'était nécessaire qu'au cas d'inobservation d'une formalité secondaire. Autrement dit, un préjudice n'était requis dans l'hypothèse de méconnaissance d'une formalité substantielle. Cette jurisprudence a été critiquée par la doctrine française et la consécration de

⁶¹⁷ C.A Dakar N° 674 du 18/11/93 Babacar Thioune C/MADJIGUENE.

l'article 114, alinéa 2 du CPCF leur donne raison. La lecture de l'article 826 du CPCS permet de soutenir que le législateur sénégalais n'a pas admis cette jurisprudence d'autant plus qu'il a prévu pour le prononcé de la nullité des actes de procédure non une obligation, mais une faculté, et ce même en présence d'une formalité substantielle, notion floue, laissée à l'appréciation du juge.

307. L'édiction des règles pas de nullité sans texte et sans grief vise deux objectifs contradictoires.

D'une part, la réalité d'une justice saine et respectueuse des lois, ainsi que l'obligation de garantir les droits de la défense, imposent la nullité de toute pièce de procédure prise dans des conditions illicites. On ne saurait tolérer l'existence de jugements rendus sur la base d'actes de procédure viciés.

Cependant, il convient d'autre part de ne pas paralyser l'action de la justice et de ne pas offrir à des plaideurs pinailleurs l'occasion de gagner du temps-ou pire, des procès-en discutant la forme et la validité de chaque pièce d'un dossier. Le droit des nullités doit garantir la sérénité de la procédure, sans pour autant entraver la marche de la vérité⁶¹⁸. Il est vrai qu'il est frustrant pour un plaideur de bonne foi c'est-à-dire ayant tous les éléments de preuve de la culpabilité de son adversaire d'être débouté au motif que son acte de procédure est nul. Toutefois, l'obtention de la justice implique le respect d'un certain formalisme qu'il ne faudrait tout de même pas exagérer jusqu'à retarder la marche d'un procès ou éluder les vraies questions de fond. Cette assertion traduit l'idée de IHERING et de TISSIER qui pensent respectivement que « la forme est la sœur jumelle de la liberté » et que : « les formes de la procédure doivent être simples, strictement restreintes à ce qu'exige le bon sens, la raison, l'expérience. Trop compliquée, la procédure manque évidemment son but ; elle va contre son rôle de protection (...). ET aux abus du formalisme de la loi se joignent tous les abus, souvent pires de la pratique. Il n'est pas étonnant que les justiciables qui souffrent ou ont souffert de ces complications injustifiables aient autant la haine de la procédure et redoutent d'avoir affaire à la justice. La procédure trop compliquée n'atteint plus son but social ; elle est parfois plus mauvaise et plus dangereuse que le mal même ou le danger qu'elle a pour objet

⁶¹⁸ J.P. BROUILLARD, *op.cit.*, p.98.

d'éviter»⁶¹⁹. Il faut préciser que le législateur sénégalais, en prévoyant des conditions d'annulation des actes de procédure en a mesuré la gravité. Le juge français n'a pas été en reste.

Ainsi donc, sous l'empire de l'ancienne législation, en raison des incertitudes sur son interprétation, la jurisprudence soucieuse de ne pas prononcer automatiquement la nullité d'un acte de procédure irrégulier, avait élaboré une théorie dite des « équipollents », en vertu de laquelle d'autres mentions contenues dans cet acte pouvaient équivaloir à la formalité omise ou incomplète. En d'autres termes, le destinataire de l'acte trouvait à la lecture de celui-ci des éléments suffisants pour lui donner une information exacte sur son auteur ou sur son objet. Pourtant, cette théorie a été condamnée aujourd'hui par le législateur français.

Au Sénégal, nous ne connaissons pas cette théorie. Pour finir avec l'étude des conditions de la nullité pour vice de forme, il faut rappeler que l'exigence d'un certain formalisme pour la validité des actes de procédure met en exergue le rôle des auxiliaires de justice notamment les avocats et les huissiers qui interviennent dans la rédaction de ces actes.

Ces auxiliaires de la justice doivent veiller à ce que les actes qu'ils rédigent respectent le formalisme prévu. On peut se réjouir que le législateur sénégalais ait prévu aux articles 825 et 826 CPCS la responsabilité de l'huissier concernant l'irrégularité des actes de procédure. Après avoir étudié les conditions de la nullité, il faut examiner celle de la mise en œuvre de cette nullité.

Après avoir examiné l'état antérieur du droit, il peut être intéressant de savoir ce que l'acte uniforme y a changé⁶²⁰.

❖ L'option du législateur ohada

Le législateur ohada a consacré l'automatisme des nullités⁶²¹. En effet, en dehors de l'article 297 alinéa 2 qui prévoit que les formalités prévues par les articles 254, 267 et 277 ne sont sanctionnées par la nullité que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque, il revient le plus souvent, à la lecture des dispositions de l'acte

⁶¹⁹ TISSIER, « *Le rôle social et économique des règles de la procédure civile*, in *Leçons ou Collège Libre des Sciences sociales*, 1920.

⁶²⁰ Il y a lieu de préciser que l'option du législateur ohada ne porte que sur les actes de procédure rentrant dans le cadre des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution tels qu'ils sont organisés par l'AUPSRVE (V. Joseph Djogbenou, *L'exécution forcée*, Droit ohada, 2^e édition, CREDIJ, p.110)

⁶²¹ IPANDA, *op.cit.*, p.2.

uniforme n°6, que « l'exploit d'huissier doit contenir, à peine de nullité... » ; que « l'acte de saisie remis ou signifié au débiteur contient, à peine de nullité... » ; que « le commandement indique, à peine de nullité... » ; ou encore que « la juridiction compétente peut à tout moment, sur la demande du débiteur, le créancier entendu ou appelé, donner mainlevée de la mesure... si le créancier ne rapporte pas la preuve que les conditions prescrites... sont réunies ». De ces exemples pris parmi bien d'autres, il apparaît très nettement que le débiteur désireux d'obtenir l'annulation de la saisie poursuivie à son détriment n'a pas besoin, pour que des suites favorables soient réservées à sa requête, d'apporter la preuve que l'irrégularité qui fonde son action a occasionné un préjudice dont il a souffert. Il lui suffit seulement de montrer que l'une des formalités exigées par la loi à peine de nullité n'a pas été accomplie pour que le juge de l'exécution saisi de l'affaire décide de la nullité de la procédure poursuivie⁶²². Des auteurs comme Me IPANDA ont critiqué cette position du législateur ohada qui marque un recul du pouvoir d'appréciation du juge impitoyablement confiné à un rôle marginal, celui d'un distributeur automatique des nullités⁶²³.

En tout cas, la nouvelle réglementation des nullités a suscité des émotions devant les prétoires. Le point de départ est sans nul doute la demande d'avis consultatif n°001199/JN présentée le 13 janvier 1999 à la Cour commune de justice et d'arbitrage par le président du Tribunal judiciaire de première instance de Libreville, à la suite d'une affaire opposant deux sociétés établies au Gabon. La Haute juridiction était donc appelée, très concrètement, à examiner le point de savoir si le système des nullités instituée par la loi uniforme est conciliable avec le droit commun des nullités prévu par le Code de procédure, et qui confère au tribunal le pouvoir d'apprécier si l'irrégularité invoquée est suffisamment grave pour avoir causé un préjudice à celui qui s'en plaint⁶²⁴. La réponse est la suivante : « l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution a expressément prévu que l'inobservation de certaines formalités prescrites est sanctionnée par la nullité. Toutefois, pour quelques-unes de ces formalités limitativement énumérées, cette nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque. Hormis ces cas limitativement énumérés, le juge doit proncer

⁶²² S.S.K. TAMEGHE, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, L'harmattan 2004, Collection « Logiques juridiques », p.198.

⁶²³ IPANDA, *op.cit.*, p.7.

⁶²⁴ S.S.K.TAMEGHE, *op.cit.*, p.199.

la nullité lorsqu'elle est invoquée s'il constate que la formalité prescrite n'a pas été observée, sans qu'il soit besoin de rechercher la preuve d'un quelconque préjudice⁶²⁵ »

A la suite de cet avis, la Cour d'appel du centre au Cameroun n'a pas manqué de censurer, avec la dernière énergie, une ordonnance de référé du président du tribunal de première instance de son ressort ayant repoussé la demande mainlevée d'une saisie introduite par un débiteur qui estimait que l'une des formalités exigées par la loi uniforme à peine de nullité avait été violée⁶²⁶. Au-delà des conditions de la nullité, il convient d'examiner, la mise en œuvre de celle-ci.

ii) La mise en œuvre de la nullité

308. La nullité pour vice de forme est une exception de procédure même si le législateur sénégalais n'a pas expressément défini cette dernière notion contrairement à son homologue français qui, à l'article 73 CPCF précise que : « constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours ». Cette dernière exception renvoie à l'exception dilatoire qui permet par exemple au plaideur d'obtenir un délai ou de constituer une garantie. En effet, le législateur sénégalais, contrairement à son homologue français n'utilise pas l'expression « exceptions de procédure ». Le CPCF traite, au Titre VI des exceptions. Il n'y a cependant pas de doute que tous les modes visés constituent un obstacle temporaire à la procédure, un moyen d'éviter le fond⁶²⁷.

Pour mieux cerner la question de la mise en œuvre de la nullité, nous allons nous intéresser aux personnes habilitées à demander la nullité, au moment de la demande et enfin aux effets de la nullité.

309. Aborder la question des personnes habilitées à demander la nullité d'un acte de procédure revient à se poser cette question : qui demande la nullité ? Il va de soi que c'est la personne qui prétend souffrir du préjudice que lui a causé l'omission d'une mention par exemple qui va demander la nullité de cet acte. H. SOLUS et R. PERROT le précisent bien en ces termes : « si la nullité pour vice de fond peut être invoquée par les deux parties, la nullité pour vice de

⁶²⁵ Avis n°0011/99/JN du 7 juillet 1999, R.C.D.A. n°6, janv.mars 2001, p.54 et s.

⁶²⁶ Jurisprudence C.A. du centre, n°332/Civ du 18 juin 2000, ONADEF c/ Belibi Rupert, inédite citée par S.S.K.TAMEGHE, *op.cit.*, p.200.

⁶²⁷ S. THIAM, *Des exceptions, des fins de non recevoir et de la prévention d'instance* in spécial séminaire sur les récentes modifications du code de procédure civile au Sénégal, *op.cit.*, p.40.

forme ne peut l'être que par la personne protégée par la règle, et qui a subi un grief »⁶²⁸. Mais à qui demander cette nullité ? C'est la question de la juridiction compétente.

Au regard de l'article 54-13 du décret 2001-1151 du 31 décembre 2001 JOS du 22 juin 2002, lorsqu'il est saisi, le juge de la mise en état est, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour statuer sur les exceptions de procédure. Le juge de la mise en état jouit donc d'une compétence exclusive pour se prononcer sur les exceptions de procédure à la seule condition qu'il soit saisi. Cette condition avait été prévue par une jurisprudence française qui précise que ceci suppose que le juge de la mise en état soit effectivement saisi d'une exception de nullité, et qu'un débat sur la nullité se tienne devant lui⁶²⁹. Le juge de la mise en état statue par ordonnance. Devant la Cour d'appel, c'est au conseil de la mise en état de jouer le même rôle que le juge de la mise en état devant le Tribunal régional. Lorsque le juge de la mise en état n'est pas saisi, il reviendra à la juridiction compétente devant laquelle la personne qui soulève l'exception est attrait de se prononcer sur l'exception de nullité.

310. Le moment de la demande de la nullité renvoie à la question suivante : quand demander la nullité ? L'article 129 du CPC impose un ordre à respecter pour soulever l'exception. Il pose ainsi un régime général à toutes les exceptions. Selon l'article 129, il faut avant toute autre, le cas échéant, soulever l'exception de caution. Puis, vient en deuxième position l'exception d'incompétence relative avant toute autre exception. Sinon on considère que l'on a renoncé à relever l'exception⁶³⁰.

En effet, M. Samba THIAM, dans l'article précité se pose la question de savoir pourquoi l'exception d'incompétence relative ne peut pas être soulevée en même que les autres, quitte à commencer par invoquer ce moyen à titre principal dans des conclusions. En d'autres termes, peut-on considérer que le texte de l'article 129 est respecté lorsqu'on soulève plusieurs exceptions, mais en commençant principalement par viser l'exception d'incompétence relative ? A notre avis, on ne peut répondre que par l'affirmative d'autant plus que ce serait une grosse perte de temps si l'on devait organiser plusieurs procès pour chaque type d'exceptions soulevées.

⁶²⁸ H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t.3, Procédure de première instance, Sirey, 1991 p. 658, n° 779.

⁶²⁹ TGI Toulon, 30 novembre 1966 : JCP 1967, ed. G II, 14916, Note JA.

⁶³⁰ S. THIAM, *op.cit.*, p.49

Enfin, l'on pourrait soulever les autres exceptions comme par exemple l'exception de nullité, les fins de non recevoir. Il faut simplement faire remarquer que cet ordre n'est pas prévu par le « père » procédurier dans l'article 74 du CPCF⁶³¹. Toutes les autres exceptions, demandes en nullité, (...) doivent être soulevées simultanément et avant toute défense au fond et aucun ne sera plus reçu après un jugement statuant sur l'un d'eux. Ainsi donc, en aménageant le régime commun, le législateur sénégalais a été plus audacieux que son homologue français. Ce dernier dit les exceptions, sans précision alors que le premier lui, vise nommément les exceptions en décrivant l'ordre de réaction. C'est dire que toutes les exceptions innommées doivent être invoquées après les exceptions nommées. Cela signifie aussi qu'elles peuvent être relevées après toute défense au fond, en tout cas au fur et à mesure de leur découverte⁶³². L'article 129 du CPCS pose deux exigences que sont la similarité et l'antériorité.

311. Une autre question on ne peut plus importante c'est celle des effets de la nullité des actes de procédure. « Une fois la nullité prononcée, l'acte tombe et avec lui les effets qu'il avait produits »⁶³³. L'acte annulé est donc retiré du dossier, censé n'avoir jamais existé et ne peut plus naturellement être réutilisé, ni directement ni par des moyens détournés⁶³⁴. Ce faisant, on peut affirmer que la nullité de l'acte de procédure n'est pas différente de celle d'un acte juridique ordinaire comme par exemple un contrat.

Le législateur sénégalais n'a pas prévu les effets de la nullité d'un acte de procédure dans le CPC à notre connaissance. Il faudra peut-être se référer aux articles du COCC qui réglemente la question.

312. Autre interrogation, c'est l'étendue de la nullité ainsi prononcée. Celle-ci n'atteint-elle que l'acte vicié, ou peut-elle s'étendre à d'autres actes, voire à l'intégralité de la procédure ?

En droit français, l'article 174 du nouveau Code de procédure pénale édicte un principe général qui laisse une grande marge de manœuvre à la chambre d'accusation, puisqu'il énonce que celle-ci « décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure ». La chambre d'accusation utilise donc un critère basé sur le lien qui existe entre l'acte vicié et les

⁶³¹ S. THIAM, *op.cit.*, p.49.

⁶³² S. THIAM, *op.cit.*, p.49.

⁶³³ D. TOMASIN, *op.cit.*, Mélanges P. HEBRAUD, p.853.

⁶³⁴ J.P. BROUILLAUD, *op.cit.*, p. 101.

actes postérieurs : les actes postérieurs qui sont dépendants de l'acte vicié, qui en dérivent directement ou reposent sur lui seront également annulés, même s'ils sont intrinsèquement réguliers⁶³⁵. En l'espèce, il y a eu annulation intégrale d'une procédure ouverte par le procureur de la République sur la base de témoignages des policiers ayant procédé à une saisie annulée. En revanche, les actes sans lien avec l'acte nul ne seront pas atteints⁶³⁶. L'annulation des procès-verbaux de transcriptions de conversations enregistrées sur écoutes téléphoniques n'entraîne pas la nullité de la procédure subséquente si aucun acte n'y fait référence. Mais si le droit processuel pénal offre une solution précise en France, le droit judiciaire privé ne le fait pas. En effet, l'état de la nullité n'est prévue que concernant les mesures d'instruction par l'article 176 CPCF qui dispose que : « la nullité ne frappe que celle des opérations qu'affecte l'irrégularité ». Selon MM. GUINCHARD et VINCENT, il est légitime de penser que, comme en procédure pénale, la nullité peut « s'étendre aussi à tous les actes qui avaient été accomplis sur le fondement de l'acte annulé »⁶³⁷.

Cette solution est logique et emporte notre adhésion. On ne peut pas en effet rendre une décision de justice sur la base d'une pièce ayant un lien avec un acte de procédure annulé.

Au Sénégal, ni le législateur, ni le juge ne se sont prononcés à notre connaissance sur l'étendue de la nullité des actes de procédure. De même, dans le CPCS, il n'est pas fait mention comme en droit français de la possibilité de régulariser un acte de procédure nul. L'article 115 du CPCF dispose que : « la nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief ». Il faut donc se référer à l'article 9 du Règlement intérieur de l'ordre des avocats, arrêté N° 017-84 qui précise que : « les avocats sont autorisés à établir tous actes intéressant les personnes physiques ou morales, à procéder aux diverses formalités nécessaires à leur régularisation ». Il est clair que lorsqu'on étudie la notion de la nullité pour vice de forme, on remarque que le législateur sénégalais tente de concilier deux objectifs a priori contradictoires, à savoir sanctionner les irrégularités, mais laisser la justice suivre son cours.

C'est le même objectif que recherche son homologue français. D'ailleurs M. BROUILLARD a remarqué que le second de ces objectifs, c'est-à-dire laisser la justice suivre son cours,

⁶³⁵ Cass-crim, 30 juin 1981, Bull.crim, n° 224.

⁶³⁶ Cass-crim, 15 avril 1991, Bull-crim, n° 179.

⁶³⁷ S. GUINCHARD et J. VINCENT, *Procédure civile*, op.cit., p.470 n° 713.

semble être privilégié aujourd'hui, peut-être à l'excès car un certain nombre de moyens : exigence d'un grief, appréciation stricte de celui-ci, cancellation, régularisation, sont mis en œuvre pour sauver des actes qui, pourtant sont contraires à la loi. Et l'auteur de se poser la question de savoir s'il n'y a pas là un commencement de dérive⁶³⁸. En tout cas, une crainte s'est faite jour : « dans la mesure où le prononcé de la sanction que constitue la nullité se raréfie, les formalités dont l'inobservation n'est plus sanctionnée seront de moins en moins respectées »⁶³⁹.

Au regard de ce qui précède, on arrive à la conclusion selon laquelle le régime des nullités des actes de procédure a connu une évolution avec l'avènement de l'AUPSRVE qui non seulement a réduit le pouvoir d'appréciation du juge en la matière, mais également entretient le flou sur des questions telles l'exception de nullité et la régularisation de l'acte nul. De l'avis de Me IPANDA, ce sont les règles de procédure de droit commun qui sont applicables⁶⁴⁰

A côté de la nullité pour vice de forme, il y a celle pour irrégularité de fond.

b) LA NULLITÉ POUR IRRÉGULARITÉ DE FOND

Nous allons successivement examiner l'état de la question avant la réforme de 2001 (i) et depuis la réforme de 2001 (ii).

i) L'état de la question avant la réforme de 2001

313. Avant la réforme de 2001 portant code de procédure civile, aucun texte ne contenait d'énumérations de cas de nullités pour irrégularité de fond d'un acte de procédure. Il revenait alors aux juges à la lumière des textes de lois, de jurisprudence et de la doctrine d'en trancher.

Ainsi, la question s'est posée de savoir si un associé non gérant peut représenter légalement en justice la société personne morale ou intenter l'action sociale sans un mandat spécial ?⁶⁴¹ En l'espèce, la gérante d'une société était placée sous contrôle judiciaire. Deux associés de la société LY et NDIAYE prétendant agir au nom de la société ont introduit une

⁶³⁸ J.P. BROUILLARD, *op.cit.*, p.102.

⁶³⁹ M. LEMEE, *La règle « pas de nullité sans grief » depuis le nouveau code de procédure civile*, RTD Civ 1982, p. 36, n° 25.

⁶⁴⁰ IPANDA, *op cit.*, pp.9 et s.

⁶⁴¹ C.A N° 120 du 21 mars 1996, référé BENSALÉM C/Omar NGALLA NDIAYE.

requête. Entre autres moyens, la gérante fait observer pour obtenir l'irrecevabilité de l'acte introductif d'instance que l'identité du délégataire n'étant pas indiquée ; il y a violation de la règle « nul ne plaide par procureur » de l'article 29 CPCS et des règles relatives à la représentation des parties. Les sieurs LY et NDIAYE répliquant à leur tour soutiennent que ces demandes de la gérante constituent une violation de l'article 273 du CPCS en ce qu'elles sont des demandes nouvelles et que l'article 1206 du COCC permet la recevabilité d'une requête signée par un seul associé. Les juges de la Cour d'appel vont déclarer nulle la requête et l'ordonnance de révocation pour défaut de pouvoir spécial des auteurs de l'acte introductif d'instance.

Il faut faire remarquer dans cet arrêt que la requête conjointe n'est pas appropriée puisque c'est une demande commune par laquelle les parties soumettent au juge leur conflit. Or, il n'y a pas eu d'accord entre le demandeur et le défendeur pour saisir ensemble le juge. Si cette décision de la Cour d'appel peut donner satisfaction, tel n'est pas le cas pour certaines où le juge d'appel fait une confusion entre les différents moyens de défense mis à la disposition du défendeur. Ainsi, il a été jugé que la sanction d'une assignation faite à un incapable légal n'est pas la nullité de la citation prévue par d'autres dispositions légales notamment les articles 821 et suivants mais l'irrecevabilité : l'exception de nullité a été faite par le syndic d'un débiteur en état de liquidation des biens⁶⁴².

En l'espèce, la SNR avait assigné en référé le sieur Alioune Aissa NDIAYE en état de liquidation des biens. Son syndic M. DIOP demande l'annulation de cet acte introductif d'instance au motif que le sieur NDIAYE est en état de liquidation. En invoquant les dispositions de l'article 963 COCC qui disposent que les actions mobilières ou immobilières sur un débiteur en état de liquidation ne peuvent être intentées qu'à l'encontre du seul syndic. Nonobstant ce moyen soulevé par M. DIOP, le Tribunal régional de Dakar ordonna l'expulsion du sieur NDIAYE et des occupants de son chef des titres fonciers visés. M. DIOP interjette appel sur ce moyen. La Cour d'appel de Dakar déclare alors que la sanction d'une telle irrégularité est l'irrecevabilité et non la nullité. Ici, le vocable irrecevabilité de l'action est pris dans sa terminologie stricto sensu, au sens qu'il correspond à la sanction de l'absence ou de l'insuffisance des conditions d'existence de l'action en justice.

⁶⁴² C.A. N° 74 du 25/02/99, Mbaye J. DIOP es-qualité de syndic C/SNR.

Tout le problème revenait alors en l'espèce de savoir si le défaut de capacité légale constitue une absence de condition d'existence de l'action ou une condition de régularité ? Les juges de la Cour d'appel de Dakar ont, en tranchant en faveur de la première position fait ainsi la confusion classique entre l'incapacité de jouissance et l'incapacité d'exercice. Le juge sénégalais fait une confusion entre fin de non recevoir qui est un moyen de défense relatif à l'irrecevabilité de l'action pour absence ou insuffisance des conditions d'existence de l'action en justice et la nullité pour irrégularité du fond.

De même, dans un arrêt de la Cour d'appel, le sieur NDIAYE avait fait une demande en paiement de dommages et intérêts pour inexécution d'un ordre de virement demandé par la Dame Fatou NDIAYE devant le Tribunal régional de Dakar. Au cours de la procédure, Dame NDIAYE fait une intervention volontaire. La CBAO oppose à son tour les fins de non recevoir aux actions de la Dame NDIAYE et le sieur NDIAYE. Le tribunal régional de Dakar déclare recevables les deux actions. La CBAO interjette appel. A l'appui de son appel, elle soutient que le sieur NDIAYE a agi en son nom propre et propre compte, alors que la dame NDIAYE était seul titulaire de la capacité d'ester en justice et qu'il ne justifie pas d'un pouvoir spécial de représenter Fatou NDIAYE, en justice mais seulement d'un pouvoir de représentation à des opérations de banques déterminées. La Cour après avoir signalé que l'acte introductif d'instance et les autres écritures d'instance du sieur ne portent pas les mentions de l'identité de la mandante mais aussi la qualité de mandataire du sieur NDIAYE déclare l'action de NDIAYE « irrecevable pour défaut de qualité et d'intérêt à agir sinon nulle et de nul effet, l'intervention doit être déclarée telle, n'étant qu'une tentative de réparer les vices de procédure ».

En effet, on ne sait pas laquelle des deux sortes de sanctions le juge a retenues : est-ce l'irrecevabilité ou la nullité pour violation des formalités substantielles que sont l'indication de l'état civil de la mandante dans les actes de procédure ? Il faut dire que le juge d'appel, utilise les deux sortes de sanctions car à défaut de la nullité pour violation des formalités substantielles, c'est l'irrecevabilité pour défaut de qualité ou d'intérêt à agir donc fin de non recevoir. En effet, le régime de la fin de non recevoir est maintenant précisé en droit sénégalais et l'article 13 du décret 2001-1151 a ajouté au Code de procédure civile deux articles consacrés à la fin de non recevoir. L'article 129 bis rappelle le domaine de la fin de non recevoir tout en la définissant comme « un moyen de défense dirigé contre l'action pour en contester la recevabilité ». La fin de non recevoir peut être opposée lorsque les conditions

d'existence : intérêt, qualité, absence de cause d'extinction ne sont pas réunies. Quant à l'article 129 ter, il précise le moment de présentation de la fin de non-recevoir. Selon l'alinéa 1 de cette disposition, sous réserve des dispositions de l'article 129, la fin de non recevoir peut être opposée en tout état de cause. Cela signifie que les fins de non recevoir autres que celles visées par l'article 129, donc les fins de non-recevoir liées au fond, peuvent être soulevées à toute hauteur de la procédure⁶⁴³.

314. Toutefois, pour éviter les abus, l'article 129 ter alinéa 1^{er} permet au juge de condamner, au paiement de dommages intérêts, celui qui se serait abstenu, dans une intention dilatoire de les soulever plutôt. Il convient de relever au passage l'erreur de plume des rédacteurs du décret qui utilisent le mot « plutôt »⁶⁴⁴. C'est une petite erreur qui s'est glissée dans la rédaction : on doit lire plus tôt que plutôt⁶⁴⁵.

Aux termes de l'article 129 ter alinéa 2, une fin de non recevoir ayant un caractère d'ordre public doit être soulevée d'office par le juge. Mais quand peut-on dire qu'une fin de non recevoir a un caractère d'ordre public ? On pourrait penser cependant aux cas où il y'aurait absence d'ouverture d'une voie de recours⁶⁴⁶. Ces auteurs se sont inspirés de l'article 125 du CPCF qui précise ce qu'on doit entendre par fins de non – recevoir ayant un caractère d'ordre public. Il s'agit de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours, de l'absence d'ouverture d'une voie de recours. Nous avons mis en exergue les difficultés qui ont existé concernant les irrégularités de fond avant la réforme de 2001, maintenant nous allons examiner l'état de la question depuis la réforme de 2001.

ii) L'état de la question depuis la réforme de 2001

315. Comme en droit sénégalais, l'irrégularité de fond était inconnue de l'ancien code procédure civile français de 1806. Elle est cependant apparue en doctrine⁶⁴⁷. Les critères de fond et de forme c'est-à-dire qu'est ce qui est fond et forme ont divisé la doctrine française. Une partie de la doctrine retient un critère qui tient à la gravité de l'irrégularité et considère comme irrégularité de fond la violation de toute règle fondamentale, celle concernant par

⁶⁴³ Regards (de N. DIOUF, A.BA et I. SAMBE) sur le décret n° 2001-1151 du 31 décembre 2001 modifiant le code de procédure civile, *op.cit.*, pp.235 et s.

⁶⁴⁴ Regards de N. DIOUF, A. BA et I.SAMBE, *op.cit.*, pp.235 et s.

⁶⁴⁵ S. THIAM, *op.cit.*, p. 52.

⁶⁴⁶ Regards de N. DIOUF, A. BA et I.SAMBE, *op.cit.*, pp.235 et s.

⁶⁴⁷ GLASSON, TISSIER MOREL, *Traite théorique et pratique de procédure civile, op.cit.*

exemple l'organisation judiciaire ou l'atteinte aux droits de la défense. C'est le cas de MM. PERROT et JULIEN. Ce dernier auteur penche d'ailleurs pour une fusion des nullités pour vice de forme et de fond.

D'autres insistent sur la nature formelle des actes de procédure pour proposer que soient considérées comme irrégularités de fond la violation des formalités qui donnent à l'acte sa nature. Cette thèse est soutenue par M. MAS. Cette opinion ne distinguerait pas l'irrégularité de fond de la formalité substantielle⁶⁴⁸. M. BEAUCHARD pense que le plus simple c'est de s'en tenir à l'article 117 du CPCF⁶⁴⁹. Cette disposition cite les cas d'irrégularité de fond affectant la validité de l'acte de procédure. Il apparaît selon M. BEAUCHARD que l'irrégularité de fond touche essentiellement à l'auteur de l'acte de procédure ou à celui qui l'a fait pour lui, d'une façon générale à la personne. Si l'auteur de l'acte n'est pas la personne habilitée à le rédiger, parce qu'il n'avait pas capacité ou pouvoir d'accomplir l'acte de procédure, celui-ci se trouve radicalement vicié, sans qu'il doit besoin de se demander si son destinataire en subit son préjudice. Toujours en droit français, la question de savoir si la liste qui vise le défaut de capacité et de pouvoir est limitative a divisé la doctrine et la jurisprudence.

316. Concernant la jurisprudence, certaines décisions ont affirmé que seules affectent la validité d'un acte indépendamment du grief qu'elles ont pu causer, les irrégularités de fond limitativement énumérées par l'article 117⁶⁵⁰. En revanche, a été considéré comme un vice de fond, la délivrance d'une assignation à une adresse sciemment inexacte, le défendeur ayant été jugé sans avoir été appelé⁶⁵¹. Il y a donc une différence de point de vue entre les juges ; entre ceux qui optent pour une interprétation restrictive de l'article 117 CPCF et ceux qui étendent le domaine de la disposition précitée.

En tout cas, au Sénégal, depuis la réforme de 2001, la nullité pour irrégularité de fond est instituée. A l'instar de son homologue français, le législateur sénégalais a précisé les cas d'irrégularités de fond. Elles sont relatives à la capacité d'ester en justice et au pouvoir de représentation en justice du titulaire du droit d'agir. Ces conditions sont-elles limitatives ? Ni

⁶⁴⁸ Controverses relayées par M. BEAUCHARD, *Nullité des actes de procédure*, Jurisclasseur 3 Fasc. 138 Procédure civile.

⁶⁴⁹ M. BEAUCHARD, *op.cit.*, Jurisclasseur Procédure civile 138

⁶⁵⁰ Civ. 2^e, 30 novembre 1977, Gaz. Pal. 1978. 1.291, note M. VIATTE.

⁶⁵¹ Aix en Provence, 18 octobre 1985 : D. 1986, IR, 221.

le législateur, ni le juge ne se sont prononcés sur cette question. Pour notre part ces conditions sont limitatives sauf disposition législative contraire. Il ne faudrait pas permettre au juge d'avoir un très grand pouvoir d'appréciation par rapport aux conditions de nullité des actes de procédure posées par le législateur. Cela risquerait de créer une insécurité juridique, contraire par conséquent à la bonne administration de la justice.

317. D'autres imprécisions sont également à relever à l'examen de l'article 1-3 du décret 2001-1151. Elles sont relatives aux conditions posées pour la nullité pour vice de fond, à la mise en œuvre de l'irrégularité de fond et à l'existence ou l'absence de possibilité de régularisation.

La première imprécision concerne les conditions de la nullité. En effet, la question se pose de savoir si les règles « pas de nullité sans texte » et « pas de nullité sans grief » s'appliquent aux irrégularités de fond. Autrement dit, pour que le juge prononce l'irrégularité de fond faut-il qu'un texte le prévoit ou qu'il y ait un préjudice ? Le législateur sénégalais ne le précise pas. En revanche, son homologue français s'est clairement prononcé : « les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que la nullité ne résulterait d'aucune disposition expresse ». Nous souhaitons que le législateur sénégalais se prononce sur la question ou que le juge le fasse car à notre connaissance il n'existe pas de décision allant dans ce sens.

La seconde imprécision est relative à la mise en œuvre de l'irrégularité de fond. Faut-il la soulever avant toute défense au fond ou en tout état de cause ? Pour notre part, l'irrégularité de fond a le même régime juridique que les fins de non recevoir liées au fond qui peuvent être soulevées à tout moment. En tout cas, c'est ce qui prévaut en droit français. Mais le juge a la possibilité de condamner à des dommages intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt. De même, il doit relever d'office, lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, les exceptions de nullité pour irrégularité de fond. Il peut également relever d'office la nullité pour défaut de capacité d'ester en justice. Enfin, il y a l'existence ou l'absence de possibilité de régularisation. Comme toutes les autres questions, le législateur sénégalais ne s'est pas prononcé.

318. En droit français, la régularisation est possible. Selon l'article 121 CPCF dans tous les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Mais la Cour de cassation française décide que la régularisation n'est pas possible lorsque l'irrégularité de fond tient à l'absence de personnalité juridique de la partie demanderesse⁶⁵². A notre avis, la régularisation d'une irrégularité de fond consiste dans le fait de permettre à la personne qui avait le pouvoir de représenter en justice autrui de le faire ou à celle qui a la capacité d'ester en justice de s'y employer. Il faut relever que le législateur sénégalais a essayé de régler les incertitudes qui ont existé concernant les irrégularités de fond. Toutefois, il n'en demeure pas moins que des imprécisions existent. De même, dans la pratique, il est difficile de dissocier le défaut de pouvoir qui peut engendrer la nullité pour irrégularité de fond et la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité. N'a-t-on pas dit que la qualité pour agir c'est le pouvoir d'agir ? Au-delà de la notification des actes de procédure, les parties doivent se communiquer les pièces du dossier.

B. LA COMMUNICATION DES PIÈCES DU DOSSIER

319. Nous allons examiner les formes de communication (a) d'abord, ensuite les sanctions prévues lorsqu'elles celle-ci n'est pas faite (b).

1. LES FORMES DE COMMUNICATION

320. Les différentes sortes de communication sont la communication par dépôt au greffe (i) et la communication sur récépissé (ii).

a) COMMUNICATION PAR DÉPÔT AU GREFFE

321. La première forme de communication prévue par le CPCS est celle qui se fait au greffe. En effet, chaque partie doit déposer les pièces du dossier qu'il entend utiliser. Comment une partie peut-elle être en mesure de savoir que son adversaire a déposé les pièces au greffe si elle n'est pas informée ? Il va de soi que même si le législateur sénégalais ne le précise pas, la communication par dépôt au greffe doit être portée à la connaissance de l'adversaire. Selon

⁶⁵² Cass civ 3^e, 15 décembre 2004 : JCP 2005, IV, 1254.

MM. SOLUS et PERROT, s'il faut que l'une des parties ait « *fait état* », d'une pièce pour que celle-ci doive faire l'objet d'une communication, une telle utilisation suffit en principe pour que l'obligation de communiquer existe. En d'autres termes, peu importe en principe que la partie contre laquelle le document est invoqué ait la possibilité d'en prendre connaissance par ailleurs, ou en avait eu, par hypothèse, connaissance⁶⁵³. La Cour de cassation française les a suivis dans leur raisonnement. Ainsi, elle a décidé que la communication d'une correspondance versée par une partie ne peut être refusée à l'adversaire au motif qu'il en avait forcément connaissance puisqu'elle émanait de lui⁶⁵⁴.

Toutefois, il faut préciser que la jurisprudence française n'a jamais reconnu à ce principe une valeur absolue : dès lors qu'il résulte de certaines circonstances que celui qui demande la communication ou qui entend tirer argument ultérieurement d'un défaut de communication avait ou avait eu connaissance de la pièce demandée, la nécessité de la communication peut-être écartée. Ainsi, il a été jugé que la communication d'une pièce ne peut être exigée par celui qui l'a versée aux débats⁶⁵⁵. De même, celui qui, par ses fonctions, devait nécessairement avoir connaissance d'une pièce, ne peut prétendre à une obligation de communication à son profit. La Cour a donc décidé que dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, le juge peut estimer qu'un avocat n'est pas fondé à invoquer la non communication d'un contrat d'assurance dès lors qu'il ne pouvait ignorer, en sa qualité d'avocat, les clauses du contrat souscrit par l'assuré⁶⁵⁶.

Dans le même esprit, la Cour de cassation a décidé qu'il ne peut être fait grief aux juges du fond d'avoir refusé de rejeter des débats des pièces produites par des syndicats intervenants dès lors que, statuant par une décision motivée, ils ont fait ressortir que l'employeur ne pouvait ignorer les décisions de justice et le règlement intérieur de l'entreprise produits par lesdits syndicats et ont estimé, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, que cette circonstance rendait inutile la communication de ces pièces⁶⁵⁷.

Au regard de toutes ces décisions, on peut soutenir que le juge français tente de trouver un équilibre entre la nécessité de porter à la connaissance de l'adversaire les pièces dont on

⁶⁵³ H. SOLUS et R. PERROT, *op.cit.*

⁶⁵⁴ Cass 2^e Civ, 10 octobre 1990 : Bull. civ. II, n° 192 ; Gaz. Pal 1991, 2, somm. p. 356, obs. H.CROZE et CH. MOREL.

⁶⁵⁵ Cass. 2^e Civ. 8 juillet 1971: Bull. Civ. II, n° 251.

⁶⁵⁶ Cass. 1^{ère} Civ. 7 juillet 1987: Bull. Civ. I, n° 219.

⁶⁵⁷ Cass-Soc, 20 février 1991, SA Pomona C/Costa : Jurisdata n° 000416.

entend faire usage et le souci de ne pas retarder le procès. C'est ainsi donc que la connaissance par une partie d'une pièce l'empêche ou peut l'empêcher d'en réclamer la communication. Mais qu'entendre par pièces ?

Ce sont des documents écrits qui seront remis au juge à titre de preuve d'un fait allégué. Ce peut être un contrat en forme authentique ou sous seing privé, des correspondances, des attestations, un avis d'expert, une consultation juridique, des procès-verbaux d'assemblée. On peut citer deux types de pièces : des pièces de forme comme par exemple une citation adressée par le greffe, aux parties, une ordonnance d'un juge et des pièces de procédure à savoir les exploits introductifs, les requêtes et conclusions des parties.

Une fois les pièces déposées au greffe, elles ne peuvent faire l'objet de déplacement si ce n'est qu'il y en ait minute ou que la partie qui les produit y consente. Il faut dire que la communication par dépôt au greffe est plus appropriée lorsque le ministère d'avocat n'est pas obligatoire pour la simple raison que si toutes les parties au procès avaient constitué un avocat, la communication serait faite entre eux ; dans le souci bien sûr de ne pas permettre qu'une pièce disparaisse parce qu'elle a été retirée. Cela peut paraître choquant et surprenant mais de telles hypothèses existent. De plus, comment prouver que la pièce a été bel et bien déposée au greffe ? Faut-il déposer l'original ou la photocopie ? Autant de question qui démontre le caractère hasardeux de la communication par dépôt au greffe.

En droit français, la communication par dépôt au greffe est prévue, outre dans la procédure sans représentation obligatoire, dans la procédure à jour fixe notamment à l'article 789 CPCF. Le retrait d'une pièce du dossier est un acte grave surtout lorsqu'il est fait de façon frauduleuse. C'est pourquoi le législateur sénégalais en a fixé des limites. Déjà, dans les temps anciens, il était défendu de retirer un quelconque document du sac qui contenait les pièces du dossier⁶⁵⁸. Dans la pratique, il semble que la communication la plus usitée est celle qui se fait sur récépissé.

b) COMMUNICATION SUR RÉCÉPISSÉ

⁶⁵⁸ LEMAIRE, *Les règles de la profession d'avocat et les usages du Barreau de Paris*, 372.

322. La communication entre avocats est prévue aussi bien par le CPCS que par l'article 26 du Règlement intérieur de l'ordre des Avocats, arrêté N° 17-84 CO intitulé de la « communication des pièces ».

L'article 126 du CPCS dispose qu'entre avocats, la communication peut en outre être faite sur récépissé dans les conditions prévues à l'article 842 du présent Code. Autrement dit, l'avocat auteur de la communication le fait par plis ordinaires en original et double copie qu'il envoie à l'avocat destinataire. L'original et une copie, revêtue d'un récépissé détaillé, daté et signé par l'avocat destinataire ou son représentant sont renvoyés à l'avocat auteur de la communication. La signature du récépissé est en outre suivie du cachet de l'avocat.

Quant à l'article 26 du Règlement intérieur, il précise que l'avocat doit communiquer à son confrère, avocat de la partie adverse, toutes les pièces qu'il verse aux débats. Le Règlement intérieur prévoit même, les caractères que doit revêtir la communication entre avocats. Ainsi, donc, celle-ci doit être complète, préalable et spontanée. Cet alinéa de l'article 26 du Règlement Intérieur est à rapprocher de l'article 15 CPCF qui dispose que les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.

Cette obligation comporte trois aspects. En premier lieu, la communication doit être spontanée, c'est-à-dire à l'initiative des parties. Ce caractère est expressément consacré dans l'article 132, alinéa 2 CPCF qui décide que la communication des pièces doit être spontanée. Ce caractère est prévu à l'article 26 du Règlement intérieur des Avocats.

En second lieu, la communication doit être globale, en ce sens qu'elle doit porter sur tout ce qui est soumis au juge pour emporter sa conviction : les moyens de fait constituant le fondement des prétentions, les éléments de preuve et les moyens de droit. Il faut dire que la communication de ces éléments est exigée dès l'assignation par l'article 33 CPCS pour permettre à l'adversaire de préparer sa défense ; elle se poursuit au cours de la procédure par des échanges de conclusions et de pièces.

En troisième lieu, la communication doit intervenir en temps utile, c'est-à-dire qu'elle doit laisser à l'adversaire le temps suffisant pour organiser sa défense. Il est vrai que lorsqu'on

examine le Règlement intérieur de l'ordre des Avocats, l'expression en « temps utile » n'y figure pas. On parle plutôt, au-delà des adjectifs complet et spontané, de communication préalable. A notre avis, même si le Règlement ne le dit pas expressément, ce caractère renvoie à l'expression « temps utile ». Au quatrième point de l'article 26 du Règlement intérieur de l'ordre des avocats on peut constater que l'ordre de communication des pièces est prévu. Ainsi, l'avocat du demandeur doit communiquer ses pièces le premier tant en première instance qu'en Cour d'appel même si son client est intimé devant la juridiction du second degré et quelque soit cette juridiction sociale ou autre. Mais l'une des imperfections, à notre avis de l'article 26 du Règlement précité, c'est d'avoir précisé que l'avocat qui reçoit les pièces doit, sans délai accusé réception. En effet, on comprend que le Règlement intérieur veuille donner plus de liberté aux avocats pour organiser la défense de leurs clients, mais celle-ci ne doit pas se faire au détriment du bon fonctionnement de la justice. Ce qui signifie que le délai pour que l'avocat qui reçoit les pièces accuse réception ne doit être ni trop long ni trop court.

L'autre remarque que l'on peut faire c'est que l'article 126 CPCS peut prêter à confusion lorsqu'il prévoit que entre avocats, la communication peut en outre être faite sur récépissé. La question qu'on est en droit de se poser est celle savoir s'il existe un autre moyen de communication des pièces ? Le législateur sénégalais ne le précise pas. Toujours est-il qu'il sanctionne les incidents relatifs aux communications des pièces.

2. LE RÈGLEMENT DES INCIDENTS RELATIFS AUX COMMUNICATIONS DES PIÈCES

323. Parler d'incidents relatifs aux communications des pièces revient à étudier les incidents consécutifs au défaut de communication d'une part et ceux relatifs au refus de restituer les pièces communiquées.

Dans la première hypothèse c'est-à-dire le défaut de communication, il faut relever que celui-ci peut-être pur et simple ou ne pas être fait en temps utile. La première occurrence est consacrée par la Cour de cassation française qui interdisait au juge de fonder sa décision sur des pièces non communiquées⁶⁵⁹. Dans une décision postérieure, la juridiction suprême française affirme en effet qu'en l'absence de tout incident de communication de pièces élevé

⁶⁵⁹ Cass 1^{er} CIV 23 novembre 1960: Bull. civ I, n° 514.

conformément aux dispositions régissant la matière il doit être présumé que les documents sur lesquelles les juges se sont fondés ont été régulièrement versés aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties⁶⁶⁰. Il faut dire que le défaut de communication n'est prévu ni par le législateur sénégalais, ni par son homologue français. Ces derniers ont consacré le défaut de communication en temps utile. Il est vrai que cette expression ne se trouve pas dans le CPCS encore moins dans le Règlement intérieur de l'Ordre des Avocats.

324. Mais, si le législateur prévoit des délais de communication c'est pour que celle-ci se fasse de façon raisonnable. Or, le temps utile renvoie au temps raisonnablement nécessaire laissé à l'adversaire pour qu'il puisse examiner la pièce et présenter sa défense⁶⁶¹. Ainsi, le délai de communication est fixé soit par le récépissé de l'avocat soit par le jugement qui l'a ordonné. S'il n'est pas fixé, il est de quinze jours sauf au président du tribunal à accorder les prorogations de délai qu'il juge indispensables. En effet, il faut relever qu'il entre dans l'appréciation du temps utile une bonne part de subjectivité⁶⁶².

En droit français, l'appréciation du temps utile a donné lieu à beaucoup de jurisprudence. Selon une jurisprudence, l'appréciation du caractère tardif de la communication des pièces relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁶⁶³. On doit admettre donc sans aucun doute que la communication faite la veille de la clôture après une longue mise en état et une injonction du juge n'est pas utile⁶⁶⁴. Mais il faut admettre qu'un avocat puisse pouvoir disposer de plusieurs jours pour dépouiller les pièces et les exploiter en concertation avec le client. Deux jours ont été insuffisants pour 106 pièces⁶⁶⁵, et une semaine pour des conclusions⁶⁶⁶. La jurisprudence est plus libérale en ce qui concerne les juridictions à procédure orale, et notamment devant le juge des référés ou le juge de l'exécution. Elle tend à admettre que la communication puisse se faire à l'audience dans un débat contradictoire.

L'urgence qui caractérise ces procédures excuse le déficit de contradiction⁶⁶⁷. Selon la Cour d'appel de Paris : « la procédure devant le juge de l'exécution étant orale, le plaideur ne saurait être tenu à communiquer à l'avance ses pièces ou ses moyens. Aucune violation du

⁶⁶⁰ Cass 2^e civ, 27 avril 1974: Bull. Civ n° 140.

⁶⁶¹ R. MARTIN Encyclopédie Dalloz Procedure II B-ENC.

⁶⁶² R. MARTIN Encyclopédie Dalloz, *op.cit.*

⁶⁶³ Cass. Ch. Mixte, 3 février 2006.

⁶⁶⁴ Cass. 2^e Civ. 2 février 1977, Bull. Civ II, n° 25, D. 1977, R. 272.

⁶⁶⁵ Cass. 2^e Civ. 9 juin 1977, Bull. Civ, II, n° 150.

⁶⁶⁶ Cass. 2^e Civ. 27 février 1985, Bull. Civ, II, n° 51.

⁶⁶⁷ R. MARTIN Encyclopédie Dalloz, *op.cit.*

principe de la contradiction ne saurait dès lors être retenue s'il est constaté que le débat à l'audience a été loyalement et régulièrement mené sous le contrôle du juge »⁶⁶⁸. Selon Raymond MARTIN, l'abondance de la jurisprudence sur le défaut de communication en temps utile dénote un laisser aller coupable chez les avocats. Il serait donc souhaitable pour lui, que la juridiction disciplinaire relaie la sanction procédurale pour assurer en tous lieux et en tous temps la loyauté du débat. L'avocat doit se persuader dans ses gestes quotidiens que sa fonction de défenseur ne se justifie que comme auxiliaire de justice. Il participe au fonctionnement loyal de la justice en respectant les règles procédurales et déontologiques dans leur esprit comme dans leur lettre. Il y va aussi du respect de son confrère adverse qui est l'envers du propre respect qu'on lui doit⁶⁶⁹.

Au Sénégal, la jurisprudence sur cette question n'est pas abondante pour ne pas dire qu'elle est pratiquement inexistante, à notre connaissance. Toutefois, le législateur a institué l'exception de non communication des pièces comme une sanction du défaut de communication. C'est le cas pour l'ancien code de procédure civile français. Pourtant, aujourd'hui en France, l'exception de communication des pièces a disparu du droit positif. Pour s'en convaincre, il faut examiner l'article 74 alinéa 2 CPCF qui prévoit que la demande de communication de pièces ne constitue pas une cause d'irrecevabilité des exceptions. Selon M. THIAM l'utilité d'une technique procédurale a été largement relayée par des règles déontologiques renforcées⁶⁷⁰. Pour l'auteur, cela se comprend aisément en France où l'accès à la justice s'est professionnalisé avec la règle obligatoire de constitution d'avocat. De même, M. THIAM se pose la question suivante : pourquoi le maintien de l'exception de communication des pièces au Sénégal ?

A son avis, la réponse est aisée : c'est le sous-développement qui rend impossible le caractère obligatoire du service des professionnels de la justice. Mais pour l'auteur, il faut également que l'accès à la justice se professionnalise sous le contrôle d'un dispositif déontologique, et qu'une vraie religion d'avocat soit adoptée, c'est-à-dire que le Sénégal abandonnerait certains outils procéduraux, comme l'exception de communication des pièces, ce qui serait de nature à alléger le champ de la procédure civile codifiée, en provoquant une certaine rigueur dans la responsabilité des professionnels du droit à savoir les avocats⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ CA. Paris 14 décembre 1993, AAPL C/Morel, Juris-Data, n° 024308.

⁶⁶⁹ R. MARTIN Encyclopédie Dalloz, *op.cit.*

⁶⁷⁰ S. THIAM, *op.cit.*, p.41.

⁶⁷¹ S. THIAM, *op.cit.*, p.42.

Comme M. THIAM, nous sommes pour la suppression de l'exception de communication des pièces, pour la simple raison qu'elle retarde la marche du procès et participe quelque fois d'un esprit de chicane. Pour cela, il faut que les avocats fassent leur les règles de déontologie qu'exige la profession. Dans la pratique, nous pensons que l'exception de communication des pièces doit être le dernier recours. Ainsi, si une pièce, expressément visée dans les écritures, n'est pas produite, il convient tout d'abord de la réclamer avec courtoisie à l'avocat adverse, puis solliciter du juge une injonction à cette fin, en cas d'insuccès de rédiger des conclusions destinées à constater l'absence de cette pièce aux débats et à faire rejeter la prétention sur laquelle elle est fondée. Outre les incidents relatifs au défaut de communication, il y a ceux consécutifs au défaut de restitution des pièces du dossier communiquées.

325. La restitution des pièces du dossier est une obligation de l'avocat, expressément mentionnée dans le Règlement intérieur de l'ordre des Avocats. De même, le CPCS a prévu des sanctions lorsque cette obligation est violée. Ainsi, si après l'expiration du délai, l'avocat n'a pas rétabli les pièces, il peut sur simple requête, et même sur simple mémoire de la partie, être rendue ordonnance portant qu'il sera contraint à la dite remise à peine de payer 1.000 Francs de dommages intérêts à l'autre partie pour chaque jour de retard du jour de la signification de la dite ordonnance, outre les frais desdites requête et ordonnance qu'il ne pourra répéter contre son constituant. L'article 136 CPCF dispose que la partie qui ne restitue pas les pièces communiquées peut y être contrainte, éventuellement sous astreinte. La sanction du défaut de restitution des pièces constitue une faculté pour le juge et non une obligation.

En France, avant la banalisation de la photocopie, les pièces étaient communiquées en originaux, le plus souvent sur bordereau entre avoués d'instance. Ainsi, leur restitution donnait lieu à de très fréquentes difficultés, car l'avocat à qui les pièces avaient été remises, les conservait jusqu'à ce qu'il ait rédigé ses conclusions en défense. Les pièces ne revenaient entre les mains de leur propriétaire bien souvent que la veille ou le jour de l'audience, ce qui le mettait dans l'impossibilité de préparer sereinement son dossier de plaidoirie. Les rapports entre confrères étaient donc empoisonnés. Avec la généralisation de la photocopie, ce problème irritant a été supprimé en ce sens qu'au lieu de remettre l'original, on préfère donner la photocopie. Mais il semble qu'il faudra faire un bon usage de la photocopie surtout lorsqu'elle peut donner lieu à des montages, lorsqu'il s'agit d'un document confidentiel. En cas de doute donc, la partie pourra toujours demander la communication de l'original. Pareille

demande ne doit pas cependant cacher une manœuvre dilatoire⁶⁷². Au-delà des parties, la contradiction doit être respectée par le juge.

§2. LA CONTRADICTION ET LE JUGE

326. Aux termes de l'article 7 de la loi N° 84-19 du 2 février fixant l'organisation judiciaire : « Tant en matière civile que répressive, nul ne peut être jugé sans être mis en mesure de présenter ses moyens de défense ». Cette disposition est à rapprocher d'un arrêt de la Cour suprême française proclamant « que, la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre »⁶⁷³. C'est la consécration tant en droit sénégalais que français de l'adage *auditur et altera pars*.

DEL VECCHIO fait remonter cette maxime à Hésiode et à Aristophane avant d'en retrouver la forme dans la Médée de Sénèque⁶⁷⁴. Selon LOISEL : « le sage est le juge qui écoute et tarde à juger, cas de fol juge brève sentence »⁶⁷⁵. En tout cas, le juge doit respecter le principe du contradictoire. Pour ce faire, il est non seulement tenu de veiller, en toutes circonstances à ce que les parties respectent pendant tout le procès le principe de la contradictoire, mais également d'observer lui-même ce principe.

327. Dans la première occurrence, le juge doit vérifier que les parties se sont communiquées spontanément tous les éléments qu'elles lui soumettent et que cette communication est intervenue en temps utile. L'article 54-4 du décret 2001-1151 dispose que le juge de la mise en état veille au déroulement loyal e la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces.

Quant à l'article 54-1 du même décret, il précise que la chambre saisie juge les affaires qui, d'après les explications des avocats et au vu des conclusions échangées et des pièces communiquées, lui paraissent prêtes à être jugées sur le fond. Le juge de la mise en état peut entendre les avocats et leur faire toutes communications utiles. Il peut également, si besoin est, leur adresser des injonctions. Pour mener à bien sa mission, le juge de la mise en état dispose de certains pouvoirs. C'est ainsi qu'il exerce tous les pouvoirs nécessaires à la

⁶⁷² Cass. Civ. 2^e 30 janvier 1965, Bull. Civ II n° 49.

⁶⁷³ Civ., 7 mai 1828 : S. 1828. 1.329.

⁶⁷⁴ DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Paris, 1953, pp. 440 et s.

⁶⁷⁵ G. FLECHEUX, *Le droit d'être entendu*, Mélanges P.BELLET, pp.149 et s.

communication à l'obtention et à la production des pièces à cet effet comme l'énonce l'article 54-12 du décret.

Pour Raymond MARTIN, malgré ces dispositions attestant du contrôle du juge sur le respect du principe de la contradiction par les parties, le meilleur gardien de la police de l'instance reste l'adversaire car le juge n'a ni les moyens ni le temps d'exercer pleinement un contrôle continu de l'instruction⁶⁷⁶. Pour étayer ses propos, l'auteur cite quelques arrêts de la cour de cassation française. Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel « n'est pas tenue de donner injonction aux parties de communiquer » telle pièce⁶⁷⁷, ou encore « dès lors que l'intimé n'a pas soulevé l'irrecevabilité des pièces produites en cours de délibéré pour l'appelant, la cour d'appel n'est pas tenue de le soulever d'office »⁶⁷⁸.

328. Concernant la deuxième hypothèse à savoir l'obligation pour le juge d'observer lui-même le principe du contradictoire, il faut rappeler que la querelle s'est instaurée en France à propos de l'article 16 de l'actuel CPCF. En effet, la formule selon laquelle le juge doit observer lui-même le principe de la contradiction avait déjà été utilisée par les rédacteurs du décret n° 71-740 du 9 septembre 1971 (article 16 alinéa 1).

Néanmoins, lors de l'insertion du texte considéré dans le CPCF, avaient disparu à la fois l'affirmation générale de l'obligation pour le juge de respecter lui-même la règle du contradictoire et la précision consécutive selon laquelle le juge, au cas où il relevait d'office un moyen de droit, devait provoquer les explications des parties à cet égard. Cette situation a suscité une controverse entre les juristes. Ainsi, selon M. PARODI : « le travail du juge, ses recherches, ses réflexions et la solution qu'il se propose d'apporter au litige n'ont pas être soumis à la discussion des parties. Le juge aura tout avantage, bien entendu à leur faire part de ses réflexions, leur soumettre les moyens de pur droit qu'il se proposerait de relever d'office afin de recueillir leurs observations. Mais il ne s'agit là d'une application du principe de contradiction, lequel ne saurait jouer entre le juge et les parties »⁶⁷⁹. Une fraction de la doctrine estime que les règles du nouveau code de procédure portent atteinte au principe de la

⁶⁷⁶ R. MARTIN, *op.cit.*

⁶⁷⁷ Cass. 2^e Civ. 12 février 1992, Bull. Civ II, n° 47.

⁶⁷⁸ Cass. 2^e Civ. 21 octobre 1992, Bull. civ. II, n° 247.

⁶⁷⁹ C. PARODI, *L'esprit général et les innovations du Nouveau Code de procédure civile* cité par G. WIEDERKEHR D. 1978 pp.36 et s.

contradiction en libérant le juge de l'obligation de proposer au débat des parties les moyens de droit qu'il entend soulever d'office⁶⁸⁰.

Dans la même lancée, A. BENABENT soutient que si les textes de 1971 et de 1972 ont expressément exigé du juge qu'il invite les parties à discuter des moyens qu'il entend soulever d'office, ils n'ont fait que formuler une règle dont l'existence leur est antérieure et qui leur est supérieure. En conséquence, si le CPCF n'exprime plus cette règle, peu importe elle n'en survit pas moins⁶⁸¹. La démonstration de M. PARODI tient en deux propositions : le juge n'est pas obligé de soumettre à la construction ce qui vient de lui-même car la justice étatique est « fondée sur la confiance dans ce juge ». il va de soi, à la réflexion, que cette opinion n'emporte pas notre adhésion en ce sens qu'elle fait du juge un homme parfait dont les arguments ne souffrent d'aucune contestation, ce qui ne peut être soutenu. La sagesse populaire rappelle de plus que la confiance n'exclut pas le contrôle.

Quelle est la position adoptée par le juge français ? C'est le Conseil d'Etat qui s'est prononcé sur la question à travers un arrêt du 12 octobre 1972. Nous rappelons le motif déterminant de la décision : « considérant que les requérants soutiennent que le gouvernement ne pouvait légalement adopter des dispositions réglementaires telles que celles prévues aux articles 12, alinéa 3, 16 alinéa 1^{er}.... ayant pour effet de restreindre les garanties essentielles des justiciables ; que ces garanties résident notamment dans le principe de l'égalité des citoyens devant la justice et du caractère contradictoire de la procédure ; qu'il ne peut être dérogé à ce dernier principe que lorsqu'il est statué sur des moyens devant être relevés d'office ; que dès lors en laissant au juge la faculté de relever d'office des moyens de droit et en le dispensant de respecter le caractère contradictoire de la procédure, le Gouvernement a apporté à ce principe des limitations illégales ; qu'il y a lieu d'annuler les dispositions correspondantes et indivisibles du troisième alinéa de l'article 2 tel qu'il résulte du décret n°75 – 1123 du 5 décembre 1975 et de l'alinéa 1^{er} de l'article 16 du Nouveau code⁶⁸². Cette motivation est explicitée par les conclusions du commissaire du Gouvernement FRANC : « laisser au juge le soin d'apprécier si un moyen de droit doit ou non être relevé d'office (allusion à l'alinéa 3 de l'article 12) et le dispenser dans ce cas de respecter le principe du contradictoire présente un risque d'arbitraire non négligeable. Au regard de votre jurisprudence, cela constitue sans

⁶⁸⁰ R. PERROT, obs. Rev.Trim. dr.civ 1976.826.

⁶⁸¹ A. BENABENT, *Les moyens relevés en secret par le juge*, JCP 1977. I. 2849.

⁶⁸² C.E 12 oct. 1979 D. 1979.

aucun doute , une violation de cet autre principe général du droit qu'est le principe de l'égalité des citoyens devant le service public dont vous assurez constamment le respect et dont il conviendrait seulement en l'espèce de faire application au service public de la justice. Qui plus est, si l'on se tourne vers la jurisprudence du conseil constitutionnel, cela porterait atteinte au principe d'égalité devant la loi , principe auquel le Conseil reconnaît la valeur d'un principe s'imposant au législateur lui-même (27 décembre 1973, n°75-51, Rec.Cons.const., p.25) ou plus précisément une méconnaissance du principe d'égalité devant la justice auquel ce même conseil n'a pas hésité-s'agissant il est vrai de l'application d'une loi pénale- à reconnaître une valeur constitutionnelle (27 juillet 1975 n° 75- 76 Rec. Cons. const. p 22)⁶⁸³ ».

Le Conseil d'Etat, a par ailleurs décidé que l'article 1015 porte atteinte au principe de l'égalité des citoyens devant la justice en ce qu'il dispense le juge de l'obligation d'avertir les parties, notamment le demandeur, des moyens de rejet du pourvoi qui peuvent être soulevés d'office⁶⁸⁴.

On remarque, à l'examen de ces différentes décisions surtout celle en date du 12 octobre 1979, que la juridiction administrative suprême a annulé le troisième alinéa de l'article 12 version 1975. L'article 16 également de la même version a été annulé puisque selon le Conseil d'Etat, ces articles sont indivisibles. Ainsi, un décret du 12 mai 1981 a donné une nouvelle rédaction à l'article 16 dont l'alinéa 3 décide « le juge ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ». Selon MOTULSKY, cet article a pour objet d'établir « une collaboration féconde entre juge et conseils des parties en vue de parvenir à une solution aussi juste que possible du conflit à trancher ».⁶⁸⁵

Une doctrine autorisée pense toutefois que le troisième alinéa annulé par le Conseil d'Etat ne portait pas atteinte au principe du contradictoire, mais à un autre principe, celui d'égalité devant la justice, issu de l'égalité devant la loi , principe de valeur constitutionnelle, en ce qu'il permettait au juge de relever ou non un moyen de pur droit, introduisant ainsi un

⁶⁸³ Propos reproduits dans l'article de R.MARTIN D.1994 chron p.308.

⁶⁸⁴ C.E 5 juillet 1985, GAZ Pal 1985.2. 742, note GUINCHARD et MOUSSA.

⁶⁸⁵ H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur code de procédure civile*, D. 1972, chron. p 91.

arbitraire judiciaire pour faire pencher ou non la balance du côté d'une des parties⁶⁸⁶. Le législateur Sénégalais a suivi le raisonnement du Conseil d'Etat français, en imposant au juge de soulever d'office les moyens de pur droit et ce, quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties. Mais, le juge ne peut le faire qu'après avoir provoqué les explications des parties. Partant de cette disposition, on constate que le fait pour le juge de soulever d'office les moyens de pur droit est, non une faculté, mais une obligation. Le législateur sénégalais a voulu éviter les débats sur la question. La seule difficulté qui peut subvenir consiste dans la détermination de sens de « *moyen de pur droit* ». Le principe du contradictoire, nous l'avons vu doit être respecté aussi bien par les parties que par le juge, cette contradiction doit également présenter une certaine qualité.

§3. LA QUALITÉ DE LA CONTRADICTION

329. Parler de la qualité de la contradiction revient à examiner la question de l'information complète du défendeur, de l'institution d'un délai de comparution (1). De plus, il faut étudier la contradiction dans les procédures spéciales (2).

A. L'INFORMATION COMPLÉTÉE DU DÉFENDEUR ET L'INSTITUTION D'UN DÉLAI DE COMPARUTION

330. Lorsque l'adversaire reçoit un acte de procédure, il doit trouver dans celui-ci toutes les informations utiles à sa défense. Il faut que le défendeur sache avec certitude et précision ce qu'on lui veut, qui le lui veut et sur quels fondements juridiques et factuels est assise la prétention dirigée contre lui afin d'être en mesure d'organiser sa défense et d'apprécier les risques qu'il courrait en ne se défendant pas⁶⁸⁷. Toutes ces informations participent du respect des droits de la défense dans l'acte introductif.

331. Le législateur sénégalais s'inscrit dans la même lancée lorsqu'il prévoit à l'article 33 du décret 2001- 1151 que l'assignation contient outre les mentions prévues par l'article 821 l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée, la date et l'heure de l'audience, l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit ; l'indication

⁶⁸⁶ R. MARTIN, *Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou requalifier ?*, D. 1994, chron p. 308.

⁶⁸⁷ J. NORMAND in la réforme du code de procédure civile Autour du rapport COULON Dalloz 1997, *op.cit.*, p.53.

des pièces sur lesquelles la demande est fondée, ces pièces étant énumérées sur un bordereau qui lui est annexé ; l'indication que faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire.

Ces mentions obligatoires que doit contenir une assignation mettent en exergue le formalisme informatif de la procédure, son caractère écrit et enfin la situation selon laquelle la partie au procès en l'occurrence le demandeur est la plupart du temps représentée par un avocat qui se chargera de rédiger l'acte de procédure. Cette disposition est à rapprocher de l'article 56 du CPCF qui a presque le même contenu qu'elle.

332. En France, l'article 12 CPCF a été au centre des discussions relatives à la modernisation de la procédure civile. En effet, l'article 12 apparaît comme la planche de salut de l'avocat ignorant ou peu consciencieux. Il fournira au juge une brassée de faits, à charge pour lui de leur donner la qualification opportune.⁶⁸⁸ L'auteur se base sur le fait que l'article 12 CPCF dispose que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. En principe donc, il n'appartient pas aux parties d'indiquer la règle de droit applicable au litige. C'est la traduction de l'adage *da mihi factum, te dabo jus* consacré par l'article 1-6 du décret 2001 – 1151. Mais au regard de l'article 56 CPCF et 33 du décret 2001- 1151, il semble que le droit n'est plus l'apanage exclusif du juge en ce sens que l'assignation doit contenir l'objet de la demande avec un exposé des moyens en fait et en droit.

333. Le moyen est la voie procédurale consistant à invoquer, soit pour faire consacrer une action, soit pour y faire échec, à la fois une règle de droit et les faits qui en sont le support⁶⁸⁹. L'article 280 bis du décret 2001-1151 et 753 alinéa 1 CPCF précisent que les conclusions doivent formuler expressément les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée. Elles comprennent en outre l'indication des pièces invoquées. A cet effet, un bordereau récapitulatif leur est annexé. Ces dispositions sont des prolongements des articles 56 CPCF et 33 du décret 2001-1151.

334. On parle de conclusions qualificatives à cet effet. Cette obligation est prescrite à peine de nullité. Il s'agit bien sur d'une nullité de forme qui nécessite par conséquent la preuve d'un grief au sens de l'article 826 CPCF. MMM. LECHARNY, REGNIER, VERDUN, pensent que le grief pourrait être le seul défaut de mention du fondement : « ne fait-on pas grief au

⁶⁸⁸ B. BEIGNIER, *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*, op.cit., p.71.

⁶⁸⁹ B. BOCARRA, *La procédure dans le désordre. Le désert du contradictoire*, J.C.P. 1981.éd.G.3004, op. cit.

défendeur en ne précisant pas le fondement juridique de la demande ainsi que le texte l'exige ?⁶⁹⁰ L'atteinte aux droits de la défense peut être constituée selon ces auteurs par le fait que le défendeur qui ne connaît pas le fondement juridique ne peut préparer sa défense. Pour notre part, nous pensons que ce point de vue est critiquable et infondé pour la bonne et simple raison que le défaut de mention du fondement juridique n'a aucune influence négative sur la possibilité pour le défendeur de préparer sa défense de façon sereine. Mme MEKKI l'exprime clairement en tout cas en soutenant que l'article 56 CPCF est davantage imposé pour faciliter l'office du juge que pour protéger l'adversaire. Et l'auteur de se poser la question de savoir si le grief dont il est question ne devrait pas dès lors être celui que subit la justice⁶⁹¹.

Quant à G. BOLARD, il n'est pas d'accord sur la qualification de la nullité prescrite par l'article 56 CPCF : « on ne voit pas comment qualifier de vice de forme le défaut de qualification juridique, c'est-à-dire comme il vient d'être dit l'absence du processus intellectuel caractéristique des écritures procédurales⁶⁹² ». En tout état de cause, nous ne voyons pas en quoi le défaut de précisions du fondement juridique est préjudiciable aussi bien au défendeur qu'à la justice.

335. Au-delà des conclusions qualificatives, il y a celles récapitulatives prévues par les articles 280 bis du décret 2001-1151 et 753 alinéa 2 CPCF. Les conclusions récapitulatives précisent que les parties doivent reprendre dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs conclusions antérieures.

En droit français, la question essentielle posée par l'interprétation de l'article 753 alinéa 2 a été de savoir ce qu'il faut entendre par « dernières conclusions » et notamment si une formule de renvoi général aux précédentes conclusions est suffisante ou si le renvoi exprès et précis est nécessaire. La question présentait une importance particulière pour la procédure devant la Cour d'appel. La Cour de cassation, saisie en application des articles L. 132 -1 et 151 et suivants du COJ a rendu sur cette question un avis le 10 juillet 2000. La question posée concernait l'alinéa 2 de l'article 954 du CPCF qui est rédigé en termes quasi- identiques à ceux de l'alinéa 2 de l'article 753. Selon l'avis ainsi rendu, il ressort des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 954 que toutes les conclusions successives, en demande, ou en défense, qui, avant la clôture de l'instruction, déterminent l'objet du litige ou soulèvent un incident de

⁶⁹⁰ MMM LECHARNY, REGNIER, VERDUN, *Observations sur le décret n° 98 – 1231 du 28 décembre 1998*, Gaz Pal 14- 16 février 1999.

⁶⁹¹ S.A. MEKKI, *Le temps et le procès civil*, op.cit., p.330.

⁶⁹² G. BOLARD cité par Mme MEKKI, op.cit., p.330.

nature à mettre fin à l'instance, doivent exposer l'ensemble des prétentions de la partie et la totalité des moyens qui les fondent, sans que les juges d'appel tenus de ne répondre qu'aux conclusions dernières en date, aient à se reporter à des écritures antérieures sauf pour vérifier, s'il ya lieu, les effets de droit que le dépôt de ces écritures, au regard notamment de l'interruption de la prescription ou de la péremption a pu entraîner.⁶⁹³

A travers les articles précités, le législateur sénégalais et son homologue français veulent que les demandes présentent un caractère sérieux et partant c'est l'instruction des affaires qui s'en trouve facilitée. Désormais, les parties réfléchiront avant de saisir la justice car elles doivent exposer dans leur demande, des moyens de fait et de droit. Elles ne doivent plus se taire sur le fondement juridique.

Nous ne contestons pas la nécessité voire l'importance de ces conclusions. En effet, dans les procédures complexes et celles à sujets multiples, un échange d'une dizaine de conclusions est parfois possible. Cette situation laisse souvent obscures les prétentions des parties plusieurs fois modifiées. Il est parfois difficile pour le juge de comprendre quelle est la dernière position des plaideurs, quel est le contenu exact de leurs prétentions.

Les conclusions récapitulatives sont instituées afin que le juge ne soit plus confronté à « un amas sinon un fatras de considérations diverses, voire de copies mises bout à bout, sans ordre ni cohérence, et volontiers répétitives (lorsqu'elles ne sont pas contradictoires), parmi lesquelles sont noyées ce qui constitue véritablement des moyens et même des prétentions »⁶⁹⁴.

La sanction du défaut de récapitulation c'est que les conclusions sont réputées être abandonnées et la Cour ne statuera que sur les dernières conclusions déposées.

Selon une jurisprudence française, cette sanction n'est pas contraire à l'article 6-1 Conv. EDH⁶⁹⁵.

336. La question s'est posée de savoir si les conclusions récapitulatives qui supposent une représentation *ad litem* ne doivent pas être étendues aux procès où la représentation étant facultative, la partie a choisi un professionnel pour la représenter. A notre avis, cela doit être

⁶⁹³ Bull civ Cour cass 2000 n° 520 p. 6 et 9.

⁶⁹⁴ A. PERDRIAU, *Pour une nouvelle écriture des écritures des procès civils*, Gaz Pal, 1997, 2, Doct., pp. 405 et s.

⁶⁹⁵ Com. 27 juin, J.CP 2000 IV 2439.

possible puisque tout professionnel qui défend une cause est présumé avoir les mêmes qualités que l'avocat. Il faut dire que l'institution des conclusions récapitulatives oblige les avocats à faire preuve d'esprit de synthèse. La doctrine parle à cet effet d'une récapitulation intellectuelle, synthétique et non pas d'une compilation.

L'autre but des conclusions récapitulatives est de faciliter la tâche du juge et d'accélérer la production du jugement car comme le soutenait R. TULEDA : « la qualité des conclusions est toujours une composante essentielle de la qualité de la décision⁶⁹⁶ ». Lorsqu'on examine le décret 2001- 1151 notamment son article 280 bis, on peut soutenir a priori que l'exigence de conclusions récapitulatives n'est respectée que devant la Cour d'appel contrairement à ce qui se passe en France où le décret n° 98- 1231 du 28 décembre 1998 reprend, une nouvelle fois, la proposition du rapport J. M COULON en instaurant l'obligation devant le tribunal de grand instance (article 753 alinéa 2 CPCF) et la Cour d'appel (article 954 alinéa 4 CPCF) de prendre des conclusions récapitulatives.

Mais lorsque le même article dispose que le conseiller de la mise en état, ou le magistrat exerçant ces fonctions, instruit les affaires soumises à la Cour d'appel dans les formes et conditions prévues à l'article 54 du présent code, le point de vue susmentionné mérite d'être relativisé.

337. Au-delà de l'information complète du défendeur, il faut, pour que la contradiction soit de qualité, permettre la comparution car, il ne suffit pas de se présenter, et de se présenter en temps utile. Normalement, l'observation des délais de comparution suffit à sauvegarder cette faculté.⁶⁹⁷ Le législateur sénégalais a prévu des délais de comparution aussi bien devant le tribunal départemental que devant le tribunal régional.

338. Ainsi donc, devant le tribunal départemental il doit y avoir, entre le jour de la remise de la convocation et celui indiqué pour la comparution, au moins cinq jours si la partie est domiciliée au siège de la juridiction. Ce délai est porté à dix jours si la partie est domiciliée dans le ressort de ladite juridiction, à quinze jours dans les ressorts limitrophes et à trente jours dans les autres parties du Sénégal. Si la partie est domiciliée en dehors du Sénégal il sera fait application des dispositions des articles 41 et 42 CPCF. Devant le Tribunal régional, ce

⁶⁹⁶ R. TULEDA, *Du récapitulatif au compilatoire*, Gaz Pal 10- 11 mars 1999 pp 30 et s.

⁶⁹⁷ H. MOTULSKY, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle*, Mélanges P. ROUBIER, *op cit.*, p.175.

sont les mêmes délais de comparution qui doivent être respectés. Seulement, lorsque le tribunal régional est saisi par déclaration au greffe, les parties sont convoquées huit jours au moins à l'avance. Le législateur sénégalais, à l'instar de son homologue français n'a pas prévu de sanction applicable au demandeur qui accomplirait des actes pendant le délai d'attente.

Comme le précise. M CADIET : « ces délais « d'attente », par hypothèse, ne sont pas sanctionnés : leur effet est simplement d'interdire au demandeur de poursuivre la procédure avant l'expiration du délai ⁶⁹⁸». Selon Mme MEKKI, il aurait été concevable de considérer qu'ils sont non avenus⁶⁹⁹. En effet, l'auteur préconise de faire un parallèle avec les accomplis pendant une interruption d'instance dont l'article 372 CPCF dispose qu'ils sont non avenus à moins qu'ils ne soient expressément ou tacitement confirmés par la partie au profit de la quelle l'interruption est prévue. La jurisprudence française s'est prononcée sur la question. Ainsi, si c'est par fraude de son adversaire que l'intéressé n'a pu faire valoir ses droits et moyens, la Cour suprême lui accorde une sorte de « *restitution in integrum* » lui permettant par exemple de faire hors délai, opposition au jugement par défaut⁷⁰⁰.

Au Sénégal, nous n'avons pas à notre connaissance de décision de justice sur la sanction du non respect du délai de comparution. A notre avis, les propositions de M. CADIET et de Mme MEKKI méritent d'être retenues. Il en est de même de la décision du juge français.

339. Un autre aspect qui doit permettre à ce que la contradiction soit de qualité c'est la communication des pièces du dossier par voie électronique. Absente de l'ordonnancement juridique sénégalais, elle existe en droit français. Elle a été instituée par le décret n° 2005 – 1678 du 28 décembre 2005, article 73. Selon l'article 748-1CPCF, les envois, remises et notifications (...) des pièces (...) peuvent être effectués par voie électronique dans les conditions et selon les modalités fixées par le présent titre.

Au chapitre des conditions, il y a le fait que le destinataire de la notification doit consentir expressément à l'utilisation de la voie électronique. En outre, il doit envoyer un avis électronique de réception à l'auteur de la notification qui indique la date et, le cas échéant, l'heure de celle-ci. Au sens de l'article 748- 5 CPCF, l'usage de la communication par voie

⁶⁹⁸ L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 3^e ed Litec, 2000.

⁶⁹⁹ S.A. MEKKY, *op.cit.*, p.125.

⁷⁰⁰ Civ., 19 nov 1945 : Gaz Pal., 1945.2.205.

électronique ne fait pas obstacle au droit de la partie intéressée de demander la délivrance, sur support papier, de l'expédition de la décision juridictionnelle revêtue de la formule exécutoire. En tout cas, les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du Garde des sceaux Ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire.

Nous sommes en tous cas persuadés que la communication par voie électronique, doit être intégrée dans notre ordonnancement juridique. En effet, l'informatique permettrait d'envoyer des constitutions directement au greffe, des conclusions, de connaître des jugements, de gérer un calendrier de procédure. C'est la liaison interactive entre les cabinets et les greffes et portant les magistrats, par le biais de celles-ci⁷⁰¹. Malgré leurs spécificités la contradiction n'est pas absente des procédures spéciales.

B. LA CONTRADICTION DANS LES PROCÉDURES SPÉCIALES : DE LA NEUTRALISATION PROVISOIRE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE À SON RÉTABLISSEMENT

340. La spécialité des procédures dont nous allons parler tient au fait que le défendeur n'est pas présent dans la première phase au prétoire soit parce que c'est la loi qui ne le lui permet pas, soit parce qu'aucun acte de procédure ne lui a été notifié.

Nous traiterons successivement des ordonnances sur requête (a) et de la procédure de défaut (b)

1. LA CONTRADICTION ET LA PROCÉDURE DE REQUÊTE

341. La contradiction est certes importante dans un procès, mais ce n'est pas une fin en soi. En effet, dans le cadre de la procédure de requête, le défendeur n'est pas averti de l'ouverture d'une procédure à son égard. Autrement dit, il n'est pas assigné. C'est ainsi que le législateur

⁷⁰¹ La réforme du Code de procédure civile, Autour du rapport COULON, *op.cit.*

sénégalais précise en son article 820-1CPCS que le Président du tribunal départemental ou du tribunal régional peut ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement. A la lecture de cette disposition, on peut soutenir que la procédure d'ordonnance sur requête exclut toute idée de contradiction a priori c'est-à-dire lors de la saisie du juge par le demandeur. La procédure d'ordonnance sur requête aux termes de l'article 17 CPCF c'est lorsque la loi permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie. Selon M. Jacques NORMAND, le droit français des mesures provisoires voit coexister en lui deux types de procédure : une procédure contradictoire, dont les référés constituent l'illustration la plus caractéristique et la procédure, unilatérale des ordonnances sur requête qui répond, en réalité à un phénomène de contentieux inversé : on décide d'abord, on discute ensuite, si du moins le destinataire de la mesure estime qu'il y a matière à discussion⁷⁰².

342. Les ordonnances sur requête constituent, avec les ordonnances de référé, la manifestation du pouvoir du Président des juridictions civiles de statuer à titre provisoire sur certaines demandes. La requête est présentée au Président du tribunal en double exemplaire.

La procédure d'ordonnance sur requête, vu son caractère limitatif voire exclusif de la contradiction n'est possible que dans les cas spécifiés par la loi et les dispositions réglementaires. Toutefois, il appartient au juge d'apprécier l'urgence. Ainsi donc, elle a un domaine strictement délimité. Dans le souci de préserver les droits de la partie non appelée, le législateur sénégalais impose au juge de motiver son ordonnance et d'indiquer, le cas échéant, si elle est présentée à l'occasion d'une instance en cours, la juridiction qui en est saisie.

L'obligation de motiver l'ordonnance permet à la personne absente de savoir le pourquoi de sa condamnation. L'ordonnance sur requête est exécutoire sur minute c'est-à-dire sur simple présentation de l'ordonnance et sans notification préalable à la personne contre laquelle l'exécution est recherchée mais seulement après avoir été répertoriée comme l'énonce l'article 820-3 du CPCS. S'il est fait droit à la requête ou la requête d'appel, tout intéressé peut, à tout moment, en référer au Président qui a rendu l'ordonnance. Aussi bien la doctrine

⁷⁰² J. NORMAND in *Les mesures provisoires en droit belge français et italiens*, Etude de droit comparé Bruylant Bruxelles 1999 pp. 136 et s.

que la jurisprudence française ont déterminé la nature de ce moyen mis à la disposition de tout intéressé.

Selon la doctrine, ce n'est pas une voie de recours, mais un moyen d'instaurer un premier degré de juridiction contentieux afin que soit rétrospectivement respecté le principe de la contradiction⁷⁰³

Dans une décision, la Cour de cassation française soutient que le référé de rétractation ne constitue pas une voie de recours mais s'inscrit dans le nécessaire respect par le juge du principe de la contradiction qui commande qu'une partie, à l'insu de laquelle une mesure urgente a été ordonnée, puisse disposer d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief ; le juge aux affaires familiales qui a pris, par ordonnance sur requête, des mesures urgentes, reste compétent pour connaître en référé de la demande de rétractation de son ordonnance, en dépit de la comparution des parties devant le juge de la conciliation.⁷⁰⁴ Le juge a la faculté de modifier ou de rétracter l'ordonnance même si les juges du fond sont saisis de l'affaire.

L'ordonnance sur requête est une procédure provisoire qui ne préjudicie pas au fond. En tout cas, le juge ne peut faire droit à la requête sans avoir recherché si la mesure sollicitée exigeait une dérogation à la règle de la contradiction. Ainsi, il a été jugé que manque de base légale, faute d'avoir recherché si la mesure sollicitée exigeait une dérogation au principe du contradictoire, l'arrêt de la Cour d'appel qui avait fait droit, selon la procédure des ordonnances sur requête, à la demande d'une société tendant à la désignation d'un huissier de justice pour assister aux séances d'un comité d'entreprise et établir des procès-verbaux des événements survenus et des propos échangés.⁷⁰⁵ L'autre procédure qui mérite d'être étudiée c'est la procédure par défaut.

2. LA CONTRADICTION ET LA PROCÉDURE PAR DÉFAUT

343. Le principe est que le jugement est rendu lorsque toutes les parties sont présentes ou représentées.

⁷⁰³H. SOLUS et R. PERROT, *op.cit.*

⁷⁰⁴ Cass 1^{ère} civ 13 juillet 2005.

⁷⁰⁵ Cass 2^e civ 13 mai 1987 Bull civ II n° 112.

Il s'agit d'un jugement contradictoire. Le défaut consiste à s'abstenir de comparaître en personne ou par l'intermédiaire de son avocat. La procédure par défaut doit être distinguée du jugement réputé contradictoire. Dans cette dernière hypothèse, l'une des parties est dûment convoquée mais non seulement elle ne comparait pas, mais également, elle ne se fait pas représenter. La question de la procédure par défaut met en exergue deux impératifs.

D'un côté, il est clair que la mauvaise volonté d'une partie ne peut pas interrompre le cours de la justice. Il serait trop facile de se dérober à un jugement que l'on redoute simplement en faisant défaut. Mais d'un autre côté, il faut se souvenir que toute bonne justice implique la contradiction : si le juge n'entend qu'un seul plaideur, il n'a de l'affaire qu'une vue tronquée et orientée dans un certain sens. On est tenté de répondre que c'est aux risques et périls du défaillant. La réponse est trop simple car certains défauts n'ont pas toujours pour origine la mauvaise volonté de celui qui ne comparait pas (exemple la maladie ou l'ignorance du procès)⁷⁰⁶. Face à ce dilemme, le constat que l'on fait c'est que les solutions ont évolué dans le temps, selon que l'on privilégie l'un ou l'autre de ces impératifs.

En droit romain, le législateur n'hésitait pas à recourir à des moyens coercitifs pour obliger les parties à se présenter devant le juge, au besoin par la force. C'est *l'obtorto collo* qui consistait à obtenir l'autorisation de traîner le défaillant par le col pour l'obliger à se présenter devant le juge. D'autres moyens également ont été institués. C'est l'exemple de l'autorisation donnée au demandeur comparant d'entrer en possession des biens de son adversaire réputé *indefensus*. De son côté, le droit canonique avait imaginé toute une gamme de sanctions pouvant aller jusqu'à l'excommunication, en raison de l'offense faite au juge par celui qui ne comparait pas et qui refuse de déférer à l'ordre de comparution. Une autre conception consistait à assimiler le défaut à un aveu : après tout, si une partie ne comparait pas ou ne présente pas ses moyens n'est-ce pas la meilleure preuve qu'elle n'a rien à dire⁷⁰⁷. Mais la juridiction suprême française a censuré toute décision qui donnerait systématiquement tort à la partie défaillante au seul motif que le défaut laisse présumer qu'elle n'avait aucun argument sérieux à faire valoir⁷⁰⁸. Cette jurisprudence mérite d'être cautionnée pour la simple raison que le défaut de comparaître n'équivaut pas à un aveu de la part du défaillant. En effet, ce

⁷⁰⁶ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 9^e édition, *op.cit.*, p.458

⁷⁰⁷ R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 9^e édition, *op.cit.*, p.458.

⁷⁰⁸ Cass.civ 2 mars 1977 Bull civ II n° 59.

dernier peut ne pas comparaître parce que peut-être il n'a pas été signifié à personne. Il est vrai que la connaissance effective de la procédure par le défendeur repose sur une présomption sinon sur une fiction juridique. Mais la question qui mérite d'être posée est celle de savoir si la certitude de la connaissance ne doit pas se substituer à la présomption de connaissance. De même, il serait intéressant d'exiger du demandeur la preuve qu'il a réellement averti le défendeur de l'existence d'un procès.

344. La dernière approche consiste à organiser une voie de recours spéciale à savoir l'opposition. L'opposition est une voie de rétractation qui permet au défaillant de saisir la juridiction qui a rendu la décision pour quelle revienne sur celle-ci. Elle est formée soit par acte extra-judiciaire soit par déclaration sur les commandements et tous actes ou procès-verbaux comportant exécution du jugement. Toute opposition n'est recevable que pendant quinze jours à compter de la signification à personne du jugement ; à ce délai s'ajoute celui déterminé aux articles 40 et 41 CPCS. S'il est vrai que l'opposition permet au défaillant de provoquer un débat contradictoire, il n'en demeure pas moins qu'avec un tel système, un défendeur de mauvaise foi qui se sait condamné peut différer l'issue d'un procès qu'il redoute. Autant il est normal de réserver la voie de l'opposition au défaillant de bonne foi qui a peut-être ignoré le procès ou qui n'a pu comparaître pour une raison de force majeure, autant il est excessif d'offrir le luxe d'un second procès à celui qui de toute évidence n'a d'autre objectif que de différer le jour où il sera condamné⁷⁰⁹. A côté du principe du contradictoire, il y a la problématique du choix d'un défenseur.

SECTION 2. LA PROBLÉMATIQUE DU CHOIX D'UN DÉFENSEUR

345. La logique aurait voulu que tout justiciable se fasse défendre par un avocat, homme qui maîtrise le droit et la procédure. Mais pour des raisons diverses, ce monopole de la représentation ne saurait être appliquée dans toute sa rigueur. Ainsi, le législateur sénégalais a prévu la possibilité pour tout plaideur de se défendre personnellement (A) et de se faire représenter par autrui (B).

§1. LA DÉFENSE PERSONNELLE

⁷⁰⁹ H. SOLUS, « *Les préoccupations d'ordre psychologiques du code de procédure civile* », Mélanges J. de la MORANDIERE.

346. Le célèbre poète français JEAN de la Fontaine disait : « si quelque affaire t’importe, ne la fais point par procureur »⁷¹⁰. Il semble que ce conseil ait été suivi par le législateur sénégalais qui prévoit à l’article 29 du CPCS que « nul ne plaide par procureur ». Cet adage signifie que le plaideur est tenu de comparaître en personne. Cette maxime est tirée du droit français et la formule exacte c’est : « nul en France ne plaide par procureur, hormis le roi » c’est-à-dire que le plaideur a, à sa charge, une obligation de plaider lui-même sa cause et qu’il ne pouvait se faire représenter en justice que moyennant une permission royale, délivrée en chancellerie et donnant lieu au paiement d’une taxe. Cette prohibition ne concerne bien évidemment pas le Roi. En effet, on considérerait qu’il était à la fois « peu rationnel qu’il pût être condamné par des magistrats qui jugeaient en son nom et peu convenable qu’il connût sa dignité dans les hasards d’un débat judiciaire »⁷¹¹. La nécessité de représenter le Roi était donc motivée par l’existence d’une justice retenue d’une part et le souci de préserver la dignité du roi d’autre part.

Aux termes de l’article 29 du CPCS, le ministère d’avocat n’est pas obligatoire, par conséquent, tout plaideur peut se défendre personnellement et verbalement. Cette disposition consacre également le principe de l’oralité de la procédure ; encore faudrait-il que le litigant s’exprime dans une langue qu’il maîtrise ou à défaut, qu’on lui traduise les débats qui se déroulent dans une langue qui lui est étrangère.

En droit français, ni l’ancien ni le nouveau code de procédure civile n’ont mentionné de façon expresse une telle interdiction de plaider par procureur. Cette règle a été cependant appliquée par la jurisprudence qui considérerait qu’elle « signifie que personne ne peut se faire représenter par un mandataire qui figurerait seul dans l’instance et que le mandant doit toujours être en nom dans les actes de procédure et dans la rédaction du jugement »⁷¹². Cette jurisprudence traduit le nouveau sens de la règle qui signifie que nul ne peut se faire représenter par un mandataire qui figurerait seul dans l’instance, que le mandant doit toujours être en nom dans les actes de procédure et les jugements.

347. Dans la pratique judiciaire au Sénégal, le nouveau sens de la règle est adopté.

En effet, dans l’assignation, au-delà du nom des avocats et de l’huissier, figure celui du litigant. Il en est de même du jugement dans lequel figure le nom des parties au procès. La

⁷¹⁰ La Fontaine, *Le fermier, le chien et le renard*, dans Fables Gallimard, 1974, coll. « Poésie », T. II p.118.

⁷¹¹ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 3^e édition, Litec 1992, n° 263, p.555.

⁷¹² Cass. Civ. 1^{er} 17 décembre 1963 : Bull. Civ. I, n° 561.

question du maintien de la règle « nul en France ne plaide par procureur » a suscité un débat au sein de la doctrine française entre ceux qui considèrent que la règle doit être maintenue et ceux qui prônent le contraire.

Selon la première tendance, la règle « nul ne plaide par procureur » doit être maintenue à titre de continuité. En effet, si elle n'interdit pas la possibilité de représentation dans l'exercice de l'action, elle est justifiée par un souci de sécurité et de loyauté entre les plaideurs : il est nécessaire que le nom des mandants soit révélé afin que la partie adverse sache exactement contre qui elle défend ses droits et contre qui le jugement sera exécutoire⁷¹³. Selon la seconde tendance, la règle « nul ne plaide par procureur » est trop restrictive et doit être rejetée puisqu'elle empêche toute évolution de la procédure civile vers l'admission des « actions de groupe »⁷¹⁴.

S'inscrivant dans la même lancée, P.H. GLENN soutient qu'il est certain que dans les procès où les mandants sont en nombre élevé, la nécessité de justifier de leur identité soulève des obstacles matériels si importants que l'action ne peut être valablement exercée. Par ailleurs, l'identification obligatoire des mandants dans les actes de procédure fait obstacle à la mise en œuvre, en procédure civile française de la « *class action* » américaine, recours collectifs permettant au juge, après vérification dans le cadre d'une procédure préalable, de voir s'il existe des éléments communs dans les rapports entre les membres de la classe et l'une des parties au procès, de rendre un jugement au bénéfice de la classe toute entière. Il est certain qu'en imposant l'identification de tous les colitigants mandants dans l'acte introductif d'instance, la règle interdit à une partie de représenter un groupe de personnes inconnues, ne disposant pas de la personnalité juridique⁷¹⁵.

A la réflexion, on se rend compte que l'argument essentiel invoqué par les tenants du maintien de la règle « nul ne plaide par procureur » c'est le respect des droits de la défense. En effet, le *dominus litis* c'est-à-dire le titulaire de l'action ne doit pas faire disparaître sa personnalité derrière celle de son mandataire. De plus, la liberté de la défense et la loyauté de la lutte judiciaire exigent que les parties combattent à visage découvert et que chacun sache exactement contre qui il plaide réellement. Il semble que la jurisprudence française est

⁷¹³ H. CROZE et CH. MOREL, *Procédure civile*, PUF, 1988, n° 137, p. 142.

⁷¹⁴ M. CABALLERO, *Plaidons par procureur !*, RTD Civ. 1985 pp. 272 et s.

⁷¹⁵ M. GLENN, *A propos de la maxime « Nul ne plaide par procureur »*, RTD Civ. 1988 p.59.

favorable à cet argument d'autant plus qu'elle considère que la dissimulation de la véritable identité du demandeur est de nature à gêner sérieusement la présentation des moyens de défense. Une telle manœuvre peut, par exemple priver le défendeur de la possibilité d'opposer les moyens personnels au demandeur, puisqu'il ne connaît pas son identité⁷¹⁶. Pour éviter de tels comportements déloyaux de la part du véritable titulaire de l'action, le principe selon lequel « nul ne plaide par procureur » lui impose de faire connaître sa personnalité⁷¹⁷.

En revanche, les tenants de la seconde tendance sont pour l'introduction de la class action dans la procédure civile française.

Parler de défense personnelle peut paraître à bien des égards utopique dans la mesure où le plus souvent, l'un des plaignants ou tous les plaignants, ignorent tout des règles de procédure, à défaut d'être analphabètes. Le législateur a donc prévu des palliatifs à cet état de fait à savoir la représentation en justice.

§2. LA DEFENSE PAR PERSONNE INTERPOSEE

348. L'article 29 du CPC a prévu à côté de la défense personnelle, la possibilité pour une partie au procès de se faire représenter par un avocat. La représentation est un procédé juridique par lequel une personne, appelée représentant, agit au nom et pour le compte d'une autre personne, appelée représenté⁷¹⁸. Les effets de l'acte passé par le représentant se produisent directement sur la tête du représenté. En justice, la représentation revêt deux aspects selon son objet : la représentation *ad agendum* c'est-à-dire pour l'exercice de l'action⁷¹⁹ et la représentation *ad litem* c'est-à-dire accomplir les actes de procédure. Le deuxième aspect de la représentation est de la compétence de l'avocat. Elle est prévue à l'article 29 du CPC. L'avocat fait partie des auxiliaires de la justice c'est-à-dire tous ceux qui contribuent professionnellement à l'administration et au fonctionnement du service public de la justice mais qui n'ont pas la qualité de magistrat.

⁷¹⁶ C.A Paris, 10 déc. 1901 : DP 1905, 2, p. 128.

⁷¹⁷ Pour S. GUINCHARD, la légitimité de la règle nul ne plaide par procureur s'explique par la transparence du procès V. son article *Une class action à la française ?*, D. 2005, p. 2180.

⁷¹⁸ Selon l'article 457 du COCC, la représentation est de façon générale, un mécanisme juridique par lequel une personne, le mandant, « donne au mandataire le pouvoir de faire en ses lieu et place un ou plusieurs actes juridiques ».

⁷¹⁹ Plusieurs dispositions prévoient la représentation *ad agendum* : article 276 al. 1 C.F, 328 al.1C.F, 1-3 CPC, 166 AUSCGIE, 201 COCC, 2 al. 4 AUPCAP.

Au Sénégal, avant 1960 c'est-à-dire les indépendances, les avocats n'étaient pas organisés en barreaux indépendants. Pourtant, ce n'était pas l'envie qui manquait. L'organisation de la profession et la mise en œuvre des règles relatives à la discipline des avocats étaient confiées au procureur général près la Cour d'appel, chef du service judiciaire dans la colonie ou le territoire. Avec l'indépendance, un barreau a été créé. C'est la loi N° 84-09 du 4 janvier 1984 abrogeant et remplaçant le décret n° 60-309 du 3 septembre 1960 qui organise actuellement l'ordre des Avocats⁷²⁰. Ainsi, la création d'un ordre des avocats vise à répondre à une revendication longtemps exprimée par les avocats. Cet ordre est administré par le Conseil de l'ordre élu et placé sous la présidence d'un bâtonnier élu à son tour. L'article 4 de la loi n° 84-09 du 4 janvier 1984 créant le Barreau a institué le monopole des avocats en matière de représentation et de plaidoirie en ces termes : « Devant les juridictions, sous réserve des dispositions des articles 5 à 8 et suivants de la présente loi et des dispositions des différents codes de procédure, les avocats ont seuls qualité pour plaider, postuler et représenter les parties en toutes matières. Ils font et signent tous les actes nécessaires à l'exécution des jugements et arrêts, s'il y a lieu. Les avocats peuvent donner conseil et consultation ».

349. Ce qu'on peut remarquer à l'examen de cette disposition qui a été abrogée par la nouvelle loi de 2009 relative à l'ordre des Avocats et au-delà de l'institution du principe du monopôle des avocats, c'est l'absence de distinction entre les fonctions d'avocats et d'avoués, laquelle distinction existait en droit français, sous l'ancien régime. Cette distinction recoupait approximativement celle de l'oral et de l'écrit dans le débat judiciaire.

Aux avocats il appartenait de conseiller leurs clients, de leur suggérer l'attitude et les arguments les plus habiles, puis, en cas de procès, de soutenir oralement leurs prétentions à barre, dans leur plaidoiries. Ce faisant, l'avocat remplissait une mission d'assistance et non de représentation.

⁷²⁰ La loi de 1984 sur les avocats a été remplacée par la loi N° 2009-25 du 8 juillet 2009 portant modification de la loi N°84-09 du 4 janvier complétée par la loi 87-30 du 28 décembre 1987 relative à l'ordre des Avocats (J.O. n°6494 du samedi 17 octobre 2009). Cette loi a pour objet de : « réformer le système judiciaire en cours dans notre pays dans la perspective de sa modernisation et son adaptation aux dispositions des traités de l'UEMOA et de l'ohada ainsi qu'aux exigences de la nouvelle OMC ». Cette loi a abrogé et remplacé par d'autres dispositions les articles 2, 4, 7, 9,10 alinéa 1, 11, 15, 16, 18, 23, 24, 25, 26, 27, 29, 34, 37, 43, 45, 52, 55 et 56 de la loi N°84-09 du 4 janvier 1984.

Quant aux avoués, ils avaient pour tâche de diligenter les actes de procédure et de déposer les conclusions écrites dans lesquelles le plaideur articule ses prétentions à l'adresse du tribunal. Leur mission consistait donc à postuler et à conclure.

350. Aujourd'hui, cette distinction semble dépassée en France car depuis la loi 71-1130 du 31 décembre 1971, dont le titre 1^{er} porte « création et organisation de la nouvelle profession d'avocat », l'avocat a pour mission d'assister et de représenter les parties. Cette mission est reproduite aux articles 411 et 412 du CPCF. Respectivement, le législateur français précise : « le mandat de représentation en justice emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de procédure », et la : « mission d'assistance en justice emporte pouvoir et devoir de conseiller la partie et de présenter sa défense sans l'obliger ». Il résulte de ces dispositions que l'avocat se livre à des activités judiciaire et extrajudiciaire. Les premières consistent dans l'accomplissement des actes de procédure au nom et pour le compte de son client tandis que les secondes consistent dans le conseil. La loi sénégalaise 84-09 du 4 janvier 84 avait pris en compte cette mission de l'avocat. Malgré son importance, il n'en demeure pas moins que l'avocat est soumis à un certain nombre d'obligations. Le juge sénégalais, au travers de certaines décisions, n'a pas manqué de les rappeler. Ainsi, dans un arrêt, il a précisé que : « la renonciation par un plaideur à un droit, notamment par transaction ou acquiescement ne peut pas être implicite. Elle doit résulter d'un acte non équivoque. Le fait pour un avocat d'avoir exécuté une décision de la Cour d'appel, ou de recevoir les fonds dont le paiement est ordonné n'entraîne pas renonciation du plaideur bénéficiaire de ces fonds au pourvoi en cassation⁷²¹. De plus, le *mandat ad litem* ne confère pas à l'avocat, en matière civile, le pouvoir de signer seul des conclusions déferant le serment décisoire à la partie adverse. Les conclusions doivent être contresignées par son client à moins que ce dernier donne un pouvoir spécial à l'avocat⁷²².

351. Ce faisant, le juge sénégalais précise l'étendue du mandat de l'avocat. L'avocat doit veiller à la régularité des actes de procédure. Il a été précisé que l'avocat, à l'accomplissement de son obligation de moyen, doit apporter toutes les ressources exigibles de l'homme de l'art, notamment contrôler la régularité de la procédure et des actes qu'il accomplit ou fait accomplir par d'autres auxiliaires qu'il a lui-même mandatés à cette fin⁷²³ ; ensuite que

⁷²¹ C.S N° 9 du 5 juillet 1978. CS N° 1 du 14 mars 1979.

⁷²² C.A Dakar 27 janvier 1967 N° 23.

⁷²³ C.A Dakar N° 37 du 22 février 1974.

l'omission d'une formalité ou d'une mention entraînant la déchéance d'un recours est si importante que l'avocat est en tout état de cause responsable à l'égard de son mandant. Même si la même faute est aussi imputable à l'huissier cela ne saurait être proposé au client de l'avocat qui a donné à ce dernier le pouvoir de contrôler les diligences de l'huissier et veiller à leur régularité⁷²⁴.

En tout état de cause, l'exercice de ce mandat ad litem implique pour l'avocat la prudence d'un bon père de famille et lui interdit de faire la contrepartie des offres de son client, notamment lorsque celui-ci se trouve dans les liens d'un contentieux de nature à réduire son discernement. C'est le cas d'un achat amiable par l'avocat d'un bien de son client⁷²⁵.

352. Toujours dans le cadre des obligations de l'avocat, il faut dire que ce dernier doit informer son client. Il a été jugé que l'avocat a le devoir d'informer par écrit son client du jugement rendu afin que celui-ci puisse se prononcer sur l'éventualité d'un appel. En cas de refus du client de former appel, il est prudent de se couvrir par une décharge expresse. En cas de dommage résultant d'un manquement à une telle obligation professionnelle, l'avocat engage sa responsabilité⁷²⁶.

En outre, il est du devoir de l'avocat, lorsque le client le requiert, d'informer celui-ci de toutes les péripéties de son procès et lui restituer les documents qui lui appartiennent s'il le demande, notamment les grosses des jugements et procès-verbaux. Le retard à exécuter de telles dispositions peut être fautif selon les cas d'espèce et relève de l'appréciation souveraine du juge⁷²⁷. La conséquence qui découle du non respect par l'avocat de ses obligations c'est l'engagement de sa responsabilité. Il existe même un principe dégagé par la jurisprudence sénégalaise selon lequel l'avocat est un mandataire salarié qui devient responsable de toutes les fautes qu'il peut commettre même de ses fautes légères. Le barreau ou l'avocat lui-même peut souscrire une assurance garantissant cette responsabilité.

353. Nous disions dans les développements précédents que l'article 4 de la loi 84-09 portant création du Barreau a prévu le principe du monopole de représentation des avocats. Seulement, ce principe est atténué tant dans les affaires familiales que sociales.

⁷²⁴ C.A Dakar N0 37 du 22 février 1974.

⁷²⁵ C.A Dakar N° 202 du 22 avril 1983.

⁷²⁶ C.A Dakar N° 153 du 11-06-1971.

⁷²⁷ C.A Dakar N° 208 du 6-4-1984.

L'article 5 de la loi 84-09 du 04 janvier 1984 créant l'ordre des avocats dispose : « toutefois, toute personne peut plaider et postuler verbalement ou par mémoire soit par elle-même, soit pour ses cohéritiers, soit pour ses parents ou alliés sans exception en ligne directe et jusqu'au second degré inclusivement en ligne collatérale. Le mari peut de même plaider et postuler pour sa femme, celle-ci pour son mari, le tuteur pour ses pupilles ou l'administrateur provisoire ou le curateur d'office pour les personnes physiques qu'il représente ». Ces représentants légaux sont dispensés de la justification de leur mandat. Selon l'article 6 de cette même loi : « Devant les justices de paix, le ministère d'avocat n'est pas obligatoire et les parties peuvent se faire représenter par un mandataire de leur choix, agréé par le juge et muni d'un pouvoir écrit spécial ».

Le fait pour le législateur sénégalais de ne pas rendre obligatoire le ministère d'avocat devant les juges de paix devenus aujourd'hui les juges du Tribunal départemental s'explique par le fait que leur raison d'être vise entre autres, le rapprochement du juge et du justiciable.

De plus, les juges départementaux tranchent le plus souvent des litiges aux montants faibles en principe accessibles à toutes les bourses. Il faut donc en faciliter au maximum l'accès au justiciable en lui permettant d'avoir un contact personnel, sans intermédiaire, avec le juge.

Concernant les affaires sociales, l'article 7 de la loi 84-09 précité précise : « il n'est pas dérogé aux règles posées par le code du Travail en ce qui concerne la représentation des parties en matière de différends individuels⁷²⁸ et collectifs du travail et sur l'exécution des jugements rendus par les juridictions du travail ». Cette disposition est à rapprocher de l'article 56 de la loi organique sur la défunte Cour de cassation qui dispose : « Dans les affaires de la compétence du tribunal du travail ainsi que dans les conflits du travail, le demandeur est dispensé du ministère d'un avocat ».

L'article L. 244 de la loi N° 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant code du travail de la République du Sénégal prévoit que les parties à un différend individuel du travail peuvent se faire assister ou représenter soit par un travailleur, un employeur appartenant à la même branche d'activité, soit encore par un représentant des centrales syndicales auxquelles sont

⁷²⁸ Avant la loi 2009-25 du 8 juillet 2009 précitée, seuls les différends individuels étaient pris en compte.

affiliés les syndicats professionnels dont sont membres les dites parties. Toutefois, il convient de noter un traitement de faveur au profit de l'avocat qui, contrairement aux autres mandataires, ne doit pas être constitué par écrit et agréé par le Président du tribunal. De même, le représentant d'une centrale syndicale, pour représenter ou assister régulièrement une partie, doit justifier :

- Que la centrale syndicale, dont se réclame la partie, l'autorise à assurer l'assistance et la représentation devant les juridictions du travail ;
- Qu'il exerce lui-même, effectivement une activité rémunérée dans la branche d'activité considérée ou qu'il l'a exercée pendant au moins cinq ans.

Au regard de ces conditions posées, il n'est pas exagéré de soutenir que dans certaines hypothèses, les parties au procès peuvent ne pas être représentées par le représentant d'une centrale syndicale même si le législateur sénégalais a essayé tant bien que mal d'atténuer la rigueur de ces conditions en prévoyant à l'article 245 alinéa 2 du CTS que lorsqu'il n'existe pas de représentant d'une centrale syndicale pouvant remplir les deux conditions ci-dessus énumérées, la partie peut exceptionnellement choisir pour mandataire, un représentant de son syndicat professionnel qui est alors dispensé de l'obligation d'activité professionnelle effective.

Mais lorsqu'on sait que l'objet des syndicats professionnels c'est l'étude et la défense des travailleurs, est-il intéressant que pour représenter un salarié en justice, des conditions difficiles à respecter soient posées ? L'un des objectifs visés par le législateur sénégalais en posant ces conditions c'est certainement de permettre aux parties au procès d'être représentés de la meilleure manière. En tout état de cause, en droit français, on a consacré l'action de substitution des syndicats à place des salariés⁷²⁹. Les faits ayant donné lieu à cet arrêt sont les suivants : la société SERV AIR spécialisée dans la fourniture de repas pour les vols des compagnies aériennes avait conclu, de manière semble-t-il abusive, de nombreux contrats de travail à durée déterminée. L'union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de ROISSY décida d'agir à leur place auprès du Conseil des Prud' hommes en se fondant sur l'article L. 122-3-16 du code du travail. La Cour d'appel de Paris confirmant les jugements, considéra que l'action était recevable dans la limite des demandes exposées dans la lettre d'intention envoyée par le syndicat aux salariés. La solution n'ayant satisfait aucune des

⁷²⁹ Cass. Soc 1^{er} février 2000 ; Ste Servair C/Lasne et a. arrêt n° 667.

parties, elles se sont toutes deux pourvues en cassation, la société SERV AIR contesta la recevabilité de la demande et le syndicat contesta la limitation de la recevabilité. Au-delà des moyens soulevés devant la Cour, trois questions de droit restaient. Il s'agit tout d'abord du problème de savoir si les salariés doivent être identifiés dans le pourvoi. Il s'agit ensuite de savoir si la lettre d'intention peut être envoyée aux salariés le jour de l'introduction de l'instance et sinon s'il existe une possibilité de régularisation. Il s'agit enfin de savoir si la demande n'est recevable que dans la limite des griefs formulés dans la lettre envoyée aux salariés.

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a précisé la nature de l'action de substitution en affirmant dans un attendu général que « l'action que peut exercer une organisation syndicale en vertu de l'article L. 122-3-6 du code du travail est une action de substitution qui lui est personnelle et non une action par représentation des salariés ». Cette jurisprudence entre en contradiction avec les opinions de la doctrine spécialisée en droit du travail. Il est certes vrai que M. SUP IOT indique que « cette technique de la qualification pour agir ne doit pas être confondue avec celle de la représentation », mais il écrit plus loin : « les salariés au nom desquels agit le syndicat... ». Cet auteur considère par ailleurs que l'action est syndicale dans son exercice mais individuelle dans sa nature⁷³⁰. Il semble donc selon lui que le syndicat n'a pas d'action propre, il ne fait qu'exercer l'action du salarié.

Dans un sens similaire MM. VILLEBRUN et QUETANT considèrent que le syndicat « n'exerce pas un droit propre, il fait valoir l'action individuelle de ses membres »⁷³¹. Ces auteurs citent le professeur DURAND qui a parlé d'action à titre sociale⁷³². Or, dans l'attendu de principe, la Cour de cassation affirme nettement que l'action de substitution est personnelle au syndicat. Cette solution a convaincu M. JEULAND. Selon lui, si le syndicat n'avait pas d'action propre mais se contentait d'exercer l'action du salarié, l'on serait dans une hypothèse très voisine de la représentation et l'on ne s'expliquerait pas que le salarié puisse intervenir à l'instance. Si le syndicat le représentait, le salarié serait déjà partie à l'instance et il n'aurait aucune raison d'intervenir⁷³³. Nous adhérons entièrement à l'argument de M. JEULAND en ce sens que si la doctrine spécialisée en droit du travail soutient que l'action exercée par le syndicat ne lui appartient pas mais plutôt à ses membres ou aux salariés, il ne fait l'ombre

⁷³⁰ M. SUP IOT, *Les juridictions du travail*, t.9 1987, p. 486 et 489, n° 524 et 526.

⁷³¹ VILLEBRUN et QUETANT, *Traite de la juridiction prud'homale*, 3^e édition, L.G.D.J, 1998 p.707, n° 1222.

⁷³² VILLEBRUN et QUETANT, *ibidem*.

⁷³³ E. JEULAND, note sous cass. 1^{er} février 2000 ; Ste Servair C/Lasne et autres.

d'aucun doute que ces auteurs font allusion à la notion de représentation c'est-à-dire le fait d'agir au nom et pour le compte d'autrui. Or, dans le cadre de l'action en substitution, le syndicat agit certes à la place du salarié mais ne le représente pas ; ce dernier étant libre d'intenter une action en justice. Nous sommes donc en face de deux actions : celle du syndicat d'une part et du salarié d'autre part. L'article 122-3-16 du code du travail français précise que le salarié « doit avoir été averti par lettre recommandée avec accusé de réception et ne pas s'y être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention ».

Cet alinéa est la suite logique de l'alinéa précédent de ce même article : « Les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice toutes actions en application de la présente section en faveur d'un salarié ». L'action de substitution des syndicats peut être considérée comme une limite à l'effet relatif des contrats : le salarié est partie au contrat de travail et peut exercer toutes les actions en justice lui permettant de défendre les droits qu'il détient en vertu de ce contrat ; quant au syndicat, il n'est pas partie au contrat de travail, mais il peut intervenir si le salarié reste inactif et si la loi lui donne qualité à agir. Cette solution s'expliquerait par l'idée exprimée par M. VILLEY selon laquelle : « le calcul du juste est devenu d'une complexité incroyable, il y faudrait des machines électroniques, et aussi ce qui nous manque le plus, une ampleur de vue assez large pour dépasser le cercle étroit de notre horizon égoïste. Car au moindre acte juridique tous les hommes sont intéressés ; les liens juridiques de tous « forment un tissu solidaire ». Il faut apprendre à se dégager de l'abstraction qui ne considère dans un contrat que les deux « parties » soi-disant en cause. D'autres intérêts doivent entrer dans notre calcul »⁷³⁴. L'idée de cet auteur c'est que lorsqu'une partie n'est plus en mesure de se défendre, d'autres personnes intéressées peuvent intervenir à sa place. Pourtant ces actions de substitution sont contestées car elles seraient inutiles, attentatoires aux libertés du salarié et dangereuses pour les syndicats. Elles constitueraient un cadeau empoisonné pour les syndicats dans la mesure où ils agiraient à l'insu des salariés⁷³⁵. M. JEULAND n'est pas de cet avis et pense que les actions de substitution seraient la marque de l'interdépendance des individus en matière de droit du travail, une interdépendance qui signifierait en l'occurrence que le syndicat intéressé par un contrat de travail litigieux a la possibilité d'agir à la place du salarié concerné et resté

⁷³⁴ M. VILLEY, *Réflexions sur la philosophie et le droit*, Les carnets, éd. Frison-Roche et Jamin, PUF, 1995, I, 90.

⁷³⁵ M. COHEN, *Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats*, Droit social 1990, p. 790.

inactif⁷³⁶. Nous pensons la même chose car dans un pays comme le nôtre où la plupart du temps les droits des gens sont violés sans qu'ils le sachent et où les gens préfèrent ne pas se rendre devant le juge à raison des pesanteurs sociologiques. Dans la défense des intérêts collectifs, les associations ne doivent pas être en reste. Il est vrai qu'à la lecture de l'article 811 du COCC définissant l'association, on constate que celle-ci n'a pas pour objet, contrairement au syndicat de défendre ses membres. Elle ne peut le faire que lorsqu'elle est agréée à cette fin.

C'est tout le sens de la Loi ROYER, du 27 septembre 1973 qui dispose en son article 46 que : « Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statuaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs »⁷³⁷. Selon une jurisprudence française l'association peut défendre collectivement en justice les droits que chacun de ses membres aurait pu défendre individuellement. L'objection d'après laquelle « nul ne plaide par procureur » n'est pas retenue par les tribunaux⁷³⁸. Dans ce cas, une association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs de gaz et d'électricité a été jugée recevable à réclamer réparation du préjudice provoqué par une panne de courant imputable à un concessionnaire⁷³⁹.

A notre avis, les associations doivent pouvoir mettre en branle les recours collectifs à côté de leurs actions individuelles pour les mêmes raisons évoquées quant à l'introduction de la *class action* dans notre ordonnancement juridique.

354. Mais qu'est-ce que c'est qu'un intérêt collectif ? Ainsi M. CAPPELLETTI écrivait que « les intérêts collectifs, tout en constituant une réalité indéniable et grandissante des sociétés d'aujourd'hui, échappent toutefois à des définitions précises »⁷⁴⁰. Plusieurs auteurs ont

⁷³⁶ E. JEULAND, *op.cit.*

⁷³⁷ Le législateur sénégalais n'a pas été en reste car à l'article 77 du Code de l'urbanisme, il est prévu que : « toute association ayant pour objet la sauvegarde du site naturel et architectural, peut lorsqu'elle est reconnue d'utilité publique, exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions constatées ». C'est également l'exemple de l'article 107 du Code de l'environnement du Sénégal (loi 2001-01 du 15 janvier 2001 portant Code de l'environnement) : « les collectivités locales et les associations de défense de l'environnement, lorsqu'elles sont agréées par l'Etat dans le domaine de la protection de la nature et de l'environnement, peuvent introduire des recours devant les juridictions compétentes selon la procédure administrative ou la procédure de droit commun ».

⁷³⁸ Cass. Civ 23 juillet 1918 : S. 1991, 1, 289.

⁷³⁹ Cass. Civ. 25 novembre 1929 : S. 1933, 1, 28.

⁷⁴⁰ M.CAPPELLETTI, *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil*, RIDC, *op.cit.*, p. 571.

cependant proposé une définition et la plus pertinente et convainquante de notre point de vue est celle de M. Bruno OPPETTIT. Selon lui, l'intérêt collectif est : « celui qui concerne un groupe en tant que tel, et non pas un individu ou plusieurs individus isolés »⁷⁴¹.

355. L'action en substitution est prévue par le législateur sénégalais notamment à l'article 98 du C.T.S. Ce faisant, un groupement peut se substituer à un de ses membres et exercer toutes les actions qui naissent de la convention collective ou de l'accord collectif d'entreprise ou d'établissement auquel il est lié. Toutefois, bien que le groupement n'ait pas à justifier d'un quelconque mandat, l'action en substitution est soumise à un certain nombre de conditions : l'intéressé doit avoir été averti et ne doit pas s'opposer à l'exercice de l'action. De même, l'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le groupement.

Au-delà des garanties ayant trait aux principes directeurs participant du respect des droits de la défense, il y a celles afférentes au modèle universel de procès équitable.

⁷⁴¹ B. OPPETTIT, *Les rapports de la personne morale et de ses membres*, Thèse Paris, 1965, p. 55.

CHAPITRE II. LES GARANTIES AYANT TRAIT AU MODÈLE UNIVERSEL DE PROCÈS ÉQUITABLE⁷⁴²

356. Tous les instruments juridiques à savoir la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte international des Droits civils et politiques, la Déclaration universelle des Droits de l'homme et la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ont prévu un modèle de procès équitable. Nous assistons à une standardisation du procès tout court, qu'il soit pénal, administratif ou civil. Ce modèle renvoie à la transparence des décisions de justice (Section I) et à l'efficacité de la procédure (Section II).

SECTION 1. LA TRANSPARENCE DES DÉCISIONS DE JUSTICE

357. La justice doit être une œuvre de lumière et non de ténèbres⁷⁴³. Cette opinion traduit l'idée de transparence qui anime la justice. Pourtant, la publicité de la justice n'a pas tout le temps été respectée. Il est alors curieux d'observer que ce principe qui paraît être un principe de droit naturel, a parfois subi des éclipses au cours des âges⁷⁴⁴. Le procès de Jeanne d'Arc se déroula à huis clos. Cette situation autorisa un canoniste normand, Jean LOHIER, à récuser l'autorité du jugement « parce qu'il avait été traité en lieu clos et fermé, où les assistants n'étaient pas en pleine et pure liberté de dire leur pleine et pure volonté »⁷⁴⁵.

Deux siècles plus tard, l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile consacra, sous le nom de « procès appointés », une procédure secrète qui consistait à rendre la justice à huis clos, sur le simple exposé du juge rapporteur à qui l'on confiait les pièces du procès. Cette procédure a eu des laudateurs et des opposants. Selon l'abbé de SAINT PIERRE : « Les faits contestés

⁷⁴² Il faut noter l'existence d'un projet de *Règles transnationales de procédure civile* de l'*American Law Institute*. Il s'agit de règles universelles de procédure qui ont pour objet de régler les litiges transnationaux. Mais si un système national souhaitait transposer ces principes, il peut le faire par une loi.

En 1999, le Conseil de Direction d'UNIDROIT a pris la décision de s'associer avec l'*American Law Institute* en vue d'harmoniser le droit de la procédure civile. Désormais, on parle de Principes et Règles de procédure civile transnationale, idée née de la collaboration des Professeurs G. HAZARD et M. TARUFFO.

Des réserves ont été émises par certains qui considèrent que ce projet d'unification est prématurée ; et d'autres perçoivent de nombreux obstacles à sa réalisation du fait de la divergence entre le droit des pays de la *Common Law* et le droit Français. Voir Ouvrage *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* sous la direction de P. FOUCHARD, Panthéon-Assas Paris II, LGDJ Diffuseur, 2001. V. Aussi P. FOUCHARD, *Une procédure civile transnationale : quelle fin et quels moyens ?* Revue de Droit uniforme, 2001-4, pp.779 et s. Ce projet a été adopté en 2004 par le Conseil de Direction d'Unidroit.

⁷⁴³ F. de TRUNBLAYE, *Essai sur l'idée du Parfait magistrat*, Paris 1701.

⁷⁴⁴ BORDEAUX, *Philosophie de la procédure civile*, pp. 262 et s.

⁷⁴⁵ C. PICHON, *Le Vatican*, p. 504.

s'épluchent plus exactement en lisant et relisant les pièces produites qu'en écoutant les avocats qui souvent les embrouillent exprès ». En revanche, selon les Jésuites : « quand les juges veulent favoriser une méchante cause, ils sont d'avis d'appointer le procès au lieu de le juger »⁷⁴⁶.

Aujourd'hui, il ne fait l'ombre d'aucun doute que ce principe est consacré et apparaît même comme un dogme. Selon la Cour européenne des droits de l'homme : « la publicité de la procédure des organes judiciaires visée à l'article 6 protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public » ; elle constitue l'un des moyens qui contribue à préserver la confiance dans les cours et tribunaux.

358. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à réaliser le but de l'article 6.1 : « le procès équitable dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la convention »⁷⁴⁷. Déjà en 1867, Faustin Hélie soutenait que : « la publicité de l'audience est une forme essentielle de la procédure, car elle éclaire tous les actes du juge, elle les défère, à mesure qu'ils s'accomplissent, à l'examen et au contrôle du public ; elle contient tous les excès en permettant de juger tous les jugements ; elle rassure les justiciables ; elle rehausse les fonctions de la justice en y attachant plus de considération et d'éclat »⁷⁴⁸. Le jugement doit être compris par les parties.

Il y a dans l'acte de juger, un élément de rationalité nécessaire, un acte de compréhension, mais il existe aussi une irrationalité puisque la justice donne toujours tort à quelqu'un et il faut faire comprendre l'incompréhensible. La justice s'exprime par conséquent avec d'un côté le tranchement d'un jugement, de l'autre côté la rancœur et l'amertume nées de la perte du procès⁷⁴⁹.

La transparence est à la fois matérielle (§ 1) et intellectuelle (§ 2).

⁷⁴⁶ Opinions citées par R. PERROT *Le principe de la publicité de la procédure civile*, Colloque des Instituts d'Etudes judiciaires, Toulouse, mai 1968 pp. 23 et s.

⁷⁴⁷ Arrêts PRETTO et autres C. Italie ; AXEN C. RFDA tous rendus le 8 déc. 1983

⁷⁴⁸ F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, Plon 1867, T.VII, n°3395.

⁷⁴⁹ M. VATIER Rapport introductif Autour du rapport COULON, Dalloz, 1997, p.10.

§1. LA TRANSPARENCE MATERIELLE

359. La transparence matérielle désigne l'ensemble des moyens permettant au public, c'est-à-dire à une collectivité humaine indéterminée et aussi large que possible, d'être informée de l'existence d'une instance juridictionnelle, de son déroulement et de son issue. Cette publicité s'entend d'abord de la possibilité d'une présence matérielle du public aux débats judiciaires.⁷⁵⁰ Il convient d'examiner la portée de la transparence matérielle à savoir la publicité des débats (A) et du jugement (B).

A. LA PUBLICITE DES DEBATS

360. Selon l'adage *justice is not only to be done, but to be seen to be done*, la justice ne doit pas seulement être rendue, il faut aussi que chacun puisse voir qu'elle est rendue. C'est en vertu de cet adage que le législateur sénégalais a décidé à l'article 60 du CPCS que les audiences sont publiques.

Il résulte de cette disposition que toute personne peut entrer dans une salle d'audience pour entendre les débats ou le prononcé du jugement. En ce sens qu'elle permet aux citoyens de contrôler la régularité du déroulement du procès, la transparence de la justice est un gage du procès équitable⁷⁵¹.

On a parfois critiqué le principe de la publicité de la justice en soulignant que le public est un fantôme, surtout en matière civile. Selon les confidences du magistrat Jean Charles LAURENT : « au niveau de l'exécutant, devant le désert permanent qu'est la partie de la salle d'audience réservée au public, l'optique se modifie sensiblement »⁷⁵².

On a également ajouté que l'on voit mal en quoi la présence de quelques personnes, peu experts en droit, est de nature à garantir la qualité de la justice. Si l'on admet que dans la plupart du temps le public qui assiste aux audiences n'est pas initié aux techniques juridiques, il n'en demeure pas moins que le juge ne peut faire ce que bon lui semble puisqu'il exerce sa fonction sous le contrôle des conseils des parties.

⁷⁵⁰ Le principe de la publicité de la justice Travaux du VI Colloque des I.E.J. Toulouse mai 1968 p. 8.

⁷⁵¹ N. FRICERO, *Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil*, 9^e édition, *op.cit.*, p. 533.

⁷⁵² J.C. LAURENT, *Litiges familiaux et chambre du conseil*, sem. Jur. 1955 I. 1236.

361. En outre, le législateur sénégalais permet aux parties ou à leurs mandataires de présenter des observations orales. Ces observations orales sont quelquefois faites dans la langue locale, ce qui permet au public de comprendre ne serait-ce que les faits du procès. Cette disposition, traduit le caractère oral et écrit de la procédure. L'écrit précise, authentifie et conserve. La rédaction écrite du rapport lui donne plus de chances de préparation sérieuse.

La formulation écrite des observations contribue à en fixer exactement le contenu. L'écriture perpétue la trace de l'acte, qu'il s'agisse, pour l'auteur, d'établir la réalité d'une notification, pour le destinataire, de prendre connaissance de son objet. La parole est le moyen de communication le plus commode et le plus efficace, atteignant simultanément les multiples participants au débat, plaideurs ou juge. A la différence de l'écrit, qui est, par lui-même, inerte et ne prend vie que par la coopération volontaire de celui à qui il s'adresse, elle force l'attention ; c'est l'arme naturelle pour discuter et pour convaincre. On ajoutera peut-être que, dans cette fonction, elle fait appel au sentiment plus qu'à la réflexion, ce qui comporte, à la fois des avantages et des inconvénients⁷⁵³.

La question s'est posée de savoir si il est certain que la procédure orale soit celle qui respecte le plus les droits de la défense. A notre avis, dans l'occurrence où l'exposé oral permet non seulement aux parties mais également au public de comprendre le déroulement, du procès, il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'il faut répondre par l'affirmative. En tout état de cause, l'oralité des débats a eu des défenseurs parmi les auteurs classiques tels que RABELAIS. Faisant parler son personnage principal Pantagruel il soutient : « Messires, les deux seigneurs qui ont ce procès ensemble sont-ils encore vivants ? On lui répondit que oui : « à quoi diable, dit-il, sert donc tout ce fatras de papiers et de copies que vous me donnez ? N'est-ce pas mieux de les entendre exposer eux-mêmes de vive voix leur débat plutôt que de lire ces singleries qui ne sont que tromperies, ruses diaboliques de Cepola et corruptions du droit. Car je suis sûr que vous et tous ceux entre les mains desquels ce procès est passé, y avez rajouté tous les arguments que vous avez trouvés. Pour ou contre ... Aussi si vous voulez que j'aie connaissance de ce procès, premièrement faites-moi brûler tous ces papiers, et deuxièmement faites venir les deux gentilhommes en personne devant moi, et quand je les aurai entendus, je

⁷⁵³ P. HEBRAUD, *L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile*, Etudes de droit contemporain Tome II.

vous donnerai mon opinion là-dessus, sans feinte ni dissimulation d'aucune sorte »⁷⁵⁴. S'il est vrai que les parties ont la latitude d'exposer leurs prétentions au procès et que le public a le droit d'assister au débat, c'est dans le respect de la justice. De plus, la liberté de discussion judiciaire ne doit pas dégénérer en abus. En tout état de cause, le juge veille à ce que l'audience se déroule dans la plus grande sérénité. Il assure la police de l'audience.

362. Ainsi le législateur sénégalais a mis des obligations à la charge des parties au procès, du public qui assiste à l'audience, des personnes qui exercent des fonctions près le tribunal, des avocats des parties.

Aux termes de l'article 61 du CPCS, les parties sont tenues de s'exprimer avec modération et de garder en tout le respect dû à la justice. Il est évident que le fait d'estimer que les parties se sont exprimées avec modération ou pas, est une question laissée à l'appréciation souveraine du juge. Toujours est-il que le juge peut d'office supprimer des écrits, les déclarer calomnieux (article 830 du CPCS). Lorsque les parties manquent à leurs obligations, le juge, par un avertissement les y rappelle. En cas de récidive, elles pourront être condamnées à une amende qui n'excèdera pas 10.000 francs. Il est clair que ce n'est pas cette faible amende qui dissuadera une partie téméraire et audacieuse de manquer du respect à la justice. De même, ce n'est pas non plus l'institution de peines sévères qui la contraindra. Le mieux c'est de sensibiliser les parties par rapport à la nécessité de respecter la justice qui est un des symboles de la démocratie.

363. Ceux qui assistent aux audiences doivent se tenir découverts et garder le silence. Ils ne doivent pas donner des approbations ou improbation soit à la défense des parties, soit aux discours et ordres des magistrats. S'ils troublent la sérénité du procès et si après avertissement du Président du tribunal ils n'obtempèrent pas, on leur demandera de se retirer et les résistants seront saisis et déposés à l'instant dans une maison d'arrêt pour 24 heures. Tout ce que le Président ordonne pour le maintien de l'ordre à l'audience est exécuté ponctuellement à l'audience.

En effet, les magistrats font l'objet d'une protection pénale. La loi pénale sanctionne l'outrage et les violences envers les dépositaires de l'autorité et de la force publique.

⁷⁵⁴ RABELAIS, Pantagruel, Roi des Dipodes 1537, Chapitre X, Œuvres complètes édition et translation en français moderne, préface et notes G. DEMERSON, Seuil, 1973 et 1995, pp. 25 et s.

Lorsqu'une personne exerçant des fonctions près le tribunal trouble l'audience, elle peut être suspendu.

364. La dernière hypothèse, c'est lorsque le trouble est causé par un avocat. Les avocats ont l'obligation de respecter la justice. C'est ainsi que les postulants à la profession d'avocat doivent, aux termes de l'article 36 de la loi 84-09 du 4 janvier 1984 portant création de l'ordre des Avocats, prêter devant la Cour d'appel serment en ces termes : « je jure de remplir dignement et loyalement ma mission en veillant au respect strict des règles de mon ordre et de ne jamais m'écarter du respect dû à la justice et aux institutions ». Toute faute, tout manquement aux obligations que lui impose le serment, commis à l'audience par un avocat doit être consigné au plumeau d'audience (article 54 de la loi portant création de l'ordre des Avocats). Commet une faute disciplinaire justifiant une sanction, l'avocat qui refuse de quitter la salle d'audience lorsque le Président l'ordonne⁷⁵⁵. La mesure d'expulser un avocat de la salle d'audience intervient après un avertissement du Président du tribunal de cesser le trouble causé resté sans suite.

365. Le juge français s'est prononcé sur la publicité des débats pour d'une part faire part de son importance, d'autre part préciser sa nature.

C'est ainsi qu'au sujet d'un litige relatif à des contestations soulevées à l'occasion de la liquidation d'une communauté après divorce, la Cour de cassation française a rappelé que la règle de la publicité des débats est générale et qu'elle ne souffre d'exception que dans les cas spécifiés par la loi⁷⁵⁶. Le Conseil d'Etat français, par un arrêt d'assemblée du 4 octobre 1974, a décidé que : « ... la publicité des débats judiciaires est un principe général du droit, qu'il n'appartient dès lors qu'au législateur d'en déterminer, d'en étendre ou d'en restreindre les limites »⁷⁵⁷. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre un texte réglementaire à savoir le décret n° 72-684 du 20 juillet 1972, article 83 alinéa 2, qui limitait le domaine de la publicité, le Conseil d'Etat français a décidé son annulation puisqu'il appartient au seul parlement de fixer les limites d'un principe général.

366. La question que l'on peut se poser est celle de savoir si en disposant que les audiences sont publiques, l'article 60 du CPCS n'envisage que la présence du public dans les lieux où se

⁷⁵⁵ CA Dakar N° 65 du 26 janvier 1979.

⁷⁵⁶ Cass 2^e Civ. 2 décembre 1965 : Bull. Civ II, n° 969.

⁷⁵⁷ Dame David, Rec. Cons. D'Etat , p. 464, concl. M. GENTOT.

déroule le procès et non la publication par la presse de compte rendus des débats ? Faut-il filmer les audiences ?

L'article 268 du Code pénal sénégalais interdit de rendre compte des débats de procès en déclaration de paternité, en divorce, en séparation de corps en adultère et d'avortement.

Cette interdiction est motivée par le respect de la vie privée des litigants. Cette disposition est à rapprocher de l'article 39 de la loi française du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. La seule différence réside dans le fait que l'article 39 prévoit des questions dont le législateur sénégalais ne traite pas. Il s'agit des actions à fins de subsides et de la nullité du mariage.

Le juge sénégalais a la faculté d'interdire le compte rendu du procès. Mais l'interdiction de rendre compte des débats des procès n'est pas absolue parce que tout d'abord son domaine est limité c'est-à-dire qu'on peut faire le compte rendu des décisions de justice autres que celles visées par la loi, ensuite lorsqu'il existe un compte rendu fidèle et de bonne foi des débats judiciaires, il ne peut y avoir d'action en diffamation, injure ou outrage.

367. En droit français, avant l'adoption de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, la Cour de cassation avait déjà pris une position contre la reproduction par la presse des débats judiciaires. Selon la Cour : « la publicité des débats judiciaires... consiste, non dans leur reproduction par la presse, circonstance accessoire et non essentielle de la publicité, mais dans le libre accès du prétoire ouvert à tous les citoyens, dans la faculté pour chacun d'assister et dans le prononcé des jugements à haute voix »⁷⁵⁸. Sans doute cette jurisprudence a influencé le législateur de 1881 qui dispose à l'article 38 ter : « Dès l'ouverture de l'audience des juridictions administratives ou judiciaires l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit ». Cette disposition relance le débat de la présence des caméras de télévision dans les salles d'audience.⁷⁵⁹

368. La presse a, au nom de la transparence exprimé l'opinion que la prohibition traditionnelle de l'accès des caméras aux salles d'audience des cours et tribunaux constituait un anachronisme. Elle a fait valoir que la publicité des audiences limitée à la présence matérielle

⁷⁵⁸ Cass. Crim., 15 janvier 1869 : Bull. Crim., n° 14.

⁷⁵⁹ P. LAMBERT, *Les caméras de télévision dans les salles d'audience*, Mélanges J.C. Soyer, L.G.D.J., 2000, p.253.

du public et des journalistes de la seule presse écrite s'avérerait insuffisante pour donner sa pleine effectivité au principe de la publicité du procès dans un Etat moderne⁷⁶⁰.

Les adversaires de cette prohibition font valoir que la situation actuelle constitue une limitation de la liberté d'expression qui ne se justifie pas dans une société démocratique et qu'il importe de faire sauter ce qui leur apparaît de plus en plus comme le tabou d'un autre âge.

D'une part, il est soutenu qu'à l'instar des limitations à un droit fondamental, quel qu'il soit, ces limitations doivent s'interpréter de manière restrictive. Dès lors, la perturbation que la présence des caméras de télévision pourrait entraîner pour la solennité, la dignité ou éventuellement la sérénité des audiences judiciaires ne peut suffire à justifier leur interdiction. Il en serait d'autant plus ainsi que la liberté de la presse et le droit du public à l'information constituent des droits de l'homme d'une valeur au moins égale à celle du droit à un procès équitable, ce dernier n'ayant du reste qu'une portée individuelle. Tandis que les premiers concernent l'ensemble de la collectivité.

D'autre part, en montrant au public la relativité vraie d'un procès, la télévision pourrait, en répercutant de manière magnifiée les condamnations prononcées, jouer un rôle favorable au respect des lois, à la prévention du crime et, en définitive, à une meilleure éducation juridique de la population. Elle pourrait ainsi contribuer largement à mieux faire connaître une institution dont les citoyens ignorent dans leur grande majorité, les structures comme le fonctionnement⁷⁶¹.

A l'inverse, il y a ceux qui dénoncent les dangers d'une couverture audiovisuelle des procès. Les arguments de ces derniers vont au-delà des notions de procès équitable et de présomption d'innocence pour se confondre avec les reproches faits à l'ensemble de la télévision pour son attrait irrésistible pour les informations les plus sensationnelles, les schématisations voire les outrances et dont le retentissement peut aller jusqu'au lynchage médiatique⁷⁶².

⁷⁶⁰ F. GARCIA, « *Le caractère public des procès et l'accès à la presse : le droit à un jugement équitable* » communication présentée à L Ljubljana, les 6-8 octobre 1999 ».

⁷⁶¹ V. P. LAMBERT, *Les caméras de télévision dans les salles d'audience*, op.cit.,.

⁷⁶² A. DUHAMEL, « *Le mythe de la dictature de la télévision* », dans son ouvrage « *La politique imaginaire* », Flammarion, 1995, pp. 115-145.

Ces points de vue défendus de part et d'autre contiennent une part de vérité. En effet, la présence des caméras dans les salles d'audience peut permettre une meilleure connaissance du mode de fonctionnement de la justice. Mais lorsqu'elle celle-ci est poussée trop loin, ne peut-on pas assister à une banalisation de procès. En revanche, même s'il est vrai que la plupart du temps, la presse s'intéresse beaucoup plus au sensationnel, il n'en demeure pas moins que leur interdire l'accès au prétoire paraît excessif. Il faut donc trouver un juste milieu qui consiste à permettre au juge de choisir les événements qui nécessitent la présence des caméras dans les salles d'audience. Le droit à l'information ne doit pas être un prétexte pour porter atteinte au droit à la vie privée.

Il faut reconnaître que le législateur français n'est pas totalement contre les enregistrements des débats et aussi la présence des caméras dans les salles d'audience. C'est ainsi que la loi 85-699 tendant à la constitution d'archives audiovisuelles dispose en son article 1 que : « les audiences publiques devant les juridictions de l'ordre administratif ou judiciaire peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ou sonore lorsque cet enregistrement présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice ».

Les enregistrements sont réalisés dans des conditions ne portant atteinte ni au bon déroulement des débats ni au libre exercice des droits de la défense. Ils sont effectués à partir de points fixes. Lorsque les dispositions de l'article qui précède ne sont pas respectées, le Président peut, dans l'exercice de son pouvoir de police de l'audience, s'opposer aux enregistrements ou les interrompre momentanément. Il peut s'agir du premier Président de la Cour de cassation ou du premier Président de la Cour d'appel. L'enregistrement est donc soumis à des conditions. D'abord, il faut qu'il présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice, ensuite, il ne doit non seulement entraver le bon déroulement mais également porter atteinte aux droits de la défense. La publicité de la justice concerne également le jugement, au-delà des débats.

B. LA PUBLICITE DU JUGEMENT

369. La publicité des décisions de justice est assurée par la lecture publique du jugement à l'audience, alors que les débats même avaient pu être soumis au huis clos ou s'étaient

déroulés en chambre du Conseil.⁷⁶³ L'article 60 du CPCS le précise bien : « les jugements, en toute matière, sont prononcés publiquement ».

Le prononcé du jugement en audience publique a parfois été décrié : les juges ont parfois l'impression de perdre leur temps lorsqu'ils consacrent une partie de l'audience à la lecture d'un long jugement, devant un public réduit à l'état de fantôme. Ne serait-il pas plus simple de dispenser les tribunaux de cette vaine formalité puisque les jugements peuvent être consultés au greffe ?⁷⁶⁴ Il est vrai qu'il est déconcertant, devant les juridictions civiles de lire un long jugement. C'est pourquoi, les tribunaux ont pris l'habitude de ne lire que le dispositif du jugement c'est-à-dire la décision elle-même, à l'exclusion des motifs : s'il ne fait l'ombre d'aucun doute que le prononcé du seul dispositif permet dans certains cas au juge de ne pas se rendre ridicule devant l'assistance, il faut également permettre aux tiers d'avoir en leur possession le jugement entier d'autant plus que dans le plumeau d'audience c'est le plus souvent le dispositif qui y figure.

370. La publicité du jugement ne doit pas se limiter au prononcé du jugement mais s'étendre aux tiers et permettre à toute personne intéressée d'obtenir un jugement comme le précise l'article 11-3 de la loi française n° 75-596 du 9 juillet 1975 : « les tiers sont en droit de se faire délivrer copie des jugements prononcés publiquement ».

Il faut en outre publier la jurisprudence, la rendre accessible tant aux professionnels du droit qu'à toute personne qui en tire un avantage. Cette diffusion doit s'accompagner de l'anonymisation des décisions de justice, afin qu'aucune contestation ne puisse être formée relativement aux droits de la personne⁷⁶⁵.

En parlant d'anonymisation des jugements, l'auteur fait allusion aux droits à respecter lorsque l'on publie les décisions de justice surtout avec les nouveaux moyens de communication tel qu'internet : il s'agit des droits de la personne notamment sa vie privée.

Il faut préciser à cet effet que l'article 1 de la loi française modifiée n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose que l'informatique ne doit

⁷⁶³ J. DEBEAUREAU, *Théorie et pratique des institutions juridictionnelles*, 3^e édition, PU d'Aix Marseille, 1998.

⁷⁶⁴ J.C.LAURENT, *Litiges familiaux et chambre du conseil*, Sem. Jur. 1955 I. 1236, *op.cit.*

⁷⁶⁵ A. PERDRIAUX, « L'anonymisation des jugements civils », JCP éd. G. 1999, I, 163.

porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques.

Le législateur français a institué une commission nationale de l'informatique et des libertés chargée de veiller aux dispositions de cette loi. La publicité du jugement est à rapprocher du brocard « Arrêt lu à l'audience appartient au public » qui signifie d'abord que le juge épuise son pouvoir lorsqu'il donne une lecture de son jugement à l'audience : il est dessaisi. Ensuite, la maxime traduit la nécessaire publicité de l'activité judiciaire, située en l'espèce non au stade des débats mais à celui du prononcé de la décision. Enfin, toute personne peut se faire remettre par le secrétaire-greffier copie ou extrait de toute décision de justice prononcée publiquement, sans apporter la moindre justification.

371. Force est de reconnaître que le principe de la publicité subit des aménagements tant dans l'interprétation de son respect dans les différents Etats membres de la convention Européenne des droits de l'homme que dans la sanction de sa méconnaissance. Nul n'ignore en effet l'apport de la Cour EDH en matière de publicité de la justice notamment lorsqu'elle a décidé que ce principe s'applique en matière disciplinaire. Toutefois, la Cour EDH procède à une appréciation *in concreto* du respect de la publicité de la justice en tenant compte de la diversité des systèmes législatifs et des pratiques judiciaires des Etats.

En conséquence, elle admet que les modalités d'application de l'exigence de publicité dépendent des particularités de l'instance qui s'est déroulée dans l'ordre juridique interne. La Cour décide qu'un tribunal qui statue uniquement en droit peut être dispensé de la publicité des audiences, parce que cette dernière n'aurait pas permis un meilleur contrôle du fonctionnement de la justice.⁷⁶⁶ Cette décision de la Cour EDH est la preuve que le respect de la publicité des débats n'est pas automatique, mais varie en fonction des circonstances. En outre, les aménagements de la publicité des débats jouent pour la publicité du jugement. La Cour EDH constate que certains Etats instaurent d'autres moyens de rendre publiques les décisions de leurs juridictions à côté, à la lumière des particularités de la procédure et en fonction du but de l'article 6-1, la forme de publicité du jugement prévue en droit interne. Un dépôt au greffe, permettant à chacun d'avoir accès au texte intégral de la décision, offre les mêmes garanties qu'une lecture en audience publique.⁷⁶⁷ Cette décision de la Cour emporte

⁷⁶⁶ CEDH 22 février 1989, Sutter c/Suisse, Série A, n° 74.

⁷⁶⁷ CEDH, 8 décembre 1983, Pretto et a. C/Italie Série A, n° 71.

notre adhésion. En effet, la publicité du jugement par dépôt au greffe est une pratique observée au Sénégal et en France (art. 451 CPCF) même si l'on constate que le plus souvent, seul le dispositif est consigné dans le plumeau d'audience.

372. Concernant la sanction du non respect de la publicité de la justice, la Cour de cassation française a dû statuer que cette règle n'était pas contraire à l'article 6-1.⁷⁶⁸ Ce faisant, elle renforce le caractère relatif de la publicité des débats. L'article 446 CPCF prévoit en effet des conditions très restrictives pour obtenir la mise en œuvre de la sanction de la méconnaissance par le juge de la publicité des débats : la nullité ne peut être soulevée si elle n'a pas été invoquée avant la clôture des débats. Toute nullité soulevée donc après la clôture des débats sera jugée irrecevable. De plus, la nullité ne peut pas être relevée d'office. Il appartient par conséquent au plaideur qui souhaite l'invoquer de saisir le juge pour qu'il se prononce sur son bien-fondé. Ces développements sont la preuve parfaite des limites ou remises en cause dont fait l'objet le principe de la publicité de la justice.

Au-delà de la transparence matérielle, il y a la transparence intellectuelle.

§2. LA TRANSPARENCE INTELLECTUELLE : LA MOTIVATION DE LA DÉCISION JURIDICTIONNELLE

373. Le juge ne se contente pas simplement de prononcer publiquement le jugement. Il doit le motiver. En France, sous l'ancien régime, les décisions de justice n'étaient pas motivées. Cette situation se justifiait par le fait que les juges étaient investis de leur pouvoir par un roi de droit divin. On leur recommandait d'ailleurs de ne pas motiver leurs jugements pour ne pas risquer d'en compromettre la validité par des motifs erronés⁷⁶⁹. Les philosophes des Lumières n'ont pas manqué de critiquer cette justice secrète. Ainsi BEAUMARCHAIS faisait dire au Comte ALMAVIVA : « c'est assez des autres abus ! J'en vais corriger un second en vous

⁷⁶⁸ Cass 2^e Civ 17 mai 1993, D. 1993, IR p. 145

⁷⁶⁹ La non motivation des décisions, une des principales caractéristiques de la justice d'Ancien Régime serait généralement déduite de l'interdiction faite par les ordonnances royales, depuis le XIV^e siècle, de révéler le secret des délibérations. Mais les auteurs S. DAUCHY et V. DEMARSSION se sont posés la question de savoir si on peut réellement établir un lien de cause à effet entre l'absence de motivation et le secret des délibérations ? A leur avis, aucun lien de cause à effet ne doit être établi entre le principe du secret des délibérations et l'usage de non motivation car si la loi de 1790 reprise par l'article 455 NCPC impose désormais formellement la motivation des décisions, le principe du secret des délibérations demeure. V. Leur article *La non motivation des décisions judiciaires*, Revue historique de droit français et étranger, N°2 avril-juin, Dalloz, 2004, pp.223 et s.

motivant mon arrêt : tout juge qui s'y refuse est un grand ennemi de la loi »⁷⁷⁰. Les Révolutionnaires de 1789 ont rompu avec la logique qui prévalait à l'Ancien droit. Ils ont, par la célèbre loi des 16 et 24 août 1790, imposé la motivation des décisions juridictionnelles à l'article 15 du titre V de ladite loi. Selon les dispositions de cette loi, un jugement devrait comporter « les motifs qui auront déterminé le juge ». La Constitution française de l'an III de 1795 prévoit la motivation des décisions en justice en son article 208.

Le législateur sénégalais dans l'article 60 du CPCS soutient que les jugements doivent être motivés à peine de nullité. Et à l'article 73 CPCS, il précise le contenu des décisions de justice. C'est ainsi que les jugements mentionnent, entre autres, le dispositif des conclusions, les motifs et le dispositif. Même si le CPCS ne le précise pas, le formalisme exigé pour la rédaction des jugements est un formalisme de validité sanctionné par la nullité.

374. Toutefois, on doit prévoir la possibilité pour les parties d'agir en rectification des erreurs ou omissions qui figurent sur le jugement d'une part, et d'autre part permettre au juge de se saisir d'office le cas échéant.

Il est assez étonnant de constater que la Convention européenne des Droits de l'homme ne consacre pas un mot à la motivation des décisions de justice dans son titre premier relatif aux droits et libertés⁷⁷¹. Sans doute, la Convention EDH ne s'est pas donnée cette peine parce qu'elle a estimé que l'obligation de motivation des jugements est une garantie procédurale d'une grande importance de sorte qu'en ne la mentionnant pas de façon expresse, cela ne signifie pas qu'elle ne lui accorde pas de l'importance, ni qu'elle n'existe pas. Cela est d'autant plus vrai que la Cour EDH a reproché à la Cour de cassation française la violation du droit d'être entendu dans une décision DULAURANS contre France, rendue le 21 mars 2000⁷⁷². Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le droit à un procès équitable « englobe, entre autres, le droit des parties à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes... (et que) ce droit ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment entendues, c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi ». Elle considère que pour « rechercher si cette condition (est remplie, elle) doit s'assurer que

⁷⁷⁰ BEAUMARCHAIS, *Le Mariage de Figaro*, Acte III, Scène XV.

⁷⁷¹ L. BORE, *La motivation des décisions de justice et la convention européenne des droits de l'homme*, JCP 2002, N° 3, p. 121.

⁷⁷² CEDH, 21 mars 2000, DULAURANS c/ France : JCP 2000, II, note A.PERDRIAU ; D.2000, p.883, T.CLAY.

l'irrecevabilité de l'unique moyen produit par la requérante à l'appui de son pourvoi ne fut pas le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation de la part de la Cour de cassation ». En l'espèce, la Cour européenne décide que la Cour de cassation a commis une telle erreur en qualifiant de nouveau, le moyen invoqué à l'appui du pourvoi, alors que la requérante, demanderesse au pourvoi, n'avait cessé tout au long de la procédure d'invoquer l'argument développé dans son pourvoi.

Cette décision de la Cour de Strasbourg a été vivement critiquée. En effet, on a reproché à la Cour européenne de se croire degré de juridiction supplémentaire des juridictions nationales, quatrième degré selon certains, troisième selon d'autres, de se substituer au juge national pour apprécier le bien-fondé d'un moyen de défense et de se transformer en juge d'appel des décisions de la Cour de cassation⁷⁷³. Ces critiques sont excessives car la motivation d'une décision de justice est partie intégrante du procès équitable.

Depuis l'instauration en 1790 de l'obligation de motiver les décisions de justice, c'est dans la motivation des tribunaux que nous trouverons les meilleurs échantillons de la logique juridique⁷⁷⁴. L'importance de la motivation des décisions judiciaires est considérée aujourd'hui comme essentielle à la bonne administration de la justice. Comme l'écrit M.T SAUVEL dans son article : « motiver une décision, c'est en exprimer les raisons. C'est par là même obliger celui qui la prend à en avoir. C'est éloigner tout arbitraire. Grâce aux motifs seulement, celui qui a perdu un procès sait comment et pourquoi. Ce sont eux qui l'invitent à comprendre la sentence, et qui lui demandent de ne pas s'abandonner trop longtemps à l'amer plaisir de « maudire ses juges ». Eux qui l'aident à décider s'il doit faire appel, ou le cas échéant, aller en cassation. Eux qui permettront de ne pas se placer à nouveau dans une situation qui ferait naître un second procès. Par delà les plaideurs les motifs s'adressent à tous. Ils font comprendre le sens et les limites des lois nouvelles, la façon de les combiner avec les anciennes. Ils fournissent aux commentateurs, les « arrêtistes », la possibilité de comparer les jugements entre eux, de les analyser, grouper, critiquer, d'en dégager les leçons, souvent aussi de préparer des solutions à venir. Sans eux, nous n'aurions pas de « notes de jurisprudence », et cette publication ne serait pas ce qu'elle est, la nécessité des motifs est si bien entrée dans nos mœurs qu'elle dépasse souvent les bornes du domaine jurisprudentiel et s'impose peu à

⁷⁷³ A.BRUNET, *Droit au procès équitable et contrôle de la motivation des décisions de la Cour de cassation*, Mélanges J.NORMAND, p.58.

⁷⁷⁴ C. PERELMAN, *Logique juridique*, Nouvelle rhétorique, Dalloz, 1999.

peu à des décisions simplement administratives chaque fois plus nombreuses. Le jugement motivé remplace l'affirmation par un raisonnement et le simple exercice de l'autorité par un essai de persuasion. Il joue à ce titre dans ce qu'il est permis d'appeler l'équilibre juridique et moral de notre pays un rôle absolument essentiel⁷⁷⁵ ».

Cette assertion de T. SAUVEL est pertinente en ce sens que le plaideur qui perd son procès est quelquefois remonté contre le juge. Cette situation serait d'autant plus exacerbée s'il ne trouve dans le jugement qui lui a été signifié aucun motif conduisant à la décision rendue contre lui. Non seulement les motifs invoqués par le juge doivent exister, mais également être pertinents et non fallacieux. Pour que la doctrine puisse analyser et critiquer la jurisprudence, il faut qu'elle soit publiée. Il appartient à l'Etat de créer les conditions pour que cette publication soit effective et accessible à la doctrine.

375. Malgré l'importance de la motivation, une certaine doctrine conclut à son déclin suite non seulement au fait que la Cour de cassation ne motive plus suffisamment ses décisions, mais également à un projet tendant à retirer à la Haute juridiction française le contrôle de la motivation des décisions de justice. Cette opinion est également due au fait que la Cour de cassation française ne motiverait pas suffisamment ses décisions. La question que se pose cette doctrine est celle de savoir comment la Cour de cassation pourrait-elle alors assurer un contrôle de l'application de la loi si on lui retire le contrôle de la motivation ?⁷⁷⁶

En effet, les auteurs du projet ont voulu faire le départ entre la censure du défaut de motif qui serait laissée à l'appréciation des Cours d'appel et l'insuffisance des motifs qui relèverait du pouvoir de la Cour de cassation. MM. FOYER et CORNU se sont montrés critiques à l'égard de ce projet : « séparer ces deux ouvertures serait obliger les justiciables à exercer deux recours au lieu d'un ; et le remède à l'encombrement de la Cour de cassation serait pire que le mal »⁷⁷⁷. M. Pierre ESTOUPES n'a pas manqué de relever que l'obligation de motiver les jugements souffre des « relâchements dans la plupart du temps à la nécessité d'évacuer dans des délais raisonnables un nombre d'affaires sans cesse grandissant, mais aussi à la difficulté éprouvée par certains, de se soumettre aux contraintes de l'art exigeant de la motivation. Tels juges en viennent à considérer la motivation comme un luxe, une exigence fastidieuse et contingente, tandis que d'autres trouvent dans l'importance de leur charge de travail une

⁷⁷⁵ SAUVEL cité par C.PERELMAN, *op cit.*

⁷⁷⁶ D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Paris, LGDJ 1994, Bibliothèque de Droit privé, Tome 236.

⁷⁷⁷ MM.CORNU et FOYER, *Procédure civile*, Paris, Thémis, 1958.

excuse à ne pas apporter tout le soin nécessaire à la rédaction des motifs. On sacrifie la qualité à la quantité et le justiciable n’y trouve pas toujours son compte »⁷⁷⁸.

Un tel projet n’est pas souhaitable dans notre législation pour une raison toute simple que séparer le contrôle de l’absence de motif et celui de l’insuffisance de motif constitue une perte de temps car deux juridictions seront amenées à connaître d’une seule affaire là où compétence d’une seule suffirait. Il s’avère donc nécessaire de confier un tel contrôle à la Cour suprême. En effet, assurer le respect de l’obligation de motivation, ce n’est pas déchoir pour un juge.⁷⁷⁹ Cela participe de la bonne administration de la justice. Comme l’a souligné le rapport COULON, « le juge qui ne motiverait pas sa décision ne remplirait pas son office et perdrait son âme »⁷⁸⁰. Le contrôle de la motivation n’est qu’un aspect du contrôle normatif, puisqu’il détermine l’étendue et les limites de cette obligation légale. Il est donc essentiel et pour le bon exercice de la fonction juridictionnelle et pour la définition de cette garantie fondamentale des justiciables⁷⁸¹.

A côté de la transparence de la décision de justice, nous avons l’efficacité de la procédure.

SECTION II. L’EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE

376. Selon le Nouveau Petit Robert, est efficace, ce qui « produit l’effet qu’on attend⁷⁸² ». Ce que le justiciable attend de la justice qu’il saisit c’est de rendre une décision dans un délai raisonnable. C’est la question de la célérité de la procédure qui met en évidence non seulement les causes de la lenteur de la justice qui peuvent être dues au manque de moyens matériels et humains, au comportement du juge et des parties, mais également les réponses apportées à cette lenteur. On peut en effet, se poser la question suivante : la lenteur de la

⁷⁷⁸ P. ESTOUPES, « *Les jugements civils – principes et méthodes de rédaction* », Paris, Litec, 1988, p. 8.

⁷⁷⁹ L. BORE, *La motivation des décisions de justice et la CEDH*, op.cit.

⁷⁸⁰ Rapport COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, la Documentation française 1997, p.103.

⁷⁸¹ L. BORE, op.cit.

⁷⁸² Le Nouveau Petit ROBERT de la langue française 2007, p.824.

justice n'est-elle pas à la fois un défaut et une qualité ? La devise de la justice n'est-elle pas « festina lente » c'est-à-dire « hâte-toi lentement » ?

L'autre attente du justiciable c'est que la décision de justice rendue soit exécutée. Cette situation participe du renforcement de la confiance au juge parce que l'autorité de la chose décidée n'est pas remise en cause.

La procédure est efficace lorsque le procès se déroule dans un délai raisonnable (§1) et lorsque les décisions du juge sont exécutées (§ 2).

§1. LA CÉLÉRITÉ DU PROCÈS

377. Ce que les justiciables attendent du juge, c'est qu'une fois saisi, il rende dans les temps la justice. Les plaideurs ont donc un droit à la célérité du procès. Le temps, donnée objective qui marque le temps de gestation du jugement est entrain de donner prise à un véritable droit subjectif : en effet, le justiciable a droit à un déroulement d'un procès dans un délai raisonnable, ce qui impose à l'Etat de prendre les mesures nécessaires à l'obtention d'un jugement dans un délai raisonnable, ainsi qu'à l'exécution de la décision dans un délai également raisonnable. La subjectivisation du temps dans la procédure entraîne inévitablement une modulation suivant les circonstances, qui peuvent être marquées par l'urgence, ou au contraire, par la nécessité d'un temps de réflexion. (...) La réglementation du délai doit prendre en compte le temps raisonnable pour garantir, à la fois, le bon déroulement de la procédure et les intérêts des plaideurs, leur droit à la célérité du procès⁷⁸³. En effet, si autrefois la lenteur a pu être considérée comme une sagesse qui « donne le temps de déjouer les calculs d'un adversaire trop habile et rassure la conscience du juge »⁷⁸⁴, ce temps est révolu, car la justice, service public, doit trancher les litiges dans les délais les plus rapides afin de garantir l'effectivité de leurs droits. La célérité participe à cette effectivité⁷⁸⁵. Selon M. GUINCHARD, certaines législations étrangères notamment celle américaine n'hésitent pas à inscrire dans leurs textes que « solution juste et en même temps rapide des litiges apparaît comme un but essentiel ».

⁷⁸³ N. FRICERO, Jurisclasseur Procédure civile, Fascicule 145 *Délais de procédure*.

⁷⁸⁴ MM. GARCONNET et CESAR BRU cité par GUINCHARD Serge, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du 3^e Millénaire*, in clés pour le siècle, Dalloz, 2000, pp. 1135 et s.

⁷⁸⁵ S. GUINCHARD, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du 3^e Millénaire*, op.cit., pp. 1135 et s.

On retrouve cette exigence dans la notion de délai raisonnable de l'article 6§1-CEDH⁷⁸⁶.

378. La célérité, dans le procès ne doit en effet être synonyme ni de précipitation, ni même d'urgence⁷⁸⁷.

L'examen de la durée de la justice ou plus précisément celui du temps judiciaire met en évidence le conflit entre les vertus oubliées de la lenteur et les vertus magnifiées de la célérité. Cependant, ne faudrait-il pas approfondir les vertus du délai raisonnable ? C'est un délai qui se situe entre la précipitation et la tergiversation, entre prématurité et tardivité.

Pour évaluer la durée des procédures, la Cour européenne des droits de l'homme prend en compte le comportement des autorités nationales, plus spécialement celui du juge dans le

⁷⁸⁶ Malgré son importance, la célérité n'est pas inscrite au rang de principe directeur processuel aussi bien en droit français qu'en droit sénégalais.

Pour le droit Français, M. GUINCHARD soutient qu'au-delà du référé et autres procédures d'urgence, les réformes introduites par le décret du 28 décembre 1998 qui retiennent l'attention, comme illustration de l'émergence d'un principe de célérité. L'essentiel du décret du 28 décembre est de permettre à la justice civile de traiter plus rapidement des affaires enrôlées, désencombrer à termes les rôles des juridictions civiles (S.GUINCHARD, *Les métamorphoses de la procédure*, op.cit., p.1135). De plus, il n'est pas sans intérêt d'observer ici que la seule occurrence du terme de « célérité » dans le nouveau code de procédure civile se trouve à l'alinéa 2 de l'article 485 prévoyant l'hypothèse où le juge des référés peut autoriser à assigner « à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés » à la condition cependant que « le cas requiert célérité ». C'est dire que le mot n'a pas été banalisé par le législateur (Rapport Magendie au Garde des Sceaux, Ministre de la justice, « *célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès* », 2004.).

En droit sénégalais, « c'est la lenteur avérée et excessive qui a porté à considérer la célérité comme une nécessité et une priorité de notre justice moderne, sans pour autant en faire un principe processuel » a expliqué M. Amady BA (A.BA, Discours d'ouverture du Séminaire « *La gestion du temps du procès : célérité et qualité de la justice* », 18 février 2008 à Dakar). Selon M. Birane NIANG, directeur du cabinet du ministre de la Justice, le rapport final du programme sectoriel justice faisait état, en 2004, d'un manque de célérité et d'efficacité dans le traitement judiciaire des litiges. En dépit, précise-t-il, des nombreux projets de modernisation mis en œuvre depuis 1994 (Séminaire « *La gestion du temps du procès : célérité et qualité de la justice* », op.cit). A l'instar de son homologue français, le législateur sénégalais a fait usage exprès du mot « célérité » aussi bien à l'article 2 du décret n° 64-572 du 30 juillet 1964 portant CPCS qu'à l'article 251 du décret 2001-1151. A notre avis, cette insistance traduit l'élévation au rang de principe processuel, de la célérité, par le législateur sénégalais. Mais, ce qu'il ne faudrait pas oublier, c'est qu'en procédure, il ne faut pas aller trop vite, il ne faut pas verser dans la précipitation.

En effet, chacun s'accorde à le reconnaître : « 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 toute autre raison, ce temps ne soit pas exagérément prolongé » (J.NORMAND, « *Le traitement de l'exception ou principe ?* », in Réforme de la justice, réforme de l'Etat, sous la direction de L.CADIET et L.RICHER, P.U.F 2003, Collection « Droit et justice ».).

⁷⁸⁷ Il faut prendre le temps de juger c'est-à-dire d'introduire un recours, d'instruire et de rendre un jugement. Mais, il faut juger à temps. En effet, selon J.M.DEVILLER, une bonne justice doit se préserver tout autant d'une précipitation préjudiciable à la qualité de l'instruction que d'une lenteur risquant de priver une juste cause de tout intérêt pour le justiciable V. J.C.P. 1985 II p. 20448.

respect du délai raisonnable, celui des parties elles-mêmes et enfin, la nature du litige et sa complexité qui peuvent justifier que l'on prenne davantage de temps à l'examen du dossier.

379. Au-delà des rapports du temps et du procès civil que Mme MEKKI considère comme des notions consubstantielles⁷⁸⁸ parce qu'il faut du temps pour les parties de se répondre, d'argumenter, de négocier, réfléchir, s'expliquer et pour le juge de trancher ou décider, la célérité du procès met en évidence le phénomène des juridictions présidentielles ou uniques. En effet, les avantages et les inconvénients de l'unicité et de la collégialité des juges en matière civile font, dans presque tous les manuels de procédure, l'objet d'étude au point de ressortir à une discussion académique.

Pour notre part, il ne fait l'ombre d'aucun doute que ces deux formes de juger ont leurs mérites et leurs insuffisances. Tout récemment, la question s'est posée de savoir si les juges uniques contribuent à accélérer la justice, s'ils sont des spécialistes ou s'ils sont un progrès ou une régression de l'état de droit⁷⁸⁹. De tout temps, les remèdes au problème des lenteurs de la justice ont été une des préoccupations du législateur sénégalais et l'introduction des conclusions récapitulatives dans notre droit positif par le décret 2001-1151, la réduction du délai de péremption qui est passé de 3 ans à 2 ans, en sont une illustration parfaite. Pour remédier à ce que le professeur Roger PERROT appelle à juste titre « les situations judiciaires bloquées »⁷⁹⁰, le législateur sénégalais a institué des délais de procédure (A), une audience de la mise en état (B), enfin, il a mis en place des procédures rapides (C).

A. L'INSTITUTION DES DÉLAIS DE PROCÉDURE

380. Les délais de procédure doivent être distingués des délais de prescription. En effet, tandis que ces derniers concernent l'exercice de l'action en justice et ont pour objectif de permettre « une meilleure administration de la justice par l'élimination des procès les plus poussiéreux »⁷⁹¹, les seconds sont « un laps de temps accordé à une personne pour accomplir un acte ou, au contraire, pour lui interdire d'effectuer un acte ou encore pour lui permettre de

⁷⁸⁸ S.A. MEKKI, *Le temps et le procès civil*, page 4, *op.cit.*

⁷⁸⁹ Les juges uniques dispersion ou réorganisation du contentieux ? Dalloz, 1996, Colloque de l'I.E.J., Coll. « Thèmes et Commentaires ».

⁷⁹⁰ Les situations judiciaires bloquées », R. PERROT, Conférence faite aux « Entretiens de Nanterre », le 16 mars 1984, « La semaine juridique », Cahiers de droit de l'Entreprise, n° 27.

⁷⁹¹ J. CARBONNIER, *Notes sur la prescription extinctive*, RTD civ 1952 et spéc. p. 175.

prendre partie »⁷⁹². Ils sont révélateurs de la consubstantialité du temps et du procès civil⁷⁹³. Selon l'expression de MM. G. CORNU et J. FOYER, ils « concourent à donner à la marche du procès civil ordre et sécurité »⁷⁹⁴.

D'un point de vue fonctionnel, il existe deux types de délais de procédure. Premièrement, les délais d'action qui ont pour but de lutter contre l'inertie, la désinvolture ou les manœuvres dilatoires des parties. Deuxièmement, les délais d'attente qui freinent le procès civil en permettant la réflexion. Ils évitent les surprises et ont principalement pour but la protection des droits de la défense⁷⁹⁵. Il convient d'étudier successivement les délais d'action (1) et les délais d'attente (2) enfin, la sanction de l'inobservation de ces délais (3).

1. LES DÉLAIS D'ACTION

381. Les délais d'action comportent les délais pour enrôler, conclure, communiquer une pièce, former une voie de recours. L'enrôlement est une formalité par laquelle on porte à la connaissance du tribunal un litige en faisant inscrire celui-ci sur un registre spécial appelé rôle général tenu par le greffe et sur lequel doivent être mentionnés les noms des parties, ceux de leurs avocats et éventuellement la date à laquelle l'affaire sera appelée. Aux termes de l'article 4 CPCS, en cas de saisine par assignation, l'original de l'exploit doit être déposé au greffe par le demandeur pendant les heures ouvrables au plus tard l'avant-veille de l'audience. Il en est de même de l'article 54 alinéa 1 du décret 2001-1151. L'article 48 du CPCS dispose que le plaideur a trois mois pour notifier ses conclusions et communiquer ses pièces aux autres parties. C'est à la suite de ce délai que le juge fixera la date d'audience. Cette disposition a été abrogée par le décret 2001-1151. Cette abrogation se justifie par le fait que le législateur opte pour un traitement rapide des litiges en permettant au juge de la mise en état de veiller au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces. Au-delà des délais pour accomplir des diligences, il existe des délais pour exercer une voie de recours.

⁷⁹² B. PERRACHOM, *Délais de procédure*, J-cl. Procès, Formulaires, 3, 1995.

⁷⁹³ S.A. MEKKI *Le temps et le procès civil*, *op.cit.*, p. 91.

⁷⁹⁴ MM. CORNU et J. FOYER cités par S.A. MEKKI, p. 91.

⁷⁹⁵ S.A. MEKKI, *op.cit.*, p.92.

Il s'agit des voies de recours ordinaires d'une part, et d'autre part des voies de recours extraordinaires. Le recours est un moyen de voir son affaire réexaminée en fait ou en droit une seconde fois. Les voies de recours dites ordinaires sont l'appel et l'opposition.

382. L'appel est le moyen pour une partie insatisfaite de demander un second examen en fait et en droit de la question litigieuse. Le délai pour faire appel est une manifestation de l'utilisation du temps par la loi pour imposer une certaine politique processuelle⁷⁹⁶. Il est de deux mois sans augmentation des délais de distance pour les parties domiciliées dans le territoire de la République. En droit français, il est d'un mois en matière contentieuse (article 538 CPCF). En effet, l'évolution historique montre que le délai d'appel a été sensiblement abrégé en droit français. Dans l'ancien droit, le délai était de trente ans, de dix ans sous l'ordonnance de 1667, de trois mois sous le code de 1806, de deux mois sous le décret-loi du 30 Octobre 1935 et enfin il est d'un mois depuis le décret du 28 août 1972. L'article 252-2 du décret 2001-1151 précise que le délai d'appel de l'ordonnance de référé est de 15 jours à compter de la signification de celle-ci. Cette réduction est due à l'urgence qui caractérise le référé. De même, la même situation s'observe en matière d'ordonnance sur requête où l'appel est possible lorsqu'il n'est pas fait droit à la requête mais seulement dans les 5 jours de la requête.

383. L'opposition est une voie de rétractation qui a la particularité de saisir à nouveau le juge qui a rendu la décision définitive afin qu'il réétudie le litige. Elle permet au défendeur défaillant d'intervenir au procès pour faire valoir ses propres prétentions et ses moyens de défense. Il faut dire que l'opposition retarde sensiblement le déroulement du procès puisqu'elle amène à recommencer, en quelque sorte, la première instance, même si pour le défaillant de bonne foi, cela se justifie. Afin d'éviter, une telle situation, le législateur a institué la réassignation qui permet au demandeur de citer une seconde fois le défendeur défaillant afin de tenter de le « toucher » en personne⁷⁹⁷. Les voies de recours extraordinaires sont également soumises à des délais.

384. Le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire qui permet aux parties, alors même que les arrêtes et jugements ne sont plus susceptibles de recours ordinaires, de

⁷⁹⁶ S.A. MEKKI, *Le temps et le procès civil*, op.cit., p.94.

⁷⁹⁷ S.A. MEKKI, op.cit., p.96.

demander un examen, circonscrit au droit, de la solution contestée. Il est possible dans un délai de deux mois à compter de la notification.

385. L'autre voie de recours extraordinaire que l'on peut citer c'est la tierce opposition. C'est la voie de recours ouverte aux tiers et qui leur permet de contester les jugements auxquels ils ne sont pas parties et qui portent atteinte à leurs intérêts. Contrairement à son homologue français qui a prévu de trente ans à compter du jugement à moins que la loi en dispose autrement, le législateur sénégalais s'est en fermé dans un mutisme inquiétant et ce, d'autant plus qu'il prévoit une condamnation au versement d'une amende à la partie dont la tierce opposition est rejetée. Des auteurs ont critiqué la longueur de ce délai en soutenant qu'elle va à l'encontre de la sécurité juridique et qu'elle atténue un peu l'efficacité du service public de la justice⁷⁹⁸.

Nous partageons entièrement l'opinion de Mme MEKKI car il n'est profitable ni pour le tiers, ni pour la justice de laisser subsister un délai d'une telle longueur. Pour remédier à cette insécurité juridique, le législateur français a prévu deux possibilités. La première possibilité consiste à mettre en cause les tiers pour déclarer le jugement commun car, étant devenus parties, la voie de tierce opposition leur est fermée. La seconde possibilité est de leur notifier la décision afin de réduire le délai de trente ans à deux mois, ce qui est sensiblement plus admissible au regard de la sécurité juridique (art 586 alinéa 3 CPCF). A notre avis, le législateur sénégalais devrait s'inspirer de l'expérience française en prévoyant un délai de recours réduit, deux mois par exemple. Une autre originalité du droit sénégalais c'est d'avoir maintenu la requête civile, là où le droit français l'a abandonnée. Elle est formée, aux termes de l'article 299 CPCS, dans les 6 mois de la date du jugement attaqué.

386. Les délais pour exercer une voie de recours, ordinaire ou extraordinaire, traduisent une politique processuelle. D'un côté, le délai doit être suffisamment long pour assurer le respect des droits de la défense dont la voie de recours est une composante. De l'autre, il doit être suffisamment bref pour ne pas compromettre l'efficacité de la décision de justice et ralentir le cours du procès⁷⁹⁹. Les autres délais de procédure qu'il y a lieu d'examiner sont les délais d'attente.

⁷⁹⁸ S.A. MEKKI, *op.cit.*, p.97.

⁷⁹⁹ S.A. MEKKI, *op.cit.*, p.99.

2. LES DÉLAIS D'ATTENTE

387. Les délais d'attente visent à protéger les droits de la défense en assurant un temps nécessaire, utile, suffisant ou raisonnable selon les hypothèses, pour permettre à une partie de préparer correctement sa défense⁸⁰⁰. Il s'agit des délais de comparution, des délais de distance et enfin des exceptions dilatoires.

388. Le délai pour comparaître est un délai d'attente qui vise à protéger les droits de la défense. Il interdit au demandeur de commencer le procès avant que le défendeur n'ait eu le temps matériel de préparer sa défense. Ainsi, aux termes de l'article 2 CPCS, il doit y avoir entre le jour de la remise de la convocation et celui indiqué pour la comparution, au moins cinq jours si la partie est domiciliée au siège de la juridiction. Devant le tribunal régional, ce délai est de huit jours. On remarque donc une absence d'uniformisation de la durée des délais de comparution devant les différentes juridictions, comme c'était le cas en France, sous l'empire du Code de procédure civile de 1806. Elle a été uniformisée et fixée à huit jours par le décret du 26 novembre 1965. Elle a été augmentée à quinze jours par le décret du 9 septembre 1971 pour le Tribunal de Grande Instance et par le décret du 5 décembre 1975 pour les autres juridictions. Désormais donc, le délai de comparution est de 15 jours (articles 755-837-856 et 886 CPCF). Nous ne voyons pas pourquoi, le législateur sénégalais n'harmonise pas les délais de comparution au sein des différentes juridictions.

389. Une autre forme de délai d'attente qu'il convient d'examiner c'est le délai de distance. Le délai de distance est remarquable par le lien qu'il permet de nouer entre les notions d'espace et de temps. La distance géographique est prise en compte par la loi lorsqu'elle impose des délais⁸⁰¹.

Le législateur sénégalais a prévu les délais de distance aux articles 40 et 41 CPC. Ainsi, une distinction s'opère selon que le défendeur se trouve dans les frontières du pays ou hors du Sénégal.

Dans la première hypothèse, le délai est de cinq jours si le défendeur est domicilié au lieu où siège le tribunal ; il est de dix jours s'il est domicilié dans le ressort de ce tribunal, de quinze

⁸⁰⁰ S.A. MEKKI, *op.cit.*, p.123.

⁸⁰¹ S.A. MEKKI, *op cit.*, p.126.

jours pour ceux qui sont domiciliés dans les ressorts limitrophes, de trente jours pour ceux qui sont domiciliés dans les autres parties de la République. En revanche, si celui qui est assigné demeure hors du territoire de la République. En revanche, si celui qui est assigné demeure hors du territoire de la République, le délai est de deux mois pour ceux qui demeurent en Europe, en Afrique, à Madagascar et à la Réunion, de trois mois pour ceux qui demeurent en Amérique, de quatre mois pour ceux qui demeurent dans tous les autres pays.

En France, les délais de distance ont connu une évolution. Au sens de l'article 1033 CPC de 1806, le délai était d'une journée pour chaque 30 kilomètres. La loi du 3 mai 1862 abrège la durée de l'allongement en n'accordant plus qu'une journée par plus de 30 kilomètres. La loi du 13 mars 1922 (art. 73 CPC) pose un délai qui va de un à cinq mois selon la zone du monde où l'on demeure. A partir des décrets du 22 décembre 1958 et du 26 novembre 1965, le délai de distance ne profite plus qu'à ceux qui demeurent hors du territoire français. Le délai fixé est d'un mois si la partie demeure en Europe et de deux mois si elle demeure dans une autre du monde. Le décret n°76-1236 du 28 décembre 1976 fixe le délai à deux mois pour ceux qui demeurent à l'étranger.

La question qui se pose est celle de savoir si les délais de distance ne sont pas dépassés par l'évolution des moyens de transport et de télécommunication. Autrement dit, au regard de l'évolution des moyens de transport et de télécommunication, faut-il supprimer les délais de distance ? A notre avis, s'il est vrai qu'à l'heure d'Internet, de la télécopie, le lieu où la partie demeure a moins d'importance⁸⁰², il n'en demeure pas moins que cette évolution ne concerne que l'accomplissement de certaines formalités notamment les voies de recours, la notification d'acte de procédure, et non la possibilité pour la personne assignée de comparaître. Par conséquent, les délais de distance ne doivent être supprimés.

390. Le dernier délai d'attente à étudier, c'est l'exception dilatoire. Le terme dilatoire n'est pas ici entendu de façon péjorative. Il s'agit de retarder le cours de l'instance dans un but déterminé : faire inventaire, constituer une garantie ou une contre garantie. L'exception dilatoire a pour objet de suspendre l'instance. L'article 108 CPCF prévoit que le juge doit suspendre l'instance lorsque la partie qui le demande jouit soit d'un délai pour faire inventaire

⁸⁰² S.A. MEKKI, *op.cit.*, p.130.

et délibérer soit d'un bénéfice de discussion ou de division, soit de quelque autre délai d'attente en vente de la loi.

Après avoir examiné ces trois délais d'attente, il convient de préciser que lorsqu'ils ne sont pas respectés, ensemble avec les délais d'action, il existe une sanction. Il faut en outre préciser que les délais sont soit légaux, soit judiciaires. En effet, le législateur sénégalais a prévu la possibilité pour le juge d'augmenter les délais d'attente ou de les abrégé. Ce pouvoir du juge en matière de délais est d'autant plus important avec la réforme 2001-1151 qui a abrogé l'article 48 CPCS, pour permettre au juge de réguler le déroulement de l'instance.

Quant aux délais légaux, le législateur a prévu que les délais de distance prévus à l'article 41 CPCS sont doublés en cas de guerre : il s'agit donc d'un moratoire légal.

3. LA SANCTION DE L'INOBSERVATION DES DÉLAIS

391. La sanction des délais de procédure varie selon qu'il s'agit des délais d'action ou des délais d'attente. Concernant les délais d'action, l'article 71-1 de la loi organique n°2008-35 du 7 août 2008 sur la Cour suprême dispose que le délai pour se pourvoir en cassation est de deux mois, à compter de la signification de l'arrêt ou du jugement à personne ou à domicile⁸⁰³. L'article 106 CPCS dispose que toute opposition non formée dans les délais impartis rend l'opposition irrecevable. Le législateur sénégalais a prévu des mesures qui sanctionnent le manque de diligence des parties. Il s'agit de la péremption et de la radiation.

392. La péremption d'instance est l'extinction du lien juridique prononcée par le juge pour sanctionner l'inaction des parties pendant deux ans. L'article 240 du décret 2001-1152 dispose que l'instance est périmée lorsque aucune des parties n'accomplit de diligences pendant deux ans.

A l'examen de cette disposition, il est permis de relever la réduction du délai de prescription qui est passé de trois ans à deux ans. Cette réduction est la parfaite illustration de la volonté

⁸⁰³ Cette disposition est à rapprocher de l'article 15 de la loi organique 92-25 du 30 mai 1992 sur l'ancienne Cour de cassation sénégalaise qui dispose que sauf ce qui est dit à l'article 50, le délai pour se pourvoir en cassation est de deux mois à compter de la signification de l'arrêt ou du jugement à personne ou à domicile. Il a été décidé dans une décision de justice sénégalaise que le pourvoi formé hors délai est irrecevable (arrêt n°8 du 4 mars 1974, Fatou Mbaye c/ Bourgi, recueil ASERJ, 1972, n°1, pp.23 et s).

du législateur sénégalais de lutter contre les lenteurs excessives du procès. Il faut dire qu'en la matière, le législateur sénégalais a versé dans le mimétisme car si le décret de 1964 portant Code de procédure, à son article 244 a prévu un délai de trois ans à l'instar du Code de procédure civile français de 1806, le décret 2001-1151 a réduit ce délai en s'inspirant du CPCF.

La remarque que l'on fait à la lecture de l'article 244 CPCS c'est que la péremption est demandée par voie d'exception par le défendeur et le demandeur principal peut être condamné à tous les frais de la procédure périmée. Dans l'esprit du législateur de 1964, la condamnation du demandeur principal est justifiée par le fait que c'est lui le principal concerné dans le procès. Avec le décret 2001-1151, toutes les parties à l'instance sont concernées. Et comme le précise l'article 141 : « la péremption peut être demandée par l'une quelconque des parties ». Elle ne peut être soulevée par le juge et doit être demandée par une partie, par voie d'action ou d'exception. Elle doit être soulevée avant tout autre moyen. L'étendue de la péremption est précisée : celle-ci n'éteint guère l'action, mais seulement la procédure.

393. Quant à la radiation, elle emporte le retrait de la cause du rang des affaires en cours. En effet, le vœu du législateur est de débayer le rôle du tribunal des demandes dont les parties se désintéressent visiblement. L'article 54-22 du décret 2001-1151 dispose que si les parties s'abstiennent d'accomplir les actes de procédure dans les délais impartis, le juge de la mise en état peut d'office, après avis à elles donné, prendre une ordonnance de radiation motivée non susceptible de recours. A l'instar de la péremption, la radiation sanctionne le défaut de diligences des plaideurs. Toutefois, contrairement à la péremption, la radiation peut être soulevée d'office par le juge. Pour autant la poursuite du procès n'est pas compromise ; mais il devient nécessaire préalablement de rétablir l'affaire c'est-à-dire de procéder à un second enrôlement.

394. La question s'est posée de savoir si la péremption est une forme de prescription ? Dit autrement, existe-t-il des ressemblances entre la prescription et la péremption ? Selon Mme Soraya Amrani MEKKI, la ressemblance est certaine dans la mesure où la prescription et la péremption ne jouent pas d'elles-mêmes ; les parties doivent les invoquer. De même, le juge ne peut pas les relever d'office⁸⁰⁴. A notre avis, s'il est vrai que prescription et péremption sanctionnent les plaideurs négligents, ce ne sont pas pour les mêmes raisons. Concernant la

⁸⁰⁴ S.A. MEKKI, *op.cit.*, p.108.

prescription, la sanction est motivée par le fait de ne pas avoir usé de son droit d'agir dans les délais.

Par contre, pour la péremption, c'est le fait de ne pas avoir accompli des diligences. Autrement dit, le plaideur est sanctionné pour n'avoir pas rempli ses obligations ; ce qui suppose que l'action en justice a été déjà exercée. L'article 1-1 du décret 2001-1151 du 31 décembre ne dispose-t-il pas que les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent ? Elles doivent notamment accomplir les actes de procédure dans les délais et formes requis. Ainsi donc la prescription se trouve au seuil du procès, ce qui n'est pas le cas pour la péremption. De même, la différence s'étend à leurs effets car si la prescription anéantit le droit d'action, il n'en va pas de même de la péremption qui éteint la procédure.

395. La radiation constitue une mesure d'administration judiciaire. Un autre exemple d'inertie d'une partie c'est la caducité. L'article 757 CPCF dispose que la remise au greffe d'une copie de l'assignation doit être faite dans les quatre mois de l'assignation, faute de quoi celle-ci sera caduque. Dans notre ordonnancement juridique, nous connaissons la caducité même si le législateur sénégalais n'utilise pas expressément le mot « *caducité* ». Cette notion est prévue à l'article 54 du décret 2001-1151 qui prévoit que le tribunal est saisi, à la diligence de l'une ou l'autre partie au plus tard l'avant-veille de l'audience.

396. Contrairement aux délais d'action, le législateur sénégalais n'a pas prévu de sanctions pour les délais d'attente. Parlant des délais de comparution M. CADIET soutient que ces « délais d'attente, par hypothèse, ne sont pas sanctionnés : leur effet est simplement d'interdire au demandeur de poursuivre la procédure avant l'expiration du délai »⁸⁰⁵. Selon Mme MEKKI, il aurait été concevable de considérer qu'ils sont nonavenus⁸⁰⁶. Nous souscrivons à cette idée. L'autre différence qui existe en matière de délais de procédure entre le droit sénégalais et le droit français c'est la suppression des délais francs. L'article 192 du décret du 28 août 1972 dispose clairement que : « dans les textes en vigueur en matière civile, commerciale, sociale ou prud'homale, toutes les expressions ou indications tendant à conférer aux délais de procédure la qualité de délai franc sont supprimées ». Tel n'est pas le cas en droit sénégalais. Pour s'en convaincre, il faut examiner l'article 827 CPCS qui dispose que tous les délais de procédure prévus par le présent code sont francs. Faut-il supprimer ces délais francs ? Toute la question est là. Pour notre part, la réflexion doit être engagée dans ce

⁸⁰⁵ L. CADIET cité par S.A.MEKKI, *op.cit.*, p.125.

⁸⁰⁶ S.A.MEKKI, *op.cit.*, p.125.

sens. Au-delà de l'institution des délais de procédure, le législateur sénégalais a prévu l'audience de la mise en état.

B. L'INSTITUTION DE L'AUDIENCE DE LA MISE EN ETAT

397. Dans un souci d'accélération de la procédure, le juge de la mise en état a été institué, pour éviter d'encombrer le rôle particulier des tribunaux et régler l'instruction de l'affaire en amont de la procédure, de sorte que devant la formation de jugement il n'y ait pas de dilatoire⁸⁰⁷. En Effet, il est de notoriété publique que le jugement des affaires régies par le Code de procédure civile au Sénégal, connaît des lenteurs inadmissibles et dues, essentiellement, aux manœuvres dilatoires des plaideurs et à l'encombrement anormal des rôles, au préjudice des justiciables et d'une bonne administration de la justice⁸⁰⁸. Toujours selon l'auteur, c'est pour mettre fin à cette situation que le décret n° 2001-1151 du 31 décembre 2001 a institué le juge de la mise en état au niveau des tribunaux régionaux, en reprenant exactement les dispositions du nouveau Code de procédure civile français article 763 à 784. Il faut seulement préciser que la mise en état existe également devant la Cour d'appel. Cela nous amène à étudier le domaine de la mise en état (1) avant d'examiner les pouvoirs du juge de la mise en état (2).

⁸⁰⁷ M. SECK in Spécial Séminaire sur les récentes modifications du code de procédure civile du Sénégal, *op.cit.*, p.8. L'institution du juge de la mise en état par le décret 2001-1151 est la preuve de la limite à la maîtrise du procès par les parties. En effet, ces dernières ont toujours été considérées comme maîtresses de leur procès parce que le procès civil tranche un conflit d'intérêts privés (N. FRICERO, *Les droits fondamentaux spécifiques au procès civil*, in libertés et droits fondamentaux, dir. M.A. FRISON-ROCHE, 9^e édition, p.527.). Seulement, le juge joue un rôle très important dans le procès civil. On peut parler de rénovation du principe du dispositif. Le juge joue un rôle en matière de direction du procès, dans la matière litigieuse et dans la recherche de preuves. En France, le législateur a d'abord institué un juge chargé de suivre la procédure (R.MICHEL, *Le juge chargé de suivre la procédure*, JCP, 1956. I.1303), ensuite le juge chargé des mises en état suite au rôle limité du premier, et enfin, par le décret du 9 septembre 1972, le juge de la mise en état. Plusieurs questions se sont posées à ce sujet : sommes-nous en présence d'un juge autonome ? Ce juge est-il un vrai juge d'instruction civil ? Pour répondre à la première interrogation, il convient de soutenir que le juge de la mise en état n'est pas autonome car il dépend d'une juridiction. Concernant la seconde question, il faut dire que le juge de la mise en état n'est pas un véritable juge d'instruction. Et cela, comme le mentionne le rapport de présentation du décret 2001-1151 : « La mission fondamentale du juge de la mise en état est de contrôler l'instruction de l'affaire, c'est-à-dire, non point de diriger lui-même cette instruction comme pourrait le faire un juge instructeur en matière pénale, mais d'exercer sur elle une sorte de tutelle en collaboration avec les avocats de la cause ». Sur toutes ces questions, des membres de la doctrine française se sont prononcés en ces termes : « on ne peut pas dire que ce magistrat forme à lui seul une juridiction autonome, une formation vraiment distincte du tribunal. Il est un des rouages essentiels de l'instruction du procès intégré dans le mécanisme juridictionnel et si les caractères de son intervention sont renforcés, il ne semble pas opportun de parler d'autonomie. Le terme juge d'instruction civil, s'il a le mérite de faire image, risque de conduire à des confusions avec le droit pénal et veut exprimer davantage une tendance qu'une officielle consécration » (VINCENT et GUINCHARD, *Procédure civile*, 20^e édition, Dalloz, 1981, n°629 et s.).

⁸⁰⁸ M. KANE, *Le rôle du juge de la mise en état devant les tribunaux régionaux* in spécial séminaire, *op.cit.*, p.11.

1. LE DOMAINE DE LA MISE EN ETAT

398. La mise en état c'est l'instruction d'une affaire. Elle a lieu en droit sénégalais aussi bien devant le tribunal régional (a) que devant la Cour d'appel (b).

a) LA MISE EN ÉTAT DEVANT LE TRIBUNAL RÉGIONAL

399. Parmi les innovations apportées par le décret 2001-1151, au-delà de la répartition des pouvoirs entre le juge et les parties, il y a l'institution du juge de la mise en état. Ce faisant, le décret 2001-1151 a permis au juge qui depuis toujours, était confiné dans un rôle d'arbitre chargé de compter les points, d'intervenir de manière active dans l'instruction des affaires qui désormais cesse d'être l'œuvre exclusive des parties⁸⁰⁹. Selon les auteurs précités, cette réforme était inévitable. En effet, face aux lenteurs et aux retards inhérents à une conduite de « l'instruction dépendant de la seule volonté des parties », il était devenu impératif d'instituer un juge de la mise en état chargé de suivre l'instruction des affaires. S'il est vrai qu'avant l'institution du juge de la mise en état, l'instruction ne dépendait que de la seule volonté des parties, on peut en conclure que le juge chargé de suivre la procédure qui généralement était le Président de la juridiction saisie ne jouait pas pleinement son rôle. N'en déplaise donc à M. Youssoupha NDIAYE qui avait jugé inutile d'instituer un juge de la mise en état puisque le juge chargé de suivre la procédure exerçait bien ce rôle. Ce qui peut toutefois être reproché au législateur sénégalais, c'est son manque d'effort, voire son mimétisme relativement à la réglementation de l'audience de la mise en état. Ce dernier s'est simplement contenté de reprendre les dispositions du CPCF. La question que l'on peut se poser est celle de savoir si c'est pour les mêmes raisons invoquées en France que le législateur sénégalais a institué le juge de la mise en état ou est-ce par mimétisme ? Pour rappel, il faut souligner que si en France on a supprimé le juge chargé de suivre la procédure c'est parce qu'il ne répondait pas aux attentes des justiciables. Cette raison peut-elle être étendue au Sénégal ? En tout cas, le décret 2001-1151 a supprimé les articles 48 à 50 CPCS qui mettaient en exergue le rôle du juge chargé de suivre la procédure. Le juge de la mise en état au tribunal régional est nommé par le Président du tribunal régional par ordonnance, au début de chaque année judiciaire.

La mise en état s'exerce également devant la Cour d'appel.

⁸⁰⁹ N. DIOUF, A. BA et I. SAMBE, *Regards sur le décret n°2001-1151*, op.cit., p.255.

b) LA MISE EN ÉTAT DEVANT LA COUR D'APPEL

400. Aux termes de l'article 54-3 du décret sénégalais 2001-1151, au début de chaque année judiciaire, les premiers Présidents des Cours d'appel nomment par ordonnance ou un plusieurs conseillers de la mise en état rattachés à une chambre de la cour, ainsi que leurs suppléants qui pourront être choisis parmi les membres des autres chambres. Plusieurs magistrats peuvent être chargés de la mise en état dans une même chambre. Les premiers Présidents des Cours d'appel, peuvent exercer ces fonctions. Avant la réforme de 2001, l'organe qui était chargé de l'instruction de l'affaire au niveau de la Cour d'appel c'est le secrétaire général de la Cour d'appel qui exerçait ce rôle sous le contrôle et l'autorité du premier Président⁸¹⁰. En effet, le secrétaire général de la Cour d'appel contrôle la mise au rôle particulier des affaires en s'assurant, notamment de la stricte application des dispositions des articles 49 à 52 et 56 à 56 ter CPCS dans les instances pendantes devant la Cour. Il prend toutes dispositions utiles pour la prompte évacuation des causes. A cet effet, il doit, en vue de hâter la marche de la procédure, convoquer les avocats en cause aussi souvent qu'il le juge nécessaire et leur faire toutes communications utiles. Enfin, chaque année, à la rentrée judiciaire il prépare l'appel des affaires inscrites au rôle général de la cour.

Aujourd'hui, avec la réforme de 2001, on parle de conseiller de la mise en état. C'est ainsi que l'article 280 bis CPCS dispose : « le conseiller de la mise en état ou le magistrat exerçant ces fonctions, instruit les affaires soumises à la Cour d'appel dans les formes et conditions prévues à l'article 54 ». Après avoir examiné le domaine de la mise en état, il faut étudier les pouvoirs du juge de la mise en état.

2. LES POUVOIRS DU JUGE DE LA MISE EN ÉTAT

401. Quant on parle des pouvoirs du juge de la mise en état, on fait allusion aux pouvoirs du juge de la mise en état devant le tribunal régional et devant la cour d'appel. A l'examen, on se rend compte que le juge de la mise en état a des pouvoirs de régulation de l'instance (a) et des pouvoirs juridictionnels (b).

⁸¹⁰ Décret n°84-1194 du 22 octobre 1984 fixant la composition et la compétence des Cours d'appel, des Tribunaux régionaux et des Tribunaux départementaux (J.O.R.S. n°5031 du 23 octobre 1984 pp.677 et s.).

a) LES POUVOIRS DE RÉGULATION DE L'INSTANCE

402. Le juge de la mise en état assure un contrôle effectif de la bonne marche du procès. L'article 54-4 du décret 2001-1151 dispose que le juge de la mise en état veille au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces. Le juge de la mise en état peut entendre les avocats et leur faire toutes communications utiles. Il peut également, si besoin est, leur adresser des injonctions. La lecture de cette disposition (article 54-5) fait penser que le juge de la mise en état dirige de main de maître le procès et que les parties sont sous ses ordres. La réalité est toute autre. En effet, il existe un dialogue, voire une coopération entre le juge et les parties.

Pour s'en convaincre, il y a lieu d'examiner l'article 54-6 du décret 2001 qui soutient que le juge de la mise en état fixe au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, après avoir provoqué l'avis des parties.

Il semble ressortir de ces dispositions que le législateur sénégalais a consacré la notion de contrat de procédure. C'est un mode de gestion conventionnelle de l'instance dont le but est de remédier aux lenteurs de la justice. Il a pour ambition affichée d'améliorer l'information des plaideurs sur la marche du procès et mieux, de les impliquer dans l'élaboration matérielle de l'instance (...) il se crée comme une personnalisation de la mise en état qui, sur le plan psychologique peut être facteur de responsabilisation⁸¹¹. Il s'agit d'abord de l'établissement d'un calendrier de procédure. On parle en l'espèce de contrat du fait qu'il nécessite l'accord des parties ainsi que du juge, qui est partie prenante à cet accord. Selon M. Muller, l'accord peut être, soit un « accord conclu entre le juge et les conseils, soit un accord conclu entre les seuls conseils sous le contrôle du juge et par lequel les parties conviennent d'un calendrier de l'instruction du dossier »⁸¹². Le calendrier de procédure permet au juge de savoir par un simple coup d'œil sur un ordinateur où en est la procédure et aux parties de savoir, à l'avance, à quel moment elles peuvent espérer obtenir un jugement⁸¹³. En l'espèce donc, au lieu que les justiciables ressentent le temps du procès comme un poids, ils vont plutôt l'accepter⁸¹⁴. Bien

⁸¹¹ S. OUSMANOU, *Les conventions relatives au procès, essai d'une contractualisation du procès*, Thèse Rennes I, 1996 p.237.

⁸¹² Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, Thèse dactyl ; Paris I, 1995.

⁸¹³ J. NORMAND, *Les facteurs d'accélération de la procédure*, Mélanges P. DRAI pp.427 et s.

⁸¹⁴ Selon P. ESTOUP dans *Le contrat de procédure en appel*, D. 1985, chr p.195, l'effet produit par le contrat de procédure est considérable sur le plan psychologique car il est désormais possible de dire à tous ceux qui

évidemment, le contrat de procédure a fait l'objet de nombreuses critiques parmi lesquelles, le risque de ralentir les procédures et la rigidité. Concernant la première critique, nous estimons qu'elle n'est pas fondée pour la simple raison que lenteur du procès n'est pas synonyme de mauvais procès. Quant à la seconde critique, on ne peut évidemment pas la cautionner d'autant plus que ce n'est pas parce que le juge et les parties ont fixé des délais qu'ils ne peuvent y revenir au regard des circonstances (art. 764 CPCF). Au-delà du calendrier de procédure, un autre type de contrat de procédure qui à notre connaissance n'existe pas au Sénégal, c'est un contrat de procédure prenant la forme de conventions collectives. Ce sont les contrats de procédure conclus entre les juridictions et les barreaux d'avocats en vue d'améliorer le traitement de certains types de contentieux. En France, un accord a ainsi été conclu entre la Cour d'appel de Paris et les bâtonniers de son ressort. A notre avis, cette seconde forme de contrat de procédure devrait exister dans notre ordonnancement juridique, au regard de son importance.

403. Au-delà de l'utilité du contrat de procédure, il y a la nature de la notion qui a été discutée. En effet, le contrat de procédure ne serait donc pas un réel contrat car il ne s'impose ni aux parties, ni au juge⁸¹⁵. Ce point de vue n'est pas partagé par S. OUSMANOU qui soutient que : « la qualification de contrat ne semble pas excessive en l'occurrence dans la mesure où la fixation des délais procède d'un véritable accord des volontés, d'une concertation entre les conseils des parties, à laquelle le juge se trouve nécessairement impliqué en tant que responsable du bon déroulement de l'instance »⁸¹⁶. Nous souscrivons entièrement à ce propos car à quoi auraient servi les négociations entre les parties et le juge si elles ne vont pas être respectées ?

Il y va de la crédibilité de la justice. Il faut noter de plus que l'article 54-6 du décret met en évidence, un système moins rigide de délais pour conclure qui était fixé à trois mois (3) par l'article 49 CPCS abrogé. Désormais, les délais de conclusion sont fixés compte tenu de la nature, de la complexité de l'affaire. Le juge de la mise en état peut d'ailleurs accorder des prorogations de délai. Parmi ses pouvoirs d'instruction, le juge de la mise en état peut procéder à des constatations tendant à mettre fin à l'instance notamment, la constatation de la conciliation.

engagent un procès et ressentent la crainte de se lancer dans l'inconnu- votre affaire demandera tant de mois pour être jugée et elle sera plaidée à telle date.

⁸¹⁵ Y. MULLER, *op.cit.*, n°184 à 198, spéc.n°185 et 186.

⁸¹⁶ S. OUSMANOU, *op.cit.*, p.241 n°410.

Il faut tout simplement rappeler que toutes les affaires n'auront pas besoin d'être instruites. Elles méritent donc d'être jugées sans délai. Au-delà des pouvoirs d'instruction, le juge de la mise en état dispose de pouvoir de juridiction.

b) LES POUVOIRS JURIDICTIONNELS

404. C'est l'article 54-13 du décret 2001-1151 qui prévoit ces pouvoirs de juridiction. Ainsi donc, lorsqu'il est saisi, le juge de la mise en état, jusqu'à son dessaisissement, seul compétent, à l'exclusion de toute autre formation du tribunal, pour :

- Statuer sur les exceptions de procédure ;
- Allouer une provision pour le procès ;
- Accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Le juge de la mise en état peut subordonner l'exécution de sa décision à la constitution d'une garantie dans les conditions prévues aux articles 86 et suivants du code de procédure civile ;
- Ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception notamment des saisies conservatoires, des autorisations d'inscriptions d'hypothèque et nantissements provisoires ;
- Statuer sur les dépens.

Il faut dire, au regard de cette disposition que le juge de la mise en état a des attributions exclusives. Ces pouvoirs ainsi réservés à ce magistrat lui assurent souvent la prééminence au regard des autres formations juridictionnelles intervenant en première instance. Cette exclusivité de compétence entraîne l'incompétence du juge des référés. Cela résulte d'une jurisprudence française constante⁸¹⁷. Selon la deuxième chambre civile de la Cour de cassation française, à partir de la désignation du juge de la mise en état, le juge des référés est incompétent⁸¹⁸.

Il est fait obligation au juge des référés de vérifier et d'énoncer dans son ordonnance qu'aucun juge de la mise en état n'a été désigné à la suite d'une instance au fond tendant aux mêmes

⁸¹⁷ La doctrine n'est pas en reste aussi. V. J.P.ROUSSE, *Le pouvoir du juge des référés d'accorder une provision au créancier dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable*, Gaz.Pal 1975.1. Doct p.13.

⁸¹⁸ Civ. 2^e, 9 décembre 1976 ; Bull. civ, II, n° 329.

fins et opposant les mêmes parties⁸¹⁹. Cependant le caractère exclusif des attributions du juge de la mise en état ne joue que si la demande est présentée au juge des référés postérieurement à la désignation du juge de la mise en état⁸²⁰. A notre connaissance, aucune décision de justice sénégalaise n'a prévu les effets de l'exclusivité de la compétence du juge de la mise en état. Le législateur sénégalais a simplement précisé la durée de l'exclusivité de la compétence du juge de la mise en état. Le point de départ c'est la saisine, l'expiration c'est jusqu'à son dessaisissement c'est-à-dire jusqu'à l'ouverture des débats.

405. La question qui a été posée est celle de savoir comment le juge de la mise en état peut statuer sur les dépens alors que le litige n'est pas encore tranché⁸²¹. L'avocat répond lui-même à la question qu'il a posée en soutenant qu'il ne peut s'agir que des dépens relatifs aux mesures provisoires ou d'instruction qu'il aura ordonnée. Nous trouvons cette réponse logique et pertinente vu que sa décision ne peut préjudicier au fond.

406. Nous ne saurions mettre un terme à l'étude des pouvoirs de juridiction du juge de la mise en état sans aborder le régime juridique des décisions du juge de la mise en état. En principe, et aux termes de l'article 54-15 décret 2001-1151, les mesures prises par le juge de la mise en état font l'objet d'une simple mention au dossier ; avis en est alors aussitôt donné aux avocats. Certains auteurs voient dans cette simplicité le fait que les décisions du juge de la mise en état sont le plus souvent des actes d'administration judiciaire⁸²². De notre point de vue, il s'agit en plus de cet argument développé, d'un allègement du formalisme. Il arrive cependant que le juge de la mise en état rende des ordonnances motivées qui sont de véritables actes juridictionnels.

Il en est ainsi toutes les fois qu'il exerce sa *juridictio* et non pas simplement son *imperium*. Les actes pour lesquels une ordonnance est nécessaire sont ceux qui sont prévus aux articles 54-11 à 54-13 du décret. Aux termes de l'article 54-17, les ordonnances du juge de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée. Selon la jurisprudence française, le tribunal appelé à statuer sur le fond en formation collégiale n'est pas lié par les décisions du juge de la mise en état relatives aux mesures d'instruction⁸²³. Ainsi, viole l'article 775- pendant de l'article 54-17 du décret 2001-1151 – la Cour d'appel qui dénie aux premiers

⁸¹⁹ Paris, 8 avril 1987 : Gaz. Pal. 1987. 1. 291, note M. CARATINI.

⁸²⁰ Civ. 2^e, 18 mars 1998 : Bull.civ. II, n° 96.

⁸²¹ M. KANE, *op.cit.*, p.13.

⁸²² N. DIOUF, A. BA et I. SAMBE, *op.cit.*, pp.235 et s.

⁸²³ Civ. 2^e, 27 mai 1983 RTD Civ. 1983. 790, obs R. PERROT.

juges saisis du litige au principal le pouvoir de statuer sur la liquidation d'une astreinte définitive déjà liquidée par le juge de la mise en état au prétexte qu'ainsi les premiers juges se seraient érigés en juridiction d'appel⁸²⁴. Ce qui est valable pour le juge de la mise en état, l'est pour le conseiller de la mise en état. C'est ainsi que les ordonnances du conseiller de la mise en état n'ont pas, au principal, l'autorité de la chose jugée⁸²⁵. Mais comme on l'a précisé, l'absence d'autorité de la chose jugée au principal ne signifie pas que les ordonnances du juge de la mise en état sont dépourvues de toute autorité. En effet, les ordonnances rendues lient leur auteur qui ne pourra les modifier que s'il y a des circonstances nouvelles⁸²⁶.

407. Pour assurer l'efficacité des décisions du juge de la mise en état ainsi que du conseiller de la mise en état, le législateur les soumet à un régime particulier en matière de recours ; ceux-ci sont en effet tantôt interdits ou fermés, tantôt différés. La privation de voies de recours affecte les décisions de renvoi, de clôture et de radiation. Ce sont des mesures d'administration judiciaire. L'article 54-18 dispose : « les ordonnances du juge de la mise en état ne sont susceptibles ni d'opposition, ni de contredit ».

408. Au-delà des recours fermés, il y a les recours différés. En effet, le pourvoi en cassation et l'appel contre les ordonnances du juge et du conseiller de la mise en état ne peuvent être formés immédiatement. Les ordonnances ne peuvent être attaquées qu'en même temps que la décision au fond. On a pu remarquer que le juge de la mise en état est compétent pour statuer sur les exceptions de procédure alors que selon l'article 771 ancien Code de procédure civile, il ne pouvait connaître que des exceptions dilatoires et de nullité pour vice de forme. L'objectif est, selon une doctrine autorisée clair : arriver à l'audience de jugement avec un dossier complètement apuré de tous les incidents de procédure, ainsi se profile plus nettement qu'autre fois une instance en deux phases fonctionnellement bien distinctes ; une phase d'instruction et de jugement des incidents et une phase de jugement au fond⁸²⁷.

Le législateur sénégalais a également prévu des procédures rapides, afin de lutter contre les lenteurs de la procédure.

C. LA MISE EN PLACE DE PROCÉDURES RAPIDES

⁸²⁴ Civ 2^e, 27 mai 1983. Bull.civ II, n° 117.

⁸²⁵ Com. 12 juillet 2004: Bull. civ. IV, n° 161.

⁸²⁶ N. DIOUF, A.BA et I. SAMBE, *op.cit.*, pp.235 et s.

⁸²⁷ S. GUINCHARD, *Les métamorphoses de la procédure à l'aube du 3^e Millénaire*, *op.cit.*

409. Ce qui est recherché dans la mise en place de procédures rapides c'est l'efficacité. En matière civile comme en matière pénale, celui qui s'adresse à la justice a le droit d'obtenir une décision dans un délai raisonnable et force est de constater que la notion de raisonnable est dans ce domaine extrêmement extensible. Il y a certes des procès qui exigent un traitement lent, mais il s'agit là de minorité⁸²⁸. Etant donné que c'est l'efficacité qui est recherchée, les droits de la défense sont quelque peu malmenés. En outre, l'engouement pour les procédures rapides tient au fait qu'elles sont moins coûteuses et moins complexes⁸²⁹.

Les procédures rapides dont on parlera ici sont les procédures d'urgence (1) et les procédures simplifiées (2).

1. LES PROCÉDURES D'URGENCE

410. Nous allons voir tour à tour la procédure sur requête (a) et la procédure sur référé (b).

a) LA PROCÉDURE D'ORDONNANCE SUR REQUÊTE

L'étude portera sur le domaine (i) et le régime de la requête (ii).

i) LE DOMAINE DE LA PROCÉDURE SUR REQUÊTE

411. La nature juridique de l'ordonnance sur requête a suscité de vives polémiques et divisé encore la doctrine et la jurisprudence française. En effet, la première des théories, dite théorie classique ou traditionnelle, classait les ordonnances sur requête en ordonnances gracieuses ou en ordonnances contentieuses⁸³⁰. Étaient donc gracieuses, les ordonnances constitutives d'actes de pure administration entrant dans les attributions du magistrat chargé de l'administration intérieure du tribunal tels que la distribution des causes inscrites au rôle ou la désignation de juges commissaires dans les cas prévus par la loi. En revanche, étaient

⁸²⁸ D. SAINT-AVIT, *Le temps et la procédure. Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate*, Autour du rapport, Coulon Dalloz, 1997, p.93.

⁸²⁹ Plusieurs procédures rapides existent. Il s'agit notamment de la procédure à jour fixe (article 788 à 792, 915 à 925 CPCF), de la procédure de renvoi à l'audience (article 760 à 761, 910 alinéa 2 CPCF ; article 54 alinéa 2 et 54-1 CPCF) nous n'en ferons pas cas dans cette partie.

⁸³⁰ CH. CESAR-BRU, P. HEBRAUD, J. SEIGNOLLE, *Juridiction du président du tribunal*, t.II Librairies techniques, 4^e éd. 1970, spéc. N° 18 et s.

contentieuses, les ordonnances de nature à causer grief, ne tendant pas à administrer, comme les précédentes, mais à juger. Le critère dégagé était donc la possibilité d'un contradicteur, même s'il n'était pas apparent et actuel, ou celle d'un préjudice aux droits des tiers à l'ordonnance. Cette théorie a fait l'objet de nombreuses critiques d'où une théorie nouvelle, appelée « théorie des ordonnances actes d'administration judiciaire », assimilant l'ordonnance sur requête à un acte de nature mixte, à mi-chemin entre l'acte purement gracieux et l'acte juridictionnel⁸³¹. Dans cette conception, les ordonnances sur requête seraient des actes d'administration judiciaire émanant de l'imperium du juge, autrement dit des mesures de police ayant un caractère provisoire, ne dessaisissant pas le juge et n'ayant pas l'autorité de chose jugée.

Cette théorie a été le point de départ et l'occasion d'une reformulation de la part de la doctrine moderne qui a proposé, au cours et à la suite d'un important colloque tenu à Lille en 1964, de nouvelles classifications des ordonnances sur requête. Ainsi donc, on distinguait les ordonnances d'administration judiciaire tel que le permis de citer ou d'assigner à jour fixe, et enfin les ordonnances pouvant faire grief. MOTULSKY, a souscrit à cette analyse globale, en fonction de son objet, faite de l'ordonnance sur requête. L'auteur insistait sur la nécessité de mettre à part les ordonnances qui se rattachent à la marche formelle de l'instance, qui sont des actes de pure administration judiciaire dont la caractéristique est de ne pas être susceptibles de voies de recours ; les autres ordonnances entrent dans la catégorie de la juridiction gracieuse et plus précisément des actes volitifs, lesquels sont des actes juridictionnels, comme émanant d'un organe judiciaire et tranchant une prétention concernant une situation juridique par application d'une règle de droit⁸³².

Nous adhérons à cette nouvelle classification proposée en partie parce que nous pensons qu'au delà des ordonnances réglementant la marche de la procédure, et de celles gracieuses, il y a les ordonnances contentieuses, comme le prévoit la théorie classique. N'ayant pas pris position par rapport à cette controverse doctrinale, le législateur sénégalais, s'est simplement contenté de préciser au Livre VII du CPCS que l'ordonnance sur requête peut être rendue en première instance et en cours d'instance d'appel. Ce faisant, le législateur sénégalais prévoit les règles ou dispositions particulières à chaque juridiction en matière d'ordonnance sur

⁸³¹ CH. CESAR-BRU, P. HEBRAUD, *op.cit.*

⁸³² H. MOTULSKY, *Les ordonnances sur requête*, Rapport général de synthèse des journées d'études judiciaires de Lille, mai 1964.

requête. Ceci contraste d'avec le droit français qui à l'article 493 CPCF institue l'ordonnance sur requête de droit commun.

412. Le domaine de la procédure sur requête recouvre les cas spécifiés par la loi d'une part et d'autre part les cas dans lesquels les circonstances l'exigent. L'article 820-10 CPCS dispose que le Président du tribunal départemental ou le Président du tribunal régional est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi et les dispositions réglementaires. Comme exemple de cas spécifié par la loi, c'est la demande de divorce, plus précisément la procédure de divorce contentieux.

En effet, dans cette procédure, le juge du tribunal départemental est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi et les dispositions réglementaires. Automatiquement le juge peut prendre une ordonnance autorisant l'époux demandeur à avoir une résidence séparée. Il peut prendre également toutes mesures provisoires relativement à l'enfant. Il faut dire que la demande de divorce peut troubler le ménage et rendre la vie impossible. Par conséquent, la procédure du divorce, devant durer un temps plus ou moins long, il est nécessaire de prendre certaines mesures provisoires pour sauvegarder les intérêts des époux en conflit et régler le sort des enfants⁸³³.

Il faut rappeler que nous nous intéresserons davantage à la procédure sur requête qui exige la célérité c'est-à-dire celle prévue à l'article 820-1 alinéa 2 CPCS. En l'espèce, deux conditions sont exigées.

La première condition c'est l'urgence. Ainsi, aux termes de l'article 820-1 alinéa 2, le Président du tribunal départemental ou le Président du tribunal régional peut ordonner sur requête toutes mesures urgentes.

La seconde condition tient à la nécessité de ne pas appeler de partie adverse « lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement ». L'urgence qui existe dans la procédure d'ordonnance sur requête se traduit par le fait que l'ordonnance sur requête est exécutoire sur minute. Ce caractère dispense l'auteur de la requête de demander la formule exécutoire, la signature de l'ordonnance ou même que le greffier délivre la grosse. Il faut donc

⁸³³ Y. NDIAYE, *Le divorce et la séparation de corps*, N.E.A, 1979, p.83.

éviter que le défendeur ne s'aperçoive de la mesure prise et ne la rende inefficace⁸³⁴. Beaucoup d'auteurs admettent que l'urgence constitue une question de fait laissée à la libre appréciation du juge. Il va de soi donc qu'il ne suffit pas à l'auteur de la requête de dire qu'il y a urgence sans pour autant en donner les éléments caractéristiques.

Relativement à la deuxième condition, il faut souligner que la procédure sur requête marque un choix clair pour l'efficacité de la justice en reléguant, la nécessité de respecter les droits de la défense⁸³⁵. Selon M. Loic CADIET : « Ici, l'atteinte au contradictoire n'est pas conjoncturelle, comme dans la procédure par défaut, elle est structurelle en ce qu'elle résulte de la nature même de l'institution »⁸³⁶. Mais il y a lieu de préciser que les droits de la défense ne sont pas totalement occultés du fait du recours en référé exercé pour le défendeur. En outre, on peut faire ou refuser de faire droit à la requête du demandeur. Enfin, le juge est là pour contrebalancer les propos du requérant.

MOTULSKY, à ce propos, soutient : « Je pense que le magistrat qui rend une ordonnance n'a pas la sensation qu'il viole véritablement les droits de la défense (...) il y a un autre élément que j'appellerai le réflexe de défense du magistrat, réflexe qui joue en faveur de celui qui n'est pas le demandeur (...) si notre institution peut prospérer alors qu'a priori elle semble violer les droits de la défense, c'est parce que les magistrats font en sorte que cette impression soit fausse »⁸³⁷. Ainsi donc, le juge ne peut faire droit à la requête sans avoir recherché si la mesure sollicitée exigeait une dérogation à la règle de la contradiction⁸³⁸. En revanche, il a été jugé qu'il peut être dérogé à la règle du contradictoire lorsqu'il y a lieu de craindre que des documents soient détruits ou que des pressions soient exercées, pour autoriser sur requête un huissier de justice à faire certaines recherches et constatations⁸³⁹.

Me DOUDOU NDOYE, sous l'article 820-10 CPCS, s'est posé la question de savoir si la compétence en matière d'ordonnance sur requête du Président du tribunal ou du premier Président de la Cour d'appel peut s'étendre à ordonner le sursis momentané à l'exécution d'un jugement concurremment aux articles 269 et 270 CPCS qui organisent une procédure spéciale de défenses à exécution provisoire. A cette interrogation, le législateur sénégalais

⁸³⁴ S.A.MEKKI, *op cit.*, p.492.

⁸³⁵ S.A.MEKKI, *op.cit.*, p. 495.

⁸³⁶ L. CADIET cité par S.A.MEKKI, p.495.

⁸³⁷ H.MOTULSKY, cité par S.A.MEKKI p. 495.

⁸³⁸ Cass. 2^e civ, 13 mai 1987 : Bull. civ. II, n° 112.

⁸³⁹ CA Versailles 13 octobre 1988 : D. 1989, somm, p. 287, obs M. JULIEN.

répond en ces termes : « les dispositions qui précèdent ne peuvent justifier le sursis à l'exécution des décisions exécutoires de droit ». Toutefois, poursuit le législateur « lorsqu'il apparaît que l'exécution immédiate est susceptible d'entraîner des troubles particulièrement intolérables en raison d'une erreur de droit manifesté ou d'un excès de pouvoir du premier juge ou d'une violation délibérée des droits de la défense, le premier président de la cour d'appel ou le Président du tribunal régional, exclusivement peuvent par une ordonnance motivée, subordonner cette exécution à la constitution de garantie suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations ».

Au-delà de l'examen du domaine de la procédure sur requête, il y a l'étude du régime de la procédure sur requête.

ii) LE RÉGIME DE LA PROCÉDURE SUR REQUÊTE

413. Une requête présentée en double exemplaire est remise au greffe la juridiction saisie. La requête doit être motivée. L'ordonnance sur requête est motivée ; elle est exécutoire sur minute, à savoir sans notification préalable, ce qui permet de préserver l'effet de surprise recherché dans cette procédure non contradictoire⁸⁴⁰. Nous pensons qu'il s'agit plutôt de la préservation de l'efficacité. L'ordonnance sur requête est une décision qui ne dessaisit pas le juge qui l'a prononcée. Elle n'a pas l'autorité de la chose jugée au principal. Le juge du fond peut être saisi sur le même point que celui tranché sur requête et il n'est pas lié par la décision rendue sur requête.

S'il n'est pas fait droit à la requête, le requérant peut faire appel dans les cinq jours de la décision par requête établie en trois exemplaires adressée, selon le cas, au Président du tribunal régional ou au premier Président de la Cour d'appel. En France, le délai d'appel est de quinze jours.

Si la requête est accueillie, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu l'ordonnance. Le référé à fin de rétractation est un moyen permettant d'instaurer une contradiction dans la seconde phase d'élévation du contentieux qui se déroule devant le même juge.

Enfin, le Président du tribunal régional ou le premier Président de la Cour d'appel a toujours la faculté de modifier ou de rétracter son ordonnance à la demande de tout intéressé.

Une autre procédure rapide prévue par le législateur c'est la procédure de référé.

b) LA PROCÉDURE DE RÉFÉRÉS EN DROIT SÉNÉGALAIS ET FRANÇAIS

414. Le domaine du référé est beaucoup plus large en droit français que sénégalais. Seulement, au niveau des deux systèmes juridiques, compétence est donnée au Président de la juridiction de connaître du référé(i). En tout état de cause, le régime juridique est le même dans les deux législations (ii).

⁸⁴⁰ C. ROBIN, *Droit judiciaire privé*, Vuibert, 2005, p.165

i) DOMAINE ET COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE RÉFÉRÉ

415. Contrairement à son homologue français qui définit l'ordonnance de référé comme une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelé, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires, le législateur sénégalais n'a donné aucune définition, se limitant tout simplement à préciser le domaine et le régime du référé.

Il faut préciser que le domaine du référé est beaucoup plus élargi en France qu'au Sénégal.

Des auteurs autorisés ont remarqué une extension des cas d'intervention du juge à juridiction non définitive appelé juge des référés⁸⁴¹. Ce constat n'est pas uniquement visible en droit sénégalais. En effet la doctrine française parle de vol d'aigle du juge des référés⁸⁴². Selon cet auteur, le juge des référés a une double mission et intervient soit en amont soit en aval d'une situation litigieuse donnée, d'une part il prend des mesures conservatoires ou préparatoires pour prévenir un dommage imminent, d'autre part il tente de réparer ou de faire cesser une situation manifestement illicite. De plus, le référé connaît, depuis quelques années un essor extraordinaire. Cette procédure est devenue d'un usage si courant que l'on en vient à se demander ce qui pourrait bien arrêter son irrésistible ascension. Le référé occupe aujourd'hui le devant de la scène judiciaire et monopolise tous les regards tant sa séduction est éclatante⁸⁴³.

Ceci dit, il faut souligner le fait que le domaine d'intervention du juge des référés a été étendu. Quatre référés sont prévus par le législateur sénégalais. Il s'agit des référés en cas d'urgence, préventif, sur difficulté et enfin du référé provision.

416. Concernant la procédure de référé en cas d'urgence, elle est prévue à l'article 247 du décret 2001-1151. A l'examen de cette disposition, on se rend compte que deux conditions sont exigées pour bénéficier de la procédure de référé. Tout d'abord, il convient de satisfaire à une condition d'urgence. Plusieurs auteurs conviennent que l'urgence est une notion floue qui peut être sujette à des définitions diverses⁸⁴⁴. Ainsi un auteur a pu soutenir que « l'urgence ne

⁸⁴¹ N. DIOUF, A.BA et I. SAMBE, *op.cit.*, p. 241

⁸⁴² M. Le FOYER DE COSTIL, *Le vol d'aigle du juge de référés*, Mélanges P. BELLET, Litec, 1991.

⁸⁴³ R. PERROT, *L'évolution du référé*, Mélanges P. HEBRAUD, pp. 645 et s.

⁸⁴⁴ S.A.MEKKI, *op.cit.*, p. 464.

se définit pas, elle se constate »⁸⁴⁵. Il appartient donc au juge de déterminer qu'il y a ou non urgence, ce qui ne peut résulter que d'une appréciation in concreto c'est-à-dire au cas par cas. M. J. VINCENT l'a rappelé : « l'urgence est abandonnée au discernement et à la probité des magistrats »⁸⁴⁶.

L'autre condition du référé est que les mesures requises ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou qu'elles soient justifiées par l'existence d'un différend. La contestation sérieuse a été définie comme « celle que le juge ne peut sans hésitation rejeter en quelques mots »⁸⁴⁷. Selon un auteur « la contestation sérieuse fait partie de ces notions fluides abandonnées à la sagesse des juges qui peuvent, de sorte, insuffler au travers des textes une certaine politique jurisprudentielle »⁸⁴⁸. Toutefois, nous pensons que pour que le juge décide s'il y a contestation sérieuse ou pas, il faut que le demandeur fasse la preuve de l'absence de contestation sérieuse et de son côté, le défendeur, doit prouver qu'il y a contestation sérieuse.

Le juge sénégalais a soutenu qu'en matière d'obligation de faire (crédit-bail) le juge des référés territorialement compétent peut être saisi lorsque la partie contre laquelle l'action est dirigée ne conteste pas le manquement à ses obligations⁸⁴⁹. L'interprétation de la seconde condition du référé en cas d'urgence notamment « toutes les mesures (...) que justifie l'existence d'un différend », a été problématique.

Selon une doctrine autorisée, cette expression signifie que le juge des référés a le pouvoir d'ordonner toute mesure sans la moindre limitation, même si elle doit se heurter à une contestation sérieuse, dès lors que cette mesure est destinée à régler un différend entre les parties⁸⁵⁰.

Pour M. PERROT la juridiction des référés est une juridiction contentieuse qui implique nécessairement l'existence d'un différend. Cette interprétation n'est pas admise par certains auteurs qui soutiennent qu'elle conduirait à donner au juge des référés le pouvoir d'intervenir

⁸⁴⁵ P. BERTIN, *Le grand Noél du procédurier*, Gaz Pal, 1976, 2, 581.

⁸⁴⁶ J. VINCENT cité par S.A.MEKKI, *op.cit.* Mais au Sénégal, la procédure applicable pendant la période coloniale était beaucoup plus précise et les conditions du référé n'étaient pas laissées à la libre appréciation du juge. V. J.B.GASTON, Recueil annoté de textes de procédure civile et commerciale applicables en A.O.F, Archives nationales du Sénégal.

⁸⁴⁷ P. BERLIN, Encyclopédie Dalloz. Rep. Pro-civ, V° Référé civil, spec. n° 149.

⁸⁴⁸ R. PERROT cité par S.A. MEKKI p.466.

⁸⁴⁹ Trib. Régional, Dakar, ordonnance de référé n° 201 du 12-02-01 SFE c/Gueye.

⁸⁵⁰ R. PERROT, *Traité de Droit judiciaire privé*, Sirey 1991, Tome 3, n° 1278, p.1078.

sans limitation⁸⁵¹. Ces auteurs estiment et à juste raison, que l'article 247 nouveau pendant de l'article 808 CPCF, combine plutôt un principe et une exception. En effet, le juge des référés ne peut ordonner que les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ; mais dans certains cas, la contestation sérieuse, au lieu d'être un obstacle à l'intervention du juge des référés, en constitue la condition. Cette analyse rejoint celle de R. TENDLER : « Ambiguïté certaine dans la mesure où une contestation sérieuse est parfois un obstacle à l'action et parfois une condition de l'action »⁸⁵².

D'autres détracteurs de l'article 808 CPCF sont allés plus loin. Ainsi, A. BLAISE soutient que : « prudente, la jurisprudence ne s'appuie guère sur la deuxième branche de l'attendu qui garde tout son mystère... »⁸⁵³ Quant à Raymond MARTIN, il prétend que : « la balance entre l'existence d'un différend ou l'absence de contestation sérieuse est proprement inconcevable »⁸⁵⁴. Ces opinions ne sont pas partagées par Mme Soraya Amrani-MEKKI qui estime que ces auteurs opèrent une grave confusion terminologique. Selon Mme MEKKI, il faut distinguer le différend, antérieur au procès qui est un conflit qui oppose des individus mais qui n'a pas trouvé encore son expression juridique et la contestation qui est un différend d'ordre juridique, porté à la connaissance des tribunaux.

Toujours selon l'auteur, il est possible d'expliquer ces dispositions en considérant que lorsqu'il y a une contestation sérieuse, elle est forcément de la compétence exclusive du juge du fond. Lorsqu'il n'y a que différend, la saisine du juge du fond n'étant pas programmée, il peut y avoir saisine du juge des référés afin d'obtenir des mesures qui seront évidemment autres que des anticipations du règlement d'une future contestation. Il ne peut s'agir que des mesures d'attente, de conservation ou de préparation dans l'éventualité d'un procès⁸⁵⁵. A notre avis, l'article 247 nouveau et l'article 808 CPCF prévoient des dispositions qui ne sont pas contradictoires.

Les auteurs précités sont d'ailleurs d'accord que ces articles posent d'abord un principe c'est-à-dire l'incompétence du juge des référés en présence d'une contestation sérieuse, ensuite une exception à savoir l'existence d'un différend. Il faut comprendre qu'en principe la mesure

⁸⁵¹ N.DIOUF, A. BA et I. SAMBE, *op.cit.*, pp.235 et s.

⁸⁵² R.TENDLER cité par S.A. MEKKI, *op.cit.*, 466.

⁸⁵³ A. BLAISE, *Quo vadis référé ?* J.C.P, 1982.I.3083.

⁸⁵⁴ R. MARTIN, cité par S.A.MEKKI, *op.cit.*, p. 466.

⁸⁵⁵ S.A.MEKKI, *op.cit.*, p. 467.

peut être ordonnée seulement si elle ne se heurte pas à une contestation sérieuse, mais que néanmoins, même en cas de contestation sérieuse, le juge peut prononcer des mesures, notamment conservatoires, si la situation l'impose⁸⁵⁶. C'est tout le sens de l'article 248 du décret 2001-1151.

Aux termes de l'article 248, le juge des référés peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'impose, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite⁸⁵⁷. En l'espèce, ni l'urgence ni la condition d'absence de contestation sérieuse ne sont requises. Selon un auteur : « en éliminant l'urgence du nombre des conditions de recevabilité, le NCPC évite les discussions vaines et permet de concentrer l'attention sur des choses plus essentielles »⁸⁵⁸. Pour le trouble manifestement illicite : « l'idée d'urgence disparaît pour laisser la place à la seule idée d'apparence »⁸⁵⁹.

Cependant, il convient de préciser que l'imminence du dommage et le trouble manifestement illicite sont une variante de l'urgence.

417. Au-delà des référés en cas d'urgence et préventif, il y a le référé sur difficulté.

⁸⁵⁶ G. WIEDERKEHR, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires*, RID, comp. 1982 pp. 449 et s.

⁸⁵⁷ Dans leur article intitulé *Le juge des référés au regard des principes procéduraux*, D. 1995, pp. 67 et s, les auteurs J.F BURGELIN, J.M. COULON et M.A. FRISON ROCHE soutiennent : « Il y a en réalité une certaine redondance, une certaine tautologie dans cette expression de trouble manifestement illicite car, à l'évidence, le juge s'interrogera pour savoir si les faits soumis à son appréciation peuvent être qualifiés de trouble manifeste. Il s'agit d'un concept pluridisciplinaire où le juge appréciera les éléments et les conséquences du litige du point de vue économique, financier, boursier, social, culturel etc ; dépassant ainsi nécessairement le strict cadre juridique. Le trouble manifeste qu'il convient de faire cesser est parallèle au dommage imminent qu'il convient de prévenir ».

Il y a eu également en droit français une divergence de qualification de la notion de trouble manifeste au sein de la jurisprudence française. Pour la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass.Com, 9 mai 1990, Bull.civ IV, n°144.) le trouble manifestement illicite est une notion de pur droit. A l'inverse, les trois premières chambres civiles affirment que le pouvoir souverain du juge des référés porte essentiellement sur les conditions de fait.

⁸⁵⁸ J. NORMAND, *Le juge unique et l'urgence*, cité par S.A.MEKKI, *op.cit.*, p. 478.

⁸⁵⁹ R. MARTIN cité par S.A.MEKKI V. également l'article de P. BERTIN, *Un trouble manifestement illicite : la lutte contre la vie chère*, Gaz.Pal 1983.2., Doctrine p.419. Selon M. BERTIN, le trouble qu'il importe de faire cesser est à la fois l'acte perturbateur commis par le défendeur et le dommage corrélatif subi par le demandeur. Il est donc nécessaire d'établir de la part du défendeur ce qu'on nomme aussi une « voie de fait » c'est-à-dire un acte qui ne s'inscrit pas dans le cadre des droits légitimes de son auteur, soit du point de vue légal soit du point de vue contractuel. Il faut d'autre part que le demandeur qui se prétend victime de cet acte intempestif subisse une atteinte dommageable à ses droits, à sa tranquillité, à sa sécurité, à celle de sa personne ou de ses biens. L'auteur se pose la question de savoir qu'apporte à la notion de trouble illicite le terme « manifestement ». Selon lui, le terme « manifestement », signifie qu'il doit sauter aux yeux que le comportement du défendeur est contraire à la morale, à la loi, au règlement, à la convention. Si cela ne saute pas aux yeux, le trouble est peut-être illicite, il ne l'est pas « manifestement ».

Ce référé est maintenu par l'article 252-2 du décret 2001-1151 qui prévoit qu'il « peut en être référé au président du tribunal pour statuer sur toutes les difficultés d'exécution des décisions de justice et autres titres exécutoires ».

La question qui se pose est celle de savoir si cette disposition ne fait pas double emploi avec l'article 49 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui donne compétence au Président du tribunal, à la qualité du juge de l'exécution, pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou une saisie conservatoire⁸⁶⁰. Nous pensons que c'est le cas.

418. Enfin, nous avons le référé-provision. Dans cette hypothèse, le juge alloue une provision, c'est-à-dire une somme à valoir sur le montant définitif de la condamnation qui sera prononcée par le juge du fond.

En France, le référé-provision est apparu en 1973. Ce faisant, tous les juges de référés de première instance ont reçu le pouvoir d'allouer une provision dans les limites de leur propre compétence.

Au Sénégal, le référé-provision n'a été introduit dans l'ordonnancement juridique qu'en 1997 par la loi 97-17 du 1^{er} décembre 1997 portant Code du travail. Aux termes de l'article L. 257 alinéa 3 : « Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, elle (la formation de référé) peut accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire ». Au travers de cette disposition, le législateur sénégalais institue un référé social affranchi de la procédure du référé civil⁸⁶¹. Depuis 2001, c'est le décret 2001-1151 du 31 décembre 2001 qui a généralisé l'application de l'institution.

⁸⁶⁰ V. N. DIOUF, A.BA et I. SAMBE, *op cit.*, p. 243.

⁸⁶¹ En France, l'extension du référé civil aux conflits individuels du travail a longtemps été paralysée du fait que l'employeur est considéré par la jurisprudence comme le seul juge de l'organisation du travail et que, dès lors, tout litige se heurte à une contestation sérieuse au fond : l'autorité patronale. Cet obstacle n'a pu être levé, à propos de la protection des représentants des salariés irrégulièrement licenciés, qu'en faisant appel à la notion originale de voie de fait, notion qui a permis aux juges des référés d'obtenir l'extension de leur pouvoir en matière de conflits de travail. L'idée d'un référé prud'homal est fort ancienne. En 1911, le 6^e Congrès national de la prud'homie réunie à Toulouse, avait adopté un vœu ainsi libellé : « que les articles 806 à 811 du CPC s'étendent à notre juridiction et que le président du conseil des prud'hommes puisse exercer le référé comme le président du tribunal de première instance » V. Y. SAINT JOURS, *Le juge des référés en droit du travail*, J.C.P. 1974.I.2648.

Ainsi, certains articles qui étaient prévus par le titre XX du CPCS ont été modifiés et remplacés par de nouvelles dispositions. C'est ainsi que le référé provision, les référés justifiés par l'existence d'un différend, d'un dommage imminent ou d'un trouble manifestement illicite font leur apparition. Aujourd'hui, le référé-provision est d'application générale au Sénégal. Cela signifie que désormais le Président du tribunal régional, le Président du tribunal départemental et le président du tribunal du travail ont reçu des attributions en cette matière.

419. La question qui se pose est de savoir pour quelle obligation le paiement d'une provision peut être ordonné par le juge des référés. Aucune indication n'est donnée par le code de procédure. Toutefois, on peut, concernant la nature de l'obligation, penser qu'il n'y a pas à distinguer selon qu'il s'agit d'une obligation légale, contractuelle ou délictuelle⁸⁶². En droit français, une jurisprudence prétend qu'il faut retenir que le référé provision concerne en règle générale les obligations qui ont pour objet une somme d'argent compte non tenu de la cause de celle-ci⁸⁶³.

420. Un autre constat c'est que le Code de procédure civile sénégalais notamment l'article 249 ne fait rien d'autre que de relever que le juge des référés peut accorder une provision sans préciser les conditions du référé provision. Il faut donc se référer à la jurisprudence française qui a donné des solutions relatives au titulaire du droit de demander la provision, au moment où la demande doit être présentée, enfin en ce qui concerne le caractère de l'obligation.

421. En droit français, il existe cinq référés au lieu de quatre. Il s'agit du référé en vue d'obtenir toute mesure urgente⁸⁶⁴, du référé conservatoire ou de remise en état⁸⁶⁵, du référé-provision⁸⁶⁶, du référé-injonction⁸⁶⁷, et enfin du référé aux fins d'obtention d'une mesure d'instruction à futur ou in futurum⁸⁶⁸. Si tous les quatre types de référés sont prévus en droit sénégalais, tel n'est pas le cas pour le cinquième référé.

⁸⁶² N. DIOUF, A.BA et I. SAMBE, *op.cit.*, p.245.

⁸⁶³ TGI Nanterre, 2 mars 1975, GP 1975 2 som.p.244.

⁸⁶⁴ Article 808 CPCF.

⁸⁶⁵ Article 809 CPCF alinéa 1^{er}.

⁸⁶⁶ Article 809 CPCF alinéa 2.

⁸⁶⁷ Article 809 CPCF alinéa 2.

⁸⁶⁸ Article 145 CPCF.

422. Si du point de vue du domaine du référé on note une différence entre le système juridique français et sénégalais, tel n'est pas le cas concernant le juge compétent. Aussi bien en droit sénégalais que français, compétence est donnée au président de la juridiction compétente pour régler un contentieux basé sur l'urgence.

Le législateur sénégalais a conféré des compétences en matière de référé au Président du tribunal départemental. A l'origine, cette attribution était implicite et se déduisait de la lecture de l'article 26 CPCS. Désormais, elle est expresse.

Ainsi donc, aux termes de l'article 252-3 du décret 2001-1151, les dispositions du présent titre- à savoir le titre XX- sont applicables devant le Président du tribunal départemental dans les limites de la compétence d'attribution de cette juridiction. Il faut souligner que le législateur sénégalais s'est inscrit dans la même logique que son homologue français qui institue le référé devant le juge d'instance et du tribunal de grande instance comme le démontre respectivement les articles 848 CPCF et 808 CPCF. Cela entraîne pour conséquence que ce juge solitaire verra se confondre en sa propre personne la double qualité de juge des référés et de juge principal⁸⁶⁹. Toutefois, malgré la compétence du juge départemental en matière de référé, le Président du tribunal régional reste le juge de droit commun en la matière au regard de l'article 252-3 précité.

423. La nature juridique du référé a fait l'objet de discussion. La question est de savoir si les « référés » constituent une véritable juridiction ou s'ils ne sont qu'un mode d'expression d'une juridiction préexistante dont ils seraient l'émanation. A notre avis, le juge des référés est une émanation d'une juridiction préexistante parce qu'au niveau du tribunal régional et départemental ce sont les présidents de juridiction qui assurent ces fonctions de référés.

Le régime juridique du référé est le même en France et au Sénégal.

ii) UN RÉGIME JURIDIQUE DU RÉFÉRÉ IDENTIQUE

424. Contrairement à la procédure sur requête, la procédure de référé est une procédure contentieuse contradictoire. En effet, la demande est portée par voie d'assignation à une audience tenue à cet effet par le président du tribunal ou par le juge qui le remplace aux jours

⁸⁶⁹ R. PERROT, *op.cit.*, p. 649.

et heure indiqués par le tribunal. A côté de cette procédure normale, il y a le référé d'heure à heure. Ainsi, si le cas requiert célérité, le président du tribunal ou celui qui le remplace peut permettre d'assigner, soit à l'audience, soit en son hôtel, à l'heure indiquée, même les jours de fête et dans ce cas, l'assignation ne peut être donnée qu'en vertu de l'ordonnance qui commet un huissier à cet effet.

425. La décision du juge des référés présente des caractères. L'ordonnance de référé n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée. Ainsi, le juge du fond peut être saisi sur le même point que celui tranché en référé et il n'est pas lié par la décision rendue en référé. Le juge des référés peut modifier ou rapporter sa décision en cas de circonstances nouvelles.

L'autre caractère c'est que l'ordonnance de référé est exécutoire par provision. Cela signifie que l'ordonnance peut être exécutée dès sa signification, sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration des délais d'exercice des voies de recours. Cependant, le juge peut subordonner l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie. En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute et même avant enregistrement. Les minutes des ordonnances de référés sont déposées au greffe. L'opposition est une voie de recours fermée en matière de référé ; seul l'appel est admis. Le délai d'appel est de 15 jours à compter de la signification de l'ordonnance. L'appel est jugé d'urgence. Au-delà de la procédure de référé, il y a les procédures d'injonction.

2. LES PROCÉDURES SIMPLIFIÉES

426. Deux procédures d'injonction méritent d'être étudiées. Il s'agit de l'injonction de payer (a) et l'injonction de délivrer ou de restituer (b).

a) L'INJONCTION DE PAYER EN DROIT OHADA ET FRANÇAIS

A l'instar d'autres procédures, l'injonction de payer présente des similitudes (i) et des éléments de divergence (ii).

i) DEUX PROCÉDURES QUASI-SIMILAIRES QUANT À LEUR DÉROULEMENT

427. Ces deux procédures sont quasi-similaires parce qu'elles ne sont pas si proches qu'on serait tenté de le croire.

428. La procédure d'injonction de payer est une procédure qui permet à un créancier dont la créance porte sur une somme d'argent, d'obtenir rapidement un titre exécutoire.

L'injonction de payer est assortie de conditions relatives aux caractères et à l'origine de la créance.

Pour les caractères de la créance, l'article 1^{er} AUPSRVE dispose que le recouvrement d'une créance certaine, liquide et exigible peut être demandé suivant la procédure d'injonction de payer. La créance certaine c'est la créance dont l'existence est incontestable et actuelle. Il résulte donc de cette exigence que le titulaire d'une créance conditionnelle ou simplement éventuelle ne peut recourir à la procédure d'injonction de payer. Le législateur français dont l'œuvre semble avoir servi de modèle aux rédacteurs de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ne fait nullement référence à la certitude de la créance⁸⁷⁰. L'article 1405 CPCF fait plutôt allusion à la cause de la créance et à son origine.

La créance est liquide lorsque son montant en argent est connu et déterminé. On doit donc interdire le recourir à la procédure d'injonction de payer lorsque le montant de la créance est indéterminé. Enfin, la créance est exigible lorsque le titulaire peut en exiger immédiatement le paiement parce qu'on est arrivé à l'échéance.

Ce faisant, la procédure d'injonction de payer ne peut pas être utilisée pour le recouvrement de créances assorties d'un terme suspensif, puisque le paiement ne peut être exigé, à moins que le débiteur ne soit déchu du bénéfice du terme. On devait également considérer que le recours à cette procédure est interdit lorsque le débiteur est en redressement judiciaire ou en liquidation des biens parce que dans cette hypothèse il y a la suspension des poursuites

⁸⁷⁰ N. DIOUF, note sous l'article 1^{er} OHADA : Traités et Actes uniformes commentés et annotés, 3^e édition, Juriscope, 2008, p.757.

individuelles prévues par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Concernant l'origine de la créance, l'article 2 AUPSRVE dispose que la procédure d'injonction de payer peut être introduite lorsque la créance a une cause contractuelle⁸⁷¹, lorsque l'engagement résulte de l'émission ou de l'acceptation de tout effet de commerce, ou d'un chèque dont la provision s'est révélée inexistante. Contrairement à l'article 1405 CPCF, l'article 2 AUPSRVE ne vise pas les créances ayant une cause statuaire. De plus on remarque une différence de démarche en tel, AUPSRVE et le CPC qui, en son article 776 aujourd'hui abrogé, a fixé le plafond de la créance à 1.000.000 F. L'acte uniforme ne fixe quant à lui aucun plafond lorsque la demande a une cause contractuelle. De plus, toujours selon l'article 776 abrogé, la procédure d'injonction de payer est mise en branle lorsque l'engagement résulte d'une lettre de chance acceptée. L'Acte uniforme admet l'utilisation de la procédure d'injonction de payer même lorsque l'engagement cambiaire résulte d'une émission ou d'une acceptation de tout effet de commerce⁸⁷². En matière de chèque, on peut noter une légère évolution.

⁸⁷¹ Les créances délictuelles, quasi-délictuelles et quasi contractuelles ont pour dénominateur commun l'absence d'un contrat entre les parties en cause. Elles sont, pour cette raison, écartées de la procédure d'injonction de paiement de l'OHADA et celle prévue par le législateur français. Les cours africaines et la Cour de cassation française ont constamment affirmé que la cause contractuelle est un élément essentiel sans lequel la procédure d'injonction de paiement ne se concevrait pas (Apollinaire A. de SABA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales Droit de l'ohada et pratiques européennes*, 2^e édition, Collection « Pratiques judiciaires et législatives », 2011, pp.25-26). Cette rigueur est néanmoins critiquée par une partie de la doctrine française qui explique que l'exclusion des créances délictuelles ou quasi-contractuelles repose uniquement sur la volonté du législateur de limiter la procédure aux créances qui ne soulèvent pas de chicanes alors même qu'en pratique, les créances contractuelles suscitent autant de débats que les créances délictuelles (P. RAYNAUD : RTD.civ 1958, p.461).

⁸⁷² On note une différence de démarche entre le législateur français et ohada. Tandis que le premier ouvre expressément la procédure aux créances nées de l'acceptation ou du tirage d'une lettre de change, de la souscription d'un billet à ordre, de l'endossement ou de l'aval de l'un ou de l'autre de ces titres ou de l'acceptation de la cession de créances (Art. 1405 alinéa 2 CPCF), le premier semble l'avoir limité à l'émission ou à l'acceptation des effets de commerce (Art.2 alinéa 2 AUPSRVE). L'acceptation d'un effet de commerce a donné lieu à une décision de justice dans l'espace ohada. En l'espèce, la société Négoco Ivoire a passé auprès de la société Ivoire Import-Export une commande de plusieurs cartons de tomates. Pour règlement de la facture de cette transaction, deux traites d'un montant total de 23.183.858 F.CFA ont été tirées sur la société Négoco Ivoire et acceptées par celle-ci. Forte de cette acceptation, la BICIC a escompté, conformément aux règles de la pratique cambiaire, les deux traites qui lui furent remises par la société Ivoire Import-Export. Au motif que la société Négoco Ivoire dénie à la BICIC tout droit de lui réclamer le paiement de la traite arrivée à échéance. Sur la diligence de la BICIC, les juges du fond condamnent la société Négoco Ivoire à payer à la banque le montant de la traite. C'est cette décision qui est déférée devant la CCJA. La question à laquelle la Cour se devait de répondre est la suivante : le porteur d'un effet de commerce escompté peut-il recourir à la procédure simplifiée de recouvrement de créance ? Selon la CCJA : « le recours à la procédure d'injonction de payer était amplement justifié d'autant qu'il existe un engagement de la part de la société Négoco Ivoire résultant de l'acceptation des traites dont la provision s'est révélée inexistante, du fait de son opposition au paiement » (CCJA, arrêt n°001/2003 du 30 janvier 2003, www.ohada.com/jurisprudence).

En effet, tandis que le CPCS ne parlait que de provision insuffisante, l'Acte uniforme, en ce qui le concerne, parle non seulement de provision insuffisante, mais aussi de provision inexistante⁸⁷³. Toutefois par un raisonnement a fortiori, on pourrait admettre l'existence de cette seconde condition en droit sénégalais.

429. Des similitudes existent néanmoins entre les deux procédures et elles tiennent à la requête et à l'attitude du juge face à celle-ci.

La requête, elle doit être déposée par le demandeur ou son mandataire ou greffe de la juridiction compétente. Elle doit également respecter scrupuleusement un formalisme à peine d'irrecevabilité. Il s'agit des noms prénoms, profession et domiciles des parties ou pour les personnes morales, leur forme, dénomination et siège social etc, indiquer le montant de la somme réclamée, elle doit être accompagnée de documents justificatifs. Il existe une particularité relevée par le législateur OHADA c'est l'obligation de faire figurer dans la requête l'élection de domicile si le demandeur n'est pas domicilié dans l'Etat de la juridiction compétente saisie

Face à la requête d'injonction de payer, le Président de la juridiction compétente a deux options : soit il rend une ordonnance de rejet, soit il prononce une décision portant injonction de payer.

Dans l'hypothèse d'un rejet de la requête, la décision du juge est sans recours pour le créancier sauf à celui-ci à procéder selon les voies de droit commun notamment l'assignation. Il faut tout de même préciser que la requête peut rejetée en tout ou en partie.

En cas de rejet de la requête, celle-ci et les documents produits sont restitués au requérant. En revanche, dans l'occurrence où le Président du tribunal rend une ordonnance portant injonction de payer, il doit préciser dans l'ordonnance le montant de la somme pour laquelle la procédure est autorisée. Toujours dans ce cas, la requête et la décision portant injonction de payer sont conservées à titre de minute entre les mains du greffier qui en délivre une expédition au demandeur. Les documents originaux produits à l'appui de la requête sont restitués au demandeur et leurs copies certifiées conformes sont conservées au greffe. Après

⁸⁷³ Selon F.ANOUKAHA et A-D TJOUEN (*Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution de l'OHADA*, édition PUA, p.12), il n'y a pas de doute que la loi voudrait, sous le couvert de cette expression, incriminer les chèques sans provision ou les hypothèses dans lesquelles le compte est provisionné mais ne peut suffir à désintéresser totalement le créancier.

avoir reçu l'expédition de la requête et de la décision d'injonction de payer, le demandeur doit signifier, par voie extrajudiciaire une copie certifiée des documents susvisés au débiteur. S'il ne le fait pas dans le délai de trois mois à compter de la décision, celle-ci est réputée non avenue. Tout comme la requête, la signification obéit à un formalisme sanctionné par la nullité. En droit français, l'ordonnance doit être signifiée dans les 6 mois de sa date. Le délai est de loin plus long que celui fixé par le législateur OHADA même si c'est la même sanction qui est envisagée.

En présence d'une décision d'injonction de payer qui lui est signifiée, le débiteur a le choix entre faire opposition dans les délais ou pas.

430. Il faut rappeler que l'opposition traduit la conciliation des intérêts contradictoires à savoir permettre au créancier d'obtenir le paiement de sa créance dans les brefs délais mais également assurer au débiteur la possibilité de rétablir la contradiction par le biais de l'opposition. Ainsi, le législateur OHADA a soutenu que l'opposition est la seule voie de recours ordinaire admise contre la décision d'injonction de payer. L'opposition remplace ce faisant le contredit⁸⁷⁴.

Aux termes de l'article 9 AUPSRVE, l'opposition est formée par voie extrajudiciaire. Cette disposition s'inscrit dans la même logique que l'article 1415 alinéa 2 qui dispose que l'opposition est formée au greffe, soit par déclaration contre récépissé, soit par lettre recommandée. C'est une manière d'alléger les frais de procédure aussi bien en France qu'au Sénégal. Ainsi, à côté de l'opposition faite par voie d'huissier, on peut utiliser la lettre recommandée. Reste à savoir dans la pratique quelle est la voie la plus usitée. De toute évidence, c'est la voie d'huissier qui est présumée être la plus sûre et dissuasive.

Le délai d'opposition est de quinze jours à compter de la signification à payer. Ce délai de quinze jours peut être augmenté éventuellement compte tenu des délais de distance.

⁸⁷⁴ Ce changement de terminologie a entraîné un certain nombre de conséquences au sein de la justice des Etats Partie. C'est ainsi que le tribunal de Grande Instance de Ouagadougou a déclaré irrecevable le contredit formé contre une décision d'injonction en paiement au motif que le recours contre l'ordonnance présidentielle était à cette date, l'opposition (TGI Ouagadougou, jugement n°236 du 17 mars 1999, www.ohada.com/jurisprudence). Le professeur ISSA-SAYEGH a pris le contredit de cette décision en estimant que « le contredit formé par le débiteur en lieu et place de l'opposition devait être recevable si l'acte appelé contredit avait été formé dans le délai prévu par l'article 10 de l'AUPSRVE dans les formes prévues par l'article 11 de l'AUPSRVE. Peu importe alors que le débiteur ait appelé contredit ce qu'il fallait nommer opposition » (TGI Ouagadougou, jugement n°236 du 17 mars 1999, note Joseph ISSA-SAYEGH, www.ohada.com/jurisprudence).

En France, le délai d'opposition est d'un mois. L'opposant est tenu d'informer les autres parties de son recours et de les assigner à une date fixe qui ne saurait excéder le délai de trente jours à compter de l'opposition.

La juridiction saisie d'une opposition procède à une tentative de conciliation. Il faut préciser que l'institution d'un préliminaire de conciliation obligatoire constitue une innovation de l'Acte uniforme⁸⁷⁵. Elle n'existe pas en droit français. Si la tentative de conciliation aboutit, le président dresse un procès verbal de conciliation signé par les parties. En revanche, si la tentative de conciliation échoue, la juridiction statue immédiatement sur la demande en recouvrement. Contrairement à l'ordonnance portant injonction de payer, le jugement rendu sur opposition est susceptible d'appel dans les conditions du droit national.

Le législateur OHADA précise de tout de même que le délai d'appel est de trente jours à compter de la date de cette décision. L'attitude du législateur OHADA est peu compréhensible. Qu'arrivera-t-il à une partie qui, sous prétexte qu'elle respecte le délai de deux mois exigé pour interjeter appel en droit sénégalais, ne respecte pas celui d'un mois prévu par l'AUPSRVE ? Le juge sénégalais a précisé que l'irrégularité de l'appel principal ne conférait pas à l'intimé le droit de former un appel incident et la Cour a conclu à l'irrecevabilité de l'appel principal et de l'appel incident déclarés tous deux tardifs⁸⁷⁶. A notre avis, l'exception fixée par le législateur OHADA n'a pas sa raison d'être car il donne d'une main ce qu'il retire de l'autre au grand détriment du justiciable. Il vaut mieux laisser à chaque Etat -Partie le soin de réglementer la voie d'appel⁸⁷⁷.

431. La deuxième attitude du débiteur résulte dans le fait que soit il n'a pas formé opposition dans les quinze jours de la signification de la décision portant injonction de payer, soit il avait

⁸⁷⁵ Les juges burkinabé et ivoirien n'ont pas la même appréhension concernant la phase de conciliation. Pour le premier, la tentative de conciliation prévue à l'article 12 AUPSRVE est une phase obligatoire dans la procédure d'opposition à injonction de payer (T.G.I Ouagadougou jugement n°74 du 19 février 2003 KLEMTORE T HERVE c/E.A.P ohadata J-04-248). En revanche, pour le second, la violation de l'obligation pour la juridiction saisie de l'opposition de procéder à une tentative de conciliation n'est pas sanctionnée par la nullité du jugement (Cour d'appel d'Abidjan Arrêt n°865 du 5 juillet 2002 SIDAM c/CISSE DRISSA).

⁸⁷⁶ Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution commenté par A.M. ASSI-ESSO, p. 708 Juriscope 2002.

⁸⁷⁷ A. A de SABA, *op cit.*, p.175, n'est pas de cet avis. Selon lui, lorsque dans un espace judiciaire intégré, la réponse aux aspirations certes légitimes mais divergentes et inconciliables des parties est morcelée en raison de la diversité des Codes de procédure civile, on aboutit à une insécurité juridique et à une distorsion de concurrence. Toujours selon lui, concrètement, une entreprise opérant dans un environnement où ces questions sont efficacement et rapidement réglées jouit d'un atout compétitif substantiel par rapport à celle active dans un milieu qui l'est le moins.

fait opposition mais il a désisté. Dans ce cas, le créancier peut demander l'apposition de la formule exécutoire sur cette décision. Celle-ci produit tous les effets d'une décision contradictoire et n'est pas susceptible d'appel. Mais, le juge d'appel sénégalais a apporté une limite à ce droit du créancier en infirmant la décision du tribunal parce que le jugement querellé n'a pas ordonné le dépôt d'une caution *judicatum solvi* ordonné plutôt l'opposition de la formule exécutoire. En l'espèce, la société T..., société étrangère basée en Suisse, n'a pas rapporté la preuve qu'il existe un accord de coopération judiciaire entre son pays et le Sénégal, la dispensant de fournir caution avant toute action judiciaire. Il n'y avait donc pas lieu d'ordonner l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance d'injonction de payer et la Cour ordonne par conséquent la rétractation de ladite ordonnance⁸⁷⁸. A l'examen de l'article 17AUPSRVE, on relève que la procédure d'obtention de la formule exécutoire se caractérise par son absence de formalisme et sa simplicité parce que la demande est formée au greffe pour simple déclaration écrite ou verbale.

On aura remarqué que concernant la procédure en matière de référé, il existe des éléments de convergence et de divergence. Par contre, pour ce qui concerne les règles de compétence, la distinction est nette.

ii) DIFFÉRENCE QUANT AUX RÈGLES DE COMPÉTENCE

432. Aux termes de l'article 1406 CPCF, la demande (injonction de payer) est portée, selon le cas devant le tribunal d'instance, la juridiction de proximité ou devant le président du tribunal de commerce, dans la limite de la compétence d'attribution de ces deux juridictions.

Contrairement au droit OHADA, il existe en France des règles claires de détermination de la catégorie de juridictions compétentes⁸⁷⁹. L'Acte uniforme se contente simplement de dire que la requête est formée auprès de la « juridiction compétente » sans aucune précision.

Il faut donc se référer aux règles de compétence des juridictions nationales. Et au regard de l'article 5 AUPSRVE, il faut dire que c'est le Président de la juridiction saisie qui est

⁸⁷⁸ V. A.M. ASSI-ESSO, *op.cit.*, Juriscope 2002, p.709.

⁸⁷⁹ N. DIOUF, note sous l'article 3 OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, 3^e édition, Juriscope, 2008, p.762.

compétent en la matière. Au Sénégal, ce peut être le Président du Tribunal régional ou départemental.

433. Une autre différence radicale entre le droit français et sénégalais réside dans le caractère des règles de compétence. Elles sont d'ordre public en France comme le précise l'article 1406 CPCF « les règles prescrites aux alinéas précédents sont d'ordre public ». Les règles dont il est question renvoient à la compétence d'attribution et territoriale. Pourtant en droit ohada, les règles de compétence en matière d'injonction de payer ne sont pas d'ordre public. Au sens de l'article 3 alinéa 2 AUPSRVE les parties peuvent déroger à ces règles de compétence au moyen d'une élection de domicile prévue au contrat⁸⁸⁰. Dans la disposition précitée, on parle expressément de compétence territoriale. La question qui mérite d'être posée est celle de savoir si la compétence d'attribution est concernée. La réponse ne peut pas provenir du législateur communautaire vu son manque de clarté en la matière. Renvoi est fait à la loi nationale et là nous pensons que sur la base de l'article 114-1 CPCS qui dispose qu'est nulle toute convention ayant pour objet ou pour effet de déroger aux règles de compétence d'attribution, la règle posée à l'article 3 AUPSRVE n'est applicable qu'en matière de compétence territoriale.

En tout état de cause, on remarque que le juge communautaire ohada veille à ce que les parties et le juge respectent la clause d'élection de domicile librement consentie⁸⁸¹. Ainsi dans l'affaire Etablissement Thiam Baboye, la CCJA n'a pas suivi le raisonnement de la Cour d'appel de N'djaména (Tchad) qui méconnaissait cette clause en décidant dans son arrêt n°001/2001 du 11 octobre 2001 que les juridictions de ce pays ne pouvaient se déclarer compétentes pour connaître du contentieux relatif au règlement d'une commande de farine de froment alors même que la facture de commande mentionnait qu'en cas de contestation, le tribunal de commerce de Paris sera seul compétent même en cas de demande incidente ou en garantie. Il s'ensuit que seul le tribunal de commerce de Paris a compétence pour connaître du différend relatif à cette vente⁸⁸². Dans son arrêt n°21 du 27 juin 2004, la CCJA a confirmé sa jurisprudence en jugeant que la cour d'appel d'Abidjan a manifestement erré en attribuant compétence au tribunal de commerce de Paris alors que l'article 18 du contrat litigieux

⁸⁸⁰ La clause d'élection de domicile est une convention en vertu de laquelle les parties choisissent un lieu où une d'entre elles sera réputée domiciliée pour l'exécution du contrat (V. G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7^e édition. P.U.F, Paris 2005, p.279.).

⁸⁸¹ A.A. de SABA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales, Droit de l'ohada et pratiques européennes*, Global Finance Securities, Collection « Pratiques judiciaires et législatives », , p.64.

⁸⁸² A.A. de SABA, *op.cit.*, p.65.

attribuait compétence au tribunal de première instance d'Abidjan. Selon la CCJA, le juge ivoirien ne peut ignorer la clause « apparente, explicite et non équivoque », par laquelle les parties ont librement dérogé aux règles de compétence⁸⁸³.

A côté de l'injonction de payer qui existait déjà dans les législations des Etats membres, l'Acte uniforme institue deux nouvelles procédures : l'injonction de délivrer ou l'injonction de restituer.

b) LA PROCÉDURE D'INJONCTION DE DÉLIVRER OU DE RESTITUER ET L'INJONCTION DE FAIRE FRANÇAIS.

434. Cette procédure présente aussi bien des similitudes (i) que des divergences avec l'injonction de faire (ii).

i) L'INJONCTION DE DÉLIVRER OU DE RESTITUER OHADA : UNE PROCÉDURE SIMILAIRE À L'INJONCTION DE FAIRE FRANÇAIS⁸⁸⁴

435. La similitude entre ces deux procédures se constate au niveau de leur domaine, de l'impossibilité pour le demandeur d'intenter un recours en cas de rejet de sa requête et de la tentative de conciliation des parties que le juge doit initier.

436. Aux termes de l'article 19 AUPSRVE, celui qui se prétend créancier d'une obligation de délivrance ou de restitution d'un bien corporel déterminé, peut demander au Président de la juridiction compétente d'ordonner cette délivrance ou restitution. Il résulte de cette disposition que les conditions de la procédure d'injonction de payer sont relatives tant au créancier de l'obligation de délivrer ou de restituer qu'à l'objet de la créance. Pour ce qui est du créancier de l'obligation, il peut s'agir soit de l'acquéreur d'un meuble corporel que le

⁸⁸³ CCJA, arrêt n°21 du 27 juin 2004, SDV Côte d'Ivoire c/ Rial Trading, Penant, avril-juin 2005, p.252, note B. DIALLO.

⁸⁸⁴ L'historique de la création de la procédure d'injonction de faire peut se résumer comme suit : l'Institut national de la consommation, personne morale de droit public à caractère administratif, proposa en 1980 que les litiges de consommation, fussent tranchés au moyen d'une procédure spéciale, s'inspirant de la procédure d'injonction de payer. Cette proposition fut concrétisée en 1984 par la commission de refonte du droit de la consommation et aboutit à l'adoption du décret n°88-209 du 4 mars 1988 relatifs aux petits litiges portés devant les tribunaux d'instance et modifiant le CPC et le code de l'organisation judiciaire (V. C. VASSILI, *Injonction de faire et protection judiciaire du consommateur*, D.1990, p.91.). Il semble que la procédure d'injonction de faire soit d'une efficacité relative et peu usitée dans la pratique.

vendeur n'a pas livré, ou du déposant qui n'obtient pas de son dépositaire la restitution de la chose déposée.

La condition relative à l'objet de la créance renvoie au champ d'application de ces nouvelles procédures. Il s'agit bien sûr des meubles corporels ; les biens meubles incorporels et immeubles se trouvent donc exclus.

437. Les procédures d'injonction de délivrer ou de restituer et d'injonction de faire ont pour cause une obligation de faire. En France, la procédure d'injonction de faire a été instituée au profit du consommateur. En effet, la procédure d'injonction de payer jouait plutôt en faveur des professionnels, vu sa simplicité, sa rapidité et son efficacité⁸⁸⁵. Il serait donc juste d'instituer une procédure analogue protégeant le consommateur, afin de rétablir l'équilibre entre professionnels, spécialement entre commerçants et consommateurs. C'est le besoin qui est à l'origine de l'injonction de faire⁸⁸⁶. Dans le droit OHADA, on peut affirmer que les procédures d'injonction de délivrer ou de restituer protègent le consommateur vu l'objet de l'obligation qui est de faire. A l'origine de cette injonction se trouve un contrat inexécuté qui comporte une obligation de faire.

438. Une autre similitude entre l'injonction de faire et l'injonction de délivrer ou de restituer tient à l'impossibilité pour le demandeur d'intenter un recours en cas de rejet de sa requête. Il s'agit respectivement des articles 1425-9 CPCF et 22 AUPSRVE. La seule solution qui est envisageable pour le demandeur c'est d'utiliser les voies de droit commun.

Enfin, procédure d'injonction de faire et de délivrer ou restituer se rencontrent au niveau de la tentative de conciliation. Dans le droit OHADA, le juge saisi de l'opposition procède à une tentative de conciliation. En droit français, la conciliation n'a lieu qu'en cas d'inexécution totale ou partielle de l'injonction de faire délivrée. Et le juge ne peut statuer sans avoir tenté de concilier les parties. La tentative de conciliation prévue par les législateurs OHADA et français est obligatoire et le juge ne peut passer outre.

Malgré les similitudes, il y a des éléments de divergence entre les deux procédures.

⁸⁸⁵ C. VASSILI *Injonction de faire et protection judiciaire du consommateur*, D.1990, p.91.

⁸⁸⁶ C. VASSILI, *op cit.*, p.91.

**ii) L'INJONCTION DE FAIRE FRANÇAIS ET DE DÉLIVRER
OU DE RESTITUER OHADA : DEUX PROCÉDURES
DIFFÉRENTES QUANT À LA PROTECTION DU
DÉFENDEUR ET À LA COMPÉTENCE DU JUGE**

439. Le défendeur dans le cadre de la procédure d'injonction de faire et de délivrer ou de restituer doit faire l'objet d'une protection même si dans la première phase de la procédure, il n'y a pas de contradiction. La seule voie de recours qui permet de rétablir cette contradiction est l'opposition. Toutefois, si celle-ci existe en droit OHADA, tel n'est pas le cas en droit français. Aux termes de l'article 1425-4, si, au vu des documents produits, la demande lui paraît fondée, le juge rend une ordonnance portant injonction de faire non susceptible de recours. En la matière, le législateur français a opté pour l'efficacité de l'ordonnance d'injonction de faire au détriment des droits de la défense. Ce qu'il peut faire c'est refuser de s'exécuter totalement ou partiellement ou s'exécuter tout bonnement. Dans la première hypothèse, si le défendeur est dans son bon droit, il lui suffira d'aller à l'audience et d'avoir foi dans le jugement à venir⁸⁸⁷. Dans la seconde hypothèse, l'affaire sera retirée du rôle. Tout le système repose, en fait, essentiellement sur les bonnes volontés : celle du défendeur qui évite un procès en exécutant, mais également celle du juge qui doit rester parfaitement impartial bien qu'il ait déjà eu connaissance unilatérale de l'affaire⁸⁸⁸. Cette situation s'explique par le fait que l'injonction de faire, contrairement à l'injonction de payer n'est pas une véritable ordonnance judiciaire destinée éventuellement à devenir un titre exécutoire. Il s'agit d'une simple injonction qui emportera saisine du juge de proximité ou du tribunal s'il n'y est pas déferé⁸⁸⁹.

440. Une autre différence entre injonction de faire et de délivrer ou restituer tient au juge compétent et au taux de compétence. Si le droit français fait dans la clarté en précisant à l'article 1425-1 que c'est le tribunal d'instance et le juge de proximité qui est compétent, le législateur OHADA lui se contente de parler de président de la juridiction compétente sans que l'on sache laquelle. Il faut, comme en matière d'injonction de payer, se référer aux règles d'organisation judiciaire des Etats membres.

⁸⁸⁷ S.A. MEKKI, *Le temps et le procès civil*, op cit., p.503.

⁸⁸⁸ S.A. MEKKI, *op.cit.*, p. 503 et 504.

⁸⁸⁹ J.M. DESPAQUIS, *Encyclopédie des huissiers*, Injonction de faire, Fascicule 10.

Relativement au taux de compétence, si la demande n'excède pas 10.000 euros, le tribunal d'instance est compétent ; si le montant est inférieur ou égal à 4000 euros, c'est le juge de proximité.

Il faut relever que la procédure d'injonction de délivrer ou de restituer peut être complétée par la saisie-appréhension et la saisie-revendication qui sont des saisies aux fins de remise d'un meuble corporel.

441. Malgré le fait que ces deux procédures susmentionnées sont d'apparition relativement récente, le juge sénégalais y a fait référence. En effet, par un contrat, en date du 10 septembre 1997, SFE avait donné en crédit-bail à A.F, un véhicule payable en trois mensualités ; après avoir fait jouer la clause de résiliation de plein droit prévue au contrat pour non respect par le preneur des engagements souscrits, la SFE sollicitait devant le juge des référés la restitution du matériel. Le juge des référés s'est déclaré incompétent au motif que les articles 19 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution attribuent compétence au Président de la juridiction compétente pour ordonner la restitution ou la délivrance d'un meuble corporel. Se fondant sur une clause du contrat qui attribuait compétence au Président du tribunal pour ordonner la saisie revendication du matériel si la restitution n'était pas faite dans le délai requis, la Cour confirme l'ordonnance entreprise au motif que cette stipulation contractuelle est conforme à la procédure instituée en matière de restitution d'un meuble corporel par les articles 19 à 27 AUPSRVE⁸⁹⁰.

La procédure doit non seulement se dérouler dans un délai raisonnable, mais également la décision rendue par le juge doit être exécutée.

§2. L'EXÉCUTION DE LA DÉCISION DE JUSTICE

442. Le droit est lié à la faculté de contraindre⁸⁹¹. Selon Kelsen, « le droit ne peut exister sans la force, mais il n'est pas identique à la force... Le droit est un certain ordre une certaine

⁸⁹⁰ V. Jurisprudence de la Cour d'appel de Dakar chambre civile et commerciale n°360 du 27 juillet 2000 cité par A.M. ESSI-ESSO Juriscope 2002, *op cit.*, p.711.

⁸⁹¹ KANT, *Métaphysique des mœurs*, 1^{ère} partie doctrine du droit, 1797, traduction PHILOMENKO Préface M. VILLEY 1993 p 105.

organisation de la force »⁸⁹². En effet, l'inexécution des décisions de justice génère pour la partie qui l'a emporté un sentiment d'injustice d'autant plus exacerbé qu'elle n'aura parfois obtenu cette décision qu'à la suite d'un procès long et onéreux.⁸⁹³ Il semble que c'est pour éradiquer cette injustice que la Cour européenne de droits de l'homme a fait de l'exécution de la décision de justice un droit, partie intégrante du procès équitable. Depuis l'arrêt HORNSBY c/ Grèce qui affirme que « l'exécution d'un jugement ou arrêt de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès équitable au sens de l'article 6 »⁸⁹⁴, la Cour européenne rappelle que l'Etat doit garantir aux citoyens une justice effective et remplir ses obligations positives afin que les titres d'exécution que constituent les jugements ne restent pas lettres mortes, ce qui est d'ailleurs contraire au principe de sécurité juridique et ne contribue pas à la prééminence du droit.

A travers l'arrêt HORNSBY, la Cour de Strasbourg étend les garanties qu'elle définit à tout le procès depuis son déroulement jusqu'à l'exécution de la décision rendue. Ce droit emporte celui de bénéficier du concours de la force publique.

Aux termes de l'article 29 AUPSRVE, l'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires. La formule exécutoire vaut pour le législateur OHADA, réquisition directe de la force publique. Si l'Etat refuse de prêter son concours, il engage sa responsabilité. L'intention du législateur OHADA est l'une des plus louables et meilleurs ; c'est de faire en sorte que l'Etat mette à la disposition de la personne qui a obtenu une décision favorable, des moyens de rendre effective cette dernière.

Les législateurs français et OHADA ont mis en place des mesures incitatives à l'exécution des décisions de justice et qui permettent de battre en brèche l'effet suspensif des voies de recours ordinaires et d'éviter les pratiques dilatoires (A). De plus, la réforme des voies d'exécution ohada et français, va dans le sens de la protection du créancier (B).

A. INCITATION A L'EXÉCUTION ET EXÉCUTION ANTICIPÉE DE LA DÉCISION DE JUSTICE

⁸⁹² KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e ed, Dalloz 1992, trad. CH. EISENNMANN p, 289.

⁸⁹³ C. HUGON, *L'exécution des décisions de justice*, in *Libertés et droits fondamentaux*, 9^e édition, Dalloz, 2003, pp. 573 et s.

⁸⁹⁴ CEDH 19 mars 1997, arrêt hornsby c/ Grèce AJDA 1997 n° 987, obs M. FLAUSS.

443. Le justiciable doit pouvoir user de mesures incitatives pour vaincre la résistance de son débiteur récalcitrant (1). De même, on se rend compte à l'examen des textes régissant l'exécution provisoire que le législateur français est beaucoup plus précis que son homologue sénégalais en matière d'exécution provisoire (2).

1. LE RÉGIME DES MESURES STIMULANT L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE

444. Les mesures stimulant dont il est question renvoient à la radiation du rôle de l'affaire et à l'astreinte⁸⁹⁵. Si la première mesure est inconnue du droit sénégalais (a), tel n'est pas le cas de la seconde (b).

a) LA RADIATION DE L'AFFAIRE DU RÔLE : UNE MESURE INCONNUE DU DROIT SÉNÉGALAIS

445. La radiation du rôle de l'affaire est possible aussi bien en procédure d'appel qu'en cassation. Elle était d'abord prévue en matière de pourvoi en cassation et connue sous le nom de « retrait de rôle ». Elle a pour siège l'article 1009-1 CPCF. Son objectif est d'éviter qu'un recours en cassation ne soit utilisé à des fins dilatoires, au mépris d'une décision de justice passée en force de chose jugée⁸⁹⁶. Selon M. Serge GUINCHARD, le « retrait de rôle » visait le désencombrement du rôle de la Cour de cassation, l'amélioration des délais de jugement⁸⁹⁷. Il faut préciser que l'article 1009-1 doit être lu en rapport avec les articles 975 et 985 CPC.

La Cour de Strasbourg a eu à se prononcer au sujet du « retrait de rôle » et l'a jugé conforme à l'article 6§1 en considérant, d'une part légitimes les buts poursuivis (assurer la protection du créancier, éviter les pourvois dilatoires, renforcer l'autorité des juges du fond et désengorger la Cour de cassation) et, d'autre part, proportionnels les moyens employés dans la mesure où

⁸⁹⁵ A côté de ces moyens incitatifs, nous avons la clause pénale, l'exception d'inexécution, le droit de rétention et la majoration pour inexécution des décisions de justice (elle n'est pas prévue par le droit sénégalais. Aux termes de l'article L.313-3 du Code monétaire et financier « en cas de condamnation, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fut-ce par provision »).

⁸⁹⁶ M. DORSNER-DOLIVET, *Premières réflexions sur le décret n°89-511 du 20 juillet 1989 modifiant certaines dispositions de procédure civile*, JCP 1989 .I. 3419.

⁸⁹⁷ S. GUINCHARD (dir), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz-Action 2005-2006, n°553 p.292.

le retrait peut être écarté en cas de risque de conséquences manifestement excessives⁸⁹⁸. On remarque donc que la demande de retrait de rôle peut dans certains cas être refusée par le juge de cassation. Ainsi, une personne dont les ressources sont insuffisantes peut bénéficier de la mansuétude du premier président de la Cour de cassation s'il estime que les conséquences de l'exécution seraient manifestement excessives⁸⁹⁹. Une doctrine française n'est pas très enthousiaste face au pouvoir du juge et soutient qu'on ne peut s'empêcher de se demander si, à force de solliciter la nécessaire bienveillance que tout juge doit avoir à l'égard d'un plaideur qui la mérite et de l'obtenir, on ne contribue pas ainsi à affaiblir dangereusement la portée de principes dont le strict respect doit assurer l'efficacité du droit et, partant, garantir l'intérêt général des justiciables⁹⁰⁰.

446. La terminologie « retrait de rôle » n'existe plus en droit français ; on lui a préféré celle de radiation. En appel, c'est le décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom qui l'a institué. Il s'agit de l'article 526 CPCF. L'objectif poursuivi est évident. Il s'agit bien sûr d'inciter à une prompt exécution des décisions des premiers juges lorsque celles-ci sont assorties de l'exécution provisoire⁹⁰¹. C'est dire donc que la radiation est soumise à des conditions notamment en cas d'impossibilité d'exécuter la décision et de survenance de conséquences manifestement excessives. Cette dernière notion est bien sûr laissée à l'appréciation souveraine des juges.

Comme nous le rappelions, la procédure de radiation n'existe pas en droit sénégalais et vu les enjeux suscités par la question notamment la remise en cause du droit au double degré de juridiction ,qui fait d'ailleurs que la radiation n'emporte pas l'adhésion de tous⁹⁰², et au recours en cassation, un débat sur son introduction dans l'ordonnement juridique

⁸⁹⁸ 14 novembre 2000 Annonidi Gussola et Debordes et Omer c/ France, req n°31819/96 et 33293/96, D.2001, Somm.p.1061, obs N.FRICERO. Dans une autre décision, sa position a évolué (CEDH, 31 mars 2011, req. n°346 58/07, Chatellier c/France www.dalloz.fr, 19 avril 2011, Obs Fleuriot). Selon la Cour, la décision de radiation en appel pour inexécution du premier jugement constitue une violation de l'article 6§1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés quand il existe une disproportion entre les ressources de l'appelant et le montant de sa condamnation en première instance.

⁸⁹⁹ M. SANTA-CROCE, *Le droit, l'honnête homme et l'article 1009-1 du Nouveau Code de procédure civile*, D.1997, p.239.

⁹⁰⁰ P. JULIEN D. 1994 Somm. Commentés p.354.

⁹⁰¹ C. HUGON, *La radiation du rôle sanctionnant l'inexécution d'une décision judiciaire : un miroir aux alouettes ?*, D.2006 Chr. p.525.

⁹⁰² PH. HOONAKKER, *Dernières réformes de l'exécution provisoire : raison et déraison*, D.2006, p.754.

sénégalais s'impose contrairement à l'astreinte qui elle a acquis droit de cité en France et au Sénégal.

**b) L'ASTREINTE : UNE MESURE POURSUIVANT LE MÊME
BUT DANS LES DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES MAIS
DIFFÉREMMENT RÉGLEMENTÉE**

447. Le justiciable peut demander au juge de condamner son adversaire sous astreinte. La fonction des astreintes est d'inciter directement le débiteur à exécuter les édiktions du juge. C'est pourquoi l'on affirme généralement que les astreintes présentent un caractère coercitif en ce que leur raison d'être est exclusivement de contraindre à l'exécution ; d'autre part, elles présentent un caractère arbitraire en ce sens que, par exemple, leur montant est fixé en toute liberté par le juge et sans que ce dernier ait à se référer au préjudice causé au créancier⁹⁰³.

448. Il s'agit d'une création prétorienne qui a fait l'objet de controverse au sein de la doctrine française. Elle a été consacrée en France, par la loi du 5 juillet 1972 relative à la réforme de la procédure civile. Ces dispositions ont été abrogées et remplacées par celles de la loi du 9 Juillet 1991⁹⁰⁴. Au Sénégal, l'astreinte est prévue aux articles 196 à 199 du COCC⁹⁰⁵.

449. Il existe des points de convergences en matière d'astreinte entre le droit sénégalais et français. Ainsi, en France le juge compétent en matière d'astreinte c'est « tout juge » selon l'article 33. Le législateur sénégalais quant à lui parle de « juge compétent ». Il va de soi qu'en France comme au Sénégal, seuls les juges compétents sont habilités à prononcer l'astreinte. En outre, le juge peut liquider l'astreinte en tenant compte des circonstances de l'espèce. Le droit français parle de comportement. Un autre point de convergence entre le droit sénégalais en français c'est la nature de l'astreinte. Celle-ci est différente des dommages et intérêts.

450. Des divergences existent néanmoins à savoir alinéa 3 de l'article 36. Selon cette disposition, l'astreinte provisoire ou définitive est supprimée en tout ou partie s'il est établi que l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'injonction du juge provient, en tout ou

⁹⁰³ P. BON, *Un progrès de l'Etat de droit : la loi du 16 Juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique*, R.D.P. 1981-1 pp. 5 et s.

⁹⁰⁴ Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 (D. et ALD 1991.317).

⁹⁰⁵ Loi n°63-62 du 10 juillet 1963 relative à la partie générale.

partie, d'une cause étrangère. Pour M. Jacques PREVAUT, cet élément nouveau pourrait devenir source d'arbitraire, conduisant le juge, sous couvert de cette cause étrangère à faire perdre à l'astreinte toute son efficacité⁹⁰⁶.

Une autre différence tient au fait que le juge de l'exécution en France est compétent pour assortir d'une astreinte la décision rendue par un autre juge. Il s'ensuit que le JEX est compétent pour connaître de la requête aux fins de condamnation d'une ex-épouse au paiement d'astreintes pour assurer l'exécution des droits de visite et d'hébergement sur ses enfants mineurs organisés au profit de son ancien mari par le jugement qui a prononcé le divorce. Cette décision a pour fondement l'article 33 de la loi du 9 juillet 1991. Toutefois, le JEX n'est pas compétent pour assortir d'une astreinte une décision d'injonction prononcée par le Conseil de concurrence ou par la Cour d'appel de Paris, statuant dans le cadre de la procédure de recours formé contre cette décision, pour laquelle il existe un régime juridique de sanction spécifique et exclusif mis en œuvre par cette autorité administrative indépendante⁹⁰⁷.

Enfin, il existe en France une dépendance de l'astreinte principale par rapport à l'astreinte provisoire comme le précise l'article 34 alinéa 3 : « une astreinte définitive ne peut être ordonnée qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire ». Cette disposition ne vaut pas en droit sénégalais où à l'article 198 alinéa 2, il est précisé que « le juge peut aussi prononcer l'astreinte définitive sans recourir au préalable à l'astreinte provisoire ».

Autre différence à relever, c'est la détermination plus aisée du domaine de l'exécution en droit français.

2. UNE DÉTERMINATION PLUS AISÉE DU DOMAINE DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE EN DROIT FRANÇAIS

451. Les parties ont la possibilité de faire examiner à nouveau la décision rendue par le juge par une juridiction supérieure soit du second degré pour diverses raisons et même dans un but dilatoire ; ce qui constitue une remise en cause de l'effectivité de la décision de justice.

⁹⁰⁶ J. PREVAUT, Note Dalloz 1993 p.595.

⁹⁰⁷ Cour de cassation, com 3 novembre 2004 D.2004 p.3064, note M. CHEVRIER.

Ces développements mettent en exergue l'existence d'une idée de hiérarchie en matière judiciaire. Cette idée peut sembler insolite voire dérangeante dans un corps où le principe d'indépendance est la condition d'une bonne justice. La hiérarchie des juridictions y a un sens particulier. En effet, elle n'affecte pas la liberté de décision du juge mais sachant qu'il n'est jamais infaillible, permet seulement au plaideur de provoquer un nouvel examen de son procès par une juridiction supérieure à celle qui l'a tranché. Elle constitue donc une garantie essentielle de bonne justice en permettant à un juge de rang plus élevé, doté d'une plus grande autorité et d'une plus longue expérience et mieux instruit grâce au travail de recherche et de clarification de première instance de rectifier les erreurs éventuelles des premières juges et des juges d'appel.

452. En vertu du principe du double degré de juridiction, tout justiciable doit avoir le droit à ce que son litige soit jugé par deux juridictions distinctes, situées à un niveau différent dans hiérarchie judiciaire⁹⁰⁸. Ce faisant, l'appel est une « garantie de bonne justice et en même temps une sauvegarde des libertés publiques »⁹⁰⁹. M. J. BENTHAM a soutenu l'existence d'une double utilité de l'appel : « Réformer des décisions injustes, soit que l'injustice ait été volontaire, soit qu'elle ait eu pour cause l'ignorance ou l'erreur, prévenir des jugements volontairement iniques, en ôtant l'espérance de la voir jamais exécuter. Considérer une cour d'appel comme simplement utile, ce n'est point s'en faire une assez haute idée, elle est d'une nécessité absolue »⁹¹⁰. La crédibilité de la justice tient aussi, comme on l'a justement souligné, à cette « vision binaire du procès pour le justiciable »⁹¹¹. Le juge français qui a protégé ce principe de la Cour de cassation a énoncé à diverses reprises que « l'appel est de droit dans tous les cas qui ne sont pas formellement exceptés par la loi »⁹¹². Tandis que le conseil d'Etat jugeait de façon similaire que le principe du double degré de juridiction constitue un principe général de procédure auquel « seule une loi pourrait porter atteinte »⁹¹³. Quant au Conseil constitutionnel, s'il ne fait l'ombre d'aucun doute qu'il protège le double degré de juridiction, il ne lui accorde pour autant aucune valeur constitutionnelle. C'est sur le fondement d'une batterie de principes à valeur constitutionnelle, principe d'égalité devant la

⁹⁰⁸ N. MOLFESSIS, *La protection constitutionnelle*, in *Justice et double degré de juridiction*, Revue Justices, N° 4-1966, p.17.

⁹⁰⁹ J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 24^e éd. Précis Dalloz, 1996, n° 1343, p.818.

⁹¹⁰ J. BENTHAM, *Organisation judiciaire*, 1828, chap. 26, p. 135.

⁹¹¹ S. GUINCHARD, Rapport de synthèse in *Le second degré de juridiction en matière civile, aujourd'hui et demain*, Versailles, 22 mai 1996, Gaz. Pal, n° spécial, 6-10 septembre 1996, p.26, spéc. p. 32.

⁹¹² Civ, 14 mars 1911, S., 1911. 1. 185.

⁹¹³ CE, 4 fév. 1944, VERRON, RD publ. 1944. 176, concl. B. CHENOT, note G. JEZE.

justice, principe du respect des droits de la défense, droit au recours ..., que le Conseil constitutionnel bâtit progressivement une jurisprudence⁹¹⁴.

C'est ainsi donc qu'on a pu remarquer que si le Conseil constitutionnel ne considère pas le fait de supprimer l'appel comme contraire à la constitution, il exige tout de même que le refus, d'ouvrir la voie d'appel ne se double pas d'une rupture d'égalité entre des justiciables placés dans une même situation. Ceux-ci devront tous subir la même restriction au droit d'appel. C'est une telle rupture d'égalité qui a motivé la censure des dispositions de la loi sécurité et liberté⁹¹⁵.

453. Le constat que l'on fait cependant lorsqu'on étudie le droit d'appel c'est qu'il subit de nombreux tempéraments. Les juridictions qui jadis ont protégé ce principe semblent avoir pris du recul par rapport à ce dernier.

Dans une décision du 12 février 2004, le Conseil constitutionnel français a clairement soutenu que « le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle »⁹¹⁶. Saisi d'un recours contre le décret du 24 juin 2003 supprimant, en certaines matières, l'appel contre les jugements des tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat déclare que la : « règle du double degré de juridiction » ne constitue pas un principe général du droit qui interdirait au pouvoir réglementaire de prévoir, dans l'exercice de sa compétence, des cas dans les quels les jugements sont rendus en dernier ressort »⁹¹⁷. Qu'en est-il de la Cour européenne des droits de l'homme, protège-t-elle le principe du double degré de juridiction ? Range-t-elle ce dernier au nombre des exigences d'un procès équitable ? L'examen de l'article 6-1 de la CEDH et d'une jurisprudence de la Cour EDH incitent à en douter. En effet, il n'est nullement mentionné de façon expresse à l'article 6-1 de la CEDH le droit au double degré de juridiction. De même, dans une décision de justice, la Cour de Strasbourg affirme que l'article 6-1 « n'astreint pas les Etats à créer des cours d'appel »⁹¹⁸.

Mais on ne saurait se limiter à la lettre de l'article 6-1 ni à la décision précitée pour en conclure que la Cour EDH se désintéresse du droit d'appel. A dire vrai, l'intérêt de la

⁹¹⁴ N. MOLFESSIS, *op.cit.*, pp.17 et s.

⁹¹⁵ Déc. N° 80 – 127 DC des 19 et 20 janvier 1981 citée par N. MOLFESSIS, *op.cit.*

⁹¹⁶ Cons. const. 12 fév. 2004, N° 2004-491 DC, J.O 2 mars, p. 4227, 84.

⁹¹⁷ CE 17 décembre 2003 MEYET et autres.

⁹¹⁸ CEDH 17 janvier 1970, Delcourt et Belgique, série A, n° 11, S 25.

convention EDH réside beaucoup moins dans l'énoncé que l'on y trouve des droits de l'homme que dans l'effort fait pour mettre sur pied un contrôle efficace de ses droits. L'article 13 de la CEDH telle qu'amendé par le protocole N° 11 ne prévoit-il pas le droit à un recours effectif ?

L'effectivité de l'accès à la justice consacrée dans la jurisprudence Airey du 9 octobre 1979 ne concerne pas uniquement l'aspect financier à savoir l'institution d'une aide judiciaire qui permettrait au requérant de faire valoir ses droits en justice ; elle s'étend à l'obligation qu'à tout Etat de créer les conditions qui permettent à un plaideur insatisfait de la décision des premiers juges d'interjeter appel, et ce, pour une question de cohérence parce que la possibilité de saisir le juge de première instance implique forcément celle de faire appel de sa décision, le cas échéant.

Enfin, on ne voit pas comment le protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, tel qu'amendé par le Protocole 11 qui à son article 2 a consacré le droit à un double degré de juridiction en matière pénale en ces termes : « Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation » ne l'étendrait pas à la matière civile.

454. Autres éléments qui démontrent que le principe du double degré de juridiction souffre de limites c'est la règle « *de minimis non curat praetor* » qui signifie que le juge n'a pas à s'occuper des menus litiges. Les procès sont considérés comme peu importants, compte tenu de leur nature ou du montant du litige, déterminés par les règles de compétence d'attribution. Il apparaît donc que la règle *de minimis* vise à protéger à la fois le demandeur et le défendeur. Protéger le demandeur contre sa prodigalité de quérulant ; le défendeur, car dans la demande futile peut se cacher le venin d'une demande vexatoire⁹¹⁹. Au-delà de l'intérêt du demandeur et du défendeur, il y a celui de la justice.

Ainsi, la règle *de minimis* protège contre les risques insidieux d'une folklorisation dissolvante de la justice. Elle affirme la nécessité d'une discipline austère du procès⁹²⁰.

⁹¹⁹ J. CARBONNIER, *De minimis*, Mélanges J. VINCENT, pp. 29 et s.

⁹²⁰ J. CARBONNIER, *op.cit.*

455. Le droit d'appel a eu aussi bien des adversaires que des partisans.

Pour ces derniers, si le législateur considérait que pour les affaires d'importance modique les frais d'un second procès rendraient tout à fait illusoires les avantages de l'appel pour les justiciables, sauf à encombrer les tribunaux, le seul aspect matériel pouvait cacher une question de principe pour le plaideur davantage soucieux de voir reconnaître son droit. Cette thèse se justifie au regard de l'hypothèse où le plaideur demande un franc symbolique comme dommages et intérêts.

Inversement, un adversaire du droit d'appel faisait le rapport entre le petit nombre de décisions réformées et la masse des appels interjetés. De même, objectait-il encore, tant qu'à admettre la supériorité des juges d'appel dans l'art de juger autant valait-il ne garder qu'un seul degré de juridiction mais confié uniquement à des juges recrutés pour leur excellence : ce système, plus économique, n'en présenterait pas moins de garantie pour les justiciables.⁹²¹

456. La question qui mérite d'être posée est celle de savoir si on peut appliquer la règle *de minimis non curat praetor* aux pauvres ? En effet, pour ces derniers il n'y a ni grande ni petite affaire. Ce qui les intéresse, c'est de voir reconnaître leurs droits. De plus, ce que le juge considère comme somme modique dont il faut se désintéresser parce que cette action est susceptible d'encombrer les tribunaux, le plaideur indigent ne le prend pas comme tel. Quoique les menus litiges ne soient pas toujours ceux du menu peuple, le glissement confus d'une idée à l'autre était inévitable parce que les demandes des pauvres sont le plus souvent des pauvres demandes.⁹²²

Selon Jean CARBONNIER, la règle de *minimis* ne nous dit pas ce que ces litiges vont devenir, une fois qu'il les a mises à la porte d'où les interrogations suivantes : se régleront-ils par la violence de l'agression ou par l'inertie du possessoire ? A la médiation séparative des amis ou des parents, des vieillards ou des femmes ? Selon les normes des mœurs ou les impératifs de la morale ? Autant de questions qui donnent matière à réflexion. D'ailleurs, on peut même douter de la valeur juridique de cet adage lorsqu'on sait qu'il n'est pas prévu par

⁹²¹ M. FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, 1881.

⁹²² J. CARBONNIER, *op.cit.*

le CPCS. Au-delà des conditions de l'appel, seule est consacrée de la répression de l'appel abusif⁹²³.

457. En tout état de cause, l'appel entraîne des effets à savoir l'effet dévolutif, l'évocation et l'effet suspensif.

L'effet dévolutif de l'appel signifie que la cour d'appel reprend le litige, elle réexamine les circonstances de fait et les questions de droit qui lui sont attachées.

L'évocation renvoie à la faculté pour la Cour d'appel de statuer sur l'ensemble du litige et même sur des points non jugés par la juridiction de première instance quand elle entreprend de donner à l'affaire une solution définitive.

L'effet suspensif de l'appel signifie que la décision rendue par les premiers juges ne va pas être exécutée du fait de l'appel. C'est cet effet qui retient le plus notre attention.

458. En effet, il existe des hypothèses où l'effet suspensif est battu en brèche par l'exécution provisoire d'où la question de savoir si on va vers une suppression de l'effet suspensif de l'appel⁹²⁴. Cette interrogation fait suite à un projet de décret du 4 avril 2002 portant diverses dispositions de procédure civile qui anéantit le système de l'effet suspensif en posant le principe que toute décision de première instance est exécutoire immédiatement.

Il est trop clair que le but de la réforme est de dissuader de manière drastique, le plaideur de saisir la juridiction du second degré⁹²⁵. Selon ces auteurs, le but primordial de la procédure civile consiste en amont à éviter l'erreur judiciaire, en aval de la réparer. Le contradictoire, la procédure écrite, la collégialité, la motivation des décisions de justice participent de cette première préoccupation ; le double degré de juridiction, non obéré par l'exécution immédiate, illustre hautement la seconde. Mettre à néant l'effet suspensif de l'appel ne manquerait pas de susciter un vrai sentiment de révolte et d'injustice⁹²⁶. Cet argument est jugé démagogique par

⁹²³ Est également consacré le point de départ de l'appel par l'article 17 du décret 2001-1151 du 31 décembre 2001.

⁹²⁴ TH. Le BARS et J. VILLACEQUE, *Vers la suppression de l'effet suspensif de l'appel ?* D. 2002, N° 25/7078, p. 1987.

⁹²⁵ TH. Le BARS et J. VILLACEQUE, *op.cit.*

⁹²⁶ TH. Le BARS et J. VILLACEQUE, *op.cit.*

M. Jean Claude MAGENDIE⁹²⁷ qui relate l'argument sociologique soutenu par les adversaires de l'exécution provisoire selon lequel le justiciable qui a perdu son procès ressentirait le besoin de faire appel. Or, l'en décourager conduirait à accroître le sentiment d'injustice, et même celui d'insécurité juridique. Selon lui, l'exécution immédiate ne supprime aucunement la possibilité de voir rejurer l'affaire par la juridiction de degré supérieur. Nous souscrivons à cette thèse. Pour conforter son point de vue, il cite le professeur FRISON ROCHE qui soutient qu'« accéder formellement à un tribunal mais subir un enlèvement procédural pendant des années, c'est comme ne pas accéder, de la même façon qu'obtenir formellement un jugement mais buter sur son inexécution, c'est comme n'avoir jamais pu présenter ses prétentions à un juge ». Le droit tourne à vide si les jugements ne sont pas ultimement exécutés »⁹²⁸. Il faut dire que quand on entend parler d'exécution immédiate, on pense déjà à la protection du demandeur qui a obtenu gain de cause en première instance. Cela est certes vrai, mais l'examen de l'article 86 du CPCS alinéa 2 démontre que celle-ci est assortie de conditions à savoir l'urgence ou en cas de péril en la demeure caractérisés. De plus, le jugement autorisant l'exécution provisoire doit être motivé. Ces conditions sont fixées concernant l'exécution provisoire facultative c'est-à-dire celle ordonnée par le juge.

459. A côté de celle-ci, il y a l'exécution provisoire de droit prescrite par la loi⁹²⁹. Le respect des conditions posées à l'alinéa 2 de l'article 86 du CPCS par les premiers juges aura certainement pour effet de réduire sensiblement les nombreuses procédures de défenses à exécution provisoire pendantes devant les juridictions d'appel. Contrairement au législateur français, celui du Sénégal n'a pas consacré de façon expresse les cas d'exécution provisoire de droit. Ainsi, le législateur français précise en son article 514 alinéa 2 CPCF : « sont notamment exécutoires de droit à titre provisoire les ordonnances de référé, les décisions qui prescrivent des mesures provisoires pour le cours de l'instance, celles qui ordonnent des mesures conservatoires ainsi que les ordonnances du juge de la mise en état qui accordent une provision au créancier ». Cette disposition a le mérite de la clarté contrairement à ce qui se passe en droit Sénégalais où c'est de façon isolée qu'on trouve quelques cas.

⁹²⁷ J.C.MAGENDIE, *L'exécution immédiate des décisions de justice : l'injuste critique d'une réforme nécessaire*, D. 2002, n° 21/7084, p. 2411.

⁹²⁸ M.A. FRISON-ROCHE cité par J.C MAGENDIE, *op.cit.*

⁹²⁹ Selon S.A.MEKKI, « l'exécution provisoire de droit est celle qui n'a pas à être requise ni prononcée du fait de son automaticité » V. Le temps et le procès civil p.459.

On peut ainsi, à la lecture de l'article 89 du CPCS, soutenir que dans les cas où il s'agit d'une dette de caractère alimentaire ou de réparation d'un dommage causé à la personne, l'exécution provisoire est de droit. C'est le cas lorsque le demandeur requiert une pension alimentaire ou est victime d'un accident de la circulation⁹³⁰.

Les législateurs sénégalais et français n'ont pas seulement prévu des mesures incitatives de l'exécution des décisions, ils ont également modernisé et adapté les voies d'exécution à l'évolution sociale.

B. MODERNISATION ET ADAPTATION DES VOIES D'EXÉCUTION EN DROIT OHADA ET FRANÇAIS

460. Dans les pays de la zone franc, le droit de l'exécution des décisions de justice hérité du législateur colonial et jusque-là applicable était devenu inadapté aux exigences économiques et sociales nouvelles engendrées de ce fait par une sorte d'insécurité juridique marquée par l'ineffectivité des décisions de justice⁹³¹. Avec l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution⁹³², la donne a changé. C'est le cas de son homologue français, dont le législateur OHADA s'inspire d'ailleurs qui a compris que les biens sont devenus divers et qu'à la diversité des biens doit correspondre une diversité des moyens d'exécution⁹³³. Toutes ces réformes vont dans le sens de préserver la sécurité du créancier (1). De même, en France et dans l'espace OHADA, le contentieux de l'exécution a été concentré entre les mains du juge de l'exécution (2).

1. UNE RÉFORME JUSTIFIÉE PAR LA PRÉSERVATION DES DROITS DU CRÉANCIER

461. Il est une règle selon laquelle les dettes sont quérables et non portables. Il appartient donc au créancier de tout faire pour recouvrer sa créance. Ce recouvrement peut se faire amiablement ou de façon contentieuse.

⁹³⁰ Il est permis de soutenir que la consécration de l'exécution provisoire de droit découle de l'existence des ordonnances de référé et de requête. Il y a également les ordonnances du juge de la mise en état

⁹³¹ F.O. ETOUNDI, *La pratique des voies d'exécution dans l'Acte uniforme OHADA*, 2^e Communication présentée www.alliance-juris.forumpira.fr/afrique-f15/les-voies-d-execution-dans-l-acte-uniforme-ohada.t184.html.

⁹³² J.O. OHADA n°6, 01/06/1998, pp.1 et s.

⁹³³ R. PERROT et P. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 2^e édition, Dalloz, 2005 p.18.

Le recouvrement amiable consiste à accomplir, en marge de tout contentieux, les démarches requises pour provoquer le paiement et encaisser le montant de la créance⁹³⁴. Le domaine du recouvrement amiable est assez limité car il consiste en des lettres de rappel, des suivis de mise en demeure. Le législateur OHADA n'a pas réglementé le recouvrement amiable contrairement à son homologue français⁹³⁵. Si le débiteur s'obstine et ne paie pas, le recouvrement devient contentieux d'où tout l'intérêt des voies d'exécution.

462. En effet, il n'existe pas de procédure valable sans voies d'exécution de la sentence, ou comme on les appelle aujourd'hui, procédures d'exécution⁹³⁶. La crédibilité même de la justice dépend de l'efficacité des voies d'exécution, car si le justiciable doit se rendre compte que le risque est fort de ne jamais obtenir l'exécution d'un jugement, il en viendra si vite à se demander à quoi peut bien lui servir d'obtenir gain de cause devant le tribunal. Et quelle serait l'autorité pour le perdant de la décision rendue contre lui, s'il était assuré de ne jamais pouvoir être contraint à l'exécuter⁹³⁷ ? Du côté du gagnant, on assistera à une perte de confiance à l'endroit de la justice, tandis que du côté du perdant à une banalisation de celle-ci.

463. Ainsi, non seulement les saisies traditionnelles ont été rénovées : la saisie-arrêt devient la saisie-attribution, la saisie-exécution devient la saisie-vente⁹³⁸, mais également de nouvelles saisies ont été instituées. Dans ce dernier cas, il faut citer des auteurs qui pensent que : « le patrimoine a perdu beaucoup de sa transparence. Le temps n'est plus où le patrimoine se limitait à des biens matériels ou à quelques arpents de terre. La fortune n'est plus visible à l'œil nu comme elle pouvait l'être autrefois⁹³⁹ ». Les biens nouveaux dont on parle sont entre autres, les comptes bancaires, les cartes de crédit et les valeurs mobilières. Les saisies peuvent porter sur ces biens.

⁹³⁴ R. PERROT et P. THERY, *Procédures civiles d'exécution*, 2^e édition, Dalloz, 2005.

⁹³⁵ Article 32 de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles et le décret n°96-1112 du 18 décembre 1996.

⁹³⁶ E. BLANC, *Les nouvelles procédures d'exécution*, 2^e édition, Montchrestien, 1994, p.5.

⁹³⁷ R. TENDLER, *Les voies d'exécution*, Ellipses, 1998, p.3.

⁹³⁸ Cette dernière terminologie fait comprendre de manière non équivoque au débiteur saisi qu'à défaut de règlement, les biens saisis seront inéluctablement vendus V. A.M. ASSI-ESSO, N. DIOUF, *OHADA Recouvrement des créances*, op cit., p.118. Il faut préciser que la rénovation ne se limite pas simplement au changement de terminologie mais au domaine des saisies. Ainsi, le domaine des saisie-vente a été élargi au tiers contrairement à l'article 411 CPCS aujourd'hui abrogé qui limitait la saisie-vente au débiteur.

⁹³⁹ R. PERROT, P.H.THERY, *Procédures civiles d'exécution*, op cit., p.19.

Il convient de relever une différence entre le droit français et sénégalais. La saisie des véhicules terrestres à moteur est prévue en droit français à travers les articles 57 et 58 de la loi du 9 juillet 1992, 164 à 177 du décret du 31 juillet 1992. La consécration de cette saisie tient au fait que la voiture automobile colle à la peau de chaque français⁹⁴⁰ Cette forme de saisie n'est pas réglementée de façon autonome dans l'AUPSRVE. C'est également le cas de la procédure d'expulsion qui ne figure pas dans l'AUPSRVE.

En tout état de cause, en France et dans le droit OHADA, on a créé un juge de l'exécution.

2. LA CONCENTRATION DU CONTENTIEUX DE L'EXÉCUTION ENTRE LES MAINS D'UN SEUL JUGE EN DROIT FRANÇAIS ET OHADA.

464. La loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 a institué en France un juge de l'exécution (JEX), mais faute de décret d'application, l'institution n'a existé que sur le papier. C'est l'article 7 alinéa 1 de la loi du 9 Juillet 1991 et le décret d'application du 31 juillet 1992 modifié le 18 décembre 1998 qui ont institué un juge de l'exécution dont les fonctions sont exercées par le président du TGI⁹⁴¹ Avec la réforme de 1991, ce sont les articles L.311-12 et L.311-12- de l'ancien code de l'organisation judiciaire. Ce Code a été refondu par l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006. Désormais, ce sont les articles L.213-5 et L.213-6 qui traitent de la compétence du juge de l'exécution.

Le juge de l'exécution est présenté comme le personnage central de la réforme des voies d'exécution⁹⁴². L'objectif de l'institution du JEX a été de mettre fin à la dispersion du contentieux de l'exécution qui caractérisait le droit français jusqu'à la réforme de 1991. En effet, la compétence était répartie entre le Tribunal de Grande Instance, le Tribunal d'instance, le Tribunal de commerce, le tribunal paritaire des baux ruraux et le juge des référés. Il faut dire que les justiciables étaient les premières victimes de cette complexité. Alors qu'au stade de l'exécution, tout aurait dû être fait pour que les incidents fussent réglés dans les délais les plus brefs, le demandeur éprouvait parfois les plus grandes peines à découvrir le juge

⁹⁴⁰ R. PERROT, « *La réforme des procédures civiles d'exécution* », Propos recueillis par M.MIGNON-GARDET LPA 6 janvier 1993, n°3 p.7.

⁹⁴¹ Article L 213-5-1 COJ.

⁹⁴² P. JULIEN, *Le juge de l'exécution*, Les Petites Affiches, 6 janvier 1993, pp.45 et s.

compétent⁹⁴³. Désormais en France, c'est devant le juge de l'exécution à savoir le président du Tribunal de Grande Instance qu'il faut porter les affaires relatives à l'exécution des titres exécutoires, aux contestations qui s'élèvent à l'exécution forcée. C'est le juge de l'exécution qui autorise les mesures conservatoires et connaît des contestations relatives à leur mise en demeure. Il connaît des demandes en réparation fondée sur l'exécution ou l'inexécution dommageables des mesures d'exécution forcée et des mesures conservatoires. Enfin, le Tribunal de Grande Instance connaît des mesures de traitement de surendettement des particuliers et de la procédure de rétablissement personnel⁹⁴⁴

465. Le législateur OHADA s'est inspiré de la loi française n° 91-650 du 9 juillet 1991 réformant les voies d'exécution, loi complétée par le décret n°92-755 instituant de nouvelles règles de procédures civiles d'exécution. Ainsi, l'article 49 AUPSRVE a institué un juge de l'exécution. Selon cette disposition : « la juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui ». L'objectif de cette disposition est clair : confier le contentieux de l'exécution à un seul juge dans les Etats-Partie. Seulement, cette disposition a entraîné un problème d'identification de ce juge dans les Etats membres de l'OHADA⁹⁴⁵. Un auteur s'est posé la question de savoir quel président de juridiction doit exercer les fonctions de juge de l'exécution : est-ce un seul président de juridiction ou tous les présidents⁹⁴⁶ ? En droit français, la difficulté a été résolue puisque que l'article 7 al.1 de la loi du 9 juillet 1991 et le décret d'application du 31 juillet 1992 modifié le 18 décembre ont institué un juge de l'exécution dont les fonctions sont exercées par le président du TGI.

Pour une partie de la doctrine camerounaise, l'emploi d'un article défini singulier pour désigner la juridiction compétente signifie que : « la compétence en cause n'est pas partagée entre plusieurs juridictions⁹⁴⁷ ». Pour une autre partie de la doctrine, chaque Etat -Partie peut librement aménager ses propres règles de compétence d'attribution⁹⁴⁸. Et si nous prenons l'exemple du Sénégal, nous constatons que ce n'est pas un seul juge qui est compétent en matière d'urgence. A preuve,

⁹⁴³ J. NORMAND Editions techniques Jurisclasseur de Procédure civile Tome 10 Fascicule 2030 1993.

⁹⁴⁴ Article L.213-6 Code de l'organisation judiciaire.

⁹⁴⁵ M. ADJAKA, *L'identification de la juridiction compétente prévue à l'article 49 de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées et voies d'exécution*, ohadata D-08-47.

⁹⁴⁶ V. Thèse de A. DOUGLAS, *Le droit à l'exécution forcée*, *op.cit.*, p. 108. L'auteur se pose la question de savoir si on peut sans violer l'article 49 AUPSRVE confier à plusieurs juridictions, fussent-elles présidentielles, la connaissance du contentieux de l'exécution forcée des titres exécutoires.

⁹⁴⁷ H. TCHANTCHOU, *Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA* », *Juridis Périodique*, n°46, janvier-février-mars 2001, p. 102.

⁹⁴⁸ F.ANOUKAHA *La réforme de l'organisation judiciaire au Cameroun*, *Juridis Périodique*, n° 68, 2006, p.54.

l'article 247 du décret 2001-1151 du 31 décembre 2001⁹⁴⁹ relatif aux nouvelles dispositions du Code de procédure civile au Sénégal, dispose : « dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal peut à titre provisoire, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend ». Il y a également l'article 252-3 qui précise que les dispositions du présent titre⁹⁵⁰ sont applicables devant le président du tribunal départemental dans les limites de la compétence d'attribution de cette juridiction. Par conséquent, le juge de l'exécution au Sénégal peut être soit le président du tribunal départemental, soit le président du Tribunal régional⁹⁵¹.

En tout cas, on constate que non seulement la CCJA intervient par moment pour désigner le juge de l'exécution⁹⁵², mais également, il y a des difficultés pour appliquer l'article 49 AUPSRVE. Dans une affaire⁹⁵³, le juge des référés a été saisi aux fins de mainlevée de saisie et discontinuation des poursuites, saisie-attribution, d'annulation des procès-verbaux de saisies. Selon lui, le juge peut certes statuer à plusieurs titres, mais jamais à la fois. Il s'est déclaré donc incompétent parce que selon lui, il ne lui appartient pas de choisir à quel titre il entend statuer. Cette décision peut surprendre tout de même car le législateur Ohada, s'inspirant de son homologue français a voulu instituer un JEX, or ce dernier a des compétences étendues et peut donc se prononcer sur toutes ces questions dont il a été saisi. En tout état de cause, le JEX français n'est pas un juge de référé⁹⁵⁴.

⁹⁴⁹ J.O.R.S du 22 juin 2002.

⁹⁵⁰ Il s'agit du Titre XX du décret 2001-1151 du 31 décembre 2001 intitulé « Des référés ».

⁹⁴⁰ N. DIOUF, note sous l'article 49 AURVE *Traité et Actes uniformes OHADA commentés*, Juriscope 2008. M. Diouf a également fait cas de la difficulté d'application de l'alinéa 2 de l'article 49 et des modalités de la saisine du juge de l'exécution.

⁹⁵² CCJA, arrêt n°011/2003 du 19 juin 2003, MCKK et SCK c/Loteny Télécom ohada.com/ohadata J-04-107. Dans cette affaire, le juge communautaire, estime que le juge compétent en matière de voie d'exécution (exécution forcée et saisie conservatoire) est le Président de la juridiction de première instance du lieu de la saisie ou le magistrat délégué par lui. Par conséquent, la Société Loteny n'avait pas à saisir le président de la Cour suprême.

⁹⁵³ TPI de Douala, Ordonnance de référé n°737 du 26 Mars 2002 Société Matlec ETI c/ Kentsa Alain Magloire ohadata J-04-433.

⁹⁵⁴ Selon J.DJOGBENOU, (*L'exécution forcée Droit ohada, op cit.*, p.116 n°159) en dépit des apparences se rapportant aux prérogatives présidentielles, la juridiction instituée par l'article 49 AUPSRVE n'est pas le juge des référés connu des Codes de procédure civile en vigueur dans les Etats de l'espace et en particulier, la République du Bénin. Pour l'auteur, le juge de l'article 49 est un juge du fond ou du principal.

CONCLUSION DU TITRE I.

466. Le principe du contradictoire impose que chaque partie puisse discuter les prétentions et les preuves de son adversaire. C'est un corollaire des droits de la défense qui implique la possibilité pour les parties de choisir un défenseur. Le juge n'est pas en reste car il est à la fois garant et soumis à ce principe. L'institution des principes directeurs est la parfaite illustration de l'idée selon laquelle la procédure civile n'est pas qu'une question de techniques procédurales. Il s'agit donc de règles fondamentales qui doivent guider non seulement le juge dans son travail, mais également les parties au procès. C'est la traduction d'une certaine coopération entre parties elles-mêmes⁹⁵⁵, et entre celles-ci et le juge.

467. Les garanties tenant au déroulement de la procédure sont également celles issues du modèle universel de procès équitable. Il s'agit des garanties procédurales. Elles ont trait à la transparence de la décision juridictionnelle car on pourrait parler de parodie de procès si la justice n'était soumise à aucun contrôle du public. De même, pour éviter l'arbitraire et légitimer la décision du juge, obligation lui est faite de motiver celle-ci.

468. Les garanties procédurales renvoient à l'efficacité de la procédure laquelle suppose que le procès se déroule dans un délai raisonnable d'où l'institution d'un juge de la mise en état chargée de donner un certain rythme au procès, des délais de procédure et des procédures rapides.

Il faut dire que parfois les lenteurs du procès proviennent des parties et des avocats comme le laisse entendre M. BEIGNIER : « tous les ordinateurs du monde ne feront rien contre un avocat qui ne veut pas conclure ou une partie qui ne veut pas comparaître⁹⁵⁶ ».

Une procédure est également efficace lorsque la décision de justice obtenue fait l'objet d'une exécution. Cette exécution traduit la suprématie du droit. En la matière, on note une différence entre le système juridique sénégalais et français relativement aux mesures incitatives d'exécution de la décision de justice et à la concentration du contentieux de l'exécution. Le législateur sénégalais pourrait s'en inspirer. Le législateur sénégalais pourrait également à

⁹⁵⁵ Le comportement des parties au procès civil est fonction de leurs intérêts. Ainsi, le demandeur aura tout intérêt à accélérer le procès ; ce qui n'est pas le cas pour le défendeur qui, à défaut de freiner le cours du procès, le décélère d'où l'importance de la procédure qui se chargera de trouver un équilibre entre ces intérêts antagonistes.

⁹⁵⁶ B.BEIGNIER, *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*, Libertés et droits fondamentaux, 3^e édition, Montchrestien, 2000, pp.43 et 44.

l'instar de son homologue mettre en place un système de recherche des biens et de la personne du débiteur⁹⁵⁷.

Il faudrait instituer une véritable coopération entre les parties elles-mêmes et entre celles-ci et le juge ; pourquoi ne pas instituer au niveau des juridictions des contrats de procédure dans le but de mieux planifier la marche du procès comme en France ? En tout cas, il faut veiller au renforcement des règles de déontologie entre avocats.

Après avoir présenté les différentes garanties tenant au déroulement de la procédure, il faut étudier les atteintes dont elles font l'objet.

⁹⁵⁷ Article 39 et 40 loi n°91-650 du 9 juillet 1991. Dans le droit OHADA, le seul moyen d'information qui existe à l'égard des personnes soumises à une obligation de publicité légale c'est le RCMM, le journal d'annonces légales.

TITRE 2. LES ATTEINTES AUX GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

469. Le procès doit se dérouler selon les règles édictées par les principes directeurs et le modèle universel de procès équitable. Pourtant, force est de relever de nombreuses atteintes aux garanties tenant au déroulement de la procédure et cela même dans le procès communautaire OHADA, institution qui s'est donnée pour objectif de mettre fin à l'insécurité juridique et judiciaire afin d'attirer les investisseurs.

Nous examinerons d'abord la nature des atteintes (Chapitre 1), ensuite les palliatifs des atteintes aux garanties tenant au déroulement de la procédure (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA NATURE DES ATTEINTES

470. S'il est vrai que le public doit pouvoir contrôler le fonctionnement de la justice parce que celle-ci est rendue en son nom, il n'en demeure pas moins que dans certains cas, d'autres intérêts l'emportent sur l'exigence de transparence. Trop de transparence tue la transparence dit-on.

Les atteintes aux garanties de procédure portent sur la publicité des débats et l'efficacité de la procédure (Section 1). De même, on remarque une certaine rupture d'égalité des moyens pour assurer sa défense (Section 2).

SECTION I. LES ATTEINTES A LA PUBLICITÉ DES DÉBATS ET A L'EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE

471. Il s'agit de l'aménagement de la publicité des débats (§1) et de l'inefficience des décisions de justice (§ 2).

§ 1. L'AMÉNAGEMENT DE LA PUBLICITÉ DES DÉBATS EN CONSIDÉRATION DES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

472. La transparence est aménagée soit pour sauvegarder la sérénité de la justice, (A) soit pour protéger l'intérêt général ou particulier (B).

A. L'IMPÉRATIF DE PRÉSERVATION DE LA SERÉNITÉ DE LA JUSTICE

473. Une fois le débat terminé, les juges se retirent pour délibérer. Le délibéré poursuit en quelque sorte le débat au sein du collège des juges. Il reproduit en secret et en résumé le débat contradictoire qui a eu lieu en audience publique⁹⁵⁸. Le délibéré est le temps de réflexion nécessaire aux juges devant lesquels l'affaire a été débattue pour qu'ils puissent prendre leur

⁹⁵⁸ D. SALAS Revue Droits, P.U.F, Tome 34, 2001.

décision⁹⁵⁹. A la lumière des développements précédents, on serait tenté de penser à juste raison que le délibéré obéit à des conditions de régularité.

Mais au préalable, il faut préciser qu'on ne parle de délibéré que dans l'hypothèse d'une discussion, d'un débat contradictoire aboutissant à une prise de décision. Cela traduit l'idée selon laquelle l'imagination a sa place dans l'œuvre du juge et partant dans le délibéré du juge civil. En effet, sans un effort d'imagination créatrice, l'action du juge civil continuera d'être une démarche purement mécanique dont la logique formelle et rigoureuse sera encore et toujours incapable d'étancher la soif de justice de nos concitoyens et détournera ceux-ci du chemin menant au tribunal.⁹⁶⁰ Il est donc du devoir du juge de sortir de l'engrenage de l'habitude. Charles PEGUY ne disait-il pas que : « le juge habitué est un juge mort pour la justice » ?⁹⁶¹

474. Pour en venir aux conditions de régularité du délibéré, il faut dire que pour délibérer valablement, il faut respecter les règles relatives à l'organisation judiciaire comme il est prévu à l'article 447 du CPCF : il y a donc une condition relative à la composition de la juridiction. Autre condition de régularité c'est le vote des juges. Ainsi, l'article 449 du CPCF dispose que : « la décision est rendue à la majorité des voix ». La sanction qui pèse sur le délibéré d'un tribunal irrégulièrement constitué c'est la nullité du jugement. Une telle sanction n'est pas prévue concernant la condition relative au vote des juges. Mais on peut dire que c'est le même sort qui sera réservé à une décision de justice prise sans respect de la majorité des voix.

475. La Cour de cassation française a admis que le secret du délibéré des juridictions constitue un principe général de droit⁹⁶².

Dans notre législation et contrairement au droit français notamment l'article 448 CPCF qui dispose expressément que : « les délibérations des juges sont secrètes »⁹⁶³, aucun règlement

⁹⁵⁹ O. STAES, *Droit judiciaire privé*, op.cit., p.187.

⁹⁶⁰ P. DRAI, *Le délibéré et l'imagination du juge*, Mélanges R. PERROT pp.107 et s.

⁹⁶¹ C. PEGUY cité par P. DRAI, op.cit.

⁹⁶² Cass 3^e Civ février 1995 Bull. Civ III, n° 48.

⁹⁶³ En France, sous l'influence du droit canonique, le secret des délibérés s'était substitué à la publicité. C'est ainsi qu'un décret du 26 juin 1973 imposa aux juges l'obligation de délibérer en public. Aux termes de la loi du 3 brumaire an II (article 10) : « les juges des tribunaux pourront, comme par le passé, se retirer dans une salle voisine pour l'examen des pièces ; mais immédiatement après cet examen, ils rentreront à l'audience pour y

régissant le droit judiciaire privé ne contient une disposition analogue à celle française. Il faut se référer à la loi organique modifiée 92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats. Aux termes de l'article 8 de la loi organique : « Tout magistrat, lors de sa nomination à son premier poste, et avant d'entrer en fonction, prête serment en ces termes : « Je jure de bien et loyalement remplir mes fonctions de magistrat, 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 ». Une des qualités du juge réside dans son aptitude à garder le secret. On pourrait pousser plus loin la réflexion en disant que si aucun règlement sénégalais n'a prévu expressément le secret des délibérations, c'est parce que le législateur sénégalais l'estime évidente.

476. Récemment, un vif débat a opposé la doctrine française à propos d'un instrument juridique qui était mal connu et issu de la tradition juridique nord américaine sous l'impulsion de la Cour suprême des Etats – Unis et généralisé par le droit international. Il s'agit des « opinions séparées ».

Il s'agit de la possibilité pour les juges participant à une instance collégiale de faire « suivre les arrêts adoptés par la majorité des membres de la juridiction de leur désaccord, en tout ou en partie, avec l'arrêt rendu »⁹⁶⁴. Pourtant, on constate en France qu'après la guerre, les opinions séparées ont disparu presque totalement du champ d'étude et de réflexion doctrinal.

Le débat a donc retrouvé l'envergure qui lui manquait suite à une tentative d'introduction de la part du professeur M. Patrice GELARD des opinions dissidentes dans la législation française. Ce dernier a en effet déposé une proposition de loi organique en 1996 dans ce sens. L'introduction ou l'adaptation éventuelle des opinions séparées en France va heurter de plein fouet des principes fortement établis notamment la collégialité et le secret du délibéré qui revêt une double signification : « il impose aux juges de délibérer hors la présence tant du public que des parties et de leurs avocats ; il interdit, d'autre part, la divulgation, à quelque époque que ce soit et à qui que ce soit, de ce qu'ont été les discussions et de la façon dont chacun des magistrats s'est prononcé »⁹⁶⁵.

délibérer en public, y opiner à haute voix et prononcer le jugement ». Mais à cause des altercations scandaleuses qui se produisirent entre le public et les juges, la loi du 20 avril 1810 a consacré le secret des délibérations.

⁹⁶⁴ O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F, 1992 p. 677.

⁹⁶⁵ R. CHAPUS, *Droit du Contentieux administratif*, 9^e édition, Paris, Montchrestien, 2001, p. 932, indice 1170.

Concernant la collégialité, le juge PESCATORE faisait remarquer dans une intervention à l'Ecole nationale de la magistrature française, que « nous avons sur le continent, non seulement en France mais aussi dans la partie occidentale de celui-ci, une véritable tradition de collégialité ; nous connaissons peu le système du juge unique. Nous délibérons à trois, parfois à cinq ou à sept, le nombre de délibérants variant selon le niveau des juridictions »⁹⁶⁶. Des auteurs ont exprimé leur désapprobation à l'égard des opinions séparées. Le doyen VEDEL admettait lui-même : « Notre tradition judiciaire ne va pas dans le sens de la publicité du dissentiment et l'on ne peut pas savoir quels dégâts produirait le changement, le temps qu'il prendrait à s'acclimater et les effets inattendus qu'il entraînerait »⁹⁶⁷. Cette opposition aux opinions séparées s'explique d'autant plus facilement que le secret du délibéré traverse intégralement le système juridique français. En outre, l'article 448 du Code de procédure civile français précise que, dans le serment qu'ils prêtent, les juges de l'ordre judiciaire ont l'obligation de respecter le secret du délibéré. De plus, l'article 357. 2 du code de procédure pénale et l'article L 8 du code de justice administrative, consacrent le principe.

Aux termes de l'article 357. 2 du Code de procédure pénale : « il écrit à la suite, ou fait écrire secrètement, le mot « oui » ou le mot « non » sur une table disposé de manière que personne ne puisse voir le vote inscrit sur le bulletin ». Quant à l'article L 8 du code de justice administrative, il dispose que « le délibéré des juges est secret ».

La position du juge français à l'endroit des opinions séparées est à relever. La Cour de cassation, dans un arrêt de 1945, a précisé que la décision mentionnant son adoption à l'unanimité viole le secret du délibéré⁹⁶⁸, tandis que le Conseil d'Etat a qualifié le secret du délibéré de « principe général du droit public français »⁹⁶⁹. En effet, le conseil a considéré irrégulière la décision qui mentionnerait son adoption à l'unanimité des voix révélant ainsi l'opinion individuelle de chacun des juges.⁹⁷⁰ Mais encore faudrait-il préciser que le Conseil d'Etat a aussi refusé de reconnaître le secret du délibéré comme un principe d'ordre public.⁹⁷¹

Par conséquent, ce sera au requérant de soulever la violation du secret du délibéré comme moyen d'annulation et ce d'autant que le juge ne peut se saisir d'office.

⁹⁶⁶ [Enamjustice.fr/centre-de-ressources / actes – sessions / méthodologie / méthodologie.html](http://Enamjustice.fr/centre-de-ressources/actes-sessions/methodologie/methodologie.html).

⁹⁶⁷ G. VEDEL, « *Neuf ans au conseil constitutionnel* », Le débat, n° 55, mars – août 1989.

⁹⁶⁸ Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 9 novembre 1945, Gazette du Palais, 1948, n° 1, p. 223.

⁹⁶⁹ CE 17 novembre 1922, LEGILLON, Lebon, 1922, p. 849.

⁹⁷⁰ CE 15 novembre 1965, MAZEL, *Droit administratif*, 1965, n° 377

⁹⁷¹ CE 8 juillet 1949, MICHEL, Lebon, 1949, p.p. 339 – 340.

477. La plupart des auteurs français qui sont contre les opinions dissidentes accordent deux objectifs au secret du délibéré : assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions, deux éléments intimement liés à la logique de l'Etat de droit.

S'agissant de l'indépendance des juges, le secret du délibéré permet selon MM. Guy BRAIBANT et Bernard STIRN de « protéger les juges administratifs contre l'exécutif qui ne doit pas savoir qui a voté dans quel sens, quels sont ceux qui se sont prononcés pour ou contre le gouvernement ou l'administration »⁹⁷². En outre, l'idée persiste que le secret permet à chaque juge de conserver une totale liberté de parole au cours du délibéré : « le secret du délibéré, religieusement respecté, ne laissera rien paraître de l'intensité d'un débat au cours duquel chaque membre de la chambre (de la Cour de cassation) aura poursuivi sa réflexion personnelle lors de la confrontation des idées »⁹⁷³.

Ces opinions et points de vue n'emportent pas la conviction de M. LECUYER qui soutient que l'indépendance dont parlent Messieurs DRAI, CHARTIER et TRICOT est plutôt une indépendance subjective qu'objective. Autrement dit, les opinions séparées n'ont pas, selon l'auteur un quelconque effet sur l'indépendance statutaire des juges⁹⁷⁴. Selon M. LECUYER, l'indépendance des juges est garantie par le rôle central joué par le Conseil supérieur de la magistrature, instance disciplinaire des magistrats du siège, et par certaines décisions du Conseil constitutionnel qui ont non seulement consacré l'indépendance du juge en 1970⁹⁷⁵ mais, également dix ans après, ont érigé l'indépendance des juridictions en élément constitutif de la souveraineté nationale⁹⁷⁶, puis comme principe constitutionnel sur le fondement de l'article 64 de la Constitution pour la juridiction judiciaire et sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour la juridiction administrative⁹⁷⁷.

L'auteur conclut que le secret du délibéré ne constitue pas en lui-même une garantie fondamentale de l'indépendance du juge car, accepter, selon lui, l'idée selon laquelle le secret du délibéré constituerait le socle de l'indépendance des magistrats poserait inévitablement la

⁹⁷² G. BRAIBANT, B. STIRN, *Le droit administratif français*, 4^e édition Presse Sce Po et Dalloz, Paris 1997.

⁹⁷³ P. DRAI, Y. CHARTIER, D. TRICOT, « *La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions* », *Droits : Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, 1994, n° 20, p. 120.

⁹⁷⁴ Y. LECUYER, *Le secret du délibéré, Les opinions séparées et la transparence*, *Rev. Trim. Dr.h.* (57 / 2004) Volume 15 pp.197-224.

⁹⁷⁵ Décision n° 70-40 du Conseil constitutionnel, Loi organique relative au statut des magistrats, 9 juillet 1970 (*Journal Officiel* du 19 juillet 1970, p. 67-73).

⁹⁷⁶ Décision n° 80-116 du Cons. const. Loi autorisant la ratification de la convention franco allemande additionnelle à la convention d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1958, 17 juillet 1980.

⁹⁷⁷ Décision n° 80 – 119 du cons. Const. Loi portant validation d'actes administratifs, 22 juillet 1980 (*Journal officiel* du 24 juillet 1980, p. 1868).

question de l'indépendance des juges uniques dont les délibérations ne sont l'objet d'aucun mystère.

Il est clair que nous souscrivons entièrement à l'opinion de l'auteur selon laquelle, Messieurs DRAI, CHARTIER et TRICOT parle d'indépendance subjective du juge et non d'indépendance statutaire. Toutefois, il convient de relever notre désapprobation lorsque M. LECUYER affirme que l'indépendance des juges ne pose aucun problème puisque garantie par le Conseil supérieur de la Magistrature et affirmée dans quelques décisions du Conseil Constitutionnel. En effet, le statut, encore moins une décision de justice, ne confère pas forcément une indépendance ; celle-ci est une question de personne et de tempérament. Il ne suffit donc de consacrer l'indépendance des juges dans la Constitution, norme suprême ni de la prévoir dans des lois organiques, pour que les magistrats le soient réellement. MM. RENOUX et De VILLIERS l'expriment assez bien en soutenant que « cette indépendance statutaire ne saurait pallier les défaillances de caractère et l'absence d'indépendance d'esprit, notamment à l'égard des autres magistrats ». Ils constatent que l'indépendance, « à défaut de résulter de garanties statutaires, est souvent affaire de tempérament »⁹⁷⁸.

Abondant dans le même sens que M. LECUYER qui soutient que les opinions séparées représentent l'indépendance individuelle et fonctionnelle par excellence ; elles leur offrent une possibilité sans équivalent de s'exprimer en toute indépendance contre l'omnipotence de la majorité parfois étouffante⁹⁷⁹, Mme Teresa FREIXES pensent que les opinions séparées garantissent l'indépendance et l'impartialité des juges en « assurant la publicité de leurs positions juridiques personnelles »⁹⁸⁰.

478. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que les opinions séparées mettent en exergue les positions personnelles des juges par rapport à une décision de justice ; lesquelles ne sont pas forcément en accord avec celles de leurs collègues. C'est donc une marque de courage non seulement à leur égard, mais à l'égard du public. Toutefois, on risque de donner l'impression au citoyen ordinaire, non imprégné du débat contradictoire qui a lieu au moment du délibéré, qu'il n'existe pas d'unité au sein de la magistrature. Et cela risque encore d'aggraver le manque de confiance à l'égard de la justice. De plus, il y aura un risque de voir le juge qui

⁹⁷⁸ MM. De VILLIERS, T.S. RENOUX, *Code constitutionnel*, 2^e édition, Paris, Litec, 2001, p 544.

⁹⁷⁹ Y. LECUYER, *Les opinions séparées*, op.cit.

⁹⁸⁰ T. FREIXES, « Contribution au débat sur les opinions dissidentes », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2000, n° 8, p. 103.

aurait accepté ou refusé de se ranger du côté de ses pairs, cloué au pilori. Au sein de l'opinion publique, il y aura le « bon ou le mauvais juge », en fonction des causes à juger.

Poursuivant toujours dans sa lancée, M. LECUYER estime que penser que les opinions séparées puissent entamer d'une quelconque manière l'autorité de la chose jugée reviendrait à reconnaître cette même capacité aux commentaires d'arrêts et aux notes sous décisions publiées dans les revues de droit⁹⁸¹. Nous adhérons entièrement à ce point de vue de l'auteur en ce sens que ce n'est pas parce qu'un ou deux magistrats ont exprimé leur désapprobation par rapport à une décision de justice que celle-ci va perdre son autorité et ce d'autant plus que les décisions sont rendues à la majorité des voix. Cependant, s'il est vrai que l'introduction des opinions séparées participe du souci d'instaurer plus de transparence dans la prise de décisions, il n'en demeure pas moins, qu'au regard des arguments avancés ci-dessus, elles feront plus de mal que de bien⁹⁸².

479. Au-delà de cette controverse, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir quelle est la sanction qui va découler du non respect ou de la violation du secret du délibéré. Le CPCF est muet sur la question ; ce qui a fait dire à MM. Jean VINCENT et Serge GUINCHARD que même si l'article 548 du CPCF ne mentionne plus que la règle de l'article 448 est prescrite de nullité, celle-ci pourra toujours être prononcée « si l'on admet qu'il puisse exister des causes de nullité fondées sur les principes généraux » dont fait partie le secret du délibéré⁹⁸³.

En droit sénégalais, à la lumière de l'article 15 de la loi organique modifiée n°92-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats qui dispose que tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur, à la délicatesse ou à la dignité constitue une faute disciplinaire, on peut soutenir que la violation du secret du délibéré constitue une faute disciplinaire susceptible d'engager la responsabilité du juge. On ne saurait finir l'examen de la question du secret du délibéré sans aborder celle de sa durée. En effet, il y a lieu de préciser que les juges peuvent délibérer sur le siège et rendre un jugement immédiatement. Mais lorsque l'affaire est complexe, le dossier volumineux, il convient de laisser un temps de

⁹⁸¹ Y. LECUYER, *op.cit.*

⁹⁸² Pourtant M. G. CAMARA, alors premier président de la défunte Cour de cassation soutient in La justice et les violences dans la famille, Audience solennelle de rentrée des Cours et Tribunaux Volume V 22 janvier 2002 : « et je me demande souvent (...) s'il ne faudrait pas un jour dans notre système briser (...) la sacro sainte règle du secret des délibérés et autoriser l'énoncé des opinions individuelles de la minorité ; ce qui ne ferait qu'enrichir le droit et apporter plus de transparence ».

⁹⁸³ J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 26^e édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 716, indice 1223.

réflexion aux juges. C'est ce qui ressort de l'article 450 CPCF : « si le jugement ne peut être prononcé sur le champ, le prononcé en est renvoyé pour plus ample délibéré, à une date que le Président indique ». Il ressort de cette disposition que la date du renvoi doit toujours être précisée, déterminée. Le délibéré ne doit pas être démesurément long car la décision de justice doit être rendue dans un délai raisonnable. Tant que la durée du délibéré se justifie par le temps de la réflexion, cela ne peut qu'être bénéfique à une bonne justice. Au contraire, si cette durée est due aux lenteurs purement administratives, au manque de moyens et d'effectif, elle doit être combattue⁹⁸⁴. P.GODE remet en cause l'existence de réels délibérés. Selon lui, à la fin de son audience, lorsque le juge se retire, il s'en va moins pour délibérer que pour prendre vraiment connaissance de l'affaire : « faute de temps en effet, il est fréquent que les délibérés collégiaux ait lieu juste après l'audience, et, par conséquent, sans consultation des pièces, sur simple impression d'audience ! Il est vrai qu'au terme de ces délibérés, chaque magistrat part avec une pile de dossiers sous les bras. Mais pas pour rédiger et cela, sans réouverture de délibéré, sauf difficulté toute particulière⁹⁸⁵ ». Avant une circulaire ministérielle de 1981, le juge français, notamment consulaire, ne prévoyait pas à l'avance la durée du délibéré. Désormais, le juge doit indiquer dans des fiches techniques la durée des délibérés qui ne doit pas dépasser un mois et sa justification. Cette obligation est exécutée sous le contrôle des Présidents de juridiction.

Si les parties, sont, en théorie exclues du délibéré, elles peuvent néanmoins y avoir une influence par le biais des notes en délibéré⁹⁸⁶.

480. Les notes en délibéré sont celles que remet au tribunal un plaideur au cours du délibéré. Les notes sont considérées comme : « l'une des plaies de la pratique antérieure à la dernière réforme de la procédure »⁹⁸⁷. Il semble que le CPCF s'inscrit dans cette logique en prohibant purement et simplement les notes en délibéré. Toutefois, un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 janvier 1975 est venu semer le trouble en précisant que seules les notes qui apportent un élément nouveau doivent être rejetées⁹⁸⁸. Il est constant en effet que cette décision s'inscrit en faux ou contredit l'article 445 du CPCF.

⁹⁸⁴ S.A.MEKKI, *Le temps et le procès civil*, op.cit., p.203.

⁹⁸⁵ P.GODE, *Le mensonge dans le procès civil*, Mélanges Aleix WEILL, Dalloz, Litec, 1981 p.270.

⁹⁸⁶ S.A.MEKKI, op.cit., p.203.

⁹⁸⁷ R. MARTIN, obs. sous civ. 3^e, 28 janvier 1975, J.C. P, 1976, IV, 6564.

⁹⁸⁸ Civ. 3^e, 28 janvier 1975.

De plus, pour savoir si la note révèle un élément nouveau, il faut que les juges en prennent connaissance⁹⁸⁹. La chambre commerciale de la Cour de cassation vient isoler la décision de la chambre civile en soutenant que les notes en délibéré étaient irrecevables « quels que soient les moyens contenus dans la note déposée »⁹⁹⁰. Cette attitude hostile à l'endroit des notes en délibéré est pourtant atténuée dans la mesure où l'article 444 du CPCF permet au juge de rouvrir les débats lorsque les parties n'ont pas été à même de débattre contradictoirement sur des points de fait ou de droit. Dans une réponse du Ministère public, il est écrit : « si les notes en délibéré « spontanées » sont interdites afin de sauvegarder le principe du contradictoire et de garantir la loyauté des débats, à l'inverse certaines sont autorisées dès l'instant qu'elles permettent l'organisation de la contradiction et garantissent la loyauté du débat judiciaire »⁹⁹¹.

La sérénité de la justice suppose que l'instruction du procès se fasse en l'absence des regards curieux. On voit mal quel intérêt a le public à être au courant de l'échange des conclusions entre avocats ou l'ordonnance de clôture. Il y a donc un secret de la mise en état.

Au-delà du délibéré et du secret de l'instruction du procès, il existe des situations exceptionnelles de livrer à la curiosité du public certaines affaires : la discrétion impose alors les débats en chambre du conseil.

B. L'IMPÉRATIF DE PROTECTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL OU PARTICULIER

481. La protection de l'intérêt général ou particulier impose le débat en chambre de Conseil. La chambre du Conseil dans son sens primitif et matériel, est le local attenant à la salle d'audience publique dans lequel les magistrats délibèrent. Par extension, elle est le tribunal lui-même réuni dans ce local ou ailleurs, pour statuer sur certaines affaires qui ne doivent pas être jugées en audience publique⁹⁹².

482. La question s'est posée de savoir si la chambre du conseil est une juridiction autonome ou au contraire une formation particulière du tribunal dont le trait essentiel est de statuer

⁹⁸⁹ S.A. MEKKI, *op.cit.*, p. 204.

⁹⁹⁰ Com, 15 octobre 1996, procédures, janvier 1997, com. n° 3, obs., R. PERROT.

⁹⁹¹ Réponse du Ministère public au Président du tribunal reproduite par M.C GRILLON, in les notes en délibéré mémoire de DEA, 1994, Paris I, spéc. p. 17

⁹⁹² M. MOREL, Mémoire de DEA, 1994, Paris I, Spéc. p. 17

suivant une procédure sans publicité. Nombre d'auteurs optent pour la seconde opinion en admettant ainsi que si le tribunal a statué à tort en chambre du conseil, sa décision est susceptible d'être annulée mais ne relève pas des incidents de compétence⁹⁹³. Nous souscrivons entièrement à cette opinion en ce sens qu'il ne saurait exister d'autonomie de la chambre du conseil par rapport au tribunal. La particularité de la chambre du conseil est de statuer sans la présence du public. C'est l'article 436 du CPCF qui exprime mieux cette situation : « en chambre du conseil, il est procédé hors la présence du public ».

Par cette disposition, le législateur français se montre beaucoup plus précis que celui sénégalais qui, loin d'indiquer en quoi consiste la chambre du conseil, cite les matières qui relèvent de sa compétence. On l'aura remarqué, les matières qui relèvent de la compétence de la chambre du conseil sont les matières gracieuses et contentieuses. A l'examen de l'article 627 du CPCS, on constate que la matière gracieuse relève automatiquement de la chambre du conseil sans qu'aucun texte ne le prévoie contrairement à la matière contentieuse qui elle doit être prévue par la loi. Ce qui fait que les hypothèses dans lesquelles la matière contentieuse est débattue en chambre du conseil sont limitativement énumérées. C'est le cas lorsqu'il s'agit de nommer un mandataire de la conservation des biens d'un absent ou d'un incapable ou encore des biens constituant le gage d'un créancier ou d'une collectivité de créanciers.

483. S'agissant de la procédure en chambre du Conseil, il faut préciser que la saisine du juge varie selon qu'on est en matière gracieuse ou contentieuse.

En matière gracieuse, le tribunal est saisi par voie de requête qui lui est présentée par le demandeur ou son avocat. Le jugement est rendu en chambre du conseil s'il n'en est autrement ordonné par la loi, après avoir entendu la partie ou son avocat en ses observations et le ministère public en ses conclusions motivées.

En revanche, en matière contentieuse, la chambre est saisie par acte d'avocat à avocat ou par assignation. Toutefois, si les débats ont lieu en chambre, le jugement quant à lui est rendu en audience publique levé et signifié comme il est prescrit pour les affaires venant en audience publique.

⁹⁹³ H. SOLUS et R. PERROT, *Traité de droit judiciaire privé*, Sirey, 1973, Tome 2, n° 3, p.7.

484. Les décisions prises en chambre du conseil sont susceptibles de contestations et seules les voies de recours ordinaires sont prévues à savoir l'opposition et l'appel.

L'opposition, contrairement à l'appel, est recevable conformément aux dispositions du droit commun. Même si l'appel est recevable en toutes matières, son délai n'en est pas moins réduit. Il est d'un mois à compter de la signification du jugement au demandeur, s'il en existe, sinon de la signification au procureur de la République. Pour les jugements par défaut, le délai d'appel court du jour où l'opposition n'est plus recevable. L'appel est porté devant la chambre du conseil du tribunal régional ou de la Cour d'appel.

485. En droit français, l'expression huis clos en matière civile est remplacée par celle de chambre du conseil. La critique formulée par les auteurs à savoir que : « A vrai dire, la nuance entre le huis clos et la chambre du conseil était assez subtile » a porté du fruit⁹⁹⁴.

Aujourd'hui, quand on parle de huis clos, on pense plus particulièrement à la matière pénale. Il semble que le législateur sénégalais a adopté la même attitude au regard de l'article 60 du CPCS. Le huis clos c'est la fermeture des portes du prétoire durant le déroulement de la procédure, le public ayant l'interdiction d'assister aux débats dans le cas où l'ordre public, les bonnes mœurs, l'intimité de la vie privée, la sérénité de la justice pourrait être affectés par une mesure de publicité.⁹⁹⁵

En France, avant le décret du 20 juillet 1972, le principe de la publicité des débats était écarté, soit lorsque le tribunal ordonnait le « huis clos », soit lorsque la loi exigeait que l'affaire fut débattue en chambre du conseil. Les nouveaux textes ont supprimé toute référence au huis clos, fusionnant ainsi l'intitulé « chambre du Conseil », toutes les hypothèses dans lesquelles les débats sont secrets. En droit français, le renvoi en chambre du conseil est soit obligatoire soit facultatif. En effet, les débats ont lieu en chambre du conseil en matière gracieuse comme le précisent l'article 434 du CPCF et 11-1 alinéa 2 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972. Les débats ont lieu en chambre du conseil lorsque le juge ou les parties le demandent. C'est ce qui résulte de l'article 435 du CPCF et 11-1 alinéa 2 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile : ce renvoi est facultatif.

⁹⁹⁴ R. PERROT, *Droit judiciaire*, Cours, p. 322.

⁹⁹⁵ Guide Juridique Dalloz III ENE-MAN.

Au Sénégal, la référence au huis clos a été maintenue. C'est ainsi que l'article 47 alinéa 3 de la loi organique de 2008 sur la Cour suprême dispose : « La Cour suprême peut ordonner le huis clos si l'ordre public et les bonnes mœurs le commande ». De même, à la lecture de l'article 60 du CPCS qui prévoit que le juge peut déclarer la publicité de l'audience dangereuse pour l'ordre ou les mœurs par arrêt ou jugement préalable après avoir entendu le ministère public, on remarque que les parties au procès sont exclues. Seul le juge a la possibilité de demander que les débats se tiennent en chambre du conseil. Toutefois, et à l'instar du droit français, il y a des hypothèses où l'audience en chambre du conseil est prévue par la loi. C'est le cas en matière de divorce contentieux (article 171 du CF) et d'actions en contestation ou établissement de filiation (article 202CF). Ces dispositions sont motivées par le souci de protéger la vie privée des litigants. Mais qu'entend-on par vie privée ?

486. Selon le professeur Abdoullah CISSE, la vie privée apparaît comme une notion « caméléon », flexible qui change de signification en fonction de la qualité de celui qui l'invoque, de ses intérêts dûment, de ses propres contradictions et surtout de sa culture de référence, bref une notion adaptée à la nature vivante de la personne humaine. Elle constitue alors une source de qui pro quo dissolvants comme elle peut offrir un cadre d'enrichissement fécond lorsque par l'abstraction, tout le monde accepte de taire ce qui lui est propre et superflu pour se réunir au tour de ce qui nous est commun et fondamental.⁹⁹⁶ Il faut dire que lorsqu'on examine la constitution du 22 janvier 2001, l'expression « *vie privée* » n'y figure pas.

Toutefois, cela ne doit pas nous amener à conclure que la vie privée ne fait pas l'objet d'une protection au Sénégal à l'instar des instruments juridiques internationaux à savoir le Pacte international des droits civils et politiques, la déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme respectivement en leurs articles 12 et 8, puisque dans le préambule de la constitution il est mentionné l'adhésion du Sénégal à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'ONU et l'OUA. Et étant donné que le préambule fait partie du bloc de constitutionnalité, on peut en déduire que la constitution reconnaît ainsi le droit au respect de la vie privée tel qu'il est énoncé dans l'article 12 de la Déclaration universelle.

⁹⁹⁶ A. CISSE, *Le droit fondamental à la vie privée*, Cours spécial Master Recherche IDHP.

Seuls les aspects de la vie privée sont donc prévus dans la Constitution 2001. Il s'agit de l'inviolabilité du secret de la correspondance et du domicile. On peut regretter que cette constitution, qui a été élaborée tout récemment et qui fait référence à l'Etat de droit dans lequel les droits de l'homme sont reconnus et garantis, ait omis de mentionner expressément dans l'une de ses dispositions le droit au respect de la vie privée, alors qu'elle a consacré tout un titre aux droits de l'homme. La législation ordinaire en la matière présente aussi de très nombreuses lacunes⁹⁹⁷. Si la vie privée fait l'objet d'une reconnaissance internationale et interne, il n'en demeure pas moins qu'elle n'a pas été définie. C'est la doctrine et la jurisprudence qui se sont donné la peine d'en préciser le contenu et la nature.

Concernant les contours de la vie privée, il faut dire qu'une première idée consiste à opposer la vie privée à la vie publique. Selon le professeur KAYSER, le droit au respect de la vie privée « a pour fin d'assurer la paix et la tranquillité de cette part de la vie de toute personne qui n'est pas consacrée à une activité publique »⁹⁹⁸. Une autre idée se borne à considérer la vie privée comme un domaine inaccessible aux tiers. Ainsi, pour Monsieur RIVERO, « la vie privée est cette sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié »⁹⁹⁹.

Selon une jurisprudence française : « chacun a droit au secret de sa vie intime, élément du patrimoine moral de chaque individu »¹⁰⁰⁰. Pour le juge français, la vie privée correspond à la préservation des secrets de la personne. Pour le professeur NIZER c'est la préservation de la tranquillité de la personne : « le droit de l'individu à une vie retenue et anonyme »¹⁰⁰¹. Dans le même esprit, le juge COOLEY, dès 1888, parlait du « droit d'être laissé tranquille »¹⁰⁰².

Concernant la nature du droit au respect de la vie privée, tantôt, elle considérée comme un droit de la personnalité, un droit de l'homme et enfin une liberté publique.

487. Au regard de tous ces développements, il convient de conclure que la notion de vie privée est difficile à définir. On peut donc excuser le constituant sénégalais d'avoir seulement prévu les différents aspects de la vie privée. En outre, le législateur sénégalais n'a pas précisé ce qu'il entendait par ordre et mœurs. Il faut rappeler que l'ordre auquel le législateur sénégalais a fait allusion à l'article 60 du CPCS n'est rien d'autre que l'ordre public. L'ordre public est

⁹⁹⁷ A. CISSE, *op.cit.*, p.33.

⁹⁹⁸ P. KAYSER, « *Les droits de la personnalité, aspects théoriques* », RTD.civ 1971, p. 466, n° 21

⁹⁹⁹ Les libertés publiques, t. II, Paris, PUF, 1997, p. 66.

¹⁰⁰⁰ Paris 16 mars 1955, D. 1955, J., p.295.

¹⁰⁰¹ Michigan, Law Review, 1939, p. 526.

¹⁰⁰² « *The Right to be let alone* », Colley, Torts, 2^e edition, 1888, p. 29.

une notion particulièrement fuyante qui ne se laisse guère enfermer dans une définition précise.¹⁰⁰³ Les auteurs qui se sont attachés à donner une définition de l'ordre public, se sont avoués vaincus. PILON refuse de « s'aventurer sur les sables mouvants »¹⁰⁰⁴ et ALGAVE sur « un sentier bordé d'épines »¹⁰⁰⁵. Un auteur a pu relever dans la doctrine et la jurisprudence vingt deux définitions (22).¹⁰⁰⁶ Pour PLANIOL, une disposition est d'ordre public « toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi »¹⁰⁰⁷.

488. Quant aux bonnes mœurs, elles consistent à préserver la société de comportements dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres, leur liberté ou leur moralité. La finalité des bonnes mœurs a évolué. Si elle était essentiellement de nature sexuelle, on assiste à un déplacement très net vers les actes concernant le corps humain, l'individu lui-même, le commerce portant sur les individus, voir l'état des personnes. Cette modification des finalités peut s'expliquer par un recul des interdits de nature sexuelle¹⁰⁰⁸.

489. La question s'est posée en jurisprudence de savoir s'il fallait étendre ou non la publicité des débats devant le tribunal d'instance aux débats devant la Cour d'appel en l'absence de disposition légale. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation, interprétant restrictivement l'article 7 du décret de 1958, avait décidé que les débats redevenaient publics en appel¹⁰⁰⁹. La première chambre civile avait statué en sens contraire, en se fondant sur l'intérêt du justiciable. L'article 433 alinéa 1 du CPCF s'inscrit dans cette logique en précisant : « ce qui est prévu à cet égard en première instance doit être observé en cause d'appel ». Désormais donc, si les débats ont lieu en chambre du conseil devant la juridiction de première instance, il en sera de même en cause d'appel.

Au delà de l'aménagement de la publicité des débats, nous avons l'inefficacité des décisions de justice.

§2. L'INEFFICACITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE

¹⁰⁰³ J. ONESTIN, *L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé*, exposé CN-RL 1982.

¹⁰⁰⁴ PILON rapport, sous Réq. 21 avril 1931, S. 1931. 1.377.

¹⁰⁰⁵ ALGAVE, *Définition de l'ordre public en matière civile*, Rev. Prat. De Dr. Adm. 1868 pp. 144 et s.

¹⁰⁰⁶ PH. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, thèse Paris 1953.

¹⁰⁰⁷ M. PLANIOL, cité par J. GHESTIN, *op.cit.*

¹⁰⁰⁸ Répertoire de Droit civil Tome VII 33^e année.

¹⁰⁰⁹ Cass. 2^e civ 30 Novembre 1966 : Bull. civ.II. N° 933.

490. Les décisions de justice sont inefficaces non seulement parce qu'il y a de nombreux obstacles à leur exécution (A), mais également parce que certaines décisions de justice sont par moment contestables, ont des effets paradoxaux ou rendues avec beaucoup de retard (B).

A. LES OBSTACLES À L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE

491. Dans cette partie nous allons nous étendre sur les obstacles communs aux systèmes juridiques français et sénégalais (1) et les obstacles spécifiques au droit français parce que les mesures en question n'ont été prévues que dans l'hexagone (2)

1. LES OBSTACLES PRÉVUS PAR LES DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES

492. Parler d'obstacles prévus par les deux systèmes ne signifie pas qu'il n'y a aucune spécificité à relever. A titre d'exemple, les insaisissabilités d'origine volontaire qui existent en France et pas en droit ohada¹⁰¹⁰. Même pour les notions consacrées dans les deux droits, il existe par moment des différences soit de degré soit de taille. Nous allons étudier successivement les différents obstacles à l'exécution des décisions de justice.

493. Aux termes de l'article 30 AUPSRVE il est précisé : « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ». Les personnes dont il est question sont citées à l'alinéa 2 de l'article 30 : il s'agit des personnes morales de droit public et les entreprises publiques.

Cette disposition met en évidence la prééminence de l'administration sur le justiciable et mérite d'être critiquée d'autant plus que c'est l'Etat qui incarne le respect de la légalité. Il est donc regrettable qu'il soit condamné sans pour autant exécuter la décision. De même, il peut

¹⁰¹⁰ La loi française n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique permet à un entrepreneur individuel de rendre sa résidence familiale indisponible. Ainsi, aux termes de l'article 526-1 du Code de commerce « par dérogation aux articles 2284 et 2285 du code civil, une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixé sa résidence spéciale ». Voir également l'article 14-3° de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991. Néanmoins cette disposition doit être rapprochée de l'article 382-3° et 4° CPCS qui cite les biens déclarés insaisissables par le testateur ou le donateur. La référence au CPCS et non à l'AUPSRVE se justifie par l'existence de l'article 51 de cet acte qui dispose : « les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats parties ».

arriver qu'une décision de justice soit rendue et qu'elle ne fasse pas l'objet d'une notification à l'adversaire parce que le tribunal ne l'a pas délivrée ou qu'elle l'a été de façon tardive. Il faut rappeler que c'est la notification qui fixe le point de départ du délai des voies de recours¹⁰¹¹.

Pourtant, le Ministère de la Justice sénégalaise avait préconisé par arrêté que les délais de délivrance des décisions de justice ne dépassent pas 45 jours. Ces délais de délivrance varient d'un tribunal à un autre et sont approximativement de 15 jours au tribunal départemental, 1 mois au Tribunal du Travail, 2 mois au Tribunal régional, 6 mois à la Cour d'appel. Mais avec les recommandations du Ministre de la Justice, le Tribunal régional se fixe pour objectif de délivrer les référés dans un bref délai en 24 h, les référés sur placet et sur difficulté en 48 h, les autres décisions de justice, 15 jours maximum.¹⁰¹² A rappeler que la procédure de délivrance d'une décision de justice est composée de trois étapes : l'établissement et la signature de la décision par le greffier, la signature du juge, l'enregistrement de la décision au niveau des impôts.

494. L'autre obstacle c'est la difficulté d'exécuter les décisions rendues à l'étranger. En effet pour que de telles décisions aient force exécutoire, il faut qu'elles soient exequaturées¹⁰¹³.

¹⁰¹¹ Y. LOBIN dans son article intitulé *La notification des jugements et ses sanctions* in Mélanges P. RAYNAUD p.381, soutenait que la notification des actes de procédure dont le but est l'information de l'adversaire, est une règle essentielle qui trouve son fondement dans le principe du contradictoire dont le respect ne se limite pas à l'instance proprement dite mais se prolonge après la prononciation du jugement. Les décisions de justice sont en effet des actes d'une importance particulière non seulement parce qu'elles mettent fin à un litige, mais aussi et surtout en raison des conséquences attachées à leur notification. C'est d'abord, à dater de celle-ci que l'exécution devient possible. C'est aussi en principe, le point de départ des délais des voies de recours. Mais toujours selon l'auteur, la notification est indispensable sous réserve des cas où, en vertu d'un texte, les décisions peuvent être exécutées sur minute comme les ordonnances de référé et le sont toujours comme les ordonnances sur requête.

¹⁰¹² Compte rendu de la Neuvième Session du Conseil présidentiel de l'Investissement Groupe de Travail N°1 du 28/03/08

¹⁰¹³ Il y a trois conditions de l'exequatur prévues par la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales à laquelle le Sénégal est partie : la sentence arbitrale, les décisions étrangères, les actes publics étrangers. Il faut dire qu'au-delà de cette Convention, le Sénégal a ratifié de nombreuses conventions en matière d'exequatur : dans le cadre de l'Union Africaine Malgache, avec la Guinée Conakry, la Tunisie, le Mali, le Maroc, la France, la Guinée Bissau. V. Code de procédure civile du Sénégal annoté E.D.J.A 2003 ISBN : 2-87838-091-6 p.417. L'article 787 C.P.C.S prévoit également les conditions d'exequatur d'une décision de justice.

L'AUA prévoit également l'exequatur. Ainsi aux termes de l'article 30 : « la sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur rendue par le juge compétent dans l'Etat -Partie ». Il faut préciser que si l'exequatur est refusé, il y aura recours en cassation devant la CCJA ; Mais si on l'admet, il n'y aura pas de recours sauf celui en annulation de la sentence arbitrale. Voir également l'article 25 du traité OHADA. Il faut juste rappeler que conformément à l'article 20 du Traité OHADA, les arrêts de la CCJA circulent librement en non pas besoin d'être exequaturés.

De plus, on remarque une difficile circulation des décisions de justice dans l'espace OHADA¹⁰¹⁴.

Le législateur OHADA a institué des obstacles à l'exécution de la décision de justice. Mais le tout dans la recherche d'un « équilibre entre le demandeur et le défendeur ». Ainsi, après avoir rappelé à l'article 39 AUPSRVE alinéa 1 que le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible, le législateur ohada précisé au second alinéa de la disposition précitée que : « (...) Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiaires, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues, dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital ». Par cette disposition le législateur OHADA consacre les délais de grâce¹⁰¹⁵.

Pour éviter tout abus, la durée des délais modérés est fixée à une année contrairement au droit des procédures collectives où il y a suspension des poursuites individuelles¹⁰¹⁶. En France, l'octroi de délai de grâce doit être motivé et ne peut dépasser deux ans.

Le délai de grâce peut être accordé par le juge lorsqu'il prononce la condamnation, et par le juge des référés même après la condamnation. .

D'autres obstacles sont prévus dans le souci de respecter la vie privée du débiteur et de lui permettre de vivre. Ainsi, le législateur OHADA prévoit qu'aucune saisie ne peut être faite un dimanche ou un jour férié sauf cas de nécessité et en vertu d'une autorisation spéciale du Président de la juridiction dans le ressort de laquelle se poursuit l'exécution, qu'aucune saisie ne peut être commencée avant 8 heures ou après 18 heures sauf en cas de nécessité avec l'autorisation de la juridiction¹⁰¹⁷. De même, il existe des biens insaisissables.

¹⁰¹⁴ C'est dans le souci de faciliter la circulation des décisions de justice qu'en 1958, plusieurs Etats dont le Sénégal ont adopté la Convention de New York portant reconnaissance et exécution des sentences arbitrales étrangères. De même, le Sénégal et la France ont signé le 14 juin 1962 un accord de coopération en matière de justice fixant les conditions dans lesquelles l'exequatur est accordé.

¹⁰¹⁵ Avant l'AUPSRVE, le délai de grâce était prévu au Sénégal par l'article 173 COCC. Du fait de la portée abrogatoire des dispositions de l'AUPSRVE, cette disposition ne subsiste plus. La CCJA, dans un avis consultatif rendu sur l'initiative du Mali n°002/99/EP, www.juriscope.org, a estimé que « l'article 16 du projet de loi malien qui déroge à l'article 39 de l'AUPSRVE en ce qu'il édicte des conditions nouvelles, impératives et restrictives pour le bénéfice par le débiteur du délai de grâce, est contraire et incompatible avec l'article 39 précité ».

¹⁰¹⁶ Voir les articles 9 et 75 de l'Acte uniforme portant procédures collectives d'apurement du passif. Aux termes de ces dispositions, les recours individuels et les voies d'exécution sont suspendus.

¹⁰¹⁷ Cette disposition est à rapprocher de l'article 28 de la loi française n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution. Selon cette disposition, aucune mesure d'exécution ne peut être effectuée un dimanche ou un jour férié, si ce n'est en cas de nécessité et en vertu d'une autorisation spéciale du juge. Seulement la différence réside dans les heures de commencement d'une mesure d'exécution. En France, les

495. Le sursis à exécution des décisions peut être cité au rang des obstacles à l'exécution des décisions de justice. Il est consacré par les articles 269 et 270 CPCS et pour les arrêts de la CCJA c'est l'article 46-3 du Règlement de procédure de la CCJA qui le prévoit. Le sursis à exécution est également prévu par l'article de la loi 2008-35 sur la Cour suprême.¹⁰¹⁸

496. Pour protéger le perdant dans le cas d'une décision exécutoire par provision, le législateur sénégalais subordonne le prononcé de l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie¹⁰¹⁹. De plus, le perdant peut éviter l'exécution provisoire en obtenant du juge des référés l'autorisation de consigner les espèces ou les valeurs suffisantes pour garantir en principal, intérêts et frais le montant de la condamnation.

L'article 88 du CPCS précise les caractères de la garantie que le demandeur doit constituer. Celle-ci doit figurer dans le jugement statuant sur l'exécution provisoire ; elle doit être suffisante pour répondre éventuellement de toutes les restitutions et réparations. Elle consiste

opérations d'exécution ne peuvent commencer avant 6 heures et après 21^e heures. On remarque que le temps accordé par le législateur OHADA est plus court que celui accordé par le législateur français. De plus, une opération de saisie peut avoir lieu plutôt en France que dans l'espace ohada. Est-ce parce que les Français sont plus lève-tôt que les citoyens des Etats membres de l'OHADA?

¹⁰¹⁸ Avant la réforme de 2008 sur la Cour suprême au Sénégal, le sursis à exécution était prévu à l'article 16 alinéa 2 de la loi organique N° 92-25 du 30 mai 1992 sur la Cour de cassation : « Saisi d'un pourvoi par une partie(...) la chambre compétente de la Cour de cassation (...) peut également décider en audience publique qu'il sera sursis à l'exécution de l'arrêt ou du jugement attaqué, si cette exécution doit provoquer un préjudice irréparable et si les moyens invoqués à l'encontre de cet arrêt ou de ce jugement paraissent, en l'état de la procédure, sérieux et de nature à entraîner la cassation. Elle ordonnera la constitution par le demandeur au pourvoi d'une garantie suffisante, dont elle fixera souverainement les modalités et le montant. La signification à la partie adverse de la requête aux fins de sursis avec constitution de garantie suspend l'exécution de la décision attaquée jusqu'à ce qu'il ait été statué sur ladite requête ».

L'examen de cette disposition permet de soutenir que l'appréciation du préjudice irréparable et des moyens sérieux invoqués appartient souverainement au juge. Le juge n'est donc pas lié par les arguments soulevés par les parties au procès. On peut le remarquer à travers un certain nombre de décisions de justice.

Dans l'arrêt LONASE (Société Nationale) c/ AÏDARA, la Cour suprême N°143 du 18 octobre 1989 rejette la requête aux fins de sursis déposée par la LONASE, après avoir constaté le dépôt hors délai du pourvoi, précisement que la preuve du caractère irréparable du préjudice n'est pas rapportée. A préciser que ladite société avait été condamnée à payer 26 millions de francs par arrêt de la Cour d'appel N°100 du 27 janvier 1989. Dans la même lancée, on peut citer l'arrêt S.E.I.B (Société d'économie mixte) c/ Kane dans lequel la Cour Suprême N°42 du 29 mars 1990 rejette la requête aux fins de sursis présentée par S.E.I.B qui se limite à énoncer sa nature juridique sans dire en quoi le paiement de la somme de 500.000f auquel elle a été condamnée par la Cour d'appel, lui causerait un préjudice irréparable. Il faut juste ajouter que les décisions de sursis ne présentent en réalité un intérêt que sur le plan formel car dans la réalité, le texte de l'article 194 du COCC est largement utilisé par les personnes morales concernées et suffit à empêcher l'exécution des décisions de dernier ressort jusqu'à la décision de la Cour de cassation sur le pourvoi en cassation.

¹⁰¹⁹ Expliquant pourquoi l'exécution provisoire est assortie de garanties, M. L. CADIET (*Droit judiciaire privé*, 3^e édition, Litec, 2000, spec n°1485, p.637) soutient que « toutes ces dispositions manifestent un souci d'équilibre entre les intérêts du gagnant et les intérêts du perdant ».

dans une caution, un dépôt d'espèces ou de valeurs dont le tribunal arbitre le montant et la nature, sur offres du demandeur.

Contrairement à ce qui prévaut en droit sénégalais, en France, aux termes de l'article 517 .C.P.CF, la subordination de l'exécution provisoire à la constitution d'une garantie est une faculté pour le juge. Il a donc un pouvoir d'appréciation souverain.

Toujours dans le souci de protéger les intérêts de la partie condamnée, le législateur français prévoit l'arrêt de l'exécution provisoire ordonnée par le juge ou de droit. Les conditions de l'arrêt de l'exécution provisoire ne sont pas les mêmes selon qu'elle a été ordonnée par le juge ou qu'elle est de droit. Lorsqu'elle a été ordonnée par le juge, le premier Président peut arrêter l'exécution provisoire dans deux cas : si elle est interdite par la loi ; si elle risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives¹⁰²⁰.

Selon la Cour de cassation, les conséquences manifestement excessives ne doivent être appréciées qu'au regard des facultés financières du débiteur et des facultés de remboursement du gagnant ; en aucun cas le juge doit prendre en compte les chances de réformation ou d'annulation du jugement.¹⁰²¹ Par une constante jurisprudence, la Cour de cassation française a jugé que l'article 524 du CPCF n'autorise en aucun cas le premier président de la Cour d'appel à arrêter l'exécution provisoire de droit.¹⁰²²

Cette position de la Cour de cassation était contestée par certains premiers Présidents de la Cour d'appel qui persistaient à arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation flagrante de la loi , sur le fond ou sur la forme, et tout particulièrement en cas de violation grave des droits de la défense.

Le législateur français, par le biais du décret du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile a donné raison aux premiers Présidents résistants.

¹⁰²⁰ Le législateur sénégalais utilise quant à lui l'expression « de troubles particulièrement intolérables » à l'article 820 - 10 du décret 2001-1151 du 31 décembre 2001.

¹⁰²¹ Cass 2^e civ, 5 juin 1996 : JCP 1996, IV, 1701.

¹⁰²² Cass. Soc, 28 juin 2001 : JCP 2001, IV, 2582.

497. L'arrêt de l'exécution provisoire de droit est enfin consacré par le législateur¹⁰²³. Aux termes de l'article 8 du décret n° 2004-836 du 20 août 2004 « le premier président peut arrêter l'exécution provisoire de droit en cas de violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 et lorsque l'exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives ».

Deux conditions doivent donc être réunies : d'une part, comme pour l'exécution provisoire facultative, il faut que l'exécution provisoire de droit risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

D'autre part, l'arrêt de l'exécution provisoire de droit est subordonné à la violation manifeste du principe du contradictoire ou de l'article 12 du CPCF qui détermine les pouvoirs du juge sur le droit. Il faut donc une condition économique et juridique. L'article 8 du décret précité est à rapprocher de l'article 820-10 du décret 2001-1151. Toutefois, en l'espèce, au lieu que le premier Président de la Cour d'appel ou le Président du tribunal régional ordonne le sursis de l'exécution provisoire de droit des décisions de justice, il peut subordonner cette exécution à la constitution de garantie suffisante pour répondre de toutes restitutions ou réparations.

498. Au regard des développements qui précèdent, on peut affirmer que l'exécution provisoire tente de concilier deux intérêts forcément contradictoires à savoir l'intérêt du demandeur qui souhaite qu'une décision intervenue en sa faveur en première instance ne soit pas paralysée par l'effet suspensif de l'appel mais quelque fois dilatoire ou abusif et celui du défendeur, qui rencontre des difficultés pour exécuter une décision de justice prononcée à son encontre.

499. Mais au-delà de ces intérêts, c'est l'image de la justice qui est concernée. Celle-ci sera jugée efficiente par le plaideur qui a bénéficié de l'exécution provisoire et inhumaine par celui contre qui une décision d'exécution provisoire a été rendue incapable d'exécuter celle-ci et qui, n'a pas bénéficié de la protection du perdant¹⁰²⁴.

¹⁰²³ PH. HOONAKKER, « *L'arrêt de l'exécution provisoire de droit enfin consacré par le législateur !* » D. 2004 p. 2314

¹⁰²⁴ Il faut souligner que le législateur OHADA n'a pas prévu l'arrêt ou la défense à exécution provisoire car l'article 32 alinéa 2 ne traite que de la possibilité d'engager la responsabilité du créancier exécutant lorsque le titre exécutoire par provision est modifié, après avoir rappelé que l'exécution provisoire se poursuit aux risques du créancier. La question qui se pose est celle de savoir si le législateur OHADA a oublié de prévoir les défenses et le sursis à exécution provisoire.

500. L'huissier de justice peut dans le cadre de l'exécution d'un titre exécutoire, rencontrer des difficultés physiques. Tel est le cas lorsque l'huissier se heurte à des menaces, une rébellion à son encontre, des manifestations hostiles à l'exécution, voire des interventions violentes d'associations de défense de telle ou telle cause sociale ou syndicale qui rendent impossible l'exécution de sa mission¹⁰²⁵. En effet, dans les quartiers populaires, les responsables des forces publiques hésitent d'autant plus qu'en Afrique, c'est leur présence qui déclenche le mécontentement. Il n'est pas rare, en effet, de voir en Afrique des voisins, parents et amis du débiteur faire face aux forces publiques, entendant ainsi manifester leur solidarité contre cette justice de l'Etat que l'on trouve inique, s'en prenant aussi à l'huissier diligent de la procédure de saisie, cet homme sans foi et sans cœur qui se mêle de ce qui ne le regarde pas¹⁰²⁶. Les réactions contre les exécutions de jugement se transforment parfois en véritables émeutes. C'est le moment où les populations en profitent pour régler leurs comptes avec cet ordre étatique dans lequel elles ne se reconnaissent pas¹⁰²⁷.

L'article 49 AUPSRVE dit que l'huissier peut demander à l'autorité administrative compétente ou à une autorité de police ou de gendarmerie d'assister aux opérations de saisie en l'absence de l'occupant du local, ou si ce dernier en refuse l'accès. Ces personnes requises par l'huissier ou l'agent d'exécution sont-elles tenues de s'exécuter ? L'AUPSRVE ne le précise pas. Il faut se référer, pour les autorités de police ou de gendarmerie à l'article 205 du Code pénal sénégalais qui dispose que : « tout commandant, tout officier de la force publique qui, après en avoir légalement requis par l'autorité administrative ou judiciaire, aura refusé ou se sera abstenu de faire agir la force sous ses ordres, sera puni de la destitution et d'un emprisonnement d'un an à deux ans, ou de l'une de ces peines seulement ». Cette disposition est d'une importance capitale pour l'huissier ou l'agent d'exécution parce qu'elle lui permet de bien faire son travail ; seulement, vu qu'il n'y a pas à notre connaissance, de cas de destitution ou d'emprisonnement d'officiers de la force publique, alors que nous savons que ceux-ci opposent souvent comme argument des impossibilités matérielles (manque de véhicule et de carburant) et des difficultés d'ordre juridique (attente des ordres des supérieurs hiérarchiques)¹⁰²⁸, il est permis de dire que cette garantie dont devait jouir l'huissier ou

¹⁰²⁵ F. ARBELLOT, *Concours de la force publique*, Jurisclasseur Procédure civile Tome 10 Fascicule 2110-2005.

¹⁰²⁶ P. MVONDO, *La crise de la justice de l'Etat en Afrique noire francophone. Etudes des causes du « divorce » entre la justice et les justiciables*, Penant 1997, pp. 208 à 228.

¹⁰²⁷ P. MVONDO, *op cit.*, pp.208 à 228.

¹⁰²⁸ Parfois, les représentants de la force publique n'osent pas intervenir parce qu'ils ont affaire à des intouchables de fait. Il s'agit, selon P. MVONDO (*La crise de la justice de l'Etat en Afrique Noire*

l'agent d'exécution n'est que théorique. C'est peut-être pour pallier ces insuffisances que le législateur ohada a prévu à l'article 44 AUPSRVE, la possibilité pour l'huissier ou l'agent d'exécution de se faire assister « toujours » d'un ou deux témoins majeurs, non parents ni alliés en ligne directe des parties ni à leur service (c'est pour éviter le risque de partialité). Mais à notre avis, le problème reste entier puisque que l'AUPSRVE reste muet sur les pouvoirs de contrainte de ce ou ces témoins.

Au delà des obstacles à l'exécution des décisions de justice prévus dans les deux systèmes juridiques, nous avons des obstacles spécifiques au droit français.

2. LA SUSPENSION DES PROCÉDURES D'EXÉCUTION SUITE À L'OUVERTURE DES PROCÉDURES DE SURENDETTEMENT ET DE RETABLISSEMENT PERSONNEL : UNE SPÉCIFICITÉ DU DROIT FRANÇAIS

501. Le consommateur peut être confronté à des difficultés financières. Pour tenter de les résoudre, le législateur français a institué la procédure de surendettement et de rétablissement personnel.

502. L'une des caractéristiques initiales du droit du surendettement est d'avoir mal appréhendé la situation des consommateurs en difficultés. Le législateur était parti de l'idée qu'un consommateur était surendetté uniquement parce qu'il avait en quelque sorte trop consommé en recourant de manière irréfléchie au crédit. Sa mauvaise gestion était l'unique source de son insolvabilité¹⁰²⁹. Mais il y a un surendettement passif qui résulte d'une diminution fortuite des ressources du débiteur suite au chômage, maladie, accident et décès du conjoint et un surendettement actif résultant d'une accumulation de dettes dont le total est excessif.

L'article L.330-1 du Code de la consommation définit la situation de surendettement comme l'impossibilité pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou

Francophone. Etudes des causes du « divorce » entre la justice et les justiciables, Penant, 1997, pp.208-228) de personnes assurées d'appuis politiques de très haut niveau, lorsqu'elles ne sont pas elles-mêmes de très hauts responsables politiques ou de l'appareil de l'Etat.

¹⁰²⁹ S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Economica, 2008, p.486.

d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci.

Le surendettement peut être traité soit de façon conventionnelle, soit de façon judiciaire.

Pour bénéficier du surendettement, il faut être une personne physique, domiciliée en France ou à l'étranger si elle est de nationalité française, satisfaire aux critères de bonne foi définis par la loi ¹⁰³⁰ et se trouver dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles ou à échoir. Les dettes professionnelles sont ceux qui sont nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle. Elles ne peuvent ouvrir droit à la procédure de surendettement.

Une controverse doctrinale a existé concernant les procédures d'expulsion c'est-à-dire est-ce qu'elles sont suspendues au même titre que les voies d'exécution en cas de procédure de surendettement. Pour M. Paul Le CANNU, cela est envisageable puisque la loi a un caractère général¹⁰³¹ tandis que pour J.L.VALLENS, cela n'est pas possible d'autant que les procédures d'exécution ne s'appliquent qu'aux biens du débiteur¹⁰³². Cette dernière thèse de la doctrine a obtenu l'adhésion voire la confirmation de la jurisprudence. Selon la haute juridiction française, l'expulsion n'est pas concernée par le surendettement puisque seules les procédures d'exécution se trouvent suspendues¹⁰³³. Cette jurisprudence est remise en cause par la loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation¹⁰³⁴. Cette loi a non seulement simplifié la procédure de surendettement, mais également institué une nouvelle procédure de rétablissement personnel à savoir le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Selon l'article 40 de cette loi qui correspond à l'article L331-3-2 du code de consommation, si la commission de surendettement déclare le dossier du débiteur recevable, elle peut saisir le juge de l'exécution aux fins de suspension des mesures d'expulsion du logement du débiteur.

¹⁰³⁰ Par plusieurs arrêts, la Haute juridiction a considéré que l'appréciation de la bonne foi relevait du pouvoir souverain des juges du fond. Cass 1^{er} civ, 4 avril 1991, D.1991p.301, note M. BOULOC.

¹⁰³¹ P. Le CANNU Bulletin Jolly 1990 p.135, n°28 cité par P.L. CHATAIN, F. FERRIERE, *Surendettement des particuliers*, Dalloz références 2000.

¹⁰³² J.L.VALLENS ALD 1990 p.87, n°93 cité par P.L. CHATAIN, F. FERRIERE, *op cit*.

¹⁰³³ Cass. 2^e civ. 22 janvier 2002 Juris-Data n°2002-012666.

¹⁰³⁴ J.O du 2 juillet 2010.

Une autre question s'est posée de savoir si le créancier peut poursuivre une procédure à l'encontre du conjoint non demandeur d'une procédure de traitement de surendettement. A cette question, la jurisprudence a répondu que l'autorisation donnée au créancier du conjoint de poursuivre la procédure ruinerait les effets des dispositions légales relatives au surendettement¹⁰³⁵

503. La procédure de rétablissement personnel a été instituée par la loi française n°2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, renforcée par la loi n°2007-290 du 5 mars 2007 relative au droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

Pour ouvrir une procédure de rétablissement personnel, il faut que la situation du débiteur soit irrémédiablement compromise. La Cour de cassation française a pris le soin de préciser le domaine de la procédure de rétablissement personnel. Selon elle, la procédure s'applique : « au seul cas où la pauvreté durable du débiteur ne permet pas d'envisager d'autre solution que l'effacement immédiat de ses dettes et la liquidation de ses biens¹⁰³⁶ ».

La procédure de rétablissement personnel n'est envisageable que lorsqu'il n'existe aucun espoir de redressement, ou un retour à une meilleure fortune dans un avenir proche. La saisine du juge aux fins de rétablissement personnel suspend les voies d'exécution et les mesures d'expulsion du logement du débiteur jusqu'au jugement d'ouverture du rétablissement personnel. Aux termes de l'article L332-6 du Code de la consommation, le jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel entraîne immédiatement et automatiquement la suspension des procédures d'exécution diligentées contre le débiteur et portant sur des dettes autres qu'alimentaires. La clôture pour insuffisance d'actif efface les dettes non professionnelles (article 332-9).

Depuis la loi Borloo n°2003-710 du 1^{er} août 2003, le dossier peut être orienté vers le surendettement ou vers la procédure de rétablissement personnel. Dans le premier cas, la commission de surendettement va proposer un plan conventionnel de redressement qui peut contenir le report de paiement, des remises de dettes, une réduction ou suppression du taux

¹⁰³⁵ TGI LURE, 18 octobre 1991, D.1992, IR, p.64.

¹⁰³⁶ G. RAYMOND, obs sous Cass Avis, 10 janvier 2005 Contrats, Conc, Consom 2005, n°76 cité par M. BAZIN, obs sous civ. 2^e, 14 septembre 2006, pourvois n°05-04.024 et n°05-12.521, Droits et procédures n°1, 2007, pp.27-28.

d'intérêt. Dans le second cas, le débiteur sollicite la procédure de rétablissement personnel lorsqu'il se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre les mesures de traitement dont nous venons de parler.

L'inefficience des décisions de justice s'apprécie par rapport au temps de rédaction des décisions de justice, à leur efficacité et leur pertinence.

B. DES DÉCISIONS PAR MOMENT CONTESTABLES, AUX EFFETS PARADOXAUX ET RENDUES TARDIVEMENT

504. Dans le rapport de présentation du décret 2001-1151, il est précisé que : « pour mettre un terme aux lenteurs inhérentes à la mise en état des affaires et à l'encombrement anormal des rôles des tribunaux, au détriment de l'intérêt de la plupart des justiciables, il est devenu impérieux d'instituer le juge de la mise en état auprès de ces juridictions de base à l'instar de ce qui existe à la Cour d'appel de Dakar ».

On serait porté à croire que le législateur sénégalais a institué un véritable juge d'instruction qui doit connaître le fond du litige et l'instruire¹⁰³⁷. Malheureusement, M. KANE constate que ce rôle important semble facultatif dans la mesure où les articles 54-7, 8 et 9 du décret 2001, lui donne toute latitude de faire ou de ne pas faire, puisque ces textes n'en font pas une obligation pour le juge. L'auteur fait remarquer que jusqu'à présent, dans la pratique, le juge de la mise en état se contente simplement de la gestion des renvois demandés par les parties, de recevoir leurs dossiers et de renvoyer les affaires devant la chambre du jugement pour que celle-ci fixe la date du délibéré. Cette pratique doit, selon M. KANE disparaître, si nous voulons que la réforme atteigne véritablement ses objectifs et les avocats y ont une grande part de responsabilité.

Nous souscrivons entièrement à cette opinion car tel qu'évoqué dans la pratique et à l'état actuel des choses, le rôle du juge de la mise en état est aux prises avec la routine et n'a presque rien d'intellectuel. Or, cet exercice ne doit pas faire défaut dans le travail du juge de la mise en état. Il faut donc que tout le personnel judiciaire y mette du sien pour que la

¹⁰³⁷ M. KANE, *op.cit.*, p.12.

réforme entreprise il y a quelques années aboutisse, car, comme le dit si bien M. KANE, il y va de notre survie et de la bonne administration de la justice au bénéfice des justiciables¹⁰³⁸.

Cette remarque de Me Massokhna KANE est pertinente et permet d'affirmer que la réforme s'imposait certes, mais n'a pas encore donné les résultats escomptés. En effet, il n'est pas rare de voir dans la pratique, des affaires qui sont renvoyés plusieurs fois de façon presque abusive¹⁰³⁹.

505. Cependant, les retards constatés dans les prises de décisions de justice, ne sont pas seulement imputables aux juges. Ces derniers sont quelquefois dus à un fonctionnement défectueux du service public de la justice, qui, souvent par manque de moyens humains et matériels ou à cause d'une mauvaise organisation, met un temps anormalement long pour fournir à l'usager, le service qui lui est dû, la justice¹⁰⁴⁰.

A titre de comparaison, nous pouvons citer le cas de la Côte d'Ivoire. Selon M. Jacques ALIBERT : « on a vu s'écouler plus d'une année avant que soit levée la grosse nécessaire pour poursuivre le débiteur condamné ; on a vu l'adversaire obtenir le blocage de cette grosse en versant au greffier une somme d'argent¹⁰⁴¹ ». Il faut juste préciser que la Cour européenne des droits de l'homme considère la durée de la phase d'exécution comme faisant partie du calcul du délai raisonnable.¹⁰⁴²

Le législateur OHADA a prévu la procédure d'injonction (de payer, de délivrer et de restituer) dans un souci d'efficacité et de célérité. Seulement, on se rend compte que ces deux procédures dites « simplifiées » ne donnent pas forcément satisfaction au créancier¹⁰⁴³. Nous

¹⁰³⁸ M. KANE, *op.cit.*, p.15.

¹⁰³⁹ Sénégal. Le secteur de la justice et de l'Etat de droit. Une étude d'AfriMAP et de l'Open Society Initiative for West Africa, novembre 2008, p. 152.

¹⁰⁴⁰ Selon les dernières statistiques disponibles qui ont été fournies par le rapport final du Programme Sectoriel sur la Réforme de la Justice, le Sénégal compte au total trois cent dix huit (318) magistrats, soit un ratio d'un magistrat pour trente mille (30.000) habitants alors qu'en France ce dernier est d'un magistrat pour huit mille cinq cent (8500) habitants. Ces données chiffrées traduisent le grand niveau d'engorgement des juridictions sénégalaises qui ploient de plus en plus sous le fardeau des dossiers judiciaires. Ainsi, en moyenne, si dans les tribunaux de la capitale, le nombre de dossier traité mensuellement par un juge tourne autour de quarante (40), il reste que dans les autres juridictions, ce nombre se ramène à vingt (20), compte tenu de la relative faiblesse du contentieux qui les caractérise. V. P. SY, *Le droit d'accès à la justice au Sénégal*, Thèse UGB 2010, p.118.

¹⁰⁴¹ J. ALIBERT *Justice et développement économique : Le point de vue des entreprises*, in la Justice en Afrique, Afrique contemporaine, n°156, 1990, p.76.

¹⁰⁴² Cour EDH, 26/09/1996, Di Pede c/Italie, Rec. 1996-IV, §§ 22-32.

¹⁰⁴³ Au-delà des inquiétudes notées dans ces différentes procédures simplifiées, il y a un point qu'il faut souligner à savoir l'absence de détermination par le législateur ohada de la nature de la conciliation. Un mélange

citerons d'abord les articles 5 et 24 AUPSRVE. Ces deux dispositions ont le même contenu et émettent l'idée selon laquelle, lorsque le juge rejette en tout ou partie la demande du créancier, ce dernier ne peut qu'utiliser les voies de droit commun. L'efficacité de cette procédure est remise en cause puisque le demandeur est tenu, à cause du rejet, d'informer (assignation) le défendeur de l'ouverture d'une procédure à son encontre. L'effet de surprise qui était recherché n'a plus sa raison d'être et les droits de la défense s'en trouvent restaurés.

Nous pouvons également citer l'opposition à la décision d'injonction de payer, de délivrer ou de restituer. En effet, dans l'hypothèse où le débiteur ne forme pas opposition à la décision d'injonction de payer, la procédure entière, entre la demande d'injonction de payer et l'exécution, ne devrait durer que quelques semaines. Il est cependant bien plus probable en réalité qu'un débiteur essaie de s'opposer à l'injonction et cela même s'il sait que ses moyens de défense sont infondés. Dans un tel cas, la procédure simplifiée pourrait paradoxalement durer plus longtemps que prévu pour deux raisons. D'une part, il y a l'exigence d'une tentative de conciliation¹⁰⁴⁴. Cette procédure de conciliation peut durer plusieurs mois, voire plusieurs années, en raison du nombre d'affaires à traiter et du nombre insuffisant de juges. D'autre part, il y a le droit d'appel (avec ensuite le droit de former un pourvoi devant la CCJA) dont dispose le débiteur en cas d'échec de la tentative de conciliation¹⁰⁴⁵.

Un autre paradoxe qu'on peut noter c'est le risque que comporte l'exécution provisoire. Aux termes de l'article 32 AUPSRVE : « A l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision. L'exécution est alors poursuivie aux risques du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il y ait lieu de relever de faute de sa part ». Il est vrai que cette disposition vise à établir un équilibre entre le créancier et le débiteur en prévoyant d'une part un droit à l'exécution forcée du créancier, et d'autre part en engageant la responsabilité du plaideur

de genre pourrait conduire à appliquer des solutions non souhaitées (V. A.A. de SABA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales*, 2^e édition Global Finance Securities, Collection « Pratiques judiciaires et législatives », 2011, pp.140-144.).

¹⁰⁴⁴ De l'avis même des magistrats (ADOMAYAKPOR cité par A.A de SABA, *op.cit.*, p.145), la tentative de conciliation peut aboutir à plusieurs cas de figures : le premier cas de figure est celui dans lequel le débiteur offre de payer immédiatement, le débiteur, dans une seconde hypothèse, fixe au créancier un calendrier de paiement, enfin, la dernière hypothèse envisageable est celle où les parties n'arrivent pas à un compromis.

¹⁰⁴⁵ B. MARTOR et alii, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'ohada*, Litec édition du Jurisclasseur 2004, p. 230.

trionphant et téméraire¹⁰⁴⁶ en exigeant de lui réparation du préjudice causé au débiteur du fait de cette exécution. Seulement cette disposition peut dissuader le plaideur d'exercer son droit à l'exécution. Certainement c'est une manière de le responsabiliser et de lui faire comprendre d'abord que le droit qu'il a n'est que précaire, ensuite qu'une mauvaise exécution de son titre peut engager sa responsabilité ; qui est automatique, sans faute et fondée sur le risque.

Il arrive parfois que le juge rende, si ce n'est tardivement, des décisions contestables. Selon un rapport de la Banque mondiale : « le manque de transparence dans l'administration de la justice est une entrave à la capacité du Sénégal à attirer des investisseurs étrangers. Par exemple, de nombreux entrepreneurs estiment (...) que les juges n'ont pas d'expérience en matière de droit des sociétés et autres questions économiques ! Les procédures des tribunaux sont longues et coûteuses et que les décisions de justices sont imprévisibles et arbitraires¹⁰⁴⁷ ». Ce rapport est la traduction parfaite de l'inefficience des décisions de justice.

506. Depuis un certain temps, le droit est aux prises avec l'économie. Il y a ce que l'on appelle l'analyse économique du droit. C'est dire donc qu'aucune décision de justice ne doit être prise en occultant l'environnement économique¹⁰⁴⁸.

Au-delà des atteintes portant sur la publicité des débats et l'efficacité de la procédure, il y a celles afférentes à une certaine rupture d'égalité des moyens pour assurer sa défense en droit sénégalais.

SECTION II. LA RUPTURE D'ÉGALITÉ DES MOYENS POUR ASSURER SA DÉFENSE EN DROIT SÉNÉGALAIS

507. L'égalité des moyens c'est aussi d'avoir le temps et les facilités nécessaires pour préparer sa défense, temps et facilités qui sont un « corollaire du principe de l'égalité des moyens¹⁰⁴⁹ ». Ces propos forts édifiants emportent notre adhésion. Cependant on note une certaine rupture

¹⁰⁴⁶ A. TOULEMON, *La responsabilité du plaideur triomphant et téméraire* J.C.P. 1968.I.2182.

¹⁰⁴⁷ Banque mondiale Le Sénégal et le défi de la mondialisation rapport cité par D. SY, *La condition du juge en Afrique : l'exemple du Sénégal* www.afrilex.u-bordeaux4.fr N°3 juin 2003.

¹⁰⁴⁸ L'avènement de l'Ohada a pour objectif d'attirer les investisseurs en mettant fin à l'insécurité juridique et judiciaire. En effet, dans le préambule du traité ohada, il est précisé : « conscients qu'il est essentiel que ce droit soit appliqué avec diligence dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement » (OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés Juriscope 2002 p. 32.).

¹⁰⁴⁹ V. S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel- Droit commun du procès*, 1^e édition Dalloz 2001 p.549.

d'égalité des moyens pour exercer sa défense perceptible aussi bien dans le droit communautaire ohada notamment le Règlement de procédure de la CCJA (§1) que dans le droit interne (§ 2).

§ 1. UNE RUPTURE D'ÉGALITE PERCEPTIBLE DANS LE RÈGLEMENT DE PROCÉDURE DE LA CCJA

508. Les Etats membres de l'OHADA, voulant attirer les investisseurs ont mis en place un dispositif normatif harmonisé voire uniformisé suivi d'un aspect institutionnel car dit-on « un droit uniforme appelle une jurisprudence uniforme¹⁰⁵⁰ ». C'est ainsi que la CCJA est la juridiction supranationale de l'OHADA compétente en matière de contentieux relatif à l'interprétation et à l'exécution des actes uniformes. C'est l'institution la plus originale de l'intégration juridique et judiciaire en Afrique. Elle a pour rôle de se substituer aux Cours nationales de cassation afin d'unifier l'interprétation du droit uniforme par les juridictions nationales du fond et éviter un renvoi devant une juridiction du dernier ressort en cas de cassation. Elle est gardienne de la bonne application du droit et de la célérité des procès¹⁰⁵¹.

C'est au prix d'une renonciation par les Etats parties de leur souveraineté au sommet de l'organisation judiciaire et de la consécration de la CCJA comme juridiction supranationale que ce résultat est obtenu¹⁰⁵². Seulement, il faut reconnaître que la procédure de cassation CCJA comporte des inconvénients qui tiennent à son éloignement et à l'uniformisation des délais de recours pour les parties au procès ivoiriennes, proches de la Côte d'Ivoire ou pas, sans tenir compte de l'aspect géographique. En effet, le siège de la CCJA se trouve à Abidjan.

509. Certains avocats voient dans le fait de devoir plaider à Abidjan une source supplémentaire de complication et d'aggravation du coût de la justice, même si le contentieux en cassation devant la cour commune reste une procédure essentiellement sur pièces¹⁰⁵³. Ce constat est vrai et il n'est pas surprenant de constater que l'essentiel du contentieux ohada provienne de la Côte d'Ivoire ou des Etats environnants. De l'avis de Me Doudou NDOYE

¹⁰⁵⁰ T.G.De LAFON, *Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Gaz Pal 20-21 septembre 1995 p.2.

¹⁰⁵¹ J.I. SAYEGH, J.LOHOUES-OBLE, *Ohada Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, p.163.

¹⁰⁵² J. LOHOUES-OBLE, « *Traité ohada et Règlement de procédure de la CCJA* », in *Traité et Actes uniformes commentés*, Juriscope, 1999.

¹⁰⁵³ D. ARBACHI, *La supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires* www.ohada.com ohadata D-02-02, p.20.

cité par Mlle Aminata FAYE, le justiciable éprouvera des difficultés pour se pourvoir en cassation devant la CCJA car deux mois pour celui qui habite Abidjan peuvent ne faire qu'une semaine pour celui qui réside à Dakar ou à Cotonou. Il y a donc une violation des droits de la défense¹⁰⁵⁴. Ce point de vue pourrait être tempéré par l'article 19 du Règlement de procédure de la CCJA qui prévoit les audiences foraines c'est-à-dire la possibilité pour la Cour de se réunir en d'autres lieux que celui de son siège social. Seulement, il s'agit d'une possibilité laissée à l'appréciation souveraine des juges de cassation et de l'Etat Partie devant abriter ces audiences. C'est dire que les audiences foraines de la CCJA sont pour l'instant théoriques sans oublier la sanction dont peut faire l'objet l'avocat.

510. L'article 23 du Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage qui institue le ministère d'avocat dispose que : « l'avocat dont le comportement devant la Cour est incompatible avec la dignité de celle-ci ou qui use des droits qu'il tient de ses fonctions à des fins autres que celles pour lesquelles ces droits lui ont été reconnus peut, après avoir été entendu, être exclu à tout moment de la procédure par ordonnance de la Cour ». Cette disposition rappelle le respect dû à la justice par l'avocat prévu dans toutes les législations internes des Etats Parties à l'OHADA. Seulement on peut se poser la question de savoir quand respecte-t-on ou viole-t-on la dignité de la Cour ? Quels seraient les fins autres¹⁰⁵⁵ ? Selon Me Doudou NDOYE, le délit judiciaire posé par la Cour dans le texte de l'article 23 semble une menace et une épée de Damoclès posée sur l'indépendance de l'avocat et la liberté de la défense¹⁰⁵⁶. Nous adhérons à ce point de vue au regard des différentes questions posées et restées non élucidées pour l'instant.

La rupture d'égalité, au delà du droit communautaire est perceptible en droit interne.

§2. UNE RUPTURE D'ÉGALITE PERCEPTIBLE DANS LE DROIT INTERNE

¹⁰⁵⁴ V. son article « *Le procès juste et équitable au Sénégal* », *op cit.*, p. 68. On pourrait nous rétorquer que par Décision n°002/99/CCJA, des délais de distance ont été prévus. Mais c'est feindre d'oublier que le problème reste entier d'autant que là où le justiciable Sénégalais par exemple va rembourser à son avocat des frais de déplacement, tel ne sera pas le cas du justiciable Ivoirien.

¹⁰⁵⁵ D. NDOYE, *La CCJA- Organisation Procédure et jurisprudence*, EDJA collection « ohada », p.110.

¹⁰⁵⁶ D. NDOYE, *La CCJA-Organisation Procédure et jurisprudence*, EDJA collection « ohada », p.110.

511. La rupture d'égalité des moyens pour assurer sa défense en droit interne se constate par le fait que dans certains cas le ministère d'avocat n'est pas obligatoire¹⁰⁵⁷ sans oublier que dans la pratique, l'avocat commis d'office pour le justiciable n'est pas aussi expérimenté que celui de l'adversaire de ce dernier ou que le juge a le pouvoir en matière de défense à exécution provisoire d'autoriser le demandeur à assigner le ou les intimés à une audience d'une chambre de la Cour ou du tribunal régional dont il fixe la date¹⁰⁵⁸. Cette disposition est qualifiée d'inique car comment justifier une voie de recours soumise à autorisation du juge¹⁰⁵⁹ ? L'auteur poursuit : « du point de vue de l'équité en tout cas, si par simple acte ou assignation à bref délai, l'exécution provisoire peut être obtenue, il devrait en être ainsi de la défense à exécution provisoire »¹⁰⁶⁰.

512. Pour en revenir à la question du manque d'obligatorité du ministère d'avocat, il faut soutenir que l'importance de l'avocat dans le procès n'est plus à démontrer. En effet, la partie quand elle est seule, s'en remet complètement au juge, car elle est ignorante du discours juridique. Le juge cumule alors les fonctions de défenseur et de justicier. L'introduction de l'avocat dans le débat met la partie sur le même pied que le juge. L'avocat, au nom et à la place de la partie est capable de pénétrer dans le discours du juge, car il est comme lui un savant du droit. C'est la substitution de l'avocat à la partie qui ouvre le débat judiciaire et permet qu'il se développe. Le juge, sans avocat, ne débat qu'avec lui-même et il est évident que ce débat est moins complet que celui où les fonctions sont tenues par des personnages différents¹⁰⁶¹.

Il ne fait l'ombre d'aucun doute que la constitution d'un avocat dans un procès civil change totalement les rapports entre la justice et le plaideur. Que sa présence apporte non seulement la garantie d'une marche normale de la procédure, mais donne au juge un droit et des possibilités légales qui ne lui sont pas reconnus en face d'un plaideur sans avocat¹⁰⁶².

¹⁰⁵⁷ Aux termes de l'article 72 de la loi organique 2008-35 sur la Cour suprême : « dans les affaires de la compétence du tribunal du travail, ainsi que dans les conflits du travail, le demandeur est dispensé du ministère d'un avocat »

¹⁰⁵⁸ Article 270 du CPCS.

¹⁰⁵⁹ P. N. DIOUF, *De l'exécution des décisions* in spécial séminaire sur les récentes modifications du Code de procédure civile du Sénégal EDJA N°58- juillet-août-septembre 2003 p.24.

¹⁰⁶⁰ P.N. DIOUF, *ibidem*.

¹⁰⁶¹ R. MARTIN, *La crise du contradictoire entre juge et avocat*, Gaz. Pal 1978 doct. p. 419

¹⁰⁶² D. NDOYE, *Les avocats*, EDJA 1991, Collection « Tout ce qu'il faut savoir » p.32.

513. Dans son article le procès juste et équitable au Sénégal, Mademoiselle Aminata FAYE a soutenu que l'article 56 de la loi organique sur la Cour de cassation ne respecte pas les droits de la défense puisqu'il crée un déséquilibre entre le demandeur et le défendeur. L'auteur s'est basé sur l'alinéa 7 de l'article 56 qui dispose : « si un mémoire est produit, il (le greffier) le notifie dans un délai de quinzaine par lettre recommandée avec accusé de réception au défendeur ou à l'avocat constitué par celui-ci, en l'avertissant qu'il pourra dans un délai de deux mois produire un mémoire en défense¹⁰⁶³ ». Cette disposition est selon Mlle FAYE injuste d'autant que le défendeur peut lui constituer un avocat alors que le demandeur est dispensé du ministère d'avocat¹⁰⁶⁴. Le point de vue selon lequel l'article 56 de la loi organique sur la Cour de cassation ne respecte pas les droits de la défense puisqu'il avantage le défendeur et partant crée un déséquilibre entre les litigants pourrait ne pas paraître convaincant pour certains d'autant plus qu'il semble que l'auteur fait un amalgame entre dispense et interdiction. En effet, il n'est pas interdit au demandeur de se payer les services d'un avocat mais simplement dispensé. Autrement dit, rien n'empêche à ce dernier de constituer un avocat.

Mais n'est-ce pas se voiler la face sachant que les honoraires d'avocats sont parfois hors de prix pour le pauvre justiciable ? De même, quand on sait que la plupart des Sénégalais ne maîtrisent pas les règles de procédures on peut se poser la question de l'opportunité de l'article 72 de la loi organique 2008-35 sur la Cour suprême. Et l'argument selon lequel la saisine de la Cour suprême est simplifiée ne saurait prospérer d'autant qu'on peut se trouver en présence d'un justiciable illettré qui a besoin donc d'une autre personne pour lui rédiger sa requête ; et même en présence d'un justiciable lettré, ce serait réducteur de penser que la procédure devant la Cour suprême ne se limite qu'à sa saisine.

Au terme de ce chapitre, force est de constater l'existence d'atteintes à la publicité des débats, à l'efficacité de la procédure et à l'égalité des moyens pour assurer sa défense. Il va donc falloir remédier aux deux dernières situations déplorables car pour la publicité des débats, le problème ne se pose pas puisque toutes les législations admettent leur remise en cause dans le but de sauvegarder de quelconques intérêts.

¹⁰⁶³ La Cour de cassation n'existant plus, cette disposition est remplacée par l'article 72-3 de la loi organique n°2008-35 du 7 août 2008 sur la Cour Suprême en termes quasi-identiques. Donc la critique demeure.

¹⁰⁶⁴ A. FAYE, *Le procès juste et équitable au Sénégal* in Séminaire sur les récentes modifications du code de procédure civile du Sénégal, *op.cit.*, p.56.

CHAPITRE II. LES PALLIATIFS DES ATTEINTES AUX GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

514. Les atteintes aux garanties tenant au déroulement de la procédure ne sont pas irrémédiables. Tout doit être fait pour rassurer la personne détentrice d'une décision de justice et cela même contre l'Etat, garant de l'effectivité des droits du justiciable. En effet, l'Etat de droit c'est un certain ordre de la société assurant, notamment, l'effectivité des droits des créanciers et des obligations des débiteurs. Or, si le citoyen débiteur doit, payer son dû, l'Etat n'échappe point à cette règle et il se doit même, en tant que garant de l'état de droit, d'être exemplaire¹⁰⁶⁵. Il y va de la crédibilité de la justice. Il s'agit également tout au plus de donner effet au droit fondamental à l'exécution des décisions de justice consacré par la Cour Européenne des droits de l'homme¹⁰⁶⁶. Seulement, nous ne sommes pas sans savoir que les mesures proposées ne présentent pas toute l'efficacité escomptée.

Ces solutions ont pour objet de relever le défi de l'effectivité des décisions de justice (Section 1) et de rétablir l'égalité des moyens pour assurer sa défense (Section 2).

SECTION 1. LES SOLUTIONS VISANT À RELEVER LE DÉFI DE L'EFFECTIVITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE

515. Avec l'intensification de l'interdépendance des activités humaines et des systèmes économiques et financiers, les frontières physiques, politiques et juridiques qui délimitaient la sphère d'emprise de l'Etat sont devenues poreuses¹⁰⁶⁷. Il s'agit de la mondialisation. A côté de ce processus, se développe la régionalisation visible aussi bien en Europe qu'en Afrique. L'intégration régionale est non seulement économique, mais juridique et judiciaire. Celle-ci suppose d'alléger, voire d'éliminer, les entraves inhérentes aux conflits de lois nationales et au cloisonnement procédural¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ Conclusions de L. CHARBONNIER sur Cass 1^e Ch civ 21 décembre 1987 BRGM c/Société SA Lloyd Continental RFDA 1988 p.772.

¹⁰⁶⁶ C.E.D.H., 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce, RTDCIV, 1997, p.1009, obs J.P. MARGUENAUD.

¹⁰⁶⁷ J. ADDA, *La mondialisation de l'économie. Genèse et problèmes*, 7^e édition, Paris, La Découverte, 2006.

¹⁰⁶⁸ Dir (M. DEFOSSEZ, J.SENECHAL), *Aspects procéduraux de l'exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international*, Larcier Collection « Contrats et Patrimoine », p.6.

En effet, les décisions de justice acquièrent une effectivité lorsqu'elles sont exécutées (§1). C'est pourquoi, l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de l'exécution des décisions de justice constitue une excellente arme pour le titulaire d'un titre exécutoire (§ 2).

§1. LA PRESCRIPTION DE MESURES UTILES À LA PRÉSERVATION DES DROITS DU DEMANDEUR

516. Pour assurer l'effectivité des décisions de justice, le législateur a atténué les conséquences de l'immunité d'exécution (A) et favorisé la libre circulation des titres exécutoires (B).

A. L'ATTÉNUATION DES CONSÉQUENCES DE L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION

517. Cette atténuation varie selon qu'on se trouve dans l'espace OHADA (1) ou européen (2).

1. LA COMPENSATION : UNE ORIGINALITE DU DROIT OHADA

518. Selon Madame Sokhna TOURE, alors conseillère à la Cour d'appel : « l'indépendance, c'est aussi l'assurance que les décisions de justice seront effectivement exécutées¹⁰⁶⁹ ». Or l'on remarque que certaines personnes morales de droit public telles que l'Etat ne peuvent voir leurs biens saisis parce qu'ils bénéficient de l'immunité d'exécution. Les immunités d'exécution ou de saisie sont des faveurs dont jouissent certaines personnes en vertu desquelles leurs biens ne peuvent faire l'objet de saisies¹⁰⁷⁰. Elles ont été affirmées, pour la première fois, dans un arrêt de la Cour de cassation française : « il est de principe absolu en droit qu'il n'appartient pas à un créancier de l'Etat, même pour assurer l'exécution d'une condamnation judiciaire obtenu contre celui-ci de faire saisir-arrêter, entre les mains d'un tiers, les deniers ou autres objets qui sont la propriété de l'Etat¹⁰⁷¹ ». L'immunité d'exécution est prévue à l'article 30 AUPSRVE¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ S.TOURE in *Le pouvoir judiciaire au Sénégal face aux autres pouvoirs*, Editions CAFORD, N°8.

¹⁰⁷⁰ A.M. ASSI ESSO et N. DIOUF, *OHADA Recouvrement des créances* Bruxelles, Bruylant 2002, n°64.

¹⁰⁷¹ Cass.civ 1^{ère}, 1^{er} octobre 1985, Soc. Sonatrach c/ Migeon, GAJDIP pp. 594 et s.

¹⁰⁷² En France, il s'agit de l'article 1, alinéa 3 de la loi française du 9 juillet 1991 (loi n°91-650 du 9 juillet 1991).

519. Des raisons théoriques et techniques ont été avancées pour justifier l'immunité d'exécution. Pour les premières, on présume que l'Etat est solvable et qu'il faut protéger les biens et ressources nécessaires à la mission de service public¹⁰⁷³. De même, il serait difficile à l'Etat d'utiliser les forces de l'ordre pour se contraindre lui-même ou de prêter main-forte contre ses démembrements¹⁰⁷⁴.

520. Pour les secondes raisons, on a soutenu que la soumission des bénéficiaires aux voies d'exécution de droit privé pourrait entraîner des déséquilibres dans les finances publiques¹⁰⁷⁵.

Il faut dire que l'exécution des titres exécutoires contre l'Etat peut peser sur le budget de celui-ci ; pour autant, le bénéficiaire de ces titres ne doit pas subir des dommages du fait de l'inexécution. Il faut penser à mettre en place un fonds pour cela.

En droit international, les choses sont plus simples qu'en droit interne, non seulement parce l'immunité d'exécution est relative¹⁰⁷⁶, mais également parce que les bénéficiaires de l'immunité d'exécution peuvent renoncer à ce privilège. L'alinéa 2 de l'article 2 AUA¹⁰⁷⁷ et une décision de la Cour de cassation française¹⁰⁷⁸ en sont une illustration.

¹⁰⁷³ A.M. ASSIESSO et N. DIOUF, *OHADA Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant 2002, n°65.

¹⁰⁷⁴ A.S. OULD BOUBOUH, *Les voies d'exécution contre les personnes publiques en droit Mauritanien in l'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, avant-propos de Sir A. Jugnauth, préface de M. GUILLON, AUPELF-UREF, Montréal, 1994, p.583.

¹⁰⁷⁵ SS. K.TAMEGUE, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution* Thèse Bordeaux IV, 2003.

¹⁰⁷⁶ Selon la Cour de cassation française : « l'immunité dont jouit l'Etat étranger est de principe ; toutefois, elle peut être exceptionnellement écartée ; il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l'activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice » Cass civ.1^{ère}, 14 mars 1984, GAJDIP, p.594 et s, n°65-66, obs. B. ANCEL et Y. LEQUETTE.

¹⁰⁷⁷ Affaire Petroleum Consultants (APC) c/ SONARA cité par G. DOUANJI KENFACK « *L'exécution forcée contre les personnes morales de droit public dans l'espace ohada* », Revue camerounaise de l'arbitrage n°18, 2002, pp.3-12. Tout récemment, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens. Les articles 18 et 19 de ladite Convention prévoient la possibilité pour l'Etat de renoncer volontairement au bénéfice de l'immunité d'exécution. Selon G. DOUANJI KENFACK (V. son article *Les Etats Parties de l'Ohada et la Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens*, Penant, n° 855, avril-juin 2006), les Etats Parties de l'Ohada devraient s'inspirer de cette Convention. Le 25 septembre 2005, le Sénégal a signé cette Convention. Dans une affaire (Cass 1^{er} ch.civ 11 juin 1991 Société SOABI c/ Etat du Sénégal JDI 1991 p.1005 note E. GAILLARD), la SOABI recherchait l'exéquatur d'une sentence qu'elle avait obtenue devant le tribunal arbitral CIRDI, contre l'Etat du Sénégal. Ce dernier opposa son immunité d'exécution. Mais la Cour de cassation française soutient qu'un « Etat étranger qui s'est soumis à la juridiction spéciale sous les auspices de la Convention CIRDI, a par là même, accepté que la sentence puisse être revêtue de l'exéquatur, lequel ne constitue pas, en lui-même, un acte d'exécution de nature à provoquer la levée de l'immunité d'exécution de l'Etat considéré ».

¹⁰⁷⁸ La Cour de cassation française affirme que : « l'engagement pris par l'Etat signataire de la clause d'arbitrage d'exécuter la sentence dans les termes de l'article 24 (devenu article 28 (6)-c'est nous qui

521. Dans le souci de tempérer la rigueur de l'immunité d'exécution, il a été prévue la compensation des dettes à l'alinéa 2 de l'article 30 précité : « toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ».

L'institution de la compensation est bénéfique pour le créancier de l'Etat titulaire d'un titre exécutoire qui, au lieu de souffrir de l'inefficacité totale de son titre exécutoire, va au moins obtenir une satisfaction indirecte si la dette de l'Etat est certaine, liquide et exigible.

Néanmoins, ce deuxième alinéa pourrait être plus intéressant s'il n'était tempéré par l'alinéa 3 qui dispose que les dettes sont déclarées certaines si et seulement si, les personnes et les entreprises susvisées les reconnaissent comme telles. En effet, la compensation est subordonnée au caractère certain, liquide, exigible de la dette et à la reconnaissance expresse de ces caractères par les bénéficiaires de l'immunité d'exécution. D'ailleurs, des auteurs¹⁰⁷⁹ trouvent qu'il y aura des difficultés pour appliquer l'alinéa 2 de l'article 30. Pour M. Filiga Michel SAWADOGO, il faut supprimer l'expression « entreprises publiques » et la remplacer par « établissements publics ». Toujours selon lui, il convient de rapprocher l'article 30 de l'article 2 AUPC¹⁰⁸⁰. Au regard de ce qui vient d'être évoqué, on serait tenté de soutenir avec M. Mainassara MAIDAGI qu'il y a un défi de l'exécution des décisions de justice en droit OHADA¹⁰⁸¹.

522. Il existe en effet une timide levée de l'immunité d'exécution corroborée par la position des juges de la CCJA. Dans sa décision n°043/2005 du 07 juillet 2005, affaire Aziabevi Yovo c/Togo Telecom¹⁰⁸², la CCJA précise que la compensation ne peut s'analyser que comme un tempérament au principe de l'immunité d'exécution qui profite à leurs bénéficiaires. Mais à

soulignons) du règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale implique renonciation de cet Etat à cette immunité ». Cass.civ.1ere 6 Juillet 2000, Société Creighton c/ Ministre des finances de l'Etat du Qatar et autres, Bull.civ.I, n°207.

¹⁰⁷⁹ A.M. ASSI-ESSO et N. DIOUF, *OHADA Recouvrement des créances*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

¹⁰⁸⁰ F.M.SAWADOGO, *La question de la saisissabilité ou l'insaisissabilité des biens des Entreprises publiques en droit OHADA*, Spécial OHADA, Penant, Numéro 860, juillet-septembre 2007.

¹⁰⁸¹ M. MAINASSARA, *Le défi de l'exécution des décisions de justice en droit Ohada*, Penant, N°855, avril-juin 2006.

¹⁰⁸² Cette décision peut être consultée sur le site www.juriscope.org/infos_ohada/jurisprudence/CCJA/recouvrement/43-2005 pdf.

son avis, l'article 2¹⁰⁸³ de la loi togolaise n°90/26 du 04 décembre 1990 portant réforme du cadre institutionnel et juridique des entreprises publiques est contraire à l'article 30 AUPSRVE, 336 AUPSRVE et 10 du traité OHADA. Partant de là, on ne voit pas au nom de quoi le législateur sénégalais se permet de citer les personnes qui bénéficient de l'immunité d'exécution¹⁰⁸⁴. Cette jurisprudence de la CCJA a été critiquée par un auteur qui pense qu'une lecture de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution conforme à l'esprit général des actes uniformes aurait dû conduire le juge à exclure Togo Télécom de la liste des bénéficiaires de l'immunité d'exécution et qu'en ne le faisant pas, la haute Cour a favorisé de manière injustifiée un commerçant au détriment de ses partenaires¹⁰⁸⁵.

Il est vrai que sur le principe, la compensation est une avancée ; seulement, on se rend compte qu'elle est inefficace dans la pratique. En tout cas en droit français, la compensation n'est pas possible¹⁰⁸⁶.

Il va falloir à notre avis, que le législateur OHADA, assure une véritable effectivité à l'atténuation de la rigueur de l'immunité d'exécution en instituant des règles précises quant à la forme des dettes certaines visées à l'article 30 alinéa 3 AUPSRVE.

En tout cas en France, le juge judiciaire et administratif peut contraindre l'Etat et ses démembrements à exécuter des décisions de justice rendues à leur égard.

2. L'ASTREINTE ET L'INJONCTION : MOYENS D'EXÉCUTION CONTRE L'ÉTAT ET SES DÉMEMBREMENTS EN DROIT FRANÇAIS

¹⁰⁸³ Selon cette disposition : « les règles de droit privé, notamment celles du droit civil, du droit du travail et du droit commercial, y compris les règles relatives aux contrats et à la faillite, sont applicables aux entreprises publiques ».

¹⁰⁸⁴ Les bénéficiaires de l'immunité de l'exécution sont, selon la loi n°2002-12 du 15 avril 2002, l'Etat, les collectivités locales et les Etablissements publics. Il est vrai que l'objectif du législateur sénégalais est louable d'autant dans l'exposé des motifs de cette loi, il considère que l'immunité d'exécution constitue « une entorse à la concurrence, un encouragement à la mauvaise gestion des entreprises protégées et érigées en citadelles imprenables pour les créanciers poursuivant légitimement l'exécution de ce qui leur est dû ». Seulement, au regard de la décision précitée de la CCJA, cette loi est contraire à l'article 336 AUPSRVE, du traité OHADA et n'a pas vocation à s'appliquer.

¹⁰⁸⁵ P.E.KENFACK note sous arrêt CCJA n°043/2005, 07 juillet 2005, Azialévi Yovo c/ Société Togo Télécom in Les grandes décisions de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA sous la direction de P.G.POUGOUE, S.S.K.TAMEGHE, L'harmattan 2010, p. 619.

¹⁰⁸⁶ Cass.com 26 octobre 1993, Bull-civ. IV, n°355 : « les créances contre l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics n'étant en principe jamais exigibles, ne peuvent faire l'objet de compensation ».

523. La notion d'injonction ne se rapporte qu'à l'obligation d'accomplir un acte, d'adopter un comportement, de procéder à une opération matérielle déterminée ou à l'obligation de s'abstenir équivalente¹⁰⁸⁷.

524. L'astreinte quant à elle, consiste en la condamnation à payer une certaine somme proportionnelle au retard apportée à l'exécution de la chose jugée¹⁰⁸⁸.

525. En droit français, c'est le juge judiciaire qui a pour la première fois usé de son pouvoir d'injonction et d'astreinte à l'égard des personnes morales de droit public malgré la loi lui interdisant de connaître du contentieux administratif. Ce pouvoir s'exerce lorsqu'il y a voie de fait ou emprise. L'emprise et la voie de fait constituent des atteintes à la propriété privée. Les tribunaux judiciaires, pour assurer à ce droit fondamental une protection dont ils s'estimaient traditionnellement chargés, firent appel à ces théories qui leur permettaient à la fois de justifier leur compétence et de lutter de manière efficace contre les abus administratifs¹⁰⁸⁹. Selon une doctrine autorisée, l'intervention du juge judiciaire en cas de voie de fait se justifie par le fait que celle-ci dénature en quelque sorte l'action administrative et fait perdre à l'administration les prérogatives qui lui sont accordées dans l'intérêt général¹⁰⁹⁰.

Dans une affaire, le juge judiciaire a demandé à l'ORTF de supprimer de son émission des scènes qui ne correspondaient pas à la réalité et de tenir un débat sur cette émission dramatique après projection entre les artistes et ceux qui ont vécu les événements¹⁰⁹¹.

La loi française n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public et la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure

¹⁰⁸⁷ J.M. Le BERRE, *Les pouvoirs d'injonction et d'astreinte du juge judiciaire à l'égard de l'administration*, AJDA, 1979, p.14.

¹⁰⁸⁸ J.M. Le BERRE, *op cit.*, pp.14 et s.

¹⁰⁸⁹ J.M. AUBY, *Emprise irrégulière et voie de fait*, JCP 1955 .I.1259.

¹⁰⁹⁰ F. MODERNE, *Etrangère au pouvoir du juge, l'injonction, pourquoi le serait-elle ?*, RFDA 1990, p.814.

¹⁰⁹¹ D.S 1972 Note J. DUTERTRE p.445 Dans cette affaire, les demandeurs reprochaient à l'émission de l'ORTF de mélanger réalité et fiction et de comporter des erreurs dans la reconstitution des événements. Le procès a été intenté avant la projection du film. Cette émission dramatique avait pour thème l'épisode de la résistance en Juin 1940.

civile, pénale et administrative, ont franchi le pas en permettant au juge administratif, lorsqu'il prononce sa décision, de mettre en œuvre des pouvoirs d'injonction et d'astreinte¹⁰⁹².

526. Au Sénégal, en vertu de l'unité de juridiction, le juge judiciaire peut connaître du contentieux administratif sauf pour ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir¹⁰⁹³, il serait donc normalement compétent pour donner des injonctions à l'administration et condamner celle-ci sous astreinte si une loi prévoyait la prise de ces mesures. Etant donné que les voies d'exécution de droit commun ne peuvent être utilisées à l'encontre de l'Etat¹⁰⁹⁴, la loi française du 16 juillet 1980 a aménagé des procédures permettant de contraindre les personnes bénéficiant de l'immunité d'exécution de s'incliner devant la décision de justice. Ce faisant donc, la personne publique doit procéder à l'ordonnancement ou au mandatement. Cette loi a été complétée par celle 95-125 du 8 février 1995 précitée. Cette loi a remédié à trois carences : elle a permis à l'astreinte d'assortir désormais une véritable injonction d'exécution, déconcentré son utilisation au profit des cours et tribunaux administratifs, l'ancien monopole du Conseil d'Etat en la matière ayant montré ses limites, enfin, elle a autorisé l'astreinte à accompagner non seulement l'injonction *a posteriori* (veiller à ce que l'administration se comporte d'une certaine manière) mais *a priori* (le juge fait mention dans le dispositif des mesures d'exécution)¹⁰⁹⁵. Le juge français, dans une décision de justice a

¹⁰⁹² Il faut dire que le législateur sénégalais est en net recul par rapport à son homologue Français. En effet, ce dernier a prévu la possibilité pour le juge administratif de prononcer même d'office une astreinte contre les personnes morales de droit public pour assurer l'exécution d'une décision rendue par la juridiction administrative précitée. C'est l'article 2 de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public. Cette loi rompt avec le principe traditionnel selon lequel le juge ne peut adresser d'injonction à l'administration. Elle a été considérée comme un progrès de l'Etat de droit ; V. P. BON, *Un progrès de l'Etat de Droit : la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes en matière administrative et à l'exécution des jugements par la puissance publique*, R.D.P. 1981-1 pp. 5 et s.

¹⁰⁹³ Aux termes de l'article 3 de la loi du 2 février 1984 : « sous réserve des compétences d'exception en premier et dernier ressort du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour d'appel et des Cours d'Assises, et en premier ressort des Tribunaux du Travail, des Tribunaux départementaux et des organismes administratifs à caractère juridictionnel, les Tribunaux régionaux sont juges de droit commun en Première Instance en toute matière ».

¹⁰⁹⁴ Cass.civ. 1ere, 21 décembre 1987, Bureau de recherches géologiques et minières c/ Société Llyod. Continental, Bull.civ.I. n°348, p.249 ; RTDciv 1989, p. 145 obs. R. PERROT. Dans cette affaire, la question posée est celle de savoir si le créancier d'un établissement public peut saisir les biens de celui-ci. Le juge de Cassation a répondu par la négative estimant que les voies de recours de droit commun ne s'appliquent pas aux EPIC. Cette décision a de quoi étonner d'autant que les EPIC sont soumis au droit privé et leur contentieux relève de la compétence du juge judiciaire. Seulement, ils ne sont pas soumis aux voies d'exécution de droit commun. Les EPIC jouent donc sur deux tableaux. C'est pourquoi le Professeur DRAGO disait qu'ils sont en mesure de « bénéficier des avantages que la loi peut conférer aux commerçants en se fondant sur leur nature commerciale, et s'abriter derrière leur caractère public dès que le droit privé leur est défavorable. Je suis oiseau, vous voyez mes ailes, je suis souris, vivent les rats » (Sous Cass. Civ, 9 juillet 1951, D.1952.1.125.

¹⁰⁹⁵ J. GOURDOU, *Les nouveaux pouvoirs du juge administratif en matière d'injonction et d'astreinte. Premières applications de la loi du 8 février 1995*, RFDA 1996, p.333.

permis au préfet, représentant de l'Etat de procéder à la vente des biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge pour permettre le règlement des sommes dont elle est débitrice en exécution d'un jugement devenu définitif¹⁰⁹⁶. Il s'agit d'une procédure spécifique de droit administratif, destinée à assurer l'exécution des jugements comportant un dispositif pécuniaire contre une collectivité (personne morale de droit public), qu'elle soit condamnée par une juridiction administrative ou par une juridiction judiciaire¹⁰⁹⁷. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné le 26 septembre 2006 l'Etat français, à la suite de l'affaire Campoloro, à payer les sommes dues aux deux requérants, en lieu et place de la commune¹⁰⁹⁸. Cette condamnation se justifie par le fait que la Cour considère l'exécution de la décision de justice comme partie intégrante du procès équitable.

On pourrait permettre, en droit sénégalais, à l'agent judiciaire de l'Etat de transiger avec son adversaire sans approbation du Ministre des Finances¹⁰⁹⁹.

De même, le Médiateur de la République ne doit pas être en reste, même s'il n'a aucun moyen de contrainte vis-à-vis de l'administration¹¹⁰⁰.

L'effectivité des décisions de justice se manifeste par une libre circulation des titres exécutoires.

B. LA LIBRE CIRCULATION DES TITRES EXÉCUTOIRES DANS L'ESPACE JUDICIAIRE OHADA ET EUROPÉEN

¹⁰⁹⁶ C.E sect 18 novembre 2005 requête n°271898 Société Fermière de Campoloro et Société de gestion du port de Campoloro. Jurisprudence à consulter sur www.conseil-etat.fr/fr/selection-de-decisions-du-conseil-d-etat/analyse-n°271898-S.

¹⁰⁹⁷ C.GUETTIER, « *L'exécution des jugements contre les collectivités territoriales par la vente forcée de leurs biens* » RJDA, n°2 février 2006, pp.33-36.

¹⁰⁹⁸ www.ccomptes.fr/fr/CC/documents/RPA/19 Commune.SantaMariaPoggio.pdf

¹⁰⁹⁹ Cette possibilité de transiger est prévue à l'article 3 du décret N°70-1216 du 17 novembre 1970 portant création d'une agence judiciaire de l'Etat .

¹¹⁰⁰ Il est tout même curieux de remarquer qu'au Sénégal, le Médiateur n'a aucun pouvoir d'injonction contre l'Etat (l'exclusion des injonctions est prévue à l'article 74 COA : « le juge ne peut pas adresser d'injonction à l'administration. Il ne peut pas la condamner directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire ») alors qu'en Mauritanie, tel n'est pas le cas (V. O.B. SALEM, « *Les voies d'exécution contre les personnes publiques en droit mauritanien* » in L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone, AUPELF-UREF, Montréal, 1994 pp. 569-581).

527. On remarque une simplification de l'*exéquatur* dans l'espace ohada (1) et une disparition partielle de l'*exéquatur* en droit européen (2).

1. LA SIMPLIFICATION DE L'*EXÉQUATUR* DANS L'ESPACE OHADA

528. Le législateur OHADA a cité à l'article 33 AUPSRVE les différents titres exécutoires. Le caractère limitatif ou pas de cette liste a divisé la doctrine de l'OHADA¹¹⁰¹. En effet, l'exécution de ces différents titres est facilitée par une tendance à alléger l'*exéquatur*. La procédure d'*exequatur* est allégée quant à la forme ; c'est pourquoi, l'article 30.1 du Règlement d'arbitrage de la Cour commune de Justice et d'arbitrage du 11 mars 1999¹¹⁰² dispose que l'*exéquatur* est demandé par une requête adressée à la Cour. L'*exéquatur* est également allégé quant au fond. Ainsi, aux termes de l'article 31 AUA : « la reconnaissance et l'*exequatur* de la sentence arbitrale supposent que la partie qui s'en prévaut établisse l'existence de la sentence arbitrale ». On se rend compte donc que le juge compétent pour reconnaître et accorder l'*exéquatur* n'a pas à vérifier la validité de la sentence arbitrale mais plutôt son existence.

529. Une partie qui veut obtenir l'exécution forcée d'un arrêt de la CCJA, doit demander l'apposition de la formule exécutoire à l'autorité nationale du Gouvernement de l'Etat -Partie.

Il faut dire que le cas échéant, le seul contrôle admis est celui de la vérification de l'authenticité du titre¹¹⁰³. Ce faisant donc, l'*exéquatur* n'est pas nécessaire, par conséquent, il n'y a pas lieu de vérifier si la décision dont l'*exéquatur* est demandée remplit les conditions prévues à l'article 787 CPCS¹¹⁰⁴. Ce que l'on remarque c'est que le législateur OHADA opère

¹¹⁰¹ Pour A.M.Assi-Esso (Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, OHADA, Juriscope, 2002, p.716.), l'énumération de l'article 33 est non limitative et il faut ajouter à cette liste les titres délivrés par les personnes morales de droit public déclarés exécutoires par une loi nationale de l'Etat partie. Il peut s'agir de marchés de fournitures ou d'avis de mise en recouvrement. Par contre M.J.DJOGBENOU (*L'exécution forcée, Droit ohada*, CREDIJ, p.68.) soutient que c'est l'article 33 de l'AUPSRVE qui fixe de manière limitative, c'est-à-dire exhaustive, les catégories de titres exécutoires.

¹¹⁰² J.O. OHADA, 15/05/99, p.9. Cet allègement s'accompagne du respect des droits de la défense puisque l'ordonnance d'*exéquatur* doit être notifiée par le requérant à la partie adverse. Cette dernière a un délai de quinze jours à compter de la notification pour former opposition. L'opposition a pour effet de rétablir le principe du contradictoire qui était évincé par la requête d'*exequatur*.

¹¹⁰³ Article 46-1 du Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage adopté par le Conseil des Ministres le 18 avril 1996 (J.O. OHADA, n°4 ; 01/11/97, p.9 et s.)

¹¹⁰⁴ Les conditions dont il s'agit sont : une décision rendue par une juridiction compétente, passée en force de chose jugée, conforme à l'ordre public du Sénégal.

un renvoi au droit national parce que « l'exécution forcée des arrêts de la Cour est régie par les règles de procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a lieu »¹¹⁰⁵.

C'est que l'exécution implique la contrainte. Or, la contrainte est une manifestation de la souveraineté étatique. Chaque Etat a le monopole de la contrainte sur son propre territoire¹¹⁰⁶. On peut craindre tout de même que l'Etat n'use pas de tous les moyens nécessaires pour rendre effectif le titre exécutoire ; ce qui est préjudiciable au requérant. C'est ce qui a fait dire à M.A. de SABA que la procédure de certification n'est pas adaptée à la typicité des Etats de l'ohada dont la majorité souffre encore de déficit en matière de respect du principe de la séparation des pouvoirs¹¹⁰⁷. Selon l'auteur, il n'y a pas de doute que le contrôle de l'authenticité exercé par les Etats serve aussi de prétexte pour retarder ou refuser l'exécution des arrêts de la CCJA. Pour atteindre ce résultat, il suffit, selon M.A. de SABA, à l'organe chargé du contrôle de l'authenticité et de l'apposition de la formule exécutoire d'évoquer des raisons fallacieuses, notamment la surcharge de travail ou de dossiers¹¹⁰⁸. Le législateur de l'ohada n'a malheureusement pas prévu de dispositif pour contourner le laxisme des autorités nationales chargées du contrôle de l'authenticité des arrêts de la CCJA et de l'apposition de la formule exécutoire¹¹⁰⁹. Pour cet auteur, la procédure de certification des arrêts de la CCJA pose un autre problème à savoir celui de l'absence d'homogénéité de l'apposition de la formule exécutoire qui varie d'un Etat à un autre. Le créancier dont le débiteur possède des biens dans plusieurs Etats de l'OHADA doit donc renouveler la formalité dans chacun des pays. On voit donc poindre toutes les difficultés et les retards subséquents à la répétition de la certification dans les Etats de l'OHADA¹¹¹⁰. Toujours selon cet auteur, pour favoriser la libre circulation et l'exécution rapide des décisions de justice au sein de l'espace OHADA, le législateur communautaire pourrait, *de lege feranda*, impartir un délai au-delà duquel la carence de l'autorité nationale chargée du contrôle et de l'apposition de la formule exécutoire

¹¹⁰⁵ Article 46-1 du Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage précité.

¹¹⁰⁶ P. CALLE, *L'exécution transfrontalière des titres exécutoires en Europe, aujourd'hui et demain*, in *Enforcing contracts Aspects procéduraux de l'exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international* (direction M. DEFOSSEZ et J. SENECHAL) Larcier Bruxelles 2008 p. 101.

¹¹⁰⁷ A.A. de SABA, *Un nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique. Est-ce suffisant ?*, Rev.Finance & Commun Good, n°28-29, Genève 2007, pp.100 ss.

¹¹⁰⁸ A.A de SABA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales- Droit de l'ohada et pratiques européennes*, Collection « Pratiques judiciaires et législatives », Global finance Securities, p.204. Pour cet auteur, cette situation peut se présenter si l'arrêt dont la certification est requise est défavorable à un proche du pouvoir politique ou à une personne pouvant corrompre ou exercer une influence sur l'organe chargé du contrôle.

¹¹⁰⁹ A.A de SABA, *op.cit.*, p.100 ss.

¹¹¹⁰ A. A. de SABA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales*, *op.cit.*, p.204.

emporterait force exécutoire automatique à la décision¹¹¹¹. Une autre solution envisageable est de conférer aux arrêts de la CCJA une force exécutoire intrinsèque qui dispenserait son porteur de toute formalité intermédiaire dans l'Etat d'exécution¹¹¹²

530. Cette simplification de l'*exequatur* ne signifie pas son absence. Ainsi, aux termes de l'article 30 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage, pour qu'une sentence arbitrale puisse faire l'objet d'une exécution forcée, il faut qu'elle soit exequaturée par le juge compétent à savoir le Président du Tribunal régional¹¹¹³.

La simplification de l'exécution des titres exécutoires se manifeste par l'équivalence de force entre les décisions de la CCJA et celles des Etats Parties et par l'assimilation des sentences arbitrales et décisions juridictionnelles de l'Etat Partie. Aux termes de l'article 20 du traité Ohada : « Les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour commune de justice et d'arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat Partie ». Il appert de cette disposition que les arrêts de la CCJA n'ont pas besoin d'être *exequaturés*. De même, il y a une paralysie de toute décision nationale concurrente et contraire à celle de la CCJA¹¹¹⁴.

Quant à l'article 25 du traité OHADA, il dispose : « les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre (titre IV du traité- c'est nous qui soulignons) ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat. Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'*exequatur* ». Cet article est à rapprocher de l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CCJA¹¹¹⁵ qui a le même contenu. La similitude entre ces deux dispositions s'apprécie également au niveau de la juridiction compétente pour accorder l'*exequatur* des sentences arbitrales. Il s'agit de la CCJA. Cette compétence est

¹¹¹¹ A.A. de SABA, *op.cit.*, p.205.

¹¹¹² Commentaire de J. LOHOUES-OBLE sous l'article 20 du Traité de l'ohada ancienne version.

¹¹¹³ Aux termes de l'article 789 CPCS : « l'exequatur est accordé quelle que soit la valeur du litige par le Président du Tribunal régional du lieu où l'exécution doit être poursuivie ».

¹¹¹⁴ Traité ohada du 17 octobre 1993 commenté par J. LOHOUES-OBLE in Ohada Traité et actes uniformes et annotés Juriscope 2002 p. 48.

¹¹¹⁵ J.O OHADA, 15/05/1999, p.9.

exclusive. Cette simplification progressive de l'*exéquatur* a fait dire à une certaine doctrine qu'il y a une possible gestation d'un titre exécutoire OHADA¹¹¹⁶. A notre avis, il va falloir instituer au sein de l'espace OHADA, un titre exécutoire OHADA qui repose sur une confiance mutuelle dans la justice des différents Etats membres. Ce titre suppose la disparition totale de l'*exéquatur* et de l'ordre public international des Etats prévu à l'article 31 AUA de l'espace judiciaire OHADA. Mais à notre avis, le titre exécutoire doit voir son domaine étendu à la matière civile et sociale, au-delà du domaine commercial.

2. LA DISPARITION PARTIELLE DE L'EXÉQUATUR EN DROIT EUROPÉEN

531. Parler de disparition partielle de l'*exéquatur* en droit européen signifie que la procédure d'*exéquatur* existe dans certains cas mais pas dans d'autres. En effet, il y a des conventions qui ont pour ambition d'assurer la simplification des formalités de reconnaissance et d'exécution réciproques des décisions judiciaires¹¹¹⁷. C'est l'exemple de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui a été remplacée par le Règlement (CE) du Conseil n°44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale¹¹¹⁸.

Le champ d'application de ces deux instruments juridiques, c'est la matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Se trouvent donc exclues les matières fiscales, douanières ou administratives. Les décisions rendues dans un Etat membre pourront être mises à exécution dans un autre Etat membre, après avoir obtenu du juge de première instance de l'Etat d'exécution, une déclaration de force exécutoire. Le juge requis n'exerce qu'un simple contrôle de régularité des documents fournis¹¹¹⁹. Cette situation est déplorée par certains auteurs qui estiment que l'intervention du juge de l'Etat requis est réduite à « une simple formalité d'enregistrement¹¹²⁰ ». C'est dire que l'efficacité recherchée

¹¹¹⁶ A.D. WANDJI KAMGA, *Le droit à l'exécution forcée, Réflexion à partir des systèmes juridiques Camerounais et français*, Thèse en cotutelle entre l'université de Yaoundé II et Limoges 2009.

¹¹¹⁷ V. Préambule de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹¹¹⁸ JOCE n° L 12 du 16 janvier 2001.

¹¹¹⁹ Direction (M. DEFOSSEZ et J. SENECHAL), *Aspects procéduraux de l'exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international*, op cit., p.12.

¹¹²⁰ D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris, P.U.F, Tome I-Partie générale, coll. « Thémis droit », 2007, n°299.

dans la circulation des décisions de justice ne doit pas s'obtenir au détriment des droits procéduraux fondamentaux du défendeur ainsi que le précise la Cour de justice des communautés européennes : « même si le but de la convention est d'assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires, cet objectif ne saurait toutefois être atteint en affaiblissant les droits de la défense¹¹²¹ ».

532. Au-delà des instruments qui visent la simplification des formalités de l'exéquatur, il y a ceux qui les suppriment.

Ainsi, le Règlement 1896-2006 du 12 décembre 2006¹¹²², applicable à partir de 2008 établit une procédure européenne d'injonction de payer. Son but est de supprimer l'exéquatur. Cette procédure a pour objectif de simplifier, d'accélérer et de réduire les coûts des litiges transfrontaliers en cas de créances incontestées. Le Règlement assure la libre circulation des injonctions de payer européennes au sein de l'ensemble des Etats membres. Il rend aussi inutile toute procédure intermédiaire dans l'Etat membre d'exécution préalablement à la reconnaissance et à l'exécution¹¹²³. Son champ d'application est la matière civile et commerciale pour les litiges transfrontaliers.

En plus de ce règlement, il y a celui n°861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges c'est-à-dire si le montant du litige ne dépasse pas 2000 euros, hors intérêts, frais et débours. Ces Règlements précités ont été introduits dans le Code de procédure civile français par le décret n°2008-1346 du 17 décembre 2008 relatif aux procédures européennes d'injonction de payer et de règlement des petits litiges¹¹²⁴.

Les pays européens ont également mis en place un titre exécutoire européen. Il s'agit du Règlement n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées¹¹²⁵. En effet, l'espace économique européen se développant, il faut penser à décroiser l'espace judiciaire. Le

¹¹²¹ C.J.C.E., 11 juin 1985, DEBAECKER et PLOUVIER, affaire 49/84, Rec., p.1779, point 10.

¹¹²² J.O.U.E du 30/12/2006.

¹¹²³ S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Economica, 2008, p.639.

¹¹²⁴ J.O.R.F n°0295 du 19 décembre 2008, p.19478, texte n°30.

¹¹²⁵ JOUE n° L 143 du 30 avril 2004.

constat qui est fait est que la simplification des instruments traditionnels déjà réalisés ne suffit plus. Le titre exécutoire européen veut assurer la libre circulation des décisions sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure intermédiaire dans l'Etat membre d'exécution préalablement à la reconnaissance et à l'exécution. Ce titre a des effets dans l'Etat d'exécution comme le précise l'article 5 du Règlement : « une décision qui a été certifiée en tant que titre exécutoire européen dans l'Etat membre d'origine est reconnue et exécutée dans les autres Etats membres, sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de contester sa reconnaissance ». Une fois le titre certifié, il est assimilé à un titre national.

Les trois Règlements qui suppriment l'exéquatur essaient d'allier efficacité et droits de la défense. C'est pourquoi, une décision d'injonction de payer européenne et de règlement des petits litiges peut faire l'objet d'un réexamen si elle n'est pas intervenue en temps utile pour permettre au défendeur de préparer sa défense sans qu'il y ait faute de sa part¹¹²⁶. Pourtant, certains pensent que les procédures simples, rapides et peu coûteuses ainsi promues par le droit communautaire, présentées comme assurant la promotion des droits fondamentaux en ce qu'elles facilitent l'accès au juge, heurtent le droit à un procès équitable¹¹²⁷.

De même, un titre exécutoire européen peut ne pas être certifié si sa signification ou notification n'est pas intervenue en temps utile permettant au défendeur de préparer sa défense sans qu'il y ait eu faute de sa part¹¹²⁸.

L'effectivité des décisions de justice passe, au-delà de la prescription des mesures utiles à la préservation des droits du demandeur, par l'engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de l'inexécution des décisions de justice.

§2. LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT DU FAIT DE L'INEXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE EN FRANCE ET AU SÉNÉGAL

¹¹²⁶ Article 20 du Règlement n°1896/2006 et 18 du Règlement n°861/2007.

¹¹²⁷ F. FERRAND, « *Le titre exécutoire européen ou les possibles tensions entre jugement sans frontières et procès équitable* », in Mélanges en l'honneur de M.REVILLARD, Paris, Defrénois, 2007, pp.107 et s.

¹¹²⁸ Article 19 du Règlement (CE) n°805/2004 du Parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (JOUE n° L 143 du 30 avril 2004).

533. L'exécution des décisions de justice, et plus largement des titres exécutoires, est une question fondamentale pour l'Etat, car elle assure la crédibilité de ses institutions, notamment juridictionnelles, à l'égard des justiciables et plus largement des citoyens. Aussi, le bénéficiaire d'un titre exécutoire doit pouvoir, le cas échéant, compter sur l'assistance de la puissance pour obtenir l'exécution forcée de son titre¹¹²⁹. Mais il peut arriver que l'Etat ne déferre pas à la sollicitation du demandeur pour éviter de causer un dommage plus important que celui subi par le détenteur du titre exécutoire. Cette obligation indiscutable de concours, l'Etat éprouve parfois de grandes difficultés à s'en acquitter, parce qu'il a aussi en charge de l'ordre public et que l'exécution d'une décision de justice par la contrainte peut parfois, à un moment donné, causer un trouble supérieur à celui que constitue indiscutablement le fait de laisser cette décision inexécutée¹¹³⁰. Il existe donc une sorte de dilemme cornélien auquel l'Etat est confronté.

La responsabilité de l'Etat du fait de l'inexécution des décisions de justice met en évidence un conflit entre l'administration et la justice. En effet, la justice est tenue en échec plus ou moins arbitrairement par le pouvoir administratif¹¹³¹. L'obligation qui pèse sur l'Etat est une véritable obligation de résultat, car le justiciable qui n'a pu bénéficier du concours de l'Etat peut engager la responsabilité de celui-ci sur la simple constatation de sa défaillance¹¹³².

On note une différence en la matière entre le droit sénégalais et français (A). En revanche des difficultés de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat sont perceptibles dans les deux systèmes juridiques (B).

A. DIFFÉRENCE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET SÉNÉGALAIS

534. Cette différence est perceptible quant à la portée du fondement de la responsabilité de l'Etat (1) et quant au régime du fondement de la responsabilité de l'Etat (2).

1. UN FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ PLUS RESTREINT EN DROIT FRANÇAIS QU'OHADA

¹¹²⁹ F. ARBELLOT, *Concours de la force publique*, Jurisclasseur Procédure civile, Tome 10, Fascicule 2110.

¹¹³⁰ J. M. AUBY cité par F. ARBELLOT, *op cit.*, Fascicule 2110.

¹¹³¹ FREJAVILLE, *L'exécution des jugements d'expulsion*, Gaz Pal 1947, p.78.

¹¹³² N. DIOUF, commentaire de l'article 29 AURVE, 3^e édition, Juriscope 2008, pp.772-773.

535. Il y a une différence entre la loi française et l'Acte uniforme ; elle se situe au niveau de la sanction. Alors que la loi française ne sanctionne que le refus de prêter son concours, l'Acte uniforme va plus loin en sanctionnant non seulement le refus de l'Etat mais aussi sa carence¹¹³³. Cette assertion démontre à l'évidence que le fondement de la responsabilité de l'Etat pour inexécution des décisions de justice est plus restreint en droit français qu'OHADA.

Selon le Nouveau Petit Robert, le verbe refuser signifie ne pas consentir, décliner, rejeter, ne pas accepter ; tandis que la carence renvoie au fait de se dérober devant ses obligations, de manquer à sa tâche¹¹³⁴.

536. La responsabilité de l'administration pour inexécution des décisions de justice est prévue à l'article 142 COA. Aux termes de cette disposition, la responsabilité de l'Etat peut être engagée par le refus de prêter main forte à l'exécution d'une décision de justice, lorsque ce refus, justifié par des raisons tirées de la sauvegarde de l'ordre public, s'est prolongé pendant une période anormalement longue.

A coté de cette disposition, il y a l'article 29 AUPSRVE qui dispose : « la formule exécutoire vaut réquisition directe de la force publique. La carence ou le refus de l'Etat de prêter son concours engage sa responsabilité ». Ces deux dispositions s'inspirent de l'arrêt français Couitéas¹¹³⁵ : « considérant que le justiciable, nanti d'une sentence judiciaire, dûment revêtue de la formule exécutoire, est en droit de compter sur la force publique pour l'exécution du titre qui lui a été ainsi délivré ; que si le gouvernement a le droit d'apprécier les conditions de cette exécution et de refuser le concours de la force armée, tant qu'il estime qu'il y a danger pour l'ordre et la sécurité, le préjudice qui résulte de ce refus ne saurait, s'il excède une certaine durée, être une charge incombant normalement à l'intéressé, qu'il appartient au juge de déterminer la limite à partir de laquelle il doit être supporté par la collectivité ». En effet, l'exécution des décisions de justice contribue à la légitimation du pouvoir judiciaire. Elle appartient au pouvoir exécutif en tant qu'obligation. La non-exécution d'une décision de justice enlève à la justice la notion de pouvoir qui lui est attribuée, mais prive en même temps

¹¹³³ N. DIOUF, Note sous article 29 AUPSRVE, 3^e édition, 2008, p.772.

¹¹³⁴ Nouveau Petit Robert de la langue française 2007.

¹¹³⁵ Arrêt Couitéas, C.E 30 novembre 1923, D.P. 1923, 3, p.59. Conclusions M. RIVET.

le citoyen de sa raison de soumission à des organes élus, délégataires de la souveraineté nationale ; d'où la légitimation de la non soumission des citoyens à l'Etat lorsque celui-ci se voit incapable d'assurer ce service¹¹³⁶.

2. UN RÉGIME DU FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT PLUS LISIBLE EN DROIT FRANÇAIS

537. Dire que le régime du fondement de la responsabilité de l'Etat est plus lisible en France signifie que le législateur français a pris le soin de réglementer le refus de concours contrairement à son homologue de l'OHADA. Ainsi, aux termes de l'article 50 alinéa 3 et 4 du décret n°92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n°91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, toute décision de refus de l'autorité compétente doit être motivée.

Le défaut de réponse dans un délai de deux mois équivaut à un refus. Cette obligation de refus entre en droite ligne de la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 « relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public¹¹³⁷. Cette loi a été présentée par les autorités publiques, et souvent envisagée par les commentateurs, comme l'un des volets d'une politique plus générale de protection des particuliers face à l'administrative, voire même de garantie des libertés publiques¹¹³⁸.

539. En droit sénégalais, une telle loi n'existe pas. Cette situation est donc préjudiciable au justiciable détenteur d'une décision de justice qui ne sait pas quand est-ce que le silence gardé par l'administration constitue un refus. On peut cependant être optimiste puisque le juge de l'excès de pouvoir sénégalais attaché au départ au principe « pas de motivation sans texte », approfondit son contrôle de motivation des actes administratifs¹¹³⁹. Cet approfondissement du contrôle de la motivation est lié à la volonté de l'administration d'assurer la « transparence ».

¹¹³⁶ P.N. DIOUF, *De l'exécution des décisions des juges de la mise en état, des juges du fond, des ordonnances sur requête, le juge des référés* in spécial séminaire sur les récentes modifications du Code de Procédure civile du Sénégal EDJA N° 58 juillet-août-septembre 2003, p. 22.

¹¹³⁷ J.O, p.1711 ; JCP 1979 .III. 48802.

¹¹³⁸ R. VIARGUES, *Forme et contenu de la motivation des actes administratifs. L'exemple des décisions d'expulsion des ressortissants étrangers*, R.D.P, 1982, p.773.

¹¹³⁹ A. DIEYE, *Le juge et la motivation des actes administratifs au Sénégal*, EDJA, n°81 avril-mai-juin, 2009, p.14.

En tout état de cause, il existe des difficultés d'application de la responsabilité de l'Etat.

B. DES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT CONSTATÉES DANS LES DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES

540. Ces difficultés sont relatives au caractère du préjudice indemnisable (1) et à la procédure d'indemnisation (2).

1. DES DIFFICULTÉS RELATIVES AU CARACTÈRE DU PRÉJUDICE INDEMNISABLE

541. Tous s'accordent à reconnaître que l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour inexécution de la décision de justice est un gage de confiance en la justice. Elle donne au justiciable le sentiment de satisfaction puisque tous les efforts déployés vont être couronnés de succès. Seulement, le constat qui est fait en droit sénégalais c'est l'absence d'engagement de la responsabilité de l'Etat pour défaut d'exécution d'une décision de justice. Cela est-il dû à la lassitude des plaideurs ou à la frilosité des juges ? ¹¹⁴⁰. Les deux- à notre avis -car le citoyen, après une longue bataille judiciaire qui lui a fait perdre énormément de temps, d'argent et d'énergie, ne compte plus tenter la même aventure ; à cela s'ajoute la peur qu'il éprouve à l'égard de l'Etat. Quant au juge, il n'a tout simplement pas assez d'audace pour le faire.

542. De nombreux obstacles à l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour inexécution d'une décision de justice existent en tout cas. Elles tiennent au caractère du préjudice subi. En effet, si la responsabilité sans faute est automatique dans son déclenchement, elle n'en demeure pas moins conditionnée dans sa mise en œuvre, et davantage que ne l'est une responsabilité publique fondée sur la faute. Ses butoirs se situant au niveau du préjudice allégué qui doit, selon la formule classique, être grave et spécial¹¹⁴¹. Vu que ces notions n'ont pas fait l'objet d'une définition légale, il appartient à la jurisprudence et même à la doctrine de combler ce vide.

¹¹⁴⁰ P.N. DIOUF, *L'exécution des décisions*, op.cit., p.22.

¹¹⁴¹ M. PACTEAU Note sous Conseil d'Etat , 2^e et 6^e sous-sect, 22 juin 1984 requête n°53717 ; Secrétaire d'Etat auprès du ministre des transports, chargé de la mer c/ Société Townsend car Ferries United JCP 1985 II 20444.

Selon le Conseil d'Etat français, le préjudice est spécial lorsque l'activité particulière d'une personne a été atteinte plus que d'autres¹¹⁴². Dans certains cas, le juge estime que le préjudice est anormal alors que dans d'autres non. Pour le Conseil d'Etat français, compte tenu de ce que le recours à la grève des brigadiers-cantonniers des canaux municipaux de la ville de Paris chargés de la manœuvre des écluses a été exercé dans le respect des lois et des décisions réglementaires qui fixent les modalités d'exercice de ce droit, le préjudice qui en est résulté (immobilisation de bateaux) n'a pas revêtu un caractère anormal ouvrant droit à réparation¹¹⁴³.

Au Sénégal, l'article 142 COA a introduit une notion à contenu variable « pendant une période anormalement longue ». Il appartiendra au juge sénégalais de la fixer en tenant compte- comme il le fait pour apprécier le fonctionnement défectueux du service- des moyens de l'administration¹¹⁴⁴. A notre avis, cette tâche doit être l'apanage du législateur.

Au-delà des difficultés relatives au préjudice indemnisable, il y a celle afférentes à la procédure d'indemnisation.

2. DES DIFFICULTÉS RELATIVES A LA PROCÉDURE D'INDEMNISATION

543. La demande d'indemnisation doit être présentée selon les règles habituelles du droit de la responsabilité administrative. Ainsi, il est nécessaire que la victime d'un refus de concours lie le contentieux en s'adressant amiablement-avant tout recours juridictionnel-à l'autorité administrative : le requérant doit préalablement à la saisine du juge saisir l'Administration d'une demande en indemnisation sous peine d'irrecevabilité, même si la liaison du contentieux peut être effectuée en cours d'instance¹¹⁴⁵.

Ainsi, aux termes de l'article 729 CPCS, l'action en justice doit être précédée d'une demande préalable. La décision préalable en matière de plein contentieux est obligatoire. Ce qui est

¹¹⁴² Société Townsend car ferries, J.C.P 1985.II.20444.

¹¹⁴³ Conseil d'Etat du 17 janvier 1986, D.1986, IR p.461.

¹¹⁴⁴ A.B.FALL, Thèse précitée.

¹¹⁴⁵ F. ARBELLOT, *Concours de la force publique*, op cit., Jurisclasseur Procédure civile Tome 10 fascicule 2110.

choquant dans tout cela c'est que l'administration peut garder le silence pendant quatre mois ; ce qui équivaut à un rejet de la demande.

Cette procédure donc, au lieu de faire gagner du temps au justiciable, lui en fait perdre. Rien n'est plus facile que d'intenter un recours de ce type, mais en contrepartie rien n'est plus aléatoire que la réaction de l'administration¹¹⁴⁶.

544. Avec le recours préalable, le risque est que l'administré non satisfait renonce à aller plus loin par lassitude ou découragement et que les affaires se trouvent en quelque sorte, dérivées vers des voies de garage.

Pour faire face à ces difficultés, le Gouvernement français a pris une circulaire invitant toutes les administrations à prendre les mesures structurelles propres à répondre à la nécessité d'examen effectif des recours préalables¹¹⁴⁷.

545. Il existe des raisons sociétales qui empêchent l'effectivité de l'indemnisation. Il convient de citer le substitut du Procureur d'alors, qui, lors de la rentrée des Cours et tribunaux en 1982 soutenait qu'il ya des indemnisations pour les victimes d'une inexécution justifiée uniquement par une « couverture politique, religieuse ou personnelle¹¹⁴⁸ ». Cette situation est une grave injustice car elle suppose qu'en l'absence des couvertures précitées, aucune indemnisation n'est possible. Osons gager que depuis lors, les indemnisations se font normalement ; seulement rien ne permet d'en être sûr vu la rareté des décisions de justice en la matière.

546. Dans l'arrêt Couitéas, il a été précisé que l'administration a la possibilité de refuser d'exécuter la décision de justice lorsque le concours risque d'entraîner des troubles plus graves que celui que fait naître l'inexécution de la décision de justice, en cas de circonstances exceptionnelles. Cette jurisprudence Couitéas n'a été remise en cause ni par la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁴⁹, ni par le Conseil constitutionnel français¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁶ Note PALAZOLLI sous C.E, Dame Veuve DUCROUX D.1965 p.845.

¹¹⁴⁷ Circulaire du 9 février 1995 relative au traitement des réclamations adressées à l'administration J.O 15 Février 1995 p.2522.

¹¹⁴⁸ Quotidien Le « *Soleil* » du Vendredi 5 novembre 1982, p.8.

¹¹⁴⁹ Dans l'arrêt *Matheus c/France*, la Cour Européenne développe une « théorie des risques de troubles à l'ordre public et des préoccupations sociales légitimant le refus d'expulsion d'un locataire sans titre qui est largement plus exigeante que celle avancée par les autorités préfectorales d'un département antillais » (S. GUINCHARD et FERRAND, *Procédure civile Droit interne et droit communautaire*, 28^e édition, Dalloz Action, 2006, p.1081, n°1449.

Seulement, le juge européen et constitutionnel français limite quelque peu la portée de cette jurisprudence. C'est dire que le refus de l'administration peut être illégal c'est-à-dire non justifié par la préservation de l'ordre public et la sécurité juridique ou légal dans le cas contraire.

547. La question s'est posée de savoir s'il faut engager la responsabilité de l'Etat devant la CCJA du fait de l'obstruction à une décision de justice¹¹⁵¹. Selon M. Etoundi, la CCJA est compétente en cas de violation d'une disposition d'un acte uniforme ohada. A notre avis, la compétence de la CCJA se justifie puisque l'article 14 du Traité OHADA dispose que « la Cour commune de justice et d'arbitrage assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application commune du présent traité, des Règlements pris pour son application et des Actes uniformes ». Etant donné que l'article 29 est une disposition de l'AUPSRVE, il va de soi que sa violation entraîne comme conséquence la compétence de la CCJA à condition qu'en première instance et au second degré, les juridictions nationales se prononcent¹¹⁵².

548. La responsabilité de l'Etat pour carence ou refus de prêter son concours peut être engagée par la Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples d'autant que l'article 3 du Protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des Peuples précise que : « la Cour a compétence pour connaître de toutes les affaires et de tous les différends dont elle est saisie concernant l'interprétation et l'application de la charte, du présent Protocole, et de tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par les Etats concernés¹¹⁵³ ».

¹¹⁵⁰ Le Conseil Constitutionnel français rappelle « que toute décision de justice est exécutoire ..., la force publique devant, si elle est requise, prêter main-forte à cette exécution ». Mais « dans des circonstances exceptionnelles tenant à la sauvegarde de l'ordre public, l'autorité administrative peut... ne pas prêter son concours » (C.C. 98-403 DC 29 juillet 1998, Rec 276).

¹¹⁵¹ F. O. ETOUNDI, *La pratique des voies d'exécution dans l'Acte Uniforme ohada*, www.alliance-juris.forumpro.fr.

¹¹⁵² Mme J. Lohoues-Oble (L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique, RIDC, 1999, p.543) n'est pas de cet avis. Selon elle, la Cour ne peut être saisie du manquement d'un Etat à ses engagements lorsque cet Etat, par exemple, s'est abstenu ou a refusé de prendre sur le plan interne, les dispositions législatives ou réglementaires d'application des actes d'harmonisation comme le lui impose le Traité ».

¹¹⁵³ La responsabilité de l'Etat peut également être engagée devant la Cour de Justice de la CEDEAO sur la base du Protocole additionnel (A/PS.1/01/05) portant amendement du Préambule, des articles 1^{er}, 2, 9, 22 et 30 du Protocole (A/P1/7/91) relatif à la Cour de Justice de la Communauté. Depuis un certain temps, on remarque que la Cour de Justice de la CEDEAO et de l'UEMOA sont saisies de questions relatives aux droits de l'homme.

L'exécution de la décision de justice est partie intégrante du droit à un procès équitable prévu par la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples et les autres instruments juridiques reconnaissant les droits de l'homme tels que le PIDCP et ratifié par le Sénégal.

Une autre question posée est si l'article 29 AUPSRVE se limite à la matière des recouvrements de créance¹¹⁵⁴. Cette question met en exergue l'étendue de la disposition précitée qui à notre sens est assez réduite voire parcellaire. Il va falloir en tout état de cause rétablir l'égalité des moyens pour permettre à tout justiciable d'assurer sa défense.

SECTION 2. DE LA NÉCESSITÉ DE RÉTABLIR L'ÉGALITÉ DES MOYENS POUR ASSURER SA DÉFENSE

549. Pour rétablir l'égalité des moyens dans la défense, il convient de réformer la procédure en vigueur devant la CCJA (§1) et systématiser le recours à l'avocat devant la Cour suprême (§ 2).

§ 1. RÉFORMER LA PROCÉDURE EN VIGUEUR DEVANT LA CCJA

550. Etant conscient des règles inéquitables contenues dans le Règlement de procédure de la CCJA, Me Doudou Ndoye opte pour une réforme de la procédure CCJA. Il demande soit la transformation de la CCJA et de sa procédure pour en faire une Cour d'harmonisation des solutions divergentes adoptées par les Cours de cassation nationales, soit le maintien de la Cour en sa forme actuelle avec l'institution du droit d'inscription et d'établissement professionnel de tous les avocats des pays appartenant à l'ohada, dans tous les barreaux. Ces mesures devant aussi être complétées par la mise en place d'un budget suffisant d'aide judiciaire ohada¹¹⁵⁵. Nous optons pour la deuxième alternative que nous développerons dans le paragraphe suivant et l'institution d'une assistance judiciaire ohada pour les plaideurs qui n'ont pas les moyens de défendre leur cause devant la CCJA. En effet, le processus d'intégration a pris forme et suit son cours malgré les résistances notées à gauche et à droite ; il ne faudrait donc pas le remettre en cause mais en améliorer la dynamique. Pour cela, il faut modifier l'article 28 du Règlement de procédure en y instituant des délais de distance. Cette

¹¹⁵⁴ P.N. DIOUF, *De l'exécution des décisions des juges de la mise en état, des juges du fond, des ordonnances sur requête*, op.cit., p.22.

¹¹⁵⁵ D. NDOYE, *La CCJA Organisation- Procédure et jurisprudence*, op cit.

réforme n'est pas discriminatoire ; bien au contraire, elle vise à rétablir une injustice. On ne doit pas sacrifier les droits des justiciables sur l'autel de la célérité ou de l'efficacité.

La réforme de la procédure CCJA suppose que les audiences foraines prévues à l'article 19 du Règlement de procédure soient une réalité car l'admission de la mobilité de la Cour est indispensable si l'on veut rapprocher la justice des justiciables et donc, de minimiser les coûts. On pourrait, par exemple, organiser des « sessions foraines » qui auraient lieu dans les cours suprêmes nationales ; les justiciables de ce pays se sentiraient ainsi beaucoup plus concernés par la justice rendue par la juridiction supranationale¹¹⁵⁶.

Après la nécessité de réformer la procédure en vigueur devant la CCJA, il convient de faire en sorte que le justiciable puisse se faire défendre.

§2. RENDRE EFFECTIF LE DROIT DE SE DÉFENDRE

551. Nous ne le répéterons jamais assez, le justiciable a certes le droit de se défendre lui-même, mais il le fait souvent par le biais d'un intermédiaire, avocat le plus souvent vu qu'il ne maîtrise pas les arcanes de la justice. Pourtant comme nous l'avons remarqué, on se rend compte que les règles posées font fi de l'importance de se faire défendre. A preuve, l'article 72 de la loi organique 2008-35 sur la Cour suprême qui ne rend pas obligatoire le ministère d'avocat devant ladite Cour. A notre avis, cette disposition relève de l'utopie. Il faut penser à rendre obligatoire le ministère d'avocat devant la Cour suprême vu que c'est une institution prestigieuse ; il ne faudrait donc pas qu'un plaideur inexpert puisse s'y présenter pour dire n'importe quoi. D'ailleurs, certains Etats comme la France l'ont compris en instituant la notion de filtrage des pourvois en cassation. Ce filtrage est prévu par la loi n°2001-539 du 25 juin 2001 aux termes de laquelle une formation de trois magistrats de la Cour de cassation peut déclarer « non admis » les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen non sérieux.¹¹⁵⁷ Mais le caractère obligatoire du ministère d'avocat devant la Cour suprême doit être accompagné d'un fonds suffisant pour indemniser les avocats qui vont défendre les justiciables indigents.

¹¹⁵⁶ J.I. SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *op.cit.*, p.168.

¹¹⁵⁷ A. PERDRIAU, «La non admission des pourvois» JCP, G, 2002, n°1, 181 p.2061.

552. Au niveau communautaire, il faudra permettre aux avocats dont les Etats sont membres de l'ohada de s'établir partout où de besoin puisque l'article 91 du traité révisé de l'UEMOA a consacré la liberté d'établissement sauf pour ce qui concerne la fonction publique.¹¹⁵⁸ Le pari n'est certes pas gagné puisque non seulement les avocats sénégalais ne peuvent s'inscrire au Barreau de Côte d'Ivoire par exemple mais également, il n'existe pas de règles harmonisées concernant l'accès à la profession d'avocat.¹¹⁵⁹ La seule possibilité offerte à un avocat étranger c'est la faculté de plaider dans tous les pays en vertu des conventions internationales de coopération en matière de justice ; laquelle faculté ne doit pas être confondue avec l'installation dans le pays concerné en qualité d'avocat.¹¹⁶⁰ Pourtant, il va falloir y arriver au regard aussi bien du Traité UEMOA révisé que de celui de la CEDEAO.

¹¹⁵⁸ www.uemoa.int/Documents/traitéRéviséUEMOA.pdf.

¹¹⁵⁹ J. BEMBA, *Devenir avocat dans l'espace francophone*, L'Harmattan, Collection « Logiques juridiques », 2003, p.9

¹¹⁶⁰ D. NDOYE, *Organisation- Procédure et jurisprudence*, *op.cit.*, pp.5 à 6.

CONCLUSION DU TITRE II

553. Les garanties tenant au déroulement de la procédure subissent de nombreuses atteintes.

Les atteintes aux garanties procédurales se manifestent par la mise à l'écart de la publicité du procès en vue de permettre au juge de délibérer dans le secret mais également de protéger l'intérêt général ou particulier. Il y a aussi le fait que les décisions de justice sont par moment contestables, ont des effets paradoxaux et rendues tardivement. De même, on remarque l'existence de nombreux obstacles à leur exécution. En effet, l'inexécution de la décision de justice conduit à une non-application du droit qui devient alors « un droit fantôme, un droit virtuel, un droit trompeur¹¹⁶¹ ». Ce préjudice n'est pas seulement individuel, il est également collectif car « de proche en proche, la conviction s'ancre que tout est permis, puisqu'il n'y a plus de sanction. L'insécurité imprègne l'ensemble des relations juridiques. C'est l'Etat de droit qui peu à peu se désagrège¹¹⁶² ». Le législateur français a institué des mesures de protection spéciales du consommateur tandis que le législateur sénégalais n'en parle pas, non pas qu'il ne soit pas sensible à sa situation¹¹⁶³, mais certainement parce que le mouvement consumériste est plus développé en France qu'au Sénégal. On remarque en tout cas une certaine rupture d'égalité des moyens pour assurer sa défense.

554. Des solutions ont été proposées pour mettre fin aux atteintes à la garantie d'un bon déroulement du procès. Elles consistent en la libre circulation des titres exécutoires dans l'espace judiciaire OHADA et européen, en l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour inexécution de la décision de justice et l'atténuation des conséquences de l'immunité d'exécution.

Relativement à la première solution, il faut dire qu'en France, les cas de disparition de la procédure d'exequatur sont plus nombreux que dans l'espace OHADA.

¹¹⁶¹ R. CABRILLAC, M.A.FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 6^e édition, Dalloz, 2000, p. 515.

¹¹⁶² J. NORMAND, « *Les difficultés d'exécution des décisions de justice* », in Mélanges H.D. COSNARD, La terre, la famille, le juge, Economica, 1990, p.395.

¹¹⁶³ Dans l'exposé des motifs de la loi n°94-63 du 22 août 1994 sur les prix, la concurrence et le contentieux économique (JOS du 27 août 1994), il est précisé qu'en « marge de l'organisation de la concurrence dont le destinataire final est le consommateur, des règles de protection de celui-ci sont posées pour permettre à l'autorité administrative de faire face aux insuffisances du marché et aux fraudes ».

Concernant la seconde solution, on note des similitudes quant aux difficultés d'application de la responsabilité de l'Etat pour défaut de concours. Il existe cependant des différences entre les deux systèmes juridiques quant au fondement de la responsabilité de l'Etat¹¹⁶⁴.

Enfin, en matière d'atténuation des conséquences de l'immunité d'exécution, on sent une certaine frilosité du législateur et juge sénégalais contrairement à son homologue français. En effet, là où le législateur français s'efforce à étendre la compétence des juges qui peuvent donner des injonctions à l'administration, dans le droit ohada, non seulement l'article 30 AUPSRVE n'est pas précis quant aux modalités de la compensation, mais également en droit interne, l'interdiction de donner des injonctions à l'administration et de la condamner sous astreinte demeure¹¹⁶⁵. De plus, le juge français de l'ordre judiciaire et administratif a, à maintes reprises affirmé son pouvoir de contrainte à l'égard de l'administration pendant que le juge sénégalais n'en parle que très rarement pour ne pas dire jamais.

Il faudrait opter pour la création d'un titre exécutoire ohada et pour la mise en œuvre effective de la responsabilité de l'Etat du fait de l'inexécution des décisions de justice.

De même, il appartient à l'Etat de prendre toutes les mesures nécessaires afin que les huissiers puissent mener à bien la tâche dont ils sont investis, notamment en leur assurant le concours effectif des autorités qui peuvent prêter main-forte à l'exécution là où la situation s'impose, à défaut de quoi les garanties dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdent toute leur raison d'être¹¹⁶⁶. Une réforme de la procédure en vigueur devant la CCJA s'impose également.

¹¹⁶⁴ Il convient de préciser qu'en droit français, le justiciable dispose de deux sortes de recours contre le refus du préfet de lui prêter main-forte : un recours en indemnisation et un recours en injonction depuis la réforme du référé administratif par la loi n°2000-597 du 30 juin 2000. Il s'agit précisément du référé-liberté.

¹¹⁶⁵ Article 74 COA : « le juge ne peut pas adresser d'injonction à l'Administration. Il ne peut pas la condamner directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de pas faire ».

¹¹⁶⁶ Colloque international de l'UIHJ « *La contribution des institutions à l'aménagement de l'espace de liberté, de sécurité et de justice* » Reims, 3-4 novembre 2005 sous la direction de N. FRICERO et J. ISNARD.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

555. L'étude des garanties tenant au déroulement de la procédure a permis de déceler l'existence de principes directeurs dont la finalité est soit de répartir les pouvoirs entre le juge et les parties, soit de préserver les droits de la défense. Elle a permis également de mettre en exergue la dialectique justice et temps, justice et transparence. En effet, le temps est un élément inséparable du procès. Ainsi, les délais de procédure ont soit pour fonction de stimuler le zèle des plaideurs afin de lutter contre les comportements dilatoires, soit d'accorder un temps de réflexion pour permettre l'exercice effectif des droits de la défense.

556. Concernant la transparence et la justice, il convient de rechercher un équilibre entre la vie privée des litigants et la transparence de la justice. C'est dire donc que le droit à l'information ne doit pas être une fin en soi car quelquefois la justice a besoin d'être épargnée des indiscretions du public. La transparence renvoie également à la motivation de la décision du juge. Celle-ci a un triple intérêt : pour le litigant qui doit savoir pourquoi il a gagné ou perdu ; ce faisant la motivation a une vertu pédagogique ; pour le juge, la motivation est un moyen de légitimation de la décision du juge ; pour l'autorité de contrôle, la motivation permet de contrôler les décisions qui lui sont déferées. La motivation traduit l'idée selon laquelle : « le droit est simultanément acte d'autorité et de persuasion. Le droit autoritaire, celui qui s'impose par le respect et la majesté, n'a guère à motiver. Celui qui se veut démocratique, œuvre de persuasion et de raison, doit chercher, par la motivation, à obtenir une décision raisonnée¹¹⁶⁷ ».

557. Les décisions de justice doivent être accessibles au public et non à l'unique cercle restreint des juristes. Un des moyens qui pourraient être utilisés est l'internet, le tout en préservant la vie privée des litigants. Elles doivent être exécutées à temps et circuler librement dans l'espace judiciaire ohada à l'instar de ce qui se passe en Europe. Cela requiert un élargissement du champ des situations dans lesquelles la procédure d'exéquatur est supprimée. En outre, la réussite de l'intégration ohada passe par le traitement égal des citoyens des Etats Parties.

¹¹⁶⁷ C. PERELMAN et P. FORIERS (sous la direction de), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 428 pages.

CONCLUSION GÉNÉRALE

558. Au terme de cette étude, il convient de soutenir avec M. René-Degni-SEGUI que : «les garanties générales se ramènent pour l'essentiel à deux. Tout d'abord, le droit à un recours, un recours effectif et non théorique est proclamé. Il s'agit de l'accessibilité aux juridictions nationales pour faire entendre sa cause. Ensuite, le droit à un tribunal compétent, impartial et indépendant, toute garantie nécessaire à un procès équitable, est assuré »¹¹⁶⁸. En effet, la procédure civile tout entière à l'instar de certaines règles de fond, est systématiquement tournée vers la protection des garanties essentielles nécessaires au plaideur pour la manifestation de la vérité¹¹⁶⁹.

1. À PROPOS DES GARANTIES DU JUSTICIAIRE DANS LE PROCÈS CIVIL

559. Les droits du justiciable dans le procès civil sont proclamés par tous les instruments juridiques qui protègent les droits de l'homme. Ces instruments sont intégrés dans l'ordonnancement juridique sénégalais. Ce faisant, ils lient le juge, le législateur et le Gouvernement.

560. Ainsi, le pouvoir exécutif a mis en place la notion de la gouvernance judiciaire au Sénégal, c'est-à-dire la mise en place d'une justice crédible, efficace, impartiale et favorable au développement économique. En effet, dans le diagnostic établi pour les besoins du nouveau programme national de bonne gouvernance lancé en 2000, une grande majorité de la population estimait que la justice est « lente, chère, complexe, inaccessible, inéquitable et, parfois inadaptée à l'environnement socio-culturel ». Il fallait donc aller vers une réforme qui donnerait à la justice une organisation plus simple, plus souple et sécurisée dans son fonctionnement, afin de renforcer sa transparence et son efficacité¹¹⁷⁰. Le gouvernement du Sénégal a élaboré et mis en œuvre un Programme Sectoriel Justice (PSJ) qui se veut, dans sa philosophie, un support de modernisation du service public, tout en prenant en charge

¹¹⁶⁸ R.DEGNI-SEGUI, *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone* (Théories et Réalités CEDA 2001), p.85.

¹¹⁶⁹ K. MBAYE, *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil au Sénégal* in Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil Milano, 1973, pp.595 et s.

¹¹⁷⁰ M. SAMB, *La gouvernance judiciaire au Sénégal état des lieux*, R.S.D. N°5-nov 2006, p. 335

l'ensemble des préoccupations du secteur. C'est ainsi que le Gouvernement de l'alternance a entrepris la construction et la réhabilitation des juridictions et leur équipement, la revalorisation du traitement salarial des magistrats, la modernisation de l'outil de travail.

561. Dans le sens de favoriser une plus grande proximité entre la justice et les justiciables, le Ministre de la Justice, Cheikh Tidiane SY a demandé à l'Inspection générale de l'administration de la Justice de mener une réflexion approfondie et proposer une nouvelle carte judiciaire. Cette instruction est louable d'autant plus que pour ce qui concerne les Cours d'appel, bien que les textes en aient prévu quatre (Dakar, Kaolack, Saint-Louis et Ziguinchor), seuls celles de Dakar et de Kaolack fonctionnent effectivement. Une décision allant dans le sens de rendre fonctionnelles ces cours d'appel permettrait d'atteindre l'objectif visé. Il est vrai qu'en créant en 1999 les Maisons de la Justice et du Droit, le législateur sénégalais a voulu rapprocher la justice du justiciable. Cela est précisé dans l'exposé des motifs de cette loi modifiée par le décret N° 2007-1253 du 23 octobre 2007¹¹⁷¹

562. Dans le souci d'accélérer et de simplifier le cours de la justice, le Ministre précité a chargé le Président de la Cour d'appel de Dakar d'instaurer un guichet unique et de créer des chambres spécialisées en matière commerciale, financière et bancaire au sein des juridictions de Dakar. Le programme sectoriel Justice porte sur 8 volets majeurs et s'inscrit sur un horizon de dix ans (2004-2013).

563. La gouvernance judiciaire concerne trois domaines principaux : l'approfondissement de la réforme de la justice, l'amélioration du climat des affaires et la lutte contre la corruption. A propos de la corruption, il y a lieu de rappeler que la justice sénégalaise a été ébranlée par une affaire de pots de vins.

A notre avis, le Ministère de la Justice gagnerait à soutenir financièrement l'A.J.S (Association des Juristes sénégalaises) dans sa recherche de rapprochement de la justice du justiciable, en somme de l'accessibilité du droit. En effet, l'A.J.S est entrain de concrétiser son projet qui recouvre trois rubriques : la création de boutiques du droit, d'un site Web, et d'une revue *La Citoyenne*. La création de plusieurs boutiques du droit est prévue dans les régions, plus particulièrement celle de Saint-Louis, au Plateau et à Rufisque. Présentement, grâce à la Coopération Italienne qui a financé le projet et la Mairie de Médina qui a mis à la

¹¹⁷¹ J.O du 12 août 2008.

disposition de l'A.J.S un local, une boutique du droit a été implantée à la Médina. L'objet de la boutique du droit c'est d'assister et d'appuyer les populations, plus particulièrement les femmes, d'informer, de sensibiliser et d'offrir des consultations juridiques gratuites dans les différents domaines du droit tels que le droit du travail, commercial, de la famille etc ...

564. Concernant la Revue *La Citoyenne*, elle a vu le jour grâce au financement de l'Ambassade des Etats-Unis. A rappeler que même si l'Etat du Sénégal n'a pas financé ces différentes activités de l'A.J.S, il n'entretient pas moins une étroite collaboration avec ladite association notamment dans la lutte contre les violences faites aux femmes. L'A.J.S collabore en outre avec les Maisons de la Justice et du Droit.

2. À PROPOS DE L'EFFECTIVITÉ DES GARANTIES DU JUSTICIAIRE DANS LE PROCÈS CIVIL

565. Au terme de notre réflexion, nous pouvons tirer la conclusion selon laquelle les garanties du justiciable sont abondamment proclamées, mais insuffisamment protégées.

Cependant, cette protection varie en fonction des systèmes juridiques en présence. La raison tient au fait que la France a toujours été surveillée par la Cour européenne des droits de l'homme et la CJCE.

566. Le système judiciaire sénégalais est confronté à d'énormes défis. Il s'agit du défi de la crédibilité. Beaucoup de justiciables africains n'ont pas, en effet confiance en leur justice d'où donc une attitude de défiance et de méfiance à son égard. La justice en Afrique est l'objet de nombreux procès qui tous s'accordent sur un acte d'accusation étoffées, sévères et sans appel : absence d'un pouvoir judiciaire indépendant, subordination de la justice au pouvoir politique, vénalité des juges, insuffisance et inadéquation de la formation des magistrats, misère financière et documentaire des tribunaux, excessif juridisme des règles et procédures, éloignement de l'appareil judiciaire par rapport aux populations¹¹⁷². Quelle que soit la manière dont on envisage le problème en Afrique, on ne peut éviter de partir d'un constat

¹¹⁷² J.D. De GAUDUSSON, *Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone* in la justice en Afrique, numéro spécial, Afrique contemporaine n° 156 pp.6 et s.

malheureusement bien amer : le juge africain et par la même la justice en Afrique, est en panne¹¹⁷³.

567. Un autre défi à relever est celui de l'instauration d'un équilibre entre la modernité et la tradition. Il faut rappeler que nombre d'africains restent aujourd'hui encore attachés à la justice traditionnelle. Cela tient, entre autre, au fait que dans l'Afrique traditionnelle, la justice traditionnelle, la justice était une occasion de réconciliation plutôt qu'un moment de division¹¹⁷⁴. Nombre d'africains ruraux, c'est-à-dire la majorité des populations africaines et donc des justiciables potentiels, semblent redouter cette justice officielle trop formalisée conçue comme un combat d'arène où les adversaires s'étreignent comme des ennemis où la bataille sans merci des arguments et des artifices de procédure doit se conclure en une fin dramatique avec un vainqueur et un vaincu qui se tournent le dos en quittant le prétoire.¹¹⁷⁵

Le juge doit donc connaître à la fois le droit écrit et le droit coutumier et régler d'épineux problèmes comme les procès en sorcellerie. Il doit trouver un équilibre entre la tradition et la modernité¹¹⁷⁶.

568. On peut également citer le défi de l'indépendance de la justice. M. FALL pose la question suivante : dans les conditions matérielles, statutaires, sociales et politiques telles qu'elles existent actuellement dans la quasi totalité des pays africains, est-il possible qu'un juge même animé de la plus forte conviction qui soit et d'une conscience professionnelle irréprochable puisse vivre cette indépendance et assurer cette neutralité, toujours solennellement proclamés à son profit, qui sont les seuls gages de son intégrité et de son impartialité auprès des populations ?¹¹⁷⁷. Il est vrai que lorsque le juge ne dispose pas de toutes les conditions matérielles dont il a besoin, il devient difficile pour lui d'être indépendant. Mais difficile ne signifie pas impossible car combien sont les juges qui font fi des biens matériels pour ne se consacrer qu'à leur travail corps et âme ? C'est dire que l'indépendance est une question de personne et que l'absence ou l'existence de moyens matériels est certes importante mais pas une fin en soi. On pourrait peut-être soutenir que le

¹¹⁷³ A.B. FALL, *le juge, le justiciable et les pouvoirs publics ; pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique*, Afrilex n° 3/2003.

¹¹⁷⁴ M. KAMTO, *op.cit.*, p.58.

¹¹⁷⁵ J. VERGES, *Pour en finir avec Ponce Pilate*, Paris, le Pré aux clercs, 1983 notamment. p. 89.

¹¹⁷⁶ M. KAMTO, *Une justice entre tradition et modernité* in la justice en Afrique, Afrique contemporaine, N° 156, 4/90 p. 57.

¹¹⁷⁷ A.B. FALL, *op.cit.*

statut du juge africain tel qu'il est défini ne lui permet pas d'être totalement indépendant vis-à-vis de l'exécutif. Là encore, ce qui fait un juge c'est moins son statut que sa compétence à rendre des décisions dignes de ce nom, son intégrité et sa conscience professionnelle.

569. Si le juge est si mal compris aujourd'hui, cela tient vraisemblablement au fait que soit les décisions qu'il aura rendues ne correspondent, ni en droit ni en fait, aux attentes légitimes de citoyens, conscients que leurs droits n'ont pas été respectés, soit les jugements prononcés, même justifiés au regard des lois en vigueur, n'ont pas reçu l'adhésion des populations concernées pour la simple raison qu'ils ne correspondent pas à l'idée de justice, en tant que représentation sociale, que se font dans leur esprit, les membres de la même communauté¹¹⁷⁸. Cette situation déplorable a entraîné comme conséquence le recours à d'autres juges que les juges officiels, à la « justice sans juge »¹¹⁷⁹ ou la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits¹¹⁸⁰.

Selon M. Etienne Le ROY, les études ont montré que le recours à la justice d'Etat n'était que l'accessoire d'une approche endogène du règlement des conflits fondés sur la redécouverte de la voie négociée. Il ne considère le recours à la justice d'Etat comme la partie visible d'un iceberg¹¹⁸¹.

570. Une question s'est posée de savoir si les Etats francophones sont prêts à intégrer dans leur pratique judiciaire sous réserve du respect des exigences de confidentialité et de transparence l'extension aux voies électroniques des modes de dépôt des écritures, de communication entre les parties de notifications des actes de procédure et de publication de toutes les décisions publiques¹¹⁸². C'est dire donc que les Etats africains doivent prendre en compte les nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la modernisation de leurs systèmes judiciaires.

En effet, on parle aujourd'hui de plus en plus de la possibilité de rendre la justice sur Internet qui dans certaines hypothèses existe : c'est le cas de l'arbitrage en ligne (*on line dispute*

¹¹⁷⁸ A.B. FALL, *op.cit.*

¹¹⁷⁹ M.DEBENE, *La justice sans juge, d'hier à demain* in la justice en Afrique, Afrique contemporaine, N° 156 pp.86 et s.

¹¹⁸⁰ E.Le ROY, *Le justiciable africain et la redécouverte d'une voie négociée de règlement des conflits* in la justice en Afrique, Afrique contemporaine N° 156, pp.111 et s.

¹¹⁸¹ E. Le ROY, *op.cit.*

¹¹⁸² V. [www. galgui-info. com](http://www.galgui-info.com).

resolution), dans d'autres, elle reste à devenir une réalité. La justice rendue sur l'internet devrait consister à pouvoir intenter une instance, la poursuivre, l'achever par une décision et exécuter celle-ci, après avoir exercé le cas échéant les voies de recours, de façon totalement ou partiellement immatérielle, sans participation physique des juges et des auxiliaires de justice. On devrait donc pouvoir notifier en ligne, c'est-à-dire dématérialiser des notifications, instruire, communiquer des pièces, auditionner des témoins, recueillir l'avis des experts, plaider et délibérer. La question qui se pose est celle de savoir si on ne risque pas de déshumaniser le procès ou la puissance rhétorique ? Nous ne pouvons que répondre par l'affirmative en ce sens que le plaideur est parfois galvanisé par la présence du public au procès.

571. En outre, il y a lieu de soutenir que même si les nouvelles technologies sont à intégrer dans le fonctionnement de la justice, tout indique que l'effectivité de la réforme risque d'être plombée dans des pays où la maîtrise de l'énergie n'est pas assurée. Nombre de procès risqueraient d'être interrompus à cause d'une panne d'électricité. Ce dysfonctionnement risque de rendre le cours du procès plus lent ; or il semble que l'un des objectifs de la réforme souhaitée c'est d'enrayer les lenteurs du procès. La réforme dont il s'agit aurait tout son sens dans des pays où l'énergie est maîtrisée et où l'Internet fait partie intégrante de leur culture.

572. Et même dans ces pays, on a pu relever des obstacles à la notification sous la forme électronique. Ils sont de deux ordres : matériels et juridiques¹¹⁸³.

Traitant des obstacles matériels, Mme MEKKI met en exergue le fait que le destinataire de l'acte ne soit pas équipé en matériel informatique, l'usage irrégulier de la boîte aux lettres électroniques, les virus informatiques, l'illettrisme des destinataires de l'acte.

Quant aux obstacles juridiques, l'auteur se pose la question de savoir quelle est la nature de la clause qui consent à la notification par écrit : est-ce une clause abusive dans le cas de contrats d'adhésion ? Ensuite, les règles de notifications sont-elles disponibles ?

¹¹⁸³ S.A.MEKKI, *Les notifications électroniques*, in Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe sous la dir. de J. ROCHFELD et E. JEULAND Collection « Droit et Procédures », décembre 2004 pp.9 et s.

Malgré ces critiques, il demeure qu'en France, la notification électronique est prévue à l'article 748 et s CPCF. De même, la décision à caractère normatif N°2005-003 portant adoption du règlement intérieur national de la profession d'avocat (R.I.N) prévoit la possibilité de communication des pièces « par voie électronique, par la remise de tout support de stockage de données numériques, ou l'envoi d'un courrier électronique, s'il est justifié de sa réception effective par le destinataire » ou, plus simplement, correspondre avec un confrère « par voie électronique à l'adresse figurant sur les documents professionnels de son correspondant ». Nous pensons que le Barreau sénégalais gagnerait à réfléchir sur ce genre de règles.

573. Un autre souci est celui de la nécessité et difficultés d'archivage des actes électroniques. En effet, archiver, c'est conserver un document dont on a plus l'utilité immédiate, mais qui peut encore servir, soit à titre informatif, soit à titre de preuve dans l'éventualité d'une contestation, d'un litige devant les tribunaux, ou lors d'un contrôle de l'administration. La question qui se pose est celle de savoir comment se servir de la preuve électronique si la conservation afférente aux documents électroniques n'est pas résolue ?

Bien que la question de la conservation des documents électroniques soit fondamentale, ni la loi française du 13 mars 2000 sur la preuve, ni la directive européenne sur la signature électronique ne fixent de critères précis relativement à l'archivage des documents électroniques et les moyens à employer. Notre pays gagnerait à légiférer aussi bien sur l'écrit électronique que sur l'archivage des actes électroniques

3. À PROPOS DE L'ORIGINALITÉ DU DROIT SÉNÉGALAIS PAR RAPPORT AU DROIT FRANÇAIS

574. S'interrogeant sur la destinée du droit français en Afrique, M. Jean Foyer affirme ceci : « très peu de nouveaux gouvernements s'appliquent à effacer systématiquement toutes les règles juridiques que les prédécesseurs leur ont laissées, pour cette bonne raison que la majeure partie de ces règles juridiques sont après tout des règles raisonnables, qui ne sont pas inadaptées à l'état de la société et à leurs besoins. Et il y a donc lieu de penser que par la force de l'habitude, une grande partie du droit français demeurera en vigueur dans ces pays, de même que nous autres nous avons traîné pendant des siècles des vestiges de droit romain, de

même que nos voisins Belges continuent toujours à se servir du Code civil alorsz que nous les avons dominés à peine une dizaine d'années au début du XIXe siècles¹¹⁸⁴ ».

Si pertinent soit-il, ce point de vue de M.FOYER ne permet pas d'aboutir à la conclusion selon laquelle le droit sénégalais est une pâle copie du droit français. Il semble au regard des idées développées dans cette thèse que cette vision des choses est loin d'être la bonne et ce, au regard des nombreuses notions connues dans un système juridique et méconnues dans un autre, à défaut d'être différemment réglementées. Le droit sénégalais est certes une émanation du droit français, mais celui-ci évolue beaucoup plus rapidement. S'il est vrai qu'il y a des valeurs universelles et que le besoin de justice se fait sentir partout où il y a société, il ne faut point occulter le fait que chaque Etat a sa spécificité, ses priorités. C'est en cela que les deux systèmes juridiques peuvent s'influencer réciproquement.

Il nous semble que la meilleure des opinions à avoir est celle de Kéba Mbaye qui disait : « la sensation d'indépendance crée une mentalité nouvelle. La colonisation est nécessairement abâtardissement et source de complexes. L'Afrique colonisée était indifférente à tout. N'étant pas responsables de ce qui pouvait leur arriver, les Africains se désintéressèrent de tous les problèmes. Devenus indépendants, ils n'ont pas su perdre entièrement, et tout de suite, le souvenir de leur récente condition, ce qui influence beaucoup leurs actes. Libérés de la colonisation, ils n'ont pas toujours su se décoloniser eux-mêmes. Cet état d'esprit peut avoir deux conséquences curieusement opposées. Il peut susciter une sorte de révolte et une volonté aveugle de rompre avec tout ce qui rappelle l'état précédent ou l'ancienne Métropole. Mais il peut aussi créer une trop grande timidité, une peur du risque et de l'aventure qui attache au passé, ce qui est connu. Ces deux attitudes ont évidemment des retentissements dans la législation post-coloniale, et correspondent grossièrement à l'Afrique révolutionnaire et à l'Afrique « réformiste ». Mais quelle que soit son attitude politique, le nouvel état procède toujours à la décolonisation du droit et à la création des conditions de naissance du droit nouveau dont les fondements et les règles sont renouvelés¹¹⁸⁵

¹¹⁸⁴ J.FOYER, *Les destinées du droit français en Afrique*, Penant 1962, 72^e année n°690, janvier-février-mars p.1.

¹¹⁸⁵ K.MBAYE, *Droit et développement*, in Les aspects juridiques du développement économique, Etudes préparées à la requête de l'Unesco, sous la direction d'A.TUNC.

POSITIONS DE THÈSE

576. Il convient de faire en sorte que le droit soit accessible aux populations notamment rurales¹¹⁸⁶ mais urbaines également¹¹⁸⁷. La création en 1999 des Maisons de la Justice et du Droit va dans ce sens ; de même que l'institution par l'A.J.S des boutiques du droit. Cela tient au fait que le droit devient de plus en plus difficile à connaître, à comprendre, à mettre en application¹¹⁸⁸. Pourtant dans le même temps l'adage *nul n'est censé ignorer la loi* empêche que l'on puisse attacher un effet de droit à l'ignorance qu'une personne peut avoir de sa situation juridique. C'est dire donc toute la contradiction qui existe en la matière.

L'accès au droit pourrait être en tout état de cause une alternative à toute procédure judiciaire. Il est donc à encourager¹¹⁸⁹.

577. Mettre en place une véritable loi d'assistance judiciaire qui poserait des critères clairs et précis pour bénéficier de l'assistance judiciaire d'une part et d'autre part établir un équilibre entre les demandeurs d'assistance judiciaire et les dispensateurs de celle – ci en permettant par exemple au justiciable non satisfait du rejet total ou partiel de sa demande d'exercer un recours devant une juridiction.

Les organes dispensateurs de l'assistance judiciaire doivent non seulement motiver leur décision d'admission ou de rejet, mais également vérifier les informations fournies par ceux qui souhaitent bénéficier de l'aide judiciaire et étudier le caractère sérieux de leur demande.

578. Instaurer un pouvoir judiciaire qui ne subit l'influence d'aucun autre pouvoir officiel ou officieux. Pour cela, il faut que les juges soient bien formés, au fait de l'évolution de la

¹¹⁸⁶ A. DIENG, *Assistance juridique aux populations rurales*, Afrique contemporaine, N° 156 Numéro spécial, 1990 pp.106-110

¹¹⁸⁷ P. DIAGNE, « Accès à la justice dans les quartiers urbains pauvres : Dakar, Abidjan, Niamey, Ouagadougou » in *Pauvreté urbaine et accès à la justice en Afrique Impasses et Alternatives*, L'harmattan, 1995 pp. 27-116

¹¹⁸⁸ G. NICOLEAU, *Inaccessible droit !* » *RRJ* 1998 ? pp.15 – 49 ; *Les inégalités devant la loi et la justice*, n° spécial Petites Affiches, 28 Nov. 2002.

¹¹⁸⁹ J. F. GUILLAUME, *Accès au droit : richesse et fécondité d'un principe pour la socialisation juridique et l'Etat de droit en Afrique Noire Francophone* www.afrology.com/eco/accesdroit.html

société certes, mais bien imprégnés de leurs réalités sociales¹¹⁹⁰. Le volet formation des magistrats du PSJ est salubre. Il faut de plus que la composition du CSM soit réaménagée en excluant le pouvoir exécutif de ses membres et en y intégrant des personnes de la société civile. Une redéfinition de l'obligation de réserve s'impose également.

579. Instaurer une véritable coopération entre les parties et le juge dans le procès par l'institution de contrats de procédure qui permettent de mieux gérer l'instance au niveau de toutes les juridictions.

580. Mettre fin aux obstacles d'accès au prétoire des institutions supranationales de protection des droits de l'homme notamment, la Commission africaine des droits de l'homme et la Cour africaine des droits de l'homme. Il faut donc supprimer la technique de l'épuisement des voies de recours internes et celle de la déclaration.

581. Instituer au niveau national une « Commission de réclamation des justiciables ». Il s'agit essentiellement d'instaurer un dispositif de prévention et d'alerte des dysfonctionnements d'une juridiction ou d'un magistrat, sans mettre en cause l'indépendance des juges. Il faudrait également penser à étendre les pouvoirs du médiateur de la République et de l'Inspection Générale de l'Administration judiciaire à ces réclamations.

582. Il faut instaurer une pédagogie sur la Justice , c'est-à-dire que les citoyens devraient recevoir un enseignement sur ce que sont les institutions judiciaires et les principales procédures ouvertes aux justiciables dès l'école et une politique de communication à l'égard des citoyens à savoir mieux accueillir les citoyens dans les juridictions et les informer sur les procédures qui les concernent, accorder aux victimes la faculté de se regrouper pour défendre leurs droits.

583. Dématérialiser la procédure tout en maîtrisant la production de l'électricité¹¹⁹¹.

584. Assouplir les règles d'engagement de la responsabilité de l'Etat et des magistrats.

585. Uniformiser les délais de comparution au niveau des tribunaux.

¹¹⁹⁰ V. à ce propos J.P. VANDERLINDEN, *Enseigner sans reproduire-Innover sans tout détruire : propos hétérodoxes au départ de quelques constats élémentaires* www.afrilex.u-bordeaux4.fr N°3 juin 2003.

¹¹⁹¹ La dématérialisation de la procédure s'inscrit dans la logique fixée par la loi sénégalaise 2008-10 du 25 janvier sur la société de l'information notamment en son article 18 qui dispose que l'Etat a le devoir de mener des réformes nécessaires à la création d'un environnement propice à l'émergence de la société de l'information dans des secteurs prioritaires tels que celui de la justice.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

PROCÉDURE CIVILE, DROIT JUDICIAIRE PRIVÉ ET INSTITUTIONS JUDICIAIRES.

BANLARD (J.P) : *Procédure civile et voies d'exécution*, éd. Angdé-Clet, 1987, 507p.

BOT (Y.) : *Les institutions judiciaire, organisation et fonctionnement*. Ed. Berger-Levrault. 1985. 224 P.

BOYER (R.) et ROLAND (P.) : *Les institutions judiciaires*, éd. L'Hermès. 1983. 508 p.

CADIET (L.) *Droit judiciaire privé*, Litec, 2ème éd. 1998, 933 p.

CADIET (L), Normand (J) Mekki Soraya *Théorie générale du procès*, P.UF. Paris, 2010, collection Thémis 993 pages.

CARRE, et CHEVEAU : *Lois de procédure civile et commerciale*. 5ème éd. 1880. 13Vol.

COUCHEZ (G) : *Procédure civile* Dalloz, 1988 (avec la collaboration de J.P. Laglande et D. Lebeau°. 610 p.

CROZE (H) : et MOREL (Ch.) *Procédure civile* 1998, PUF éd. Collec. Droit fondamental.

DEBAURAIN (J.) : *Les institutions juridictionnelles*, 2ème éd. Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1993

DONNIER (M) : *Voies d'exécution et procédure de distribution*, Litec. 1996.

FOYER (J ;) et CORNU (G) : *Procédure civile*, Paris PUF, 1996, 780 p.

GARCONNET et CESAR BRU : *Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale*. 3ème éd. 9 vol (1912-1925), 3 suppléments, 1931, 1933, 1938.

GIUDICELLI-DELLAGE (G.) : *Institutions judiciaires et juridictionnelles*, 1993, Paris. PUF. 352 p.

GIVERDON (CL.) et PIERROT (R.) (Sous la direction de) : *Jurisclasseur de procédure civile*

GLASSON, TISSIER et MOREL *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^{ème} éd. 5 vol. (1925-1936), Le tome V contenant un supplément menant à jour les tomes 1 à IV.

GUINCHARD (S.) (Sous la direction de) : *Encyclopédie Dalloz Répertoire de procédure civile*. 2^{ème} éd. Cinq tomes (mise à jour permanente). L'ensemble a été entièrement renouvelé au cours des cinq dernières années.

Droit et pratique de la procédure civile, coll. Dalloz-Action. 1^{re} éd. 1999. Retirage mai 1999. 1552 p.

Droit du procès Dalloz 2000

Mégacode civile. Commenté article par article. Dalloz mai 1999

GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) (Sous la direction de) : *Droit et pratique des voies d'exécution*, coll. Dalloz-Action, déc. 1998. tirage fin 1999

HERON (J.) : *Droit judiciaire privé*, éd. Montchrestien, 1998, 762 p.

JAPIOT *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^é édition 1935

JOLY : *Traité de procédure civile et voies d'exécution*, t.1, Paris Nathan, 1988, 475 p.

KERNALEGUEN (F.) : *Institutions judiciaires* 2^e éd, Paris Litec, 1998, 278 p.

LARGUIER (J.) et CONTE (PH.) : *Droit judiciaire privé*, 13^é éd. Dalloz. 1998. 169 p.

MOREL (R.) : *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^{ème} éd. Sirey. 1949. 606 p.

MOREL (C.) et CROZE (H) : *Procédure civile*, Paris, PUF, 1998, 444 p.

NDAOT REMBOGO (S.) : *Les Institutions judiciaires au Gabon*, Yaoundé : Centre d'Édition et de Production pour l'Enseignement et la Recherche, 1981; 165 p.

PERROT (R.) : *Institutions judiciaires*, 8^{ème} éd. Montchrestien, 1998. 547 p.

RASSAT (M.I.) : *Institutions judiciaires*, 2^{ème} éd. PUD. 1996, 302p.

ROLAND (H) et BOYER (L.) : *Institutions judiciaires*, éd. L'Hermès, 2^{ème} 1983

ROUARD (P.) : *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, Tome préliminaire, volume 1, édition Bruylant 1979.

SOLUS (H.) et PERRROT (R.) : *Droit judiciaire, privé*, Tome préliminaire, volume 1. Édition Bruylant 1979.

TAISNE (J.J.) : *Les institutions judiciaires*, mémento Dalloz, 6^{ème} éd. 1998. 172 p.

VERON (M) : *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Masson, 1989.

VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.) : *Procédure civile*, Dalloz 25^{ème} éd. 1999

Vincent (J.), GUINCHARD (S.) et VARINARD (G.) : *Institutions judiciaires*, 5^{ème} éd. Dalloz, 1999.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES

ABEILLE (J.-E) *Une certaine réforme*, L .G.D.J; 1970

- ACKERMAN (W.) et BASTRAD : *Innovations et gestion dans l'institution judiciaire*. L.G.D.J. 1993. 113. P.
- AGOR(A), *Histoire d'un procès ou pour une justice électronique, assemblée pour la défense des citoyens*, 1969.
- AKAOUI (R), *Exécution provisoire devant la Cour d'appel , les pouvoirs du premier président, historique et droit contemporain*, Thèse dactyl. 1989.
- AMBRA (D.d'), *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Préf. G.WIEDERKEHR, Bibliothèque de droit privé, T.236, L.G.D.J., Paris, 1994.
- AMEILHAUD (G.), *L'effet dévolutif de l'appel en matière civile*, Thèse dactyl., Toulouse, 1942.
- ANCEL (M), *Le juge du divorce*, Centre de droit comparé, La Documentation française, service de la documentation et de la recherche, septembre 1977.
- ANNALES DE L'I.R.E.T.I.J. : *L'informatique et le droit*, Montpellier, C.N.R.S., n°3,1991.
- L'informatique et le droit*, Montpellier, C.N.R.S., n°2,1990.
- Apports de l'informatique à la connaissance du droit*, Actes du colloque de Montpellier 10 et 11 mars 1989, C.N.R.S., 1989.
- ANNALES de la faculté de droit et de science politique, université de Clermont-Ferrand 1 : *Le temps et la procédure*, Fasc.20, L.G.D.J. ,1983.
- ANQUETIL (M), *Etude comparée de l'instruction civile et pénale*, Thèse dactyl. , Rennes, 1970.
- ARTHUIS (J.) et HAENEL (H.), *Justice sinistrée, Démocratie en danger*, Economica, 1991.
- ARCHIVES DE PHILOSOPHIE DU DROIT : *Le procès*, Sirey, Tome 39, 1995.
- ASSOCIATION Française DE PHILOSOPHIE DU DROIT : *Le temps dans la procédure*, TGI de Nanterre, Dalloz, 1996.
- ASSOCIATION HENRI CAPITANT : *L'effectivité des décisions de justice*, Tome 36, Economica, 1985.
- AZARD (P.), *Immutabilité de la demande en Droit judiciaire français*, Thèse dactyl. Paris, 1985
- AZEMA (J.), *La durée des contrats successifs*, Préf. R.
- BABOZ (D.), *Les constats d'audience en matière civile*, Thèse dactyl. Paris, 1958.
- BALLE (C.) , BASTARD (B), ENSELLEM (D) et GARIOUD (G.), *Le changement dans l'institution judiciaire*, Ministère de la justice, service de coordination de la recherche, Sociologie judiciaire, La Documentation française, 1986.

- BANDRAC (M), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Préf. P. RAYNAUD, Thèse Paris 2, Economica, 1986.
- BARANES (W.) et FRISON ROCHE (M.-A.), (sous la dir.), *La justice, l'obligation impossible*, Rev. Autrement, séries Morales, n°16, octobre 1994.
- BARROT (R.), *Réflexions sur la justice actuelle*, éd. Laccassagne- Lyon, Gazette du Palais, Paris, 1992.
- BAUDOIN (A), *La conciliation et la médiation : Deux modes de règlement des différends commerciaux*
- BAUDOIN (J.L.) – *Le secret professionnel et le droit au secret dans le droit à la preuve* L.G.D.J. 1965
- BAYONA (B.M.) : *Les goulots d'étranglement de l'appareil judiciaire au niveau des cours et tribunaux*. Kinshasa. Cridhac, 1981 (inédit).
- BEAUCHARD (J), *Le renouvellement en appel de la matière litigieuse dans le procès civil*, Thèse dactyl. Poitiers, 1979
- BELAID (S.), *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Préf.M.VILLEY, L.G.D.J., Bibliothèque de philosophie du droit, V.17, 1974.
- BENABENT (Alain) *La chance et le droit*, Thèse Paris 1944
- BERGEL (J.L) *Théorie générale du droit coll. Méthodes du Droit* Dalloz 1989
- BERGSON (H), *Essai sur les données immédiates de la conscience*, 1889, in H.BERGSON, Œuvres, Paris, PUF, 1963.
- BEYNET (C), *L'imputation des délais aux différents acteurs des institutions judiciaires civiles*, Mémoire de D.E.A., Paris II, sous la direction de P.INGALL MONTAGNIER, sept.1993.
- BLERY (C), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Préf.P.MAYER, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 328, 2000.
- BLONDEL (P), *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et droits patrimoniaux à caractère personnel*, Préf.A.PONSARD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 95, 1969.
- BONGERT (Y.), *Recherches sur les cours laïques des Xe et XIIIe siècles*, Thèse Paris, 1948.
- BONIFACCI (E), *De la règle contra non valentem agere non currit praescriptio et de ses applications en matière civile*, Thèse Aix en Provence, 1901.
- BONNEAU (T), *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Préf.M.GOBERT, P.U.F., 1990.

- BOUCART (F.) ; *Le grand conseil de l'Afrique Occidentale française, Paris. Encyclopédie d'outre-mer.* 1956
- BOULAN (F), *La transaction en droit privé*, Thèse Aix, 1971.
- BOULOT (J.), *Dictionnaire général des délais et prescriptions en matière civile administrative, commerciale, criminelle*, 1907.
- BOURDILLAT (J.-C.), *Le référé dans le contentieux des affaires*, Thèse Montpellier, 1995.
- BOURRE (R.) et MIGNARD (P.) : *La crise de l'institution judiciaire, Paris, Christian-Bourgeois*, 1977.
- BOUT (R.), CAS (G) et PRIETO (C), *Lamy droit économique*, 1999.
- BOYER (L.), *La notion de transaction, Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif*, Thèse, Toulouse, 1947.
- BROUILLAUD (J.-P.), *De l'amiable composition judiciaire*, Thèse Paris I, 1995.
- BRUSCHI (M), *La prescription en droit de la responsabilité civile*, Préf. A.SERIAUX, Economica, 1997.
- BUFFELAN-LANORE (J.-P.), *Informatique juridique documentaire*, éd.de l'espace européen, 1991.
- BUFFELAN-LANORE (Y), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, P.HEBRAUD, L.G.D.J. , Bibliothèque de droit privé, T.43, Paris, 1963.
- CADIET (L.) (Sous la coord), *Le droit contemporain des contrats, bilan et perspectives*, Préf.G.CORNU, Economica, Paris, 1987.
- CADIET (L.) : *La fonction d'une cour d'appel, réflexion sur le second degré de juridiction*, éd. PU d'Aix. 1994. 314 p.
- CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Thèse Caen, 1999.
- CAPELLETTI (M.), *Accès à la justice et Etat providence*, Préf.R.DAVID, Economica, 1984.
- CARBONNIER (J) *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9é éd., L.G.D.J., 1998.
- CARLES (A), *L'évocation en matière civile (art.473 du Code de procédure)*, Thèse Caen, 1934.
- CARNELUTTI (F.), *Sistema del diritto processuale civil*, T.I, 1936-1939, 3 vol. , Padova, Cedam.
- CARO (J.-Y.), *Les dimensions économiques de la décision judiciaire, perception et pratique des magistrats*, entretien avec des magistrats du siège, février 1990.

- CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préf.G.VINEY, T.250, L.G.D.J., 1995.
- CATALA (P), *Le droit à l'épreuve du numérique, Jus ex machina*, P.U.F., coll. Droit éthique, soc. 1998.
- CAVALLENI (J) *Le juge national du provisoire face au droit communautaire* Bruylant Bruxelles 1995
- CERDA (C), *La nature juridique du procès*, Thèse, Paris II, 1979.
- CHEVALIER (J.) : *L'élaboration historique du principe de la séparation des juridictions judiciaires et administratives*, Paris, L.G.D.J., 1970, 1970. 308 P.
- CHOPPIN HAUDRY DE JANVRY (S.), *La suspension de la prescription en droit français*, Thèse Paris II, 1989.
- CLEMENT (J), *De la règle contra non valentem non currit praescriptio en matière civile*, Grenoble, 1902.
- COHEN-TANUGI (L), *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Préf.S.HOFFMAN, P.U.F., Coll.Quadrige, Paris, 1985.
- COLIN (M), *De l'interruption de la prescription en matière civile*, Paris, 1883.
- CONSEIL DE L'EUROPE :
- La situation actuelle et l'évolution future des systèmes d'informatique juridique en Europe*, Actes du 10^e colloque sur l'informatique juridique en Europe, Ankara 5-7 octobre 1992, Strasbourg, 1992.
- Postes de travail intégrés dans le secteur juridique et systèmes d'aide à la décision*, Actes du 7^e colloque sur l'utilisation de l'informatique dans l'administration de la justice, Lisbonne 11-13 octobre 1988, Strasbourg, 1989.
- CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, association H.CAPITANT, P.U.F., 7^e éd., 1998.
- COTTIN (M.), *L'accès à la Cour de cassation. Etude du droit au pourvoi devant les chambres civiles de la Cour de cassation*, Thèse Saint-Etienne, 1998.
- COULON (J.-M.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile, Rapport au garde des sceaux, ministre de la justice*, Coll.des rapports officiels, La Documentation française, Paris, 1997.
- COULON (J.-M.) et Frison ROCHE (M.-A.) (sous la dir.), *Le temps dans la procédure*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996.
- COUPET (L.), *L'action en justice des personnes morales de droit privé*, Thèse Aix Marseille, 1974.
- CREDOC : *Recherches sociologiques sur l'utilisation de la justice civile*, Paris, 1973.

- CREPIN (S), *Les sentences arbitrales devant le juge français, Pratique de l'exécution et du contrôle judiciaire depuis les réformes de 1980-1981*, Préf.P.FOUCHARD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 249, 1995.
- CRESSON (A), *H.BERGSON, sa vie, son œuvre, exposé de sa philosophie*, P.U.F., 1964.
- CROZE (H.), *Le procès civil*, Dalloz, connaissance du droit, 1997.
- DAIGRE (J.-J.), *La production forcée des pièces dans le procès civil*, P.U.F., Thèse Poitiers, 1979.
- DANOVI Reno – *L'Avocat et le reflet de son visage* Bruylant Bruxelles 2^e édition 1999
- DAUCHY (S.), *Les voies de recours extraordinaires : proposition d'erreur et requête civile*, Travaux de l'université de droit et de sciences sociales de Paris, P.U.F. ,1988.
- DEJEAN de la BATIE (N), *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, Préf.H.MAZEAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 57,1965.
- DEKEUWEUR-DEFOSSEZ (F.),
- *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, Préf.M.GOBERT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 151, 1977.
 - *Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps, Rapport au garde des sceaux*, La Documentation française, 1999.
- DEL VECCHIO (G), *La justice et la vérité*, Dalloz, Coll. Philosophie du droit, Paris, 1953.
- DELACOUR (A), *De la rétroactivité des lois en matière de compétence, procédure et preuve*, Paris, A.Pedone, 1905.
- DELICOSTOPOULOS (I), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, Paris II, 1999.
- DELON (D), *La jurisprudence, source du droit*, Paris, 1980.
- DEVEZE (J.) *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, Thèse Toulouse P.U.G 1960
- DE QUIRINI (P.) : *Les tribunaux au service des citoyens, N'Diaména, CEFOD, 1990.*
- DEVEDJIAN (P.), *Le temps des juges*, Essai Flammarion, 1996.
- DIARRA (M.) : *Justice et développement au Sénégal, Etude du rôle des institutions dans le développement*, NEA 1973.
- DICTIONNAIRE ENCYCLOPEDIQUE de théorie et de sociologie du droit, L.G.D.J., 2^e éd., 1993.
- Donnedieu de Vabres *L'Etat*, Que sais-je ?

- DUFORT (S.), *L'appel, notion et fonction, analyse socio-juridique*, Thèse dactyl. Rennes I, 1990.
- DUPEYRON (C.), *La régularisation des actes nuls*, Préf. P.HEBRAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 127, 1973.
- DURANT (C.) : *Les rapports entre les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, L.G.D.J. 1956. 506 p.
- EMSELLEM (D.) : *Pratique et organisation dans l'institution judiciaire*, éd. Documentation française. 1987. 286 p.
- EPIPURE, *Homme et société n°17 : Le droit, l'informatique et l'arbitraire, prélude de P.LEGENDRE*, présentation de J.-L.SCHMIDT, Pub.de la Sorbonne, 1991.
- ESCARAS (J.C.) : *L'expérience belge et italienne d'unité de juridiction*. Paris L.G.D.J. 1972. 416 p.
- ESMEIN (P.), *Les effets des jugements civils sur la reconnaissance et la création de droits*, Thèse Paris, 1914.
- ESTOUP (P.),
- *La pratique des procédures rapides*, 2^e éd., Litec, 1998.
 - *Les jugements civils*, Litec, 1988.
 - *La justice française, acteurs, fonctionnement et médias*. Paris Litec, 1989. 297 p.

ETATS GÉNÉRAUX DE LA PROFESSION D'AVOCAT AUTOUR DU RAPPORT COULON

- FAUCHER (B.), *La conciliation judiciaire*, Thèse Paris II, 1980.
- FAVOREU (L.), *Du déni de justice en droit public français*, Préf.M.WALINE, L.G.D.J., 1964.
- FENET (P.-A), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1827, Impression OSNABRUCK, 1968, extraits choisis et présentés, sous la direction de F.EWALD, par F.BELLIVIER, Flammarion, 1989.
- FERRY (J.M) *La Démocratie procédurale*, Le cerf, 1994
- FISSELIÉ (A), *La défense dans le procès civil*, Thèse Rennes, service de reprographie de l'université de Grenoble, 1979.
- FOURNEAU (A), *A la recherche d'une notion centrale du Droit judiciaire privé, Pour une conception objective de l'action en justice*, Thèse Aix Marseille, 1951.
- FOURNIER (S), *Essai sur la notion de prescription en matière civile*, Thèse Grenoble, 1992.

- FOYER (J.), *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, Thèse Paris, 1954.
- FRANCES (M.), *Essai sur les notions d'urgence et de provisoire dans la procédure du référé*, Thèse Toulouse, Paris Sirey, 1935.
- FRICERO-GOUJEON (N.), *La caducité en Droit judiciaire privé*, Thèse Nice, 1979.
- FRISON-ROCHE (M.-A),
- *Généralités sur le principe du contradictoire en droit processuel*, Thèse dactyl. Paris II, 1988.
 - *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Coll. Thèmes et commentaires (dir.), Dalloz, Paris, 1995.
- FRISON-ROCHE (M.-A) et BARANES (W.) (Sous la dir.), *De l'injuste au juste*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1997.
- GARAPON (A.), *L'âne portant relique : essai sur le rituel judiciaire*, Préf. J.CARBONNIER, Paris, Le centurion, 1985.
- GARCON (M.), *Lettre ouverte à la justice*, Albin Michel, Paris, 1966.
- GAVALDA (C.), *L'application dans le temps des lois judiciaires et de preuve*, Préf. H.BATIFFOL, Sirey, 1955.
- GAVRE (J. De) *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé* Bruylant Bruxelles 1987
- GENIN-MERIC (G.), *L'enchevêtrement des compétences juridiques en droit familial*, ann. Fac.J. MOULIN, Lyon III, 1979.
- GERBERT (F.) : *Justice indépendante, justice sur commande*. Paris PUF, 1990, 244 p.
- GERARD (L.), OST (F.), et van de KERCHOVE (M.) (sous la dir.), *L'accélération du temps juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000.
- GIANVITTI (F.), *L'application dans le temps des lois judiciaires et de preuve*, Thèse Paris, 1969.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.), *La motivation des décisions de justice*, Thèse Poitiers, 1979.
- GIVERDON (C.), *La procédure devant le T.G.I.*, Librairie Techniques, 1973.
- GOMAA (N.M.K.), *Théorie des sources de l'obligation*, Préf. J.CARBONNIER, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 88, 1968.
- GONDARD (H), *De la suspension de la prescription et de la règle contra non valentem non currit praescriptio*, Paris, 1904.
- GONIDEC (P.F.) : *La place des juridictions dans l'appareil d'Etat, l'Encyclopédie juridique de l'Afrique. T. 1. L'Etat et le droit* 1982.

- GORPHE (F), *Les décisions de justice*, Etudes psychologique et juridique, P.U.F., 1952.
- GRETERE (T), *L'adage contra non valentem non currit praescriptio*, Thèse Paris I, 1981.
- GUARRIERI (C) et PELDERZAL (P), *La puissance de juger, pouvoir judiciaire et démocratie*, éd.Michalen, 1996.
- Guillien (R) *L'acte juridictionnel et l'autorité de la chose jugée*, Thèse Bordeaux 1931
- GUILLIEN (R) et VINCENT (J), *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de J.VINCENT et de G.MONTAGNIER, 9^e éd., Dalloz, Paris, 1993.
- GUILLOUARD (L), *Traité de la prescription*, T.I, 1900, T.II, 1901, Paris, éd.A.Pedone.
- GURVITCH (G.), *La vocation naturelle de la sociologie*, T.II, Antécédents et perspectives, 2^eéd, P.U.F., Paris, 1963.
- HAGE-CHANINE (F),
- *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Bibliothèque de Droit international privé, vol.XXI, Dalloz, 1977.
 - *Contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, DEA de droit privé, 1987-1988.
- HENRY MARC *Le devoir d'indépendance de l'arbitre* L.G.D.J Paris 2001
- HERON (J), *Principes de droit transitoire*, Coll. Philosophie et théorie générale du droit dirigée par F.TERRE, Dalloz, Paris, 1996.
- H. ASSI ESSO, ANNE-MARIE, DIOUF NDIOW *Recouvrement de créances* Bruylant Bruxelles 2002
- HILAIRE (J) *Histoire des institutions judiciaires Fascicule 2 LES cours de droit 1990 – 1991* Paris
- HOLLEAUX (D),
- *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Prêf. H.BATIFFOL, bibliothèque de Droit international privé, vol. IX, Dalloz, Paris, 1970.
 - *De l'évolution des règles propres aux courtes prescriptions fondées sur la présomption de paiement*, Limoges, 1927.
- HOONAKER (P), *L'effet suspensif des voies de recours dans le N.C.P.C. : une chimère ? Contribution à l'étude de l'exécution provisoire*, Thèse Strasbourg, 1988.
- HUBER HAENEL – MARIE ANNE FRISON-Roche *Le juge et le politique* PARIS PUF 1998
- HUGUENET (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Thèse Dijon, 1903.

INSTITUTS D'ÉTUDES JUDICIAIRES :

- *La responsabilité des gens de justice*, XXIIe colloque, Nantes 1996, Justices, 1997-5.
 - *Le juge unique*, XXIe colloque, Toulon 1995, coll. Thèmes et commentaires, sous la direction de C.BOLZE et P.PEDROT, Dalloz, Paris, 1996.
 - *Les droits de la défense*, XVIIIe colloque, Presses univ.de Toulouse, 1991.
 - *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, XVIIe colloque, publié par l'I.E.J de Grenoble, 1989.
 - *Les difficultés d'exécution des décisions de justice*, XVIe colloque Rennes, mai 1985.
 - *La parole et l'écrit*, XIVe colloque, Presses univ.de Reims, 1985.
 - *Le temps en procédure*, XVe colloque, ann.de la faculté de Clermont-Ferrand, Fasc.20, L.G.D.J., 1983.
 - *Les procédures d'urgence, en droit judiciaire privé, de droit pénal, droit administratif*, avant-propos de P.RAYNAUD, XIIe colloque, ann.de la faculté de droit de Pau, 1979.
 - *Le juge et l'arbitrage*, XIe colloque, Dijon 1977, publié Rev.arb.1980-2.
 - *Les rôles respectifs du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, Xe colloque, Poitiers, P.U.F., 1976.
 - *Les juges uniques*, Ixe colloque, Centre d'études judiciaires de Nice, 1974.
 - *La mise en état des causes*, VIIe colloque, Annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Lyon, Dalloz, 1970.
 - *Les ordonnances sur requêtes dans la pratique judiciaire française*, Ie colloque, Lille 1964, Librairie technique, 1967.
- JAHEL (S), *L'objet de la prescription extinctive, contribution à l'étude de la notion d'action*, Thèse Beyrouth, 1966.
- JAPIOT (R),
- *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Thèse Dijon, Arthur Rousseau, 1909.
 - *Délais de procédure et jugement par défaut*, Paris, 1923
- JARROSSON (C) *La Notion d'arbitrage*, Préf.B. OPPETIT, Bibliothèque de droit privé, Tome 198, L.G.D.J 1987
- JEANCLOS (Y), *Les projets de réforme judiciaire de Raoul Spifame au XVIe siècle, Etudes de philosophie et d'histoire*, Librairie Droz Genève, 1977.
- JEOL (M.) : *Organisation des juridictions et du personnel judiciaire en Mauritanie*. Publication du Centre National de Formation Administrative de Mauritanie. Nouakchott, 1965.

- JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, Préf. P. RAYNAUD, Bibliothèque de droit privé, Tome 87, 1968.
- JHERING (R. von), *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. MEULENAERE, T.III, 3éd. Maresq, Paris, 1887.
- JUGAULT (J.), *De la liaison du contentieux*, Thèse Rennes, 1969.
- KAYSER (P), *La protection de la vie privée*, Economica, 1990.
- KERNALEGUEN (F), *L'extension du rôle des juges de cassation*, Thèse dactyl., Rennes I, 1979.
- KUENTZ (A.), *Existe-t-il des principes directeurs au règlement amiable des litiges ?* Mémoire de D.E.A. sous la direction de M.L. CADIET, Paris I, 1997.
- La réforme de la justice en Afrique noire. Pédone. 1963
- LAGARDE (XAVIER) *Réflexion critique sur le droit de la preuve* L.G.D.J Paris 1994
- LANDRAUD (D), *La prescription extinctive et l'ordre public*, Thèse dactyl., Lyon , 1971.
- LASSALLE (F), *Théorie systématique des droits acquis et des conflits de lois*, Giard, Paris, 1904.
- LE CLEC'H (J.-F), *De l'autorité de la chose jugée*, 1952.
- LE GALLOU (A), *Essai d'une théorie générale sur les règlements amiables en droit privé*, Thèse dactyl. Rennes I, 1998.
- LE NINIVIN (D), *La juridiction gracieuse dans le N.C.P.C.*, Litec, 1983.
- LE ROUX DE BRETAGNE (A), *Nouveau traité de la prescription en matière civile*, Paris, T.I, 1861, T.II, 1869, A.Durand et A.Pedone Lauriel éd.
- LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976.
- LEFORT (C), *La théorie générale de la voie d'appel*, Thèse Angers, 2000.
- LEGEAIS R, *Les règles de preuve en droit civil, Permanences et transformation*, Thèse Poitiers 1954
- LEGER (L.), *Théorie générale de la prescription extinctive*, Paris, 1897.
- LESCA D'ESPALUNGUE (C), *La transmission héréditaire des actions en justice*, Préf.M.GRIMALDI, Coll.les grandes thèses du droit français, P.U.F., Bibliothèque de droit privé, Tome 14, 1959 .
- Les défis nouveaux pour la justice au XXIe siècle « Actes de colloque de la Cour d'appel de Versailles »
- Les droits de l'homme en Afrique Institut des droits de l'homme et de la Paix UCAD 1991

- LEVEL (P), *Essai sur les conflits de lois dans le temps. Contribution à la théorie générale du droit transitoire*, Préf.H.BATIFFOL, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 14, 1959.
- Libertés et droits fondamentaux Dalloz 6^e édition 2000 (Ouvrage collectif)
- LIENHARD (C),
- *Le juge aux affaires familiales*, Loi n°93-22 du 8 janvier 1993, Loi n°93-1091 du 16 septembre et Décret n°94-42 du 14 janvier 1994, Dalloz, Coll. Service, Paris, 1994.
 - *Le rôle du juge aux affaires familiales matrimoniales*, Coll. Famille Droit et société, Préf.
- D. HUET-WEILLER, Economica, Paris, 1985.
- LOQUIN (E), *L'amiable composition en droit comparé et en droit international, contribution à l'étude du non-droit dans l'arbitrage international*, Préf.M.FOUCHARD, Litec, Paris, 1980.
- MARGUERY (S), *Contradictions et continuité dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Thèse Bordeaux I, 1984.
- MARTIN (R.), *Théorie générale du procès* éd. Juridique et technique, 1984.
- MARTIN DE LA MOUTTE (J), *L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique juridique en droit privé*, Sirey, 1951.
- MAS (D), *La portée de l'effet dévolutif de l'appel aux fins d'annulation d'un jugement sur le fond (Contribution à l'étude de l'appel-nullité)*, Avant-propos A.HONORAT, Préf.
- P.JULIEN, Nice, 1988.
- MATHIEU (B), *Essai sur le principe d'efficacité en Droit judiciaire privé*, Aix Marseille III, 1994.
- MAYER (P), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973.
- M'BAYE (K.) : *Organisation judiciaire actuelle. EJA. T. IV. Chap. II.*
- MBAYE KEBA *Propos d'un juge* N.E. A 2006
- MELEDO-BRIAND (D), *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, Thèse dactyl. Rennes I, 1992.
- MERLE (R), *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Thèse Toulon, 1948.
- MERLIN de DOUAI (P.-A), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 4^e éd., Garnery Bavoux, 1825.
- MEULDERS-KLEIN (M.-T.) (sous la dir.), *Familles et justice, Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Actes du congrès international organisé par le

- centre de droit de la famille de l'Université catholique de Louvain, Préf.R.PERROT, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1997.
- MEYER (PIERRE) *Droit de l'arbitrage* DHBA Bruylant Bruxelles 2002
- MICHAUD, *La notion d'urgence en droit judiciaire*, Thèse Paris 1944
- MICHEL (J), *La prescription libératoire en droit international privé*, Thèse dactyl. Paris, 1911.
- MIGUET (J) *Immutabilité et évolution du litige* Préface P. Hebraud 1977
- MINISTERE DE LA JUSTICE : Sous direction des statistiques et de la documentation : *Les expertises judiciaires civiles et administratives : coût et délai, Annuaire statistique de la justice*, 1998.
- MOCH (R.) (Sous la dir.), *Droit et informatique, L'hermine et la puce*, Préf. J. CARBONNIER, Masson, Coll. Fredrik R.BULL, 1992.
- MOLFESSIS (Nicolas) *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, Préf.M.GOBERT, L.G.D.J ., Bibliothèque de droit privé, Tome 287, Paris, 1997.
- MONTAGNE (H.), *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, Thèse Paris, 1912.
- MOTULSKY (H),
- *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Thèse Lyon, Sirey, Paris, 1948, réimp.Dalloz, 1991.
 - *Ecrits T.I, Etudes et notes de procédure civile*, Préf. G. CORNU et J.FOYER, Dalloz, Paris, 1973.
 - *Ecrits T.II, Etudes et notes d'arbitrage*, Préf. B.GOLDMAN et P.FOUCHARD, Dalloz, Paris, 1974.
- MOURY (J), *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du N.C.P.C.*, Thèse dactyl. Paris II, 1986.
- MULLER (Y.), *Le contrat judiciaire en droit privé*, Thèse dactyl. Paris I, 1995.
- NAUDET-SENECHAL (M.), *Le juge unique. Essai d'une théorie générale*, Thèse Paris II, 2000.
- NDOYE DOUDOU *Le service public de la défense et l'Etat de droit en Afrique. La sécurité juridique des affaires en Afrique* Collection « Le droit de savoir » N°6 Edition du CAFARD
- NIBOYET-HOEGY (M.-L.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préf. B. GOLDMAN, Economica, 1986.
- NINIVIN (D. LE) – *La juridiction gracieuse dans le N CPC* Litec 1983

- NGOM (B.S.) : *L'arbitrage d'une démocratie en Afrique, la Cour suprême du Sénégal*, Paris. *Présence Africaine*. 1989, 190 p.
- NORMAND (J), *Le juge et le litige*, Préf.R.PERROT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 65, Paris, 1965.
- OMAR (M.-A.-K.), *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Préf. P.VOIRIN, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 80, 1967. OST (F),
- *Le temps du droit*, éd.O.Jacob, 1999
 - *Le droit a-t-il pour vocation de durer ?* Bruylant, 1998.
 - *Le système juridique : entre ordre et désordre*, Coll. Les voies du droit, P.U.F., 1988.
 - *Le droit et le futur*, Ass.Française de philosophie du droit (dir.), P.U.F., 1985.
- OUDOT (J.), *Premiers essais de philosophie du droit*, Joubert, Paris, 1846.
- OUSMANOU (S), *Les conventions relatives au procès, essai d'une contractualisation du procès*, Thèse Rennes I, 1996.
- OUTIN-ADAMA (A.), *Essai d'une théorie des délais en droit privé. Contribution à l'étude de la mesure du temps par le droit*, Thèse Paris II, 1985.
- PERELMAN (CHARLES) et. FORIERS *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles 1977
- PERELMAN (CHARLES) *Logique juridique Nouvelle rhétorique* Dalloz, 2^e édition 1999.
- PETTITI (L.-E.), DECAUX (E.) et IMBERT (P.), *La convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Préf. P.-H.TEITGEN, 2^e éd., Economica, 1999.
- PINSSEAU (H.) avec la collaboration d'A.SIERENS : *L'organisation judiciaire en France*, Notes et études documentaires, La documentation française, janvier 1978.
- PIROVANO (A.) (Sous la dir.), *Changement social et droit négocié : de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Economica, 1988.
- POTHIER (R.-J.), *De la prescription qui résulte de la possession*, 1777, Paris, Pichon Béchét, 1827.
- PROVOOST (J), *Le point de départ des jugements constitutifs, en particulier du jugement de divorce et de la séparation de corps*, Thèse Paris, 1959.
- RASSAT *La justice en France Que sais-je ?* 1994.
- RAYNAL (M.) : *Juge rédempteur ou divinité juge : le juge centrafricain*, in *Bontemps (dir) le juge : une figure d'autorité*, éd. L'Harmattan, Paris, 1996.

- RAYNAUD (M), *Le principe de célérité en Droit judiciaire en droit privé : mythe ou réalité ? Conférence donnée le 1^{er} mars 1984 au Palais de justice de Paris*, Association française de D.J.P., imprimerie du T.G.I.
- Rentrée solennelle des cours tribunaux au Sénégal sur l'indépendance de la justice 6 novembre 1991.
- REVERAND (A.), *Etude sur le principe de non rétroactivité des lois en matière civile*, Paris, 1907.
- Revue juridique d'Ile-de-France (sous l'égide de la), *La réforme du code de procédure civile. Autour du rapport COULON*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1997.
- REY (A) et REY DEBOVE (J), *Petit Robert, Vocabulaire de la langue française*, 1, 1987.
- RIDEAU (J), *Le droit au juge dans l'union européenne*, L.G.D.J., 1998.
- RIPERT (G),
Les forces créatrices du droit, L.G.D.J., Paris, 1950, réimpression, 1995.
La règle morale et les obligations civiles, 4^e éd., L.G.D.J., Paris, 1949, réimpression 1996.
- ROBERT (J.-H.), *Les sentences prétorienne en Droit privé français*, Thèse Paris II, 1972.
- ROLAND (H), *Chose jugée et tierce opposition*, Préf. B. STRACK, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 13, 1958.
- ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999.
- ROUBIER (P.),
 - *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963.
 - *Le droit transitoire*, 2^e éd., Dalloz-Sirey, 1960.
 - *Théorie générale du droit, histoire des doctrines juridiques et philosophies des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, 1951.
- RUBELLIN-DEVICHI (J.), *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, Préf. J. VINCENT, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 63, Paris, 1965.
- SAAD (M.E.) : *l'histoire de la judiciaire mauritanienne de l'ère almoravide à l'indépendance*, éd. IMRS, Nouakchott 1997, 231 p.
- SAINT AUGUSTIN : *Méditations sur le temps. Les confessions*, Livre XI, Chap. XIV et XV, trad.J.Trabucco, éd. Garnier-Flammarion, 1964.
- SALETTES (E.), *De la suspension en matière de prescription civile*, Thèse dactyl. Paris, 1903.
- SALUDEN (M.), *Le phénomène jurisprudentiel*, Thèse Paris II, 1983.
- SALVAT (O), *Les revirements de jurisprudence*, Thèse Paris II, 1983.

SERVERIN (E.), *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Coll. Critique du droit, presses universitaires de Lyon, 1985.

SERVERIN (E), LASCAUMES (P.) et LAMBERT (T.), *Transaction et pratiques transactionnelles*, Economica, 1987.

SIX (J.-F.), *Le temps des médiateurs*, Seuil, 1990.

SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, 2^e Journée franco-américaines, Paris 17-19 mars 1983 : *Le rôle des pouvoirs judiciaires et de l'administration dans la détermination de la durée de la sentence* par E. WISE.

SORAYA AMRANI MEKKI *Le temps et le procès civil* Thèse Paris 1 2000

SOUSTELLE (P.), *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, Thèse dactyl. Saint Etienne, 1996.

Spécial séminaire sur les récentes modifications du code de procédure du Sénégal EDJA N°58, 2003

STAES (O.), *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, Thèse Toulouse I, 1995.

STORME (M.) (sous la dir.), *Rapprochement du Droit judiciaire de l'Union européenne*, séminaire du droit judiciaire privé de l'université de Gent, éd. Jur., Belgique, 1994.

STRICKLER (Y), *Le juge des référés, juge du provisoire*, Thèse Strasbourg, 1993.

TERRE (F), *Magistrats et avocats : formation, carrières, activité professionnelle, Rapport au garde des sceaux*, La Documentation française, 1987.

THEODOSIADES (M.-L.), *Essai sur la non rétroactivité des lois*, 2^e éd., Paris, 1845.

TISSIER (A), *Le rôle social de la procédure civile*, 1911.

TOMASIN (D.), *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Préf. P.HEBRAUD, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 143, Paris, 1975.

TOURETTE(F) *Extrême pauvreté et droit de l'homme* L.G.D.J 2001

TRAVAUX DE l'E.N.M. :

La responsabilité du juge, sous le haut patronage de Mme le Ministre E.GUIGOU, Colloque des 25 et 26 mars 1999.

Le temps et la justice, atelier dirigé par C.THEVENOT, Président de Chambre à la Cour d'appel de Bordeaux, 4 février 1994.

TRAVAUX DU CNTL, Bruxelles, 1981

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION H. CAPITANT TOME – XVIII, 1966 : Dalloz, 1969.

TROPLONG (M), *Le droit civil expliqué dans l'ordre des articles du Code : De la prescription*, Paris, C.Hingray, éd. 1835.

VALETTE (E), *Une nouvelle interprétation de l'article 2 du Code civil*, Paris, 1908.

- VAN COMPERNOLLE (J.), *L'action en justice des groupements*, Thèse Louvain, 1972.
- VINCENT (J.) : *Le juge unique dans le droit judiciaire français contemporain*. Et. J. Lambert, éd. Cujas Paris. 1975.
- VINCENT (J.), GUINCHARD(S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.) : *La justice et ses institutions*, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1996.
- VINH-DALMAIS (M.-P.), *La notion d'instance*, Thèse Paris II, 2000.
- VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, Brière, Bordeaux, 1956.
- VRAY (H.) : *L'essentiel sur les institutions*, éd. L'Hermès, 1991.
- WACHSMANN *Les droits de l'homme* collection « Connaissance du droit » 4^e édition Dalloz
- WOOG (J.-P.), *La résistance injustifiée à l'exercice d'un droit*, Paris, 1968.
- ZENATI (F), *La jurisprudence*, Dalloz, 1990.
- ZUCKERMAN (A.A.S.), *Civil justice in crisis*, Presses univ. d'Oxford, 1999.

III. ARTICLES, CHRONIQUES ET RAPPORTS

- ALLAER (C), *L'expérience lilloise de la chambre de la famille et de la jeunesse*, J.C.P., 1968, I, 2204.
- ALLEHAUT (M), *Les droits de la défense*, in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, in Mélanges M.PATIN, Cujas, 1965, pp.455 et s.
- ALLIX (D), *Réflexions sur la mise en demeure*, J.C.P., 1977, I, 2844.
- ALMAIRAC (G.), *Du jugement d'un tribunal à un arrêt de la cour*, J.C.P., 1978, I, 2884.
- ALPA (G), *La circulation des modèles de conflits*, RID comp. 1988, pp. 535 et s.
- AMIEL-COSME (L.), *La fonction d'homologation judiciaire*, Justices, 1997-5, pp.135 et s.
- AMIEL-DONAT (J.), *V° Référé commercial*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ., 1994.
- ANCEL (M.), *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères*, Travaux du comité français de D.I.P., 1986-1987, pp.25 et s.
- ANCEL (P.) et COTTIN (M.), *Le coût de la durée du procès pour les parties : les intérêts de retard dans le procès civil*, in *De l'économie de la justice*, R.I.D.E., n° spécial, 1999-2, pp. 239 et s.
- APPERT (B), *Délais de procédure*, D., 1973, Chr., 47 ; D., 1976, Chr., 15.
- ARGELIES (R), *L'exécution provisoire des jugements rendus en matière de redressement judiciaire des entreprises et de liquidation judiciaire*, in *Les aspects procéduraux du*

redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises, Gaz. Pal., 1987, 1, Doctr., 175.

ARMANT-PREVOST (M.),

- *La pratique de médiation judiciaire*, in *Le contrat au secours de l'entreprise*, R.J.C., 1999, pp. 107 et s.
- *Le référé*, in *Le nouveau code de procédure : vingt ans après*, Actes du colloque des 11-12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La doc. Française, 1998, pp. 225 et s.
- *La conciliation judiciaire, solution ou prévention des litiges ?* R.J.C., 1^{er} septembre 1994, pp. 341 et s.

ATTIAS (C),

- *Au plaisir du juge !* D. n° 4 du 13 mai 1999, dernières actualités.
- *Les maux du droit et les mots pour le dire*, D., 1997, Chr., 231.
- *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, D.1993, Chr., 133.
- *Epistémologie juridique descriptive et traitement de l'information juridique*, in *Annales de l'I.R.E.T.I.J.*, Montpellier, C.N.R.S., 1989, pp.159 et s.
- *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé*, J.C.P., 1984, I, 3145.

AUBERT (F),

- *Les finalités de procédures collectives*, in *Mélanges M. JEANTIN, Prospectives du droit économique*, Préf. J. CARBONNIER, Dalloz, Paris, 1999, pp.367 et s.
- *Les délais et les voies de recours*, in *entreprises en difficulté, les principales innovations du Décret du 21 octobre 1994*, Colloque CRAJEFE, 11 mars 1995, P.A., 14 juin 1995, pp. 25 et s.

AUDINET (A), *Faut-il ressusciter les arrêts de règlement ?* In *Mélanges BRETHER de la GRESSAYE*, Hommage de J.LAJUGIE, Bière, Bordeaux, 1967, pp. 99 et s.

AULOY (J. CALAIS), *Les actions en justice des associations de consommateurs*, D.1988 chron. P.193

AUQUE (F.), *Baux commerciaux : la compétence recomposée ?*, Article 2 du décret n°98-1231 du 28 décembre 1998, J.C.P., 1999, n°5, Aperçu rapide, pp.249 et s.

AVERSENG (L), *Rapport de la Cour de cassation*, La Doc. Française, 1990, pp. 179 et s.

BABOZ (D), *Les constats d'audience en matière civile*, J.C.P., 1959, I, 1514.

BACH (E.-L.),

- *V° Conflits de lois dans le temps*, Encycl. Dalloz, Rép.proc.civ., 1978.
- *Contribution à l'étude du problème de l'application de la loi dans le temps*, RTD civ. 1969, pp. 405 et s.

- BADINTER (R.), *Les ambitions du législateur, in les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, RTD com., 1966, n° spec. , T.I, pp.3 et s.
- BAILLE (P.), *La collégialité est-elle morte ?* Gaz. Pal., 1996, 1, Doctr. , pp. 209 et s.
- BALENSI (I.), *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD civ. 1978, pp. 46 et s.
- BANDRAC (M.),
- *De l'acte juridictionnel et des actes du juge qui ne le sont pas*, in Mélanges P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 171 et s.
 - *Les tendances actuelles de la prescription extinctive en droit français*, RID comp. 1994-2, pp. 359 et s.
 - *L'action en justice, droit fondamental*, in Mélanges offertes à R.PERROT, Préf. M.BRANDAC, J. NORMAND et F. THERY, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, pp.1 et s.
- BARANES (W) et FRISON-ROCHE (M.-A.), *Le souci d'effectivité du droit*, D., 1996, Chr., 301.
- BARAV (A),
- *Le droit au juge devant le tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Le droit au juge dans l'union européenne*, L.G.D.J., 1998, pp. 191 et s.
 - *Le renvoi préjudiciel communautaire*, Justices, 1997-6, pp. 1 et s.
 - *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit*, in Mélanges J.BOULOUIS, Préf. Ch. DEBBASH et J-C VENEZIA, Dalloz, 1991, pp. 1 et s.
- BARBET (L.), *Panorama actuel de l'informatique juridique, Droit et informatique, L'hermine et la puce*, sous la dir. de R. MOCH, Préf. J. CARBONNIER, Masson, Coll. Frédrik R. BULL, 1992, pp.229 et s.
- BARBIER (L.), *Les pouvoirs du JAM après jugement de divorce ou de séparation de corps devenu définitif*, Gaz. Pal. 1978, 2, Doctr., 625.
- BAREY (I) *Aperçus sur les premières applications du décret du 13 octobre 1965 dans une jurisprudence pilote* » J.C.P 1966. I, 2035
- BARRERE (C.), *Les approches économiques du système judiciaire*, in *De l'économie de la justice*, R.I.D.E., n° spécial, 1999-2, pp. 153 et s.
- BARRERE (J),
- *Tribunal d'instance, Procédure, Instruction et débats, jugements et voies de recours*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 331, 3, 1995.

- *La rétractation du juge civil*, in Mélanges offerts à P. HEBRAUD, Préf. M. DESPAX, Presses universitaires de Toulouse, 1981, pp. 1 et s.
- BARRET (O), *L'appel nullité (dans le droit commun de la procédure civile)*, RTD civ. 1990, pp. 199 et s.
- BARTHELEMY (J),
 - *Le droit au pourvoi*, in Mélanges P. DRAI, *Le juge entre deux millénaires*, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 185 et s.
 - *Le souci d'une justice égalitaire et efficace*, Entretien, P.A. n° 66, 2 avril 1999, pp. 3 et s.
- BARTIN (E.-M.), *Le jugement étranger considéré comme fait*, Clunet, 1924, pp. 857 et s.
- BATIFFOL (H),
 - *Notes sur les revirements de jurisprudence*, Archives de philosophie du droit, T. 12, Sirey, 1967, pp. 335 et s.
 - *Conflits des lois dans le temps et conflit des lois dans l'espace*, in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, in Mélanges G. RIPERT, Adresses des facultés d'Aix, Liège et Montréal, T. I, L.G.D.J., 1950, pp. 292 et s.
- BAUDOIN (J.-M.), *La collégialité est-elle une garantie de la sûreté des jugements ?* RTD civ. , 1992, pp. 532 et s.
- BAUDOIN-MAYARD (A), *La conciliation et la médiation, deux modes amiables de règlements des différends commerciaux*, P.A. , n° 99, 1993, pp. 31 et s.
- BAZOT (T.), *De la rétroactivité des lois de compétence et son influence sur le jugement des poursuites commencées*, Rev. Crit. Lèg. et de Jur., 1872-1873, pp. 513 et s.
- BEAUCHARD (J.),
 - *La procédure civile saisie par la bureaucratie (à propos des conclusions récapitulatives)*, P.A., 15 mars 1999, n° 52, pp. 9 et s.
 - *Nullités des actes de procédure*, J-Cl. Proc. Civ., Fasc. 136, 9, 1996.
 - *Nullités des actes de procédure*, Vice de forme, J-Cl. Proc. Civ., Fasc. 137, 9, 1996.
- BEGUET (J.-P.), *Etude critique de la notion de fin de non recevoir en droit privé*, RTD Civ., 1947, pp. 136 et s.
- BEIGNIER (B.), *Ordre public et compétence*, in Mélanges L. BOYER, Préf. R. MERLE, Presses universitaires de Toulouse, 1996, pp. 94 et s.
- BELLAMY(Marcel) *Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès* JCP1973 Doctr 2522.

BELORGUEY (J.-M.), *La situation générale du temps et des procédures devant les juridictions*, in *Le temps et la procédure*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, pp. 5 et s.

BENABENT (A)

- *Les moyens relevés en secret par le juge*, J.C.P., 1997, I, 2849.

- *Le chaos de la prescription extinctive*, in *Mélanges dédiés à L. BOYER*, préf. R. MERLE, Presses universitaires de Toulouse, 1996, pp. 123 et s.

- *L'article 16 du NCPC, version 1981* D. 1982 chron p 55

- *V° jugement*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ., 1979.

BENAMARA-BOUAZIZ (S), *La caducité des demandes en matière prud'homale*, Dr. Ouvrier, 1985, pp. 1 et s.

BENEZRA (P.), *La passerelle devant le tribunal de commerce*, Gaz. Pal., 1990, 2, Doctr., 400.

BERGEL (J.-L.),

- *Juridiction gracieuse et matière contentieuse*, D., 1983, Chr., 165.

- *La juridiction gracieuse en droit français*, D., 1983, Chr., 153.

- *La loi du juge. Dialogue ou rituel ?* in *Mélanges offerts à P. KAYSER*, T.I, presses universitaires d'Aix Marseille, 1979, pp. 21 et s.

BERGER-PERRIN (B.), *Les modulations du temps dans la procédure suivant l'objet du litige*, in *le temps dans la procédure*, sous la direction de J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 25 et s.

BERNABE (O.), *Le troisième alinéa de l'article 915 du Nouveau Code de procédure civile : un intimé tyrannique ?* Gaz. Pal., 1992, 1, Doctr., 43.

BERNARD (A.), *La réforme des tribunaux de commerce : remise en ordre*, 1999, Chr., 403.

BERTIN (P.),

- *V° Référé civil*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ., 1980.

- J.-Cl. Proc. Civ., Fasc.239, 1,237.

- *L'indication du fondement juridique de la demande, atout superflu ?* Gaz. Pal., 1987, 2, Doctr. 839.

- *Les nouvelles règles de la prescription extinctive de l'action civile*, Gaz. Pal., 1987, 2, Doctr 507.

- *La date de l'appel par lettre recommandée ou quand le Littré départage la cour de cassation et le conseil d'Etat*, Gaz. Pal., 1985, 1, Doctr. 109 et s.

- *Référé et droit communautaire*, Gaz. Pal., 1984, 1, Doctr. 48.

- *Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale*, Rev. Arb., 1983, p. 281.
 - *Les pouvoirs respectifs du premier président et du magistrat de la mise en état en matière d'exécution provisoire*, Gaz. Pal., 1978, 1, Doctr. 83.
 - *Le grand Noël du procédurier, La toilette du N.C.P.C. et du Décret sur la procédure de divorce*, Gaz. Pal., 1976, 2, Doctr. 581.
 - *Le grand Noël du procédurier, La procédure nouvelle devant le tribunal de grande instance*, Gaz. Pal., 1976, 1, Doctr. 55.
 - *Le petit Noël du procédurier*, Gaz. Pal., 1974, 1, Doctr. 100.
 - *La réforme de la procédure civile, textes, commentaires et table de concordance*, Gaz. Pal., 1971, Doctr. 55.
- BEZARD (P.), *Principes de procédure et efficacité, du droit commun civil et pénal au droit de la concurrence et de la bourse*, J.C.P. éd. E, cahiers de l'entreprise, suppl. n°5, 1993, pp. 36 et s.
- BILON (J.-L.), *L'aide à la décision juridique, EPICURE, Homme et société*, n° 17, prélude de P. LEGENDRE, présentation de J.-L. SCHMIDT, Pub. De la Sorbonne, 1991, pp. 211 et s.
- BLAISSE (A),
- *Le problème des pièces et des conclusions tardives*, J.C.P., 1988, I, 3317.
 - *Arrêt et aménagement de l'exécution provisoire*, J.C.P., 1985, I, 3183.
 - *Quo vadis référé ?* J.C.P., 1982, I, 3083.
- BLANC (G.),
- *La médiation pénale, commentaire de la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale*, J.C.P., 1994, I, 3760.
 - *La conciliation comme mode règlement des différends internationaux*, RTD civ., 1987, pp. 173 et s.
- BLARY-CLEMENT (E.), *Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil*, J.C.P., 1991, I, 3534.
- BLOHORN-BRENNEUR (B.),
- *La médiation judiciaire en matière prud'homale, le protocole d'accord et la décision d'homologation*, D., 2001, Chr. 251.
 - *Une année de médiation judiciaire devant la Chambre sociale de Grenoble, Bilan et perspectives*, Gaz. Pal., 24-26 janvier 1999, pp.2 et s

- BLONDEL (P.), *Le juge et le droit*, in *Le Nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11-12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La Documentation française, 1998, pp.103 et s.
- BLUM (V), *Du nouveau au T.I.*, Gaz. Pal., 1988, 1, Doctr., 255.
- BOCCARA (Bruno), *La procédure dans le désordre. Le désert du contradictoire* JPC 1981 éd.G.3004
- BOCCARA (D.),
- *Etat récent du contentieux de presse sur divers modes de nullités*, R.G.D.P., 1999-3, pp. 347 et s .
 - *Le déféré d'appel : un appel dans l'appel ?* R.G.D.P., 1998-4, pp.573 et s.
- BOITEAU (C.),
- *Le référé devant les juridictions administratives*, J.C.P., 2001, Actualité, aperçu rapide, pp. 53 et s.
- BOLARD (G),
- *Les écritures qualificatives*, J.C.P., 2000, I, 214.
 - *L'arbitraire du juge*, in *Le juge entre deux millénaires*, in Mélanges P. DRAI, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 225 et s.
 - *Droit transitoire et procédure civile*, in *Auteur et législateur*, in Mélanges J. FOYER, P.U.F., 1997, pp. 439 et s.
 - *Les jugements en l'état*, J.C.P., 1997, I, 4003.
 - *Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis H.Motulsky* J.C.P 1993.I.3693 spéc. N° 16.
 - *Principes de procédure et efficacité : du droit commun civil et pénal au droit de la concurrence et de la bourse*, J.C.P. éd. E., Cahiers droit de l'entreprise, 1993, supplément n° 5, pp. 38-43.
 - *Les juges et les droits de la défense*, in Mélanges P. BELLET, Avant-propos P. DRAI, Litec, 1991, pp. 49 et s.
 - *L'appel nullité*, D., 1988, Chr., 177.
 - *Heurts et malheurs des voies de recours dans les faillites*, Rev. Proc. Coll., 1988, pp.1 et s.
 - *Les voies de recours*, in *les innovations de la loi sur le redressement judiciaire*, RTD com., 1986, n° spéc, T.II, pp. 55 et s.
 - *Rapport général. Le temps dans la procédure*, in *Le temps dans la procédure*, XVe Colloque des Instituts d'Etudes judiciaires, Annales de la faculté de droit et de science politique de la Faculté Clermont-Ferrand, I, 1983, p. 149.

- *De la déception à l'espoir : la conciliation*, in Mélanges P. HEBRAUD, universités des sciences sociales de Toulouse 1981, pp. 47 et s.
- BOLARD (G.) et DRAI (P.), *Justice hâtive, justice rapide : « Quand une justice hâtive retarde l'issue du procès »*, J.C.P., 1997, I, 4061.
- BOLARD (G.) et FLECHEUX (G.), *L'avocat, le juge et le droit*, D., 1995, Chr., 221.
- BOLZE (A.), *La norme jurisprudentielle et son revirement en droit privé*, R.R.J., Droit prospectif, 1997-3, pp. 855 et s.
- BON (J.), *Le rôle du juge*, in *les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, RTD com., 1986, n° spécial, T.II, pp. 45 et s.
- BONNEAU (T.),
 - *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement*, D., 1995, Chr., 24.
 - *V° Mise en demeure*, Encyclopédie Dalloz, Rép. Proc. Civ., 1994.
- BONNET (E.), *Le décret du 26 février 1999 relatif à la Cour de cassation*, P.A., 2 mars 1999, n° 43, pp. 3 et s.
- BORDA (G.-A.), *Portée et limitation du droit transitoire*, in Mélanges P. ROUBIER, Dalloz Sirey, 1961, T.I, pp. 75 et s.
- BORE (J.), *V° Pourvoi en cassation*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ., 1998.
- BOUAZIZ (P.), *La justice sociale*, in *Pour une autre justice*, Colloque organisé par l'association Droit et démocratie, P.A., n° 76, 26 juin 1998, pp.36 et s.
- BOUBLI (B.), *Conseils de prud'hommes, procédure*, J.-Cl.Proc. civ. Fasc. 436, 9, 1996.
- BOUEF (J.-L.), *Histoire de la justice en France*, in *La justice*, Cahiers français, n° 251, La Documentation française, 1991, pp. 27 et s.
- BOULANGER (J.), *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile*, RTD civ., 1961, pp. 472 et s.
- BOULARD (H.), *L'expérience versaillaise de l'amiable composition*, Gaz. Pal., 1995, Doctr., pp. 1328 et s.
- BOURDILLAT (J.-J.),
 - *N'y aurait-il plus de procédure de référé pendant les « vacances judiciaires »*, Rev. Huissiers, 1998, pp. 1032 et s.
 - *La réforme des conclusions récapitulatives ou la quête du succès improbable*, D., 2000, Chr., pp. 437 et s.
- BOURRY d'ANTIN (M),

- *Le rôle de l'avocat dans la médiation, in Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnelles du droit*, Droit et patrimoine, n°77, décembre 1999, pp. 58 et s.
- *Editorial*, Bull. du bâtonnier de l'Ordre des avocats, 3 mars 1998.
- BOUZAT *La loyauté dans la recherche des preuves*, Mélanges HUGUENAY, p. 155 et s.
- BOY (L.),
- *Particularisme du contentieux économique, in De la résolution des conflits à la conciliation*, Economica, 1988, pp. 33 et s.
- *Réflexions sur l'action en justice*, RTD civ. 1979, pp. 479 et s.
- BOYER (L.),
- *V° Transaction*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ., 1989.
- *Réflexions sur la requête civile*, RTD civ. 1956, pp. 55 et s.
- *Les effets des jugements à l'égard des tiers*, RTD civ. 1951, pp. 163 et s.
- BOYER (L.) et ROLAND (H.), *A propos du défaut de diligences*, in Mélanges J. VINCENT, Témoignage de R. NERSON, Dalloz, Paris, 1981, pp. 9 et s.
- BLANC E. *Principes généraux de la nouvelle procédure civile* J.C.P. 1973, I, 2559.
- BRAUD (J.), *Un juge des procès civils : le temps*, J.C.P., 1968, I, 2143.
- BRAUDO (S.), *Propos sur la médiation en matière civile*, Gaz. Pal., 1995, 1, 467.
- BREDIN (J.-D.),
- *Commentaires*, Dalloz-Sirey., 1966, L., 195 et s.
- *L'amiable composition et le contrat*, Rev. Arb. 1984, pp. 259 et s.
- BRETZNER (J.-D.), *Exceptions d'incompétence et oralité des débats : le triomphe de la parole sur l'écrit ?* Gaz. Pal., 1997, 1, Doctr., 222.
- BRIMO (A), *Réflexion sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'Etat*, in Mélanges P. HEBRAUD, Préf. M. DESPAX, Presses universitaires de Toulouse, 1981, pp. 145 et s.
- BROUILLAUD (J.-P.),
- *Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire*, D., 1997, Chr., 234.
- *Les nullités de procédure : des procédures pénales et civiles comparées*, D., 1996, Chr., 98.
- BRUNET (B.), *Contribution au débat sur la responsabilité des juges : entre éthique et déontologie*, Gaz. Pal., 1^{er} avril 2000, pp. 7 et s.
- BRUSCHI (M.), *L'exception de nullité du contrat*, Droit et patrimoine, n° 78, janvier 2000, pp. 69 et s.

- BUFFELAN (J.), *L'informatique judiciaire au Ministère français de la justice*, Informatica e diritto, Estrato, 1977, pp. 63 et s.
- BUISSON-FIZELLIER (A), *Procédures de référé : Analyse pratique*, Droit et patrimoine, n°80, mars 2000, pp.37 et s.
- BUREAU (D), *L'accord procédural à l'épreuve*, Rev. Crit., 1996, pp. 587 et s.
- BURGELIN(J.F), COULON (J.M), FRISON-ROCHE M.A, *Le juge des référés au regard des principes de procédures* » Dalloz 1995 p.87
- Bussy (Florence) *Nul ne peut être juge et partie*, Recueil Dalloz 2004, N°25 p. 1745
- BURGELIN, (J.F), Coulons (J.M), FRISON-ROCHE, *L'office de la procédure* Mélanges Draï 2000 Dalloz p.253 – 267.
- BUY (M), *Prescription de courte durée et suspension de la prescription*, J.C.P., 1977, I, 2833.
- CABANIS (A.), *L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil*, in Mélanges P. HEBRAUD, Préf. M. DESPAX, Presses universitaires de Toulouse, 1981, pp. 18 et s.
- CABRILLAC (M.), *Les voies de recours*, In *Les aspects procéduraux du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises*, Gaz. Pal., 1987, 1, Doctr.179.
- CADIET (L),
- *Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges*, P.A., 5 mai 2000, n°90, pp. 30 et s.
 - *Editorial*, in *De l'économie de la justice*, R.I.D.E., n° spécial, 1999-2, pp.143 et s.
 - *Civil justice reform: access, cost, and delay. The French perspective*, in *civil justice in crisis*, éd. A.A.S. ZUCKERMAN, univ. press of Oxford, 1999, pp. 291 et s.
 - *Les jeux du contrat et du procès: Esquisse*, in Mélanges G. FARJAT, *Philosophie du droit et de droit économique*, éd. Frison Roche, 1999, pp. 23 et s.
 - *Chronique de droit judiciaire privé*, J.C.P., 1999, I, 130.
 - *Premières vues sur le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile*, J.C.P., 1999 Actualités, aperçu rapide, n° 8-9, 24 février 1999.
 - *Brèves réflexions sur l'expertise préventive en droit des sociétés*, in *Prospectives du droit économique*, in Mélanges M.JEANTIN, Dalloz, 1999, pp. 251 et s.
 - *Les clauses relatives aux litiges*, J.-Cl. Contrats, distribution, Fasc. 190, 5, 1998.
 - *L'équité dans l'office du juge civil*, Justices, 1998-9, pp. 87 et s.

- *Le code*, in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11-12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La Doc. Française, 1998, pp. 45 et s.
 - *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*, in Mélanges C. CHAMPAUD, Hommages de G.FOURNIER et A.LIGIER, Dalloz, Paris, 1997, pp. 123 et s.
 - *Aide juridictionnelle et modes alternatifs de règlement des conflits*, quatrième séquence, Travaux du barreau d'Ile de France, oct.-nov. 1997, pp. 167 et s.
 - *A la recherche du juge de la famille*, in *Familles et justice, justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, sous la dir. de M.-Th. MEULDIERS-KLEIN, Préf. R.PERROT, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 235 et s.
 - *Le juge unique en question*, in *les juges uniques*, XXe colloque I.E.J. Toulon, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, sous la direction de C. BOLZE et P.PEDROT, pp. 5 et s.
 - *Le spectre de la société contentieuse*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, in Mélanges G. CORNU, P.U.F., 1994, pp. 29 et s.
 - *Les métamorphoses de la juridiction familiale*, in Mélanges H.BLAISE, Travaux de recherches de la fac. De Rennes, Avant-propos de D. CNOGNON-CARIOU, G. FOURNIER, L.LORVELLEC et R. OTTENHOF, Economica, 1995, pp. 33 et s.
 - *La fonction d'une Cour d'appel : Réflexion sur le second degré de juridiction*, in *La Cour d'Appel d'Aix en Provence*, colloque des 11 et 12 décembre 1992 organisé par le laboratoire d'épistémologie juridique, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1994, pp. 27 et s.
 - *Les clauses relatives à l'action en justice*, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'institut de droit des affaires, Aix 17-18 mai 1990, Presses universitaires d'Aix Marseille 1990, pp. 193 et s.
 - *L'évolution de l'appel dans les procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire des entreprises*, Rev.proc.coll., 1989, pp. 371 et s.
 - *L'appel nullité dans les procédures collectives*, Rev.proc.coll., 1988, n°1, pp. 17 et s.
- CADIET (L.) et LEBORGNE (F.), V° *Délais*, Encycl. Dalloz, Intern., 1998.
- CALBAIRAC (G.), *Exécution des décisions de justice*, D., 1947, Chr., 85.
- CALLON (J.-E.), *L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ?* P.A., n°62, 2000, pp. 4 et s.

- CAMARA (F). *Le nouveau droit de l'arbitrage au Sénégal : du libéral et de l'éphémère* Rev. Arb. 1999 p. 45 et s.
- CAMBIER (C.), *Avant propos, in L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Bruylant 1984, pp. 20 et s.
- CAMPANA (M.-J.) et CALENDINI (J.-M.), *La déclaration de créance effectuée par un préposé du créancier*, J.C.P., 1993, I, 230.
- CANDAS M. *Le juge de la mise en état, une précision nécessaire* Gaz. Pal 9 sept. 1966.
- Canivet Guy *Economie de la justice et procès équitable* JPC 2001 I 361
- CANIVET (G.) et CHAPELLE (A.), *Le décret du 28 décembre 1998 : un nouvel équilibre procédural*, Gaz. Pal., 3-4 mars 1999, pp. 2 et s.
- CAPPELLETTI (M), *La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil*, RID comp., 1975, n°3, pp. 571 et s.
- CARABIDER, CH. *Justice d'Etat et arbitrage* Rev. Arb. 1961 p 7 et s
- CARATINI (M.),
- *Les dernières dispositions de procédure civile, Décret du 20 juillet 1989*, Gaz. Pal., 1989, 2, Doctr., 418.
 - *Le contrat de procédure, une illusion*, Gaz. Pal., 1985, 2, Doctr. 639.
 - *L'évocation par la cour d'appel, une modalité essentielle de l'indemnisation rapide des victimes d'accidents de la circulation*, Gaz. Pal., 1984, 1, Doctr. 130.
- CARBONNIER (J.),
- *Notes sur la prescription extinctive*, RTD civ., 1952, pp. 171 et s.
 - *D. 1945*, L. 149, col 1.
 - *La règle contra non valentem*, Rev. Crit., 1937, pp. 155 et s.
- CAREL (J.), *Au sujet des erreurs ou omissions matérielles affectant une décision judiciaire*, Gaz. Pal., 1973, 1, Doctr. 241.
- CAROTENTE et J. MENDES CONSTANT, *L'inscription de la justice dans la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne* Petites affiches 5.juillet.2002 p.4.17.
- CARRE (S.), *La délicate interprétation des jugements en présence d'une ambiguïté (art. 461 N.C.P.C.)*, Gaz. Pal., 1995, 1, Doctr., 571.
- CARTIER (M-E.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits en matière pénale*, R.G.D.P., 1998-1, pp. 1 et s.
- CASTON (A.), *Le référé provision et la responsabilité des constructeurs*, Ann. Prop.imm., 1976, pp. 498 et s.
- CATALA (P.),

- *Le juge et l'ordinateur, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, in Mélanges R. PERROT, Dalloz, 1996, pp. 19 et s.*
- *Jurisprudence ou jurisprudences de la Cour ? in La Cour d'Appel d'AIX en Provence, colloque des 11 et 12 décembre 1992 organisé par le laboratoire d'épistémologie juridique, Presses universitaires d'Aix Marseille, 1994, pp. 65 et s.*
- CATALA P ; et P.Y. GAUTIER, *L'audace technologique à la Cour de Cassation : Vers la libération de la preuve contractuelle* J.C.P.G 1998, act n° 21
- CATHELINEAU (A.), *Le retard en droit civil*, P.A., 28 août 1998, n°103, pp.4 et s.
- CEVAER-JOURDAIN (M.) *Remarques à propos de la médiation familiale au regard de la loi du 8 février 1995 et du décret d'application du 22 juillet 1996, relatifs à la conciliation et à la médiation judiciaire*, Gaz. Pal., 1997, 2, Doctr. 1587.
- CERVEAU B., *L'assurance de protection juridique en Europe* » Gaz. Pal 1996, 2.doctr. p 140 et s
- CHABAS (P.),
- *V° Astreinte*, Encycl. Dalloz, Rép. Civ.
- *Réflexions sur la compensation judiciaire*, J.C.P., 1966, I, 2026.
- CHABOT (G.), *Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile*, D., 2000, Chr., pp.256 et s.
- CHAIN (B.), *Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate*, Troisième séquence, in La réforme du code de procédure civile, Autour du rapport COULON, sous l'égide de la Rev. Jur. d'Ile de France, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, oct. Nov. 1997, pp. 109 et s.
- CHAMPAUD (C.), *L'idée d'une magistrature économique, Bilan de deux décennies*, Justices, 1995-1, pp. 61 et s.
- CHARTIER (Y.),
- *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10-11 décembre 1993, La Doc. Française, 1994, pp. 149 et s.
- *La péremption d'instance dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport de la Cour de cassation 1991, La Doc. Française, pp.235 et s.
- *Rapport*, D., 1991, pp. 417 et s.
- CHAUVEAU (P.), *Prescription pénale et courtes prescriptions civiles*, Rev. Sc. Crim., 1963, pp. 35 et s.
- CHEVALLIER (J.), *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, R.D.P., 1998-3, pp. 659 et s.

- CHEVALIER PIERRE *Les réformes de procédure civile introduites par le décret n° 20021436 du 3 déc. 2002* JCP 2003 N° 4 p. 113
- CHEVASSUS (J.), *La concentration des demandes en matière prud'homale*, RTD civ., 1973, pp. 259 et s .
- CHOPPIN HAUDRY de JANVRY (S.), *L'injonction de faire, bilan d'une réforme*, Gaz.Pal. 1991, 1, Doctr. 73.
- CHOUCROY (C.), *Le juge des référés et la religion*, in *Le juge entre deux millénaires*, in Mélanges P. DRAI, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp.523.
- CHRISTIANOS (C.), *Injonction de faire et protection judiciaire du consommateur*, D., 1990, Chr., 91.
- CISSE ALIOUNE *Quand le Conseil National du Patronat sénégalais s'intéresse aux honoraires des avocats* EDJA N° 47 – 2000 p 57 et s.
- CLAVEL (E.), *Le décret du 22 décembre 1958*, J.C.P., 1960, I, 1555.
- CLERC (F.), *Jugement par défaut et défense sociale*, in *les aspects nouveaux de la pensée juridique*, in Mélanges ANCEL, T.II éd. A. Pedone, 1975, pp. 203 et s.
- COHEN-TANUGI (L.), *L'émergence de la notion de régulation*, in *La régulation, monisme ou pluralisme ? Equilibres dans le secteur des services publics concurrentiels*, dir. par M.-A.
- FRISON-ROCHE et L. COHEN-TANUGI, P.A., n°82, 10 juillet 1998, p.4.
- COHER G-JONATHAN, *Le droit au juge*, Mélanges CABRILLAC
- COIFFY de BOISDEFFRE (M.-J.), *Le pouvoir de celui qui déclare la créance dans la procédure de redressement judiciaire*, Gaz. Pal., 1993, 2, Doctr., 918.
- COLLARD DUTILLEUL (F.), *La révocation de l'ordonnance de clôture*, Rev. Jur. Ouest., 1978-2, pp. 1 et s.
- COLSON (R), *Genèse du concept de revirement de jurisprudence*, R.R.J., 2000-3 pp. 991 et s.
- COPPER-ROYER (J.),
- *Les psychologues des affaires matrimoniales du Tribunal de grande instance de Paris*, Gaz. Pal., 1990, 1, Doctr., 170.
 - *La médiation alternative à la solution contentieuse des litiges familiaux*, Gaz. Pal., 1989, 1, Doctr., 49.
- CORNEVAUX (A), *Les modes alternatifs au règlement des litiges*, in *Pour une autre justice*, Colloque organisé par l'association Droit et démocratie, P.A., n°76, 28 juin 1998, pp.51 et s.

CORNU (G),

- *Les modes alternatifs de règlement des litiges*, in *L'art du droit en quête de sagesse*, P.U.F., Coll. Doctr. Jur., 1998, pp. 188 et s.
- *L'élaboration du Code de procédure civile*, in *La codification*, Actes du colloque organisé par l'Ordre des avocats du Barreau de Toulouse et l'I.E.J de la faculté de Toulouse les 27-28 octobre 1995, sous la présidence de Ph. MALAURIE, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp.71 et s.
- *Les principes directeurs du procès par eux-mêmes (fragment d'un état des questions)*, in *Mélanges P. BELLET*, Avant-propos P. DRAI, Litec, Paris, 1991, pp. 83 et s.
- *Le juge arbitre*, Rev. Arb., 1980-2, pp. 373 et s.
- *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Rapport de synthèse Xe colloque I.E.J., Poitiers, 1976, pp. 122 et s.

CORNU (G.) et MOTULSKY (H), *Les modifications apportées à la procédure de mise en état des causes par le décret du 7 décembre 1967*, J.C.P., 1968, I, 2150.

COSNARD (H.-D.),

- *De l'informatique juridique documentaire à la création du droit*, Rev. Jur. Ouest, 1985, pp. 136 et s.
- *Rapport général de synthèse*, in *La parole et l'écrit*, XIVe colloque I.E.J., Presses universitaires de Reims, 1985, pp. 157 et s.
- *La lettre missive, acte de procédure*, D., 1960, pp. 97 et s.

COTE (P.-A.), *L'application dans le temps des lois de pure procédure*, Rev. Du barreau, sept.-oct. 1989-4, T. 49, pp.625 et s.

COUCHEZ (G.),

- *Principes directeurs du procès civil, principe du contradictoire*, J.-Cl.Proc. civ., Fasc. 156.
- *Principe de la contradiction*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 114, 1998.
- *Rapport de procédure civile*, in *la parole et l'écrit*, XIVe colloque I.E.J., Presses universitaires de Reims, 1985, pp. 22 et s.
- *Le référé provision, mesure ou démesure ?* in *Mélanges P. RAYNAUD*, Préf. R.PERROT, J.IMBERT et G. ISAAC, Dalloz Sirey, 1985, pp.161 et s.

COULON J-M

- *Quelques remarques sur un projet de décret de procédure civile* Gaz Pal 24 Juin 2002, p.4 et 5
- *Réflexions sur la durée de la justice et le temps économique*, in *De l'économie de la justice*, R.I.D.E., n° spécial, 1999-2, pp. 235 et s.

- *Présentation du rapport et réflexions sur les réactions qu'il a suscitées, in La réforme du Code de procédure civile. Autour du rapport Coulon*, Rev. Jur. d'Ile de France, oct.-nov. 1997, Dalloz, Paris, pp.15 et s.
 - *Juge unique et voies de recours, in La réforme du Code de procédure civile. Autour du rapport Coulon*, Rev. Jur. d'Ile de France, oct.-nov.1997, Dalloz, Paris, pp.73 et s.
 - *Les solutions relatives à l'office du juge, In le temps dans la procédure*, sous la direction de J.-M. COULON et M.-A. FRISON ROCHE, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 57 et s.
- COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.), *Avant propos, in Le temps dans la procédure*, Association française de philosophie du droit, T.G.I. de Nanterre 1995, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996.
- COUTURE (E), *Le temps comme institution*, RID comp., 1950, p. 276.
- COUV RAT (P) et GIUDICELLI-DELAGE (G), *Conciliation et médiation*, J.-Cl.Proc.civ., Fasc.160, 1, 1997.
- CROSIO (A.),
- *Le point sur l'injonction de payer*, P.A., 1987, n°15, pp.31 et.
 - *Réflexions sur la réforme de la procédure d'injonction de payer*, P.A., 1981, n°134, pp.20 et s.
- CROZE (H),
- *Tribunal de commerce : conséquences de l'abrogation de l'ancien Code de commerce*, Procédures, décembre 2000, Repères, pp.3 et s.
 - *Le traitement du surendettement : aspects procéduraux de la réforme*, P.A., n°101, 21 mai 1999, pp.44 et s.
- CUMUNEL (Y.) et TOUSSAINT (P.), *Le juge, l'avocat et le médiateur, à chacun son rôle en médiation judiciaire*, Gaz.Pal., 7 et 8 juillet 1999, Doctr., pp.13 et s.
- DAIGRE (J.-J.),
- *La pratique des modes alternatifs, in Le contrat au secours de l'entreprise*, R.J.C., 1999, pp. 69 et s.
 - *Les conditions de la production forcée dans un procès civil ou commercial*, Dr. Et prat.jud, 1983, pp. 241 et s.
 - *La doctrine et la réforme de la procédure civile à propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée des pièces*, J.C.P., 1981, I, 3020.
- DAILLE-DUCLOS (B.), *Le décret n°98-1231 du décembre 1998 : une véritable réforme de la procédure civile*, J.C.P. éd. E., 1999, pp. 409 et s.

- DANIELSEN (S.), *the scandinavian approach-administrative and judicial resolutions of family conflicts*, in *Familles et justices*, in *Familles et justice ,justice civile et evolution du contentieux familial en droit compare*, sous la direction de M.-Th. MEULDERS-KLEIN, Préf. R.PERROT, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1997, pp. 139 et s.
- DARMON (D.), *La médiation conventionnelle, un mode alternatif de règlement des litiges*, J.C.P., 1996, I, 3976.
- DEBEAURAIN J-, *Les caractères de l'expertise civile* D. 1979 chr. 143
- DEGOUY – R. *La réforme de la procédure civile* J.C.P 1949, 1, 790
- DELVOLVE. P. *Le nouveau Code de procédure civile devant le Conseil d'Etat* D. 19 79 chron. P 280 281
- DERRIDA (F), *La notion de partie dans les décisions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, D., 1989, Chr., 77.
- DERRIDA (F) et JULIEN (P), *Le droit procédural du redressement et de la liquidation judiciaires et le droit judiciaire privé*, in *Le juge entre deux millénaires*, in *Mélanges P. DRAI*, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 285 et s.
- DESIRY, *Le rôle du juge dans le déroulement de l'instance civile* : D. 1956, 1, 145
- DESDEVISES (Y),
- *L'abus du droit d'agir en justice avec succès* D. 1919 chron.21
 - *Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de la procédure civile* D. 1985
 - *Les moyens de défense*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 128, 1, 2000.
 - *Les transactions homologuées, vers des contrats juridictionnalisables*, D., 2000, Chr., pp. 284.
 - *V° Caducité*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ., 1999.
 - *Exceptions dilatoires*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 134, 6, 1997.
 - *La demande en justice*, J.-Cl. Proc.civ., Fasc. 126-6, 6, 1997.
 - *Remarques sur la place de la conciliatoire judiciaire dans les textes récents de la procédure*, Justices, 1997-5, pp.342 et s.
 - *V° Action en justice*, J.-Cl. Proc. Civ., 1, 1996, fasc. 125.
 - *V° Péremption d'instance*, Encycl. Dalloz, Rép.Proc. civ., 1995.
 - *Variations sur le fond en procédure*, in *Mélanges offerts à H.-D. COSNARD*, Préf.F.
- KERNALEGUEN, Economica, Paris, 1990, pp. 325 et s.
- *Le renouveau de la péremption d'instance*, Rev. Jur. Ouest, 1983-1, p.1.

DEUMIES. P *La publication de la loi et le mythe de sa connaissance* Petites Affiches, 6 Mars 2000 p.6-12

DORIAT-DUBAN. M. *Analyse économique de l'accès à la justice : les effets de l'aide juridictionnelle* RIDE, 2001? N) 1 p. 77 – 100

DRAI (P),

- *Le référé*, in *Le nouveau code de procédure civile: vingt ans après*, Actes du colloque des 11-12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation , La Doc. Française, 1998, pp. 209 et s.
- *Le délibéré et l'imaginaire du juge*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, in *Mélanges offerts à R. PERROT*, Préf. M. BRANDAC, J. NORMAND et F. THERY, Dalloz, Paris, 1996, pp. 107 et s.
- *Libres propos sur la médiation judiciaire*, in *Mélanges P. BELLET*, Avants-propos P. DRAI, Litec, Paris, 1991, pp. 123 et s.
- *L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition des tribunaux*, RID comp., 1986, pp. 511 et s.

EISEMANN. C.

- *Le phénomène de l'arbitrage : son utilité, ses avantages, son rôle*“ Rev. Dr. Com. 1976 P. 106 et s
- *Sur la compétence des juridictions*, D., 1948, Chr., 49.

EISSEM (M.-A.), *La durée des procédures civiles ressortant de la jurisprudence de la C.E.D.H.*, Gaz. Pal, 1988, 642.

Sire Marin, *L'inquiétude de professionnels du monde judiciaire devant la création des “juges de proximité”* D. 2002, Point de vue, p.3275 – 3276.

ESTOUP (P.),

- *Une réforme souhaitable : l'assouplissement de certaines règles relatives à la motivation*, Gaz. Pal., 1990, 2, 413.
- *Réflexions sur l'ordonnance de clôture*, Gaz.Pal., 1990, Doctr. 237.
- *Le dossier des plaidoiries*, Gaz.Pal., 1990, 1, Doctr. 223.
- *La convention européenne des droits de l'homme et le juge français*, Gaz. Pal., 1990, 1, Doctr. 110 et s.
- *La conciliation judiciaire : avantages, obstacles et perspectives*, Gaz.Pal., 1989, 1, Doctr., 299.
- *Le contrat de procédure, illusions et réalité*, Gaz.Pal., 1989, 1, Doctr. 176.

- *Le décret du 4 mars 1988, Etape décisive dans le droit de la consommation*, Gaz.Pal., 1988, 1, Doctr., 280.
- *L'amiable composition*, D., 1986, Chr., 222.
- *Etude et pratique de la conciliation*, D., 1986, Chr. 161.
- *Une institution oubliée, l'arbitrage judiciaire*, Gaz.Pal., 1986, 2, Doctr., 620.
- *Le contrat de procédure en appel*, D., 1985, Chr., 195.
- *La mise en œuvre de l'article 450 du N.C.P.C*, D., 1985, Chr., 163.

FRICERO (N.),

- *Nouvelles applications de la CESDH aux procédures adaptées aux affaires Droit et patrimoine*, septembre 1999, n° 74, pp. 73 et s.
- *Le droit au juge devant les juridictions civiles*, in *Le droit au juge dans l'union européenne*, L.G.D.J., 1998, pp. 11 et s.
- *Critère d'appréciation du délai raisonnable pour une affaire qui demeure pendante et ne revêt aucune complexité particulière*, D., 1997, somm., 209.
- *Délais de procédure*, J.-Cl. Proc., Fasc. 145, 1, 1998.
- *Interruption d'instance*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 678, 9, 1993.
- *Suspension d'instance*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 679, 9, 1993.
- *Caducité*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 680, 3, 1994.
- *Péremption*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 681, 3, 1994.
- *Désistement*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 682, 1, 1995.
- *Acquiescement*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 683, 6, 1996.

FRISON-ROCHE M.A.,

- *Principes et intendance dans l'accès au droit et à la justice* JCP 2D.G.1997, I, 4051
- *L'impartialité du juge*, D. 1999, chron. P.53 N° 9
- *Magistrature et responsabilité : La responsabilité des magistrats : l'évolution d'une idée*, J.C.P., 1999, I, 174.
- *Le juge et la régulation économique*, Les annonces de la Seine, 22 mai 2000, pp. 1 et s.
- *Le paramètre de la matière litigieuse dans l'analyse économique de la justice*, in *De l'économie de la justice*, R.I.D.E., n° spécial, 1999-2, pp. 223 et s.
- *Autorité de chose jugée et voies de recours dans les procédures collectives*, P.A., 28 octobre 1998, n° 129, pp. 16 et s.
- *Les difficultés françaises face à la notion de régulation*, in *La régulation, monisme ou pluralisme ? Equilibres dans le secteur des services publics concurrentiels*, dir. par M. A. FRISON ROCHE et L. COHEN-TANUGI, P.A., n° 82, 10 juillet 1998, pp. 24 et s.

- *Principes et intendance dans l'accès au droit et l'accès à la justice*, J.C.P., 1997, I, 4051.
 - *Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure*, in *Le temps dans la procédure*, avec la coord. De J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 11 et s.
 - *Déni de justice et interprétation de la loi par le juge*, J.-Cl. Civ., art. 4, 11, 1996.
 - *Vers le droit processuel économique*, Justices, 1995-1, pp. 91 et s.
- FRISON-ROCHE (M.A.) et GUILLOT (J.L.),
- *La réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994*, P.A., 14 septembre 1994, pp. 113 et s.
 - *La question de l'effet suspensif des voies de recours du Ministère public dans la réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994*, P.A., 30 septembre 1994, p. 26.
- GAGET (M.), *Le contrat de procédure devant le T.I. de Lyon*, Gaz. Pal., 1987, 2, Doctr. 498.
- GANSHORF VAN DER MEERSCH (W.-J.), *Le droit de la défense, Principe général du droit, réflexions sur des arrêts récents*, in *Mélanges DABIN*, T. II, Bruylant, Bruxelles, 1963, pp. 569 et s.
- GAONAC'H (A.), *Le champ d'application de la médiation judiciaire*, P.A., 21 juin 1999, n°122, pp. 5 et s.
- GARAPON (A.), *Vers une nouvelle économie politique de la justice ? Réactions au rapport remis au garde des sceaux par J.-M. COULON sur les réformes de la procédure civile*, D., 1997, Chr., 69.
- GAS (D.), *Autonomie des appels incidents*, Gaz. Pal., 1981,2, Doctr. 325.
- GAUDEMET (J.), *Le temps de l'historien des institutions, L'avenir du droit*, in *Mélanges Fr. TERRE*, Dalloz, 1999, pp. 95 et s.
- GAUDIN (L.), *Le contrat de procédure ? Une troisième voie*, Gaz. Pal., 1^{er} février 1986.
- GAUTIER (P.-Y.), *Les nombres sacrés*, in *Mélanges offerts à G. CORNU*, P.U.F., 1994, pp. 163 et s.
- GAUTIER P.Y – et X. LINAUT de BELLE FONDS, *De l'écrit électrique et des signatures qui s'y attachant* : J.C.P G. 2000, I, 236
- GELINEAU-LARRIVAT (G.), *Quelques réflexions sur les conseils de prud'hommes et la procédure prud'homale*, in *Le juge entre deux millénaires*, in *Mélanges P. DRAI*, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp.343 et s.
- GENIN-MERIC (R.),
- *Demandes reconventionnelles*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 132, 6, 1996.
 - *Compétence, taux de compétence et taux de ressort*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 210-2, 6, 1992.

GERBAY. P., *Les effets de l'appel voie d'annulation* D. 1993, chron. 143

GILLARDIN (J.), *L'intervention du juge dans le conflit conjugal*, in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, sous la direction de Ph. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE, publ. Des facs. De Saint Louis, Bruxelles, 1983, pp. 199 et s.

GIRARD (J.), *Les fixations d'audience*, J.C.P., 1965, I, 1934.

GISSER-PIERRARD (M.-J.), *L'évolution du litige (Bilan de cinq années d'application jurisprudentielle de l'article 555 de nouveau Code de procédure civile)*, J.C.P., 1978, I, 2888.

GIUDICELLI-DELAGE (G.), *La responsabilité de l'Etat et des magistrats en matière pénale*, in *Justices*, 1997-5, pp.26 et s.

GIVERDON (C.),

- *Le décret n° 65 – 872 du 13 octobre 1965 relatif à la mise en état des causes et la procédure par défaut* D.1967 chron p. 13.

- *Questions de procédure civile, II, Effet dévolutif de l'appel*, Gaz. Pal., 1974, pp. 401 et s.

- *Le point sur l'article 915 du Nouveau Code de procédure civile impartissant à l'avoué de l'appelant un délai de quatre mois pour déposer ses conclusions*, J.C.P., 1992, I, 3630.

- *Premières applications de la juridiction des référés du premier président de la Cour d'appel*, D., 1973, Chr., 285.

- *Rapport de synthèse*, in *La mise en état des causes*, VIIe colloque I.E.J., Annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Lyon, 1970, pp. 216 et s.

GIVERDON (M.) et GASSIOT (Me.), *La juridiction du premier Président*, Gaz. Pal., 1974, Doctr., 416.

GOBERT (M.), *Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et des personnes (à propos de la maternité de substitution)*, RTD civ., 1992, pp. 489 et s.

GODE (P.), *Le mensonge dans le procès civil*, in *Mélanges A. WEILL, in memoriam de J.-M. BISCHOFF*, Dalloz-Litec, p.1983, pp.259 et s.

GOURON-MAZEL (A), *La Cour de cassation face à la Convention européenne des droits de l'homme*, J.C.P., 1996, I, 3937.

GUINCHARD (S.)

- *Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile* Mélanges Draï p355 et s.

- *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la procédure civile*, Gaz. Pal., 27 au 31 août 1999, pp. 761 et s.

- *Le procès équitable : garantie formelle ou droit substantiel*, in *Philosophie du droit et droit économique*, in Mélanges G. FARJAT, éd. FRISON-ROCHE, Paris, 1999, pp. 139 et s.
 - *L'ambition d'une justice rénovée, commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi du 18 décembre 1998*, D., 1999, Chr., 65.
 - *Les solutions d'organisation procédurale*, in *Le temps dans la procédure*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 51 et s.
 - *Le second degré de juridiction en matière civile, aujourd'hui et demain*, Gaz. Pal., 1996, 2, Doctr., 1004.
 - *Le temps dans la procédure civile*, in *Le temps dans la procédure*, XVe colloque I.E.J., annales de la faculté de Clermont-Ferrand I, Fasc. 20, 1983, pp. 21 et s.
- HEBRAUD (P.),
- V° *Requête civile*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ. (éd. Ancienne).
 - *Observation sur les rapports entre droit et action dans la formation et le développement des systèmes juridiques*, in Mélanges P. RAYNAUD ? Préf. R.PERROT, J. IMBERT et G. ISAAC, Dalloz-Sirey, 1985, pp.237 et s.
 - *Observations sur la notion de temps en droit civil*, in Etudes offertes à P. KAYSER, Préf. C. DEBBASCH, P.U.F., Aix Marseille, 1979, T.III, p.1 et s.
 - *Observations sur l'arbitrage judiciaire*, in Mélanges G. MARTY, Toulouse, 1978, pp. 635 et s.
 - *La vérité dans le procès et les pouvoirs d'office du juge*, Annales de l'université de sciences sociales de Toulouse, T.XXVI, 1978, pp. 379 et s.
 - *Le juge et l'arbitre*, XIe colloque I.E.J., Dijon, 1977, Rev.arb., 1980-2.
 - *Le juge et sa jurisprudence*, in Mélanges P. COUZINET, Préf. R. POLLARD, Univ. Sc. Soc. De Toulouse 1974, pp. 329 et s.
 - *Effet dévolutif et évocation*, rapport au colloque d'AIX, pp. 141 et s.
 - *Actes et contrats judiciaires, conditions de validité de la volonté*, RTD civ., 1961, pp. 149 et s.
 - *L'élément écrit et l'élément oral dans la procédure civile*, Trav. De l'Institut de droit comparé, Sirey, 1959, pp. 341 et s.
 - *L'exécution des jugements civils*, RID comp. 1957, pp. 170 et s.
 - *Le recouvrement des petites créances commerciales*, J.C.P., 1938, II, pp. 80 et s.
 - *La notion de temps dans l'œuvre du Doyen Maurice HAURIOU*, Annales de la faculté de droit et de sciences économiques de Toulouse, T.XVI, Fasc. 2, 1968, pp. 179 et s.
 - *Commentaire de la loi du 15 juillet 1944*, D., 1946, L., 333, col 3.

- *La réforme de la procédure, le décret loi du 30 octobre 1935*, Rev. Crit. De leg. Et de juris. 1936, pp. 17 et s.

HERON (J.),

- *Convention européenne des droits de l'homme et théorie des voies de recours*, in *Le juge entre deux millénaires*, in P. DRAI, Préf. J.FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 369 et s.
- *Réflexions sur le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile*, R.G.D.P., Chronique de procédure civile, 1999-1, pp. 65 et s.
- *L'apport du droit de l'entreprise au Droit judiciaire privé*, Colloque du 25^e anniversaire de la F.N.D.E., J.C.P. éd. E, 1997, pp. 25 et s.
- *Le traitement de l'urgence et l'exécution immédiate, synthèse, Troisième séquence*, in *La réforme du Code de procédure. Autour du rapport COULON*, sous l'égide de la Rev. Jur. d'Ile de France, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, oct.-nov. 1997, pp.122 et s.
- *Le juge unique et l'exécution en droit privé*, in *Les juges uniques*, XXI^e colloque I.E.J. Toulon, sous la direction de C. BOLZE et P. PEDROT, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 35 et s.
- *Le nouveau code de procédure civile*, in *La codification*, Actes du colloque organisé par l'Ordre des avocats du Barreau de Toulouse et l'I.E.J. de la faculté de Toulouse les 27-28 octobre 1995 sous la présidence de P. MALAURIE, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 81 et s.
- *Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée ?* in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* in *Mélanges offerts à R. PERROT*, Préf.M. BRANDAC, J. NORMAND et F. THERY, Dalloz, Paris, 1996, pp. 131 et s.
- *L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle*, R.R.J., Droit prospectif, 1993, pp. 1083 et s.

- *Etude structurale de l'application de la loi dans le temps*, RTD civ., 1985, pp. 277 et s.

HOUIN(R.) – *Le progrès de la Science et le droit de la preuve*, Rev. Int. Dr.comp. 1953 p. 69

HEURTE *Les règles générales de procédure* A.J.D.A 1964, I, p 4-8

HUET (V.),

- *Procédure civile et commerciale, compétence de la lex fori, domaine de la lex fori : action en justice*, J.-Cl. Droit intern., Fasc. 582-1, 3, 1992.
- *L'appel nullité à travers la jurisprudence de la Cour d'appel de Rennes*, Rev. Jur. Ouest, 1988, pp. 349 et s.

- *Le particularisme de l'appel nullité*, Rev. Jur. de l'Ouest, 1959, pp. 359 et s.
- HUET (J.), *La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au telex*, D., 1992, Chr., 33.
- HUSSON (L.), *Réflexions d'une philosophie sur un revirement de jurisprudence, Le droit investi par la politique*, in Archives de philosophie du droit, T. 16, 1972, pp. 193 et s.
- JACQUE (J.-P.), *Communauté européenne et convention européenne des droits de l'homme, in L'Europe et le droit*, in Mélanges J. BOULOUIS, Préf. C. DEBBASCH et J.-C. VENEZIA, Dalloz, 1991, pp. 325 et s.
- JACQUES (L.), *Le dépôt des conclusions et les droits de la défense*, Rapport de la Cour de cassation, 1995, p. 123.
- JADOUL (P.), *L'évolution de la prescription en droit civil, in l'accélération du temps juridique*, sous la direction de P. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE, Publ. Des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2000, pp. 749 et s.
- JARROSSON (C.),
 - *La médiation et la conciliation : essai de présentation*, in *Médiation et conciliation : de nouveaux horizons pour les professionnels du droit*, Droit et patrimoine, n°77, décembre 1999, pp. 36 et s.
 - *Modes alternatifs des conflits*, R.G.D.P., 1998-1, pp. 161 et s.
 - *Les concessions réciproques dans la transaction*, D., 1997, Chr., 267.
 - *Les modes alternatifs de règlement des conflits, Présentation générale*, RID comp, 1997-2, pp. 325 et s.
 - *Les dispositions sur la conciliation et la médiation judiciaires de la loi du 8 février 1995*, Rev. Arb., 1995, pp. 219 et s.
 - *Réflexions sur l'impératif*, in Mélanges offerts à P. BELLET 1991, avant-propos P. DRAI, Litec, Paris, pp. 245 et s.
- JEAN-PAUL JEAN, HELENE PAULIAT, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité* Recueil Dalloz 2005 N° 9 p. 598.
- JEANTIN (M.), *Les mesures d'instruction in futurum*, D., 1980, Chr., 205.
- JOLOWICZ (J.-A.), *La production forcée des pièces, Droit français et anglais, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* in Mélanges R. PERROT, Préf. M.BANDRAC, J. NORMAND et F. THERY, Dalloz, Paris, 1996, pp. 167 et s.
- JULIEN (P.),
 - *V° Jugement par défaut ou réputé contradictoire*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ., juin 1999.
 - *Jonction et disjonction d'instance*, J.-Cl. Proc. Civ., Fasc. 677, 3, 1995.

- *Les injonctions de payer*, D., 1963, Chr., 157.

KAYSER (P.),

- *La recherche en France de la diminution des contentieux judiciaires et administratifs par le développement des règlements amiables*, Justices ? 1996-3, pp. 203 et s.

- *L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile*, RTD civ. 1953, pp. 209 et s.

KERNALEGUEN (F.), *La solution conventionnelle des litiges*, in *Le droit contemporain des contrats*, Travaux coordonnés par L. CADIET, Economica, Paris, 1987, pp. 65 et s.

KOERING-JOULIN (R.), *Où il est question d'application de la loi dans le temps*, D., 1987, Chr., p. 18.

KRIEGK J.F. *Le délai raisonnable : office du juge et office de l'autorité publique*, Petites Affiches, 26 juin 2003 N° 127 p4.

LAURENT J.C. *L'impartialité du juge* Gaz.Pal. 1975, 1, Doctr p.305

LERY P.H *L'évolution de la preuve des origines à nos jours* : Rec. Société Jean Bodin Tome XVII, Bruxelles, 1965, spec.p.11-29

LEBOULANGER (PH), *L'arbitrage international Nord-Sud*, Etudes offertes à P. Bellet, Paris, Litec, 1991, p. 323 et s

LINDON R. *La télévision à l'audience* D. 1985, chron 81.

LAGARDE X. *Les spécificités de la transaction consécutive à un licenciement* J.C.P éd. G 2001, I, 337.

LEVASSEUR G. *De quelques singularités des voies de recours*, Mélanges VINCENT p. 213.

LONGIN. C. *A propos du procès civil et des droits du justiciable* : Gaz. Pal 79 juillet 2002, p43 à 46.

MARRAUD. C. *Le droit à la preuve* J.C.P. G. 1973, I ; 2572

MARTIN. R.

- *Le fait et le droit ou les parties et le juge* J.C.P. 1971, 1, Doctr 2625

- *La saisine d'office du juge* (Essai sur sa signification) SJ 1973,4-6316

- *La règle de droit adéquate dans le procès civil* D.1990 chron. P.280 à 281

- *Le point noir de la procédure orale*, Procédures, novembre 2000, Chr. Pp. 3 et s.

- *Une procédure simplifiée, remède contre le déficit de la justice*, J.C.P., 2000, actualités, n°37, pp. 1639 et s.

- *Administration de la justice et techniques de management : l'exemple anglais*, in *De l'économie de la justice*, R.I.D.E., n° spécial, 1999-2, pp. 267 et s.

- *Le juge de la mise en état à l'épreuve de la Convention E.D.H.*, R.G.D.P., 1999-3, pp. 321 et s.

- *Réforme de la procédure civile (Décret n°98-1231 du 28 décembre)*, Ann. des loyers 1999, pp. 60 et s.
- *Loi n°98-1163 du 28 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits*, J.C.P., 1999, n°3, Aperçu rapide, pp. 121 et s.
- *Les conclusions qualificatives à l'épreuve, Point de vue de l'avocat*, J.C.P., 1999, Aperçu rapide, n°12, pp. 557 et s.
- *Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action*, R.G.D.P., 1998-3, pp. 419 et s.
- *Conclusions qualificatives, recherche d'une sanction*, Procédures, Février, 1998, Chr., n°2, p. 3.
- *Une nouvelle perspective pour la procédure civile*, J.C.P., 1997, actualités, n°6, 19 février 1997.
- *A propos du rapport J.M. COULON, réflexions et propositions sur la procédure civile*, Rev. Huissiers, 1997, pp. 418 et s.
- *Quand le grain ne meurt... de conciliation en médiation*, J.C.P., 1996, I, 3977.
- *Prenons garde à la péremption d'instance !* Ann. des loyers, 1^{er} avril 1996, pp. 468 et s.
- *L'intervention*, J.-Cl. Proc.civ., Fasc. 127-1, 6, 1996.
- *Un autre procès est-il possible ou est-il permis de rêver ?* RTD civ., 1994, pp. 557 et s.
- *Principes généraux de procédure civile*, Encyl. Dalloz, Rép. Proc. Civ., 1992, pp. 20 et s.
- *De l'unité de la tierce opposition*, Gaz.Pal., 1991, 1991,1, Doctr. 303.
- *Les cas d'ouverture de référés*, Ann. des loyers, 1981, pp. 655 et s.
- *Le référé, théâtre d'apparence*, D., 1979, Chr., 158.
- *Matière gracieuse et ordonnance sur requête unilatérale*, J.C.P., 1976, I, 2787.
- *Le fait et le droit ou les parties et le juge*, J.C.P., 1974, I, 2625.
- *La notion de radiation devant la cour*, Gaz. Pal., 1973, 1, Doctr., 194.
- *La saisine d'office du juge, essai sur sa signification*, J.C.P., 1973, IV, 6316, p. 231.
- *Réflexions sur l'instruction du procès civil*, RTD civ. 1971, pp.279 et s.
- *Réflexions sur le sens et la portée du décret du 7 décembre 1967*, J.C.P., éd. A, 1968, IV, 5235.

MENDEZ F.RAMAS Arbitrage et mesures conservatoires Rev.Arb. 1985 p.51 et s

MICHELET Nouveau Code nouveau juge, nouvelle éthique Mélanges Perrot Dalloz 1996
p.277 – 297

MICHELET ELISABETH La conciliation dans la procédure sénégalaise Penant 1980. p ;
135

MIGNUCCI, *Premiers pas de la procédure de la mise en état dans un tribunal pilote* Gaz Pal 1966, 1, Doctr p.108.

MININ P *Les moyens d'ordre public et l'office du juge* J.C.P 1946 Doct 542

MININ. P. *Condition de la Magistrature aujourd'hui et demain* J.C.P 1946 Doctr 517 BIS

MOTULSKY. H.

- *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile* Mélanges Roubier Tome II p. 175 et s.
- *V° Procédure civile et commerciale*, Encycl. Dalloz, Rép. D.I.P.
- *Prolégomènes pour un futur C.P.C. : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971*, Ecrits T.I, Dalloz, Paris, 1973, pp. 273 et s.
- *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, D., 1968, Chr., 1 ; Ecrits, Tome I, Dalloz, Paris, 1973, pp. 201 et s.
- *La réforme du code de procédure civile par le décret du 13 octobre 1965 et les principes directeurs du procès*, J.C.P., 1966, I, 1996.
- *Le droit subjectif et l'action en justice*, A.P.D., 1964, 215 ; Ecrits, T.1, Dalloz, Paris, 1973, pp. 85 et s.
- *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits*, RID comp. 1959, p.354 ; Ecrits, Tome I, Dalloz, Paris, 1973, pp. 39 et s.
- *Nouvelles réflexions sur l'effet dévolutif de l'appel et l'évocation*, J.C.P., 1958, I, 1423.

NERSON *Les développements des juridictions civiles d'exception et ses dangers* D. 1947 chron p. 121

MONTOUH : H *La juridiction de proximité : une tentative attendue de la déconcentration judiciaire*, D. 2002 chron p. 3223.

MININ,

- *les présomptions quasi-légales*, J.C.P 1946.1.578
- *La preuve par magnétophone* J.C.P 1957, 1, 1370

NICOLAU G. *Les inégalités devant la loi et la justice*, n° spéc Petites Affiches, 28 novembre 2002

NORMAND (J),

- *Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du Nouveau Code de procédure civile* Mélanges JEAN VINCENT
- *Les facteurs d'accélération de la procédure civile*, in *Le juge entre deux millénaires*, in Mélanges P. DRAI, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 427 et s.

- *L'application dans le temps des nouvelles dispositions relatives aux astreintes*, RTD civ. 1998, pp. 733 et s.
- *Le rapprochement des procédures civiles dans l'union européenne*, in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11-12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La Doc. Française, 1998, pp. 265 et s.
- *Le référé diffamation à la recherche de son point d'équilibre*, RTD civ., 1998, pp. 972 et s.
- *Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain*, RTD civ. 1998, pp. 461 et s.
- *Le juge judiciaire, juridiction d'exception des atteintes portées par les autorités administratives à la liberté individuelle*, RTD civ., 1998, pp. 181 et s.
- *Obligation ou faculté de requalifier*, RTD civ. 1998, pp. 461 et s.
- *Un droit judiciaire privé européen ?* in *Le droit privé européen*, sous la dir. de P. de VAREILLES-SOMMIERES, Economica, Coll. Etudes juridiques, 1998, pp. 124 et s.
- *Les décisions d'exécution des décisions de justice, Rapport Général*, in *La terre, la famille, le juge*, in *Mélanges offerts à H.-D. COSNARD*, Préf. F. KERNALEGUEN, Economica, 1990, pp. 393 et s.
- *Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (art. 6-1)*, RTD civ. 1996, pp. 689 et s.

PARODI.C.,

- *L'esprit général et les innovations du NCPC*, DEFRENOIS, 1976 p.32.83
- *Les règles spécifiques aux mesures d'instruction exécutées par un technicien*, in *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve*, Xe colloque I.E.J., avant-propos J. PRADEL, Poitiers, P.U.F., 1976, pp. 37 et s.

PELEQUIN, *L'ordonnance de clôture, chef de voûte de la mise en état* : Gaz Pal, 2, Doctr 39
 PERROT (R.),

- *Du provisoire au définitif*, in *Le juge entre deux millénaires*, in *Mélanges P. DRAI*, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 447 et s.
- *L'homologation des transactions*, (N.C.P.C., art 1444-4), *Procédures*, août-septembre 1999, Chr., pp. 3 et s.
- *Le décret n°98- 1231 du 28 décembre 1998 modifiant le Code de l'organisation judiciaire et le nouveau Code de procédure civile*, *Procédures*, mars 1999, Chr., 3.

- *Le nouveau code de procédure civile et le code de l'exécution*, in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11-12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La Doc. Française, 1998, pp. 89 et s.
 - *Brèves réflexions sur le rapport J.-M. COULON*, Procédures, avril, avril 1997, Chr., 4.
 - *Justice de proximité : conciliation et médiation*, Procédures, 1995, p. 1.
 - *La conciliation en matière civile et commerciale*, Rev. Leg. Dr. Com. 1989, pp. 237 et s.
 - *Le silence en Droit judiciaire privé*, in Mélanges P. RAYNAUD, Préf. R. PERROT, J. IMBERT et G. ISAAC, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 627 et s.
 - *La notion de radiation et sa portée*, RTD civ. 1975, pp. 152 et s.
 - *Les effets de l'appel quant aux personnes*, Gaz. Pal., 1974, 1, Doctr., 411.
- PETTITI. L.
- *Les droits de l'homme et l'accès à la justice* RTDH. 1990.25. Spéc p.23
 - *Le protocole 11, son historique et son avenir*, Justices, 1997-6, pp.71 et s.
- RAYMOND (L) *De deux innovations en matière de procédure civile* D. 1973 chron p.2527
- RAYNAUD (M), *Le principe de célérité en Droit judiciaire privé : mythe ou réalité ?* Conférence du 1^{er} mars 1984 donnée au Palais de justice de Paris, Association française de D.J.P., impr. TGI, 1984.
- RENOUX TH.
- *Le droit au recours juridictionnel et règle de droit* Mélanges JULLIOT de la MORANDIERE
 - *Le juge naturel, droit fondamental*, RTD civ. 1993, pp. 33 et s.
 - *La constitutionnalisation du droit au juge en France*, in *Le droit au juge dans l'union européenne*, L.G.D.J., 1998, pp. 109 et s.
 - *Le conseil constitutionnel et la collégialité*, in *les juges uniques, dispersion ou réorganisation du contentieux ?* XXI^e colloque I.E.J. Toulon, sous la direction de C. BOLZE et P. PEDROT, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 113 et s.
- RIBS. (J.), *L'accès au droit* in Libertés, Mélanges J. Robert Montchrestien, 1998 p.415.430
- ROBIN.F. *Considérations inactuelles sur le projet de loi relatif à la réforme de l'accès au droit et à la justice*, D.2002 p.2820-2892
- ROUHETTE (G.),
- *La procédure civile et la convention européenne des droits de l'homme*, in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, Actes du colloque des 11-12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, La Doc. Française, 1998, pp. 285 et s.

- *Quelques aspects de l'application du mécanisme du renvoi préjudiciel*, Justices, 1997-6, pp. 15 et s.
- *L'ordre juridique processuel. Réflexions sur le droit du procès*, in Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, pp. 687 et s.
- ROY Le - *Le Contrôle de l'aptitude au témoignage* D. 1969.1.1175
- SALVAIRE (J.), *Le permis d'exécuter*, J.C.P., 1969, I, 2282.
- SAUVEL. T.,
 - *Histoire des jugements motivés* ; R.D. publ. 1955, p.5
 - *Essai sur la notion de précédent*, D., 1955, Chr., 93
- SAVATIER (R) *Le juge dans la cité française* D. 1967 chron p. XXII
- STARK. C. *Un Janus constitutionnel : l'égalité* R.D.P. 1986.1231
- SOLUS,
 - *La préoccupation d'ordre psychologique du code de procédure civile*, Etudes juridiques offertes à L. JULLIOT de la MORANDIERE p.511.
 - *Les réformes de la procédure civile, étapes franchies et vues d'avenir*, in Mélanges offerts à G. RIPERT, L.G.D.J., 1950, T.I, pp. 193 et s.
 - *Compétence d'attribution et compétence territoriale*, J.C.P., 1947, I, 663.
 - *Considérations sur la compétence des juridictions*, D., 1949, Chr., 153.
 - *Les réformes récentes de la procédure civile*, in Mélanges SUGIYAMA, association japonaise des juristes de langue française, Maison franco-japonaise, TOKIO, 1940, pp. 329 et s.
 - *Les pouvoirs du juge chargé de suivre la procédure à l'effet d'ordonner des mesures d'instruction*, J.C.P., 1939, I, 82.
- TISSIER. A., *Le centenaire du code de procédure civile et les projets de réformes* Rev. Trim.dr.civ.1906, p. 625
- VATIER (B.), *La justice est-elle un service public ?* in *Le juge entre deux millénaires*, in Mélanges P.DRAI, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 141 et s.
- VEAUX (D.) et VEAUX-FOURNERIE (P.), *Les surprises de la tierce opposition*, in Mélanges H-D. COSNARD, Economica, 1990, pp.409 et s.
- VERDUN (G.), *Le magistrat de la mise en état « juge d'exception »*, Gaz.Pal., 28-29 avril 2000, pp. 2 et s.
- VERGES (E), *Les dispositions transitoires en droit judiciaire privé*, in *Les dispositions transitoires*, R.R.J., Droit prospectif, n° spécial, Cahier de méthodologie juridique, Presses univ. Aix Marseille, 1999, 1469 et s.

VIATTE

- *L'amende civile pour abus du droit de plaider* Gaz. Pal 1978,I, Doctr.305
- *Les moyens de droit relevés d'office et le principe du contradictoire*, Gaz. Pal. 1980, 1, Doctr., 21.
- *Les voies de recours en matière d'injonction de payer*, Gaz. Pal., 1978, Doctr., 378.
- *Exceptions dilatoires, questions préjudicielles et sursis à statuer*, Gaz. Pal. 1978, 1, Doctr. 31.
- *Le pouvoir du juge des référés*, Gaz. Pal. 1976, 2, Doctr., 709.
- *Péremption d'instance, caducité et radiation*, Gaz. Pal. 1974, 2, Doctr., 372.
- *Communication et production des pièces en justice*, Gaz.Pal., 1973, 2, Doctr., 406.
- *Les référés du premier président*, Gaz.Pal., 1973, 2, Doctr., 570.

VIDAL (D.), *Le juge commissaire*, in *Les juges uniques*, XXe colloque I.E.J. Toulon, sous la direction de C.BOLZE et P. PEDROT, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, Paris, 1996, pp. 61 et s.

VIENNOIS (J.-P.), *L'amiable*, R.G.D.P., 1999-4, pp. 471 et s.

VILLACEQUE (J.), *Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques*, D., 1997, Chr., 317.

VILLANY (D.), *Quels sont les recours contre l'homologation d'une convention définitive d'un divorce par consentement mutuel ?* D. 1995, Chr., 253.

VINCENT (J.)

- *La procédure civile et l'ordre public* Mélanges Roubier Tome II p.303
- *Les récentes extensions de compétence du Tribunal d'instance*, in *Droit pénal, propriété industrielle*, in Mélanges A. CHAVANNE, avant-propos J. AZARD, Litec, 1990, pp. 27 et s.
- *Les pouvoirs du juge en matière de provision*, in *Etudes* P. KAYSER, Préf. C. DEBBASH, Presses universitaires d'Aix Marseille, T.II, 1979, pp. 417 et s.
- *Les nouvelles dimensions de l'appel*, D., 1979, Chr., 179.
- *Les procédures d'urgence, droit judiciaire privé, droit pénal, droit pénal, droit administratif*, avant-propos de P.RAYNAUD, XIIe colloque, ann. de la faculté de droit de Pau, 1979.
- *Les effets de l'appel, l'ouverture quant à l'objet du litige*, Gaz. Pal., 1974, 1, 404.
- *Rapport de synthèse*, IXe colloque I.E.J, 20-21 mai 1974, Centre d'études judiciaires de Nice, 1974, pp. 98 et s.

- Rapport AFRIMAP et OSIWA- Sénégal- Le secteur de la justice et l'Etat de droit
Novembre 2008. Une publication du réseau OPEN SOCIETY INSTITUTE.
- Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ. V° *Action en justice*.
- VINCENT (J.) et RUSQUEC (E. du), *Les effets de l'appel quant à l'objet du litige*, Journées des Avoués à Dijon 1973, Gaz. Pal., 1974, 1, Doctr. 401.
- VINDREAUX (J.-C.), *Le justiciable face aux stratégies d'appel, Les voies de recours judiciaires, Instrument de liberté*, P.U.F., 1995, pp. 77 et s.
- VOINOT (D.), *Le renvoi dans les procédures collectives*, R.G.D.P., 1998, pp.197 et s.
- VOIRIN (P.),
 - *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences*, J.C.P., 1989, I, 1467.
 - *Le vieillissement du Code civil*, in *universitatis Saraviensis*, 1955, pp. 68 et s.
- WATINE-DROUIN (C.), *Du JAM au JAF, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* in Mélanges R. PERROT, Préf. M. BRANDAC, J. NORMAND et F. THERY, Dalloz, Paris, 1996, pp. 557 et s.
- WEILL (A), *Sur l'injonction de payer*, Gaz. Pal., 1981, Doctr., 484.
- WIEDERKEHR,
 - *L'avenir de la juridiction gracieuse*, Mélanges Draï 2000 p.483 et s.
 - *L'évolution de la justice gracieuse, in Le juge entre deux millénaires*, in Mélanges P. DRAI, Préf. J. FOYER, Dalloz, Paris, 2000, pp. 483 et s.
 - *L'accélération des procédures et des mesures provisoires*, RID comp., 1998-2, pp. 449 et s.
 - *La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice*, Justices, 1997-5, pp. 13 et s.
 - *Jugement, De la distinction entre décision contentieuse et décision gracieuse*, in Justices, 1996-4, pp. 266 et s.
 - *La distinction des actes juridictionnels et non juridictionnels*, Justices, 1995-1, p. 246.
 - *Le système des voies de recours en D.J.P. français*, RID comp., 1989, Vol. II, 225.
 - *Exécution des jugements et des actes*, Encycl. Dalloz, Rép. Proc. Civ.
 - *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences*, J.C.P., 1989, I, 1467.
 - *Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français*, RID comp., 1989, n° spéc. Vol.11, pp. 225 et s.
 - *La notion de grief et les nullités de forme dans la procédure civile*, D., 1984, Chr., 165.
 - *La notion d'action en justice selon l'article 30 du N.C.P.C.*, in Mélanges offerts à P.HEBRAUD, Préf. M. DESPAX, Presses universitaires de Toulouse, 1981, pp. 949. et s.

- *Droits de la défense et procédure civile*, D., 1978, Chr., 36.
 - *Le principe du contradictoire, à propos du décret n°73-1122 du 17 décembre 1973*, D., 1974, Chr., 95.
- WINCKLER (A), *Précédent : l'avenir du droit*, in *La jurisprudence*, A.P.D., T.30, Sirey, 1985, pp. 131 et s.
- WOOG (J.-C.), *Les mérites des MARC (Modes Alternatifs de règlement des Conflits). La pratique de l'amour obligé et les risques de l'acharnement conciliatoire*, Gaz. Pal., 19 au 21 septembre 1999, Doctr., pp.10 et s.
- ZUCKERMAN (A.A.S.),
- *Le coût du procès en Angleterre*, in *De l'économie de la justice*, R.I.D.E., n° spécial, 1999-2, pp. 253 et s.
 - *Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure*, in *civil justice in crisis, comparative perspectives of civil procedure*, ed. A. A .ZUCKERMAN, univ. press of Oxford, 1999, pp.3 et s.

SITES INTERNET CONSULTÉS

www.justice.gouv.sn

www.gouv.sn

www.droit.francophonie.org

www.ohada.com

www.juriscope.org

www.legifrance.gouv.fr

www.conseil-constitutionnel.fr

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Action en justice, 489, 503
Appel, 16, 90, 98, 99, 130, 132, 133, 140,
141, 162, 176, 196, 206, 266, 335, 337,
346, 375, 400, 410, 446, 483, 484
APPEL, 335
Assistance judiciaire, 107
Astreinte, 484
Avocat, 461

C

Class action, 295
Code, vi, 7, 8, 36, 45, 62, 63, 89, 118, 119,
120, 138, 142, 169, 174, 182, 191, 193,
194, 196, 200, 205, 231, 281, 289, 304,
333, 367, 368, 380, 388, 390, 399, 401,
406, 407, 434, 460, 463, 472, 477, 481,
482, 484, 486, 487, 488, 492, 493, 495,
498, 499, 500, 504
Compétence, 465, 492, 502
Conciliation, 134, 488
Conclusions, 418, 433, 498
Conseil supérieur de la magistrature, 162,
163, 164, 165, 166, 167, 186, 187, 214,
215, 223, 226, 227
Constitution, 11, 13, 26, 27, 33, 34, 35, 42,
50, 53, 55, 73, 127, 148, 159, 162, 164,
212, 213, 217, 219, 221, 229, 243, 390,
397
Cour d'appel, vi, 57, 65, 99, 100, 101, 102,
106, 109, 111, 131, 134, 135, 137, 176,
178, 180, 181, 184, 191, 196, 204, 205,
206, 208, 209, 211, 221, 222, 255, 256,
257, 262, 266, 267, 275, 277, 280, 287,
291, 302, 311, 314, 334, 335, 340, 345,
346, 359, 365, 370, 398, 402, 404, 419,
424, 457, 467, 472, 483, 493, 495
Cour de cassation, vi, viii, 162, 215, 221,
286, 319, 370, 388, 399, 416, 424, 459,

460, 467, 473, 474, 478, 479, 482, 485,
489, 493, 495, 499, 500, 501

Cour de Cassation, vi, viii, 35, 54, 62, 68,
69, 83, 85, 86, 87, 97, 108, 111, 132,
133, 134, 139, 140, 141, 156, 157, 162,
163, 164, 177, 178, 179, 185, 201, 202,
203, 215, 219, 220, 221, 225, 226, 230,
241, 242, 271, 272, 276, 280, 291, 301,
302, 311, 312, 314, 317, 318, 320, 330,
350, 367, 371, 386, 388, 389, 391, 393,
402, 403, 404, 408, 416, 419, 420, 421,
441, 484

Cour européenne des droits de l'homme,
42, 319

Cour suprême, 178, 469

Cour Suprême, 93, 97, 98, 113, 162, 166,
175, 178, 179, 190, 193, 205, 206, 208,
218, 221, 222, 224, 225, 279, 321, 381,
396, 402, 415, 416, 417, 439, 440

D

Délais, 322, 325, 466, 473, 483, 491

Déni de justice, 491

Désistement, 491

Droit, vii, 4, 5, 6, 8, 14, 15, 32, 37, 43, 54,
57, 66, 81, 125, 126, 132, 144, 147, 150,
153, 191, 192, 214, 216, 226, 230, 240,
246, 262, 288, 304, 306, 319, 320, 346,
348, 367, 386, 387, 388, 395, 398, 403,
407, 413, 424, 430, 438, 446, 447, 450,
453, 455, 456, 458, 460, 463, 464, 465,
467, 468, 470, 471, 475, 479, 480, 481,
482, 486, 490, 494, 495, 496, 500, 501,
502, 503

DROIT, 191

E

Effectivité, 244

Equité, 20

Etat, vi, 2, 4, 10, 11, 12, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 26, 29, 30, 35, 38, 39, 41, 43, 44, 54, 61, 63, 66, 72, 75, 76, 77, 79, 81, 82, 94, 95, 113, 114, 115, 116, 121, 135, 136, 137, 148, 151, 153, 154, 156, 162, 163, 164, 166, 173, 181, 182, 183, 184, 188, 189, 190, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 210, 212, 215, 216, 217, 218, 219, 222, 228, 232, 233, 235, 241, 281, 282, 283, 304, 311, 313, 320, 322, 357, 359, 366, 369, 371, 372, 373, 380, 388, 389, 397, 400, 401, 405, 406, 410, 414, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 438, 439, 442, 443, 447, 449, 452, 453, 459, 460, 462, 464, 469, 477, 478, 481, 483, 488, 492, 503, 504
 ETAT, 199, 423, 434, 435
 Exécution provisoire, 457

I

Instance, 57, 65, 99, 102, 111, 196, 221, 328, 379, 424

J

Juge, 93, 94, 379, 470, 487
 Jugement, 485, 496, 504
 Justice, viii, 3, 17, 25, 49, 57, 58, 63, 64, 72, 90, 99, 101, 112, 116, 146, 162, 164, 167, 168, 175, 183, 184, 188, 212, 213, 214, 215, 221, 224, 225, 226, 228, 247, 308, 323, 371, 400, 411, 426, 439, 445, 446, 447, 453, 454, 457, 462, 463, 468, 479, 483, 500, 505

L

Loi, vii, 3, 8, 11, 14, 15, 17, 18, 19, 25, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 40, 43, 45, 46, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 58, 63, 65, 68, 69, 75, 76, 78, 80, 82, 83, 85, 86, 88, 91, 92, 93, 97, 98, 99, 102, 104, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 117, 119, 120,

121, 122, 124, 140, 141, 143, 144, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 174, 175, 178, 179, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 196, 201, 202, 204, 205, 206, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 234, 237, 243, 244, 245, 247, 248, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 265, 279, 282, 283, 289, 290, 297, 298, 300, 301, 303, 304, 306, 310, 311, 312, 314, 315, 316, 318, 320, 326, 327, 328, 329, 330, 342, 343, 347, 350, 351, 361, 369, 370, 371, 372, 376, 379, 380, 383, 386, 387, 389, 391, 394, 395, 396, 398, 399, 402, 403, 404, 407, 408, 409, 415, 416, 417, 420, 422, 423, 424, 425, 433, 434, 435, 440, 442, 446, 451, 453, 459, 467, 473, 474, 477, 478, 479, 484, 489, 491, 493, 494, 495, 496, 497, 499, 501

M

Médiation, 128, 134, 480, 496

N

Notification, 250
 Nullité, 269

O

Ordonnance, vii, 381

P

Parquet, 101, 102, 104, 108
 Partie, 359, 380, 401, 414, 426, 428, 429, 430
 Péremption, 489, 491, 503
 Pourvoi en cassation, 480
 Pouvoir, 153
 Préambule, 42, 429, 439
 Prescription, 481, 485
 Principes directeurs, 487

Procédure, 2, 8, 36, 62, 119, 128, 164, 174,
175, 180, 240, 250, 253, 256, 262, 264,
269, 281, 295, 321, 333, 371, 380, 391,
401, 405, 415, 432, 434, 438, 440, 441,
455, 456, 475, 495, 498
PROCÉDURE, 455

R

Référé, 348, 473, 477
Renvoi, 361
Requête, 43, 494

S

Surendettement, 408

T

Titre, 22, 42, 89, 237, 261, 381
TITRE, 150
Transaction, 471, 480

V

Voies d'exécution, 455, 456

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	vi
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	vi
PREFACE.....	xi
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
PREMIÈRE PARTIE. LES GARANTIES TENANT A L'ACCÈS AU JUGE	21
TITRE PREMIER. L'ACCÈS AU JUGE.....	23
CHAPITRE I. LA CONSÉCRATION DE L'ACCÈS AU JUGE.....	24
SECTION 1. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES RECONNAISSANT L'ACCÈS AU JUGE.....	24
§1. LA RECONNAISSANCE INTERNATIONALE DE L'ACCÈS AU JUGE	25
A. LA RECONNAISSANCE PAR LA DÉCLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME	25
B. LA RECONNAISSANCE PAR LE PACTE INTERNATIONAL DES DROITS CIVILS ET POLITIQUES	27
§2. LA RECONNAISSANCE REGIONALE ET INTERNE DE L'ACCÈS AU JUGE.....	28
A. LA RECONNAISSANCE PAR LA C.E.D.H ET LA CHARTE AFRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES	28
B. LA PROCLAMATION TEXTUELLE ET JURISPRUDENTIELLE DE L'ACCÈS AU JUGE	32
SECTION II. PORTÉE DE LA RECONNAISSANCE DE L'ACCÈS AU JUGE PAR LES DIVERS INSTRUMENTS JURIDIQUES.....	37
§1. L'INTÉGRATION DES DROITS FONDAMENTAUX INTERNATIONAUX ET RÉGIONAUX DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE SÉNÉGALAIS.....	37
A. LA NOTION DES DROITS FONDAMENTAUX	37
B. LE STATUT JURIDIQUE DES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX ET RÉGIONAUX DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE SÉNÉGALAIS	41
§2. L'INSTITUTION DE PRINCIPES FACILITANT L'ACCÈS AU JUGE. ...	44
A. LA GRATUITÉ DE LA JUSTICE	45
1. LA GRATUITÉ EN MATIÈRE DE STATUT PERSONNEL	45

2. LA GRATUITE EN MATIÈRE SOCIALE	47
B. L'ÉGALITE DEVANT LA JUSTICE	49
1. LE DROIT AUX MEMES JUGES.....	49
2. LE DROIT D'ÊTRE JUGE SELON LES MÊMES RÈGLES	50
C. LA CONTINUITÉ DE LA JUSTICE	54
1. LA CONTINUITÉ DANS LE TEMPS	54
2. LA CONTINUITÉ DANS L'ESPACE.....	56
CHAPITRE II. L'EFFECTIVITÉ DE L'ACCÈS AU JUGE	60
SECTION 1. L'EFFECTIVITÉ MALMENÉE OU LES OBSTACLES A L'ACCÈS AU JUGE.....	60
§1. LES OBSTACLES DE FAIT	60
A. L'OBSTACLE FINANCIER.....	61
1. LES OBSTACLES GÉOGRAPHIQUES	65
2. LES OBSTACLES SOCIOLOGIQUES ET CULTURELS.....	66
§2. LES OBSTACLES JURIDIQUES	67
A. L'IGNORANCE DE LA RÈGLE DE DROIT	67
B. LA TECHNICITÉ DU LANGAGE JUDICIAIRE	68
C. LA COMPLEXITÉ DE LA PROCÉDURE	72
§3. ACCÈS AU JUGE ET CONDITION DES ÉTRANGERS.....	73
A. L'ÉTAT DE LA QUESTION EN DROIT SÉNÉGALAIS.....	73
1. LA CONSÉCRATION DE L'ÉGALITE JURIDIQUE DES ÉTRANGERS ET DES NATIONAUX	74
2. LES LIMITES À L'ÉGALITE JURIDIQUE DES NATIONAUX ET ÉTRANGERS : LE MAINTIEN DE LA <i>CAUTIO JUDICATUM SOLVI</i>	76
B. L'HISTORIQUE DE L'ACCÈS AUX TRIBUNAUX PAR LES ÉTRANGERS	80
1. LA CONDITION DES ÉTRANGERS À ROME.....	80
2. LA CONDITION DES ÉTRANGERS EN FRANCE : LA SUPPRESSION DE LA CAUTION JUDICATUM SOLVI	81
SECTION II. L'EFFECTIVITÉ MISE EN ŒUVRE OU LES REMÈDES AUX OBSTACLES A L'ACCÈS AU JUGE.....	88
§1. LES SOLUTIONS EXISTANTES OU REMÈDES CONSACRÉS.....	88
A. LA NEUTRALISATION DES OBSTACLES FINANCIERS : L'INSTITUTION D'UN SYSTÈME D'ASSISTANCE JUDICIAIRE	88

1. L'ASSISTANCE JUDICIAIRE : UN SYSTÈME PROFITABLE AU JUSTICIAIRE CERTES	88
a) LE DOMAINE DE L'ASSISTANCE JUDICIAIRE	90
i) Les personnes pouvant bénéficier de l'assistance judiciaire.....	90
ii) Les actes et litiges soumis à l'assistance judiciaire	96
b) LES ORGANES DISPENSATEURS DE L'ASSISTANCE JUDICIAIRE : LA COMMISSION AD HOC ET LES SOUS COMMISSIONS	98
i) Organisation de la commission ad hoc et sous – commissions	98
ii) Fonctionnement de la commission ad hoc et sous commission.....	101
c) LA PROCEDURE D'ADMISSION A L'ASSISTANCE JUDICIAIRE	101
i) La procédure normale d'admission à l'assistance judiciaire	102
ii) La procédure exceptionnelle.....	105
2. MAIS QUI MÉRITE D'ÊTRE REDYNAMISÉ COMME EN DROIT FRANÇAIS	107
B. L'ALTERNATIF AU PROCES : LE RECOURS AUX MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	115
1. LA CONCILIATION.....	116
2. L'ARBITRAGE.....	124
3. LA TRANSACTION	137
§2. LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES OU LES REMÈDES À INTRODUIRE DANS L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE SÉNÉGALAIS ET FRANÇAIS	142
A. INSTITUER L'ASSURANCE DE PROTECTION JURIDIQUE EN DROIT SÉNÉGALAIS.....	142
B. PREVOIR LA <i>CLASS ACTION</i> EN DROIT SÉNÉGALAIS ET FRANCAIS	145
TITRE II. L'ACCÈS A UN JUGE DE QUALITÉ.	150
CHAPITRE I. LES CRITÈRES D'UN JUGE DE QUALITÉ.....	151
SECTION 1.UN JUGE INDÉPENDANT ET IMPARTIAL	152
§1. L'INDÉPENDANCE DU JUGE	152
A. LA PORTÉE DE L'INDÉPENDANCE	152

1. L'INDÉPENDANCE À L'ÉGARD DES AUTRES POUVORS CONSTITUTIONNELS.....	152
a) L'INDÉPENDANCE À L'ÉGARD DU POUVOIR EXÉCUTIF	152
b) L'INDÉPENDANCE À L'ÉGARD DU POUVOIR LÉGISLATIF.....	155
2. L'INDEPENDANCE A L'EGARD DES PARTIES.....	156
B. LES GARANTIES D'INDEPENDANCE DU JUGE.....	159
1. L'INAMOVIBILITÉ DU JUGE.....	159
a) LE SENS DU PRINCIPE	159
b) LE CHAMP D'APPLICATION DU PRINCIPE	160
2. LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE	161
a) UNE COMPOSITION DU CSM MOINS FERMÉE AU MONDE EXTÉRIEUR ET PLUS IMPORTANTE EN DROIT FRANÇAIS	162
b) LES ATTRIBUTIONS DISCIPLINAIRES DU CSM SÉNÉGALAIS ET FRANÇAIS	165
§2. L'IMPARTIALITE DU JUGE.....	167
A. L'EDITION D'INCOMPATIBILITES ET INTERDICTIONS FRAPPANT LE JUGE	167
B. LES INCAPACITES FRAPPANT LES MAGISTRATS	170
SECTION II. LA SANCTION DES QUALITÉS DU JUGE	173
§1. LES SANCTIONS PREVENTIVES.....	174
A. LE RENVOI ET LA RECUSATION	174
B. LE REGIME JURIDIQUE DES SANCTIONS PREVENTIVES	175
§2. LES SANCTIONS CURATIVES	180
A. LA RESPONSABILITE DU JUGE.....	181
1. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE.....	181
2. LA RESPONSABILITÉ DISCIPLINAIRE.....	182
a) UNE SAISINE DU CSM AFFRANCHIE DU MONOPOLE DU GARDE DES SCEAUX EN DROIT FRANÇAIS	183
b) UNE PROCÉDURE DISCIPLINAIRE PLUS PROTECTRICE DES DROITS DU MAGISTRAT POURSUIVI EN DROIT FRANÇAIS	184
3. LA RESPONSABILITÉ CIVILE : LA PRISE À PARTIE.....	189
a) LE MAINTIEN DE LA PRISE À PARTIE EN DROIT SÉNÉGALAIS	

b) SUPPRESSION PARTIELLE DE LA PRISE À PARTIE EN DROIT FRANÇAIS	190
B. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DU FAIT DU SERVICE PUBLIC DE LA JUSTICE.....	192
CHAPITRE II. REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ	197
SECTION I. LES MANIFESTATIONS DE LA REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ	197
§1. L'INSTITUTION D'UN SYSTÈME PROTECTEUR DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET DES MAGISTRATS AU SÉNÉGAL ET EN FRANCE	197
A. LA DIFFICILE MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT ET DES MAGISTRATS.....	198
1. UNE RESPONSABILITÉ ASSORTIE DE CONDITIONS DRASTIQUES ET D'UNE EFFECTIVITÉ RARE	198
2. LA SANCTION PÉCUNIAIRE : UN ÉLÉMENT DISSUASIF POUR LE JUSTICIABLE	205
B. L'ACTION RECURSOIRE : UNE ACTION THEORIQUE	206
§2. UNE PROTECTION LIMITEE DU JUGE CONTRE LES AUTRES POUVOIRS CONSTITUTIONNELS	208
A. LA PREPONDERANCE DE L'EXECUTIF SUR LE JUGE AU SENEGAL ET EN FRANCE	209
1. LE CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE : UNE INSTITUTION LACUNAIRE.....	209
a) DÉPENDANCE DU CSM VIS-À-VIS DE L'EXÉCUTIF.....	209
b) LE CSM SÉNÉGALAIS: UN ORGANE AUX POUVOIRS MOINS AFFIRMÉS EN MATIÈRE DE NOMINATION DES MAGISTRATS CONTRAIREMENT À CELUI FRANÇAIS.....	211
2. L'INAMOVIBILITÉ : UN PRINCIPE VIDÉ DE SA SUBSTANCE	214
B. L'INTERVENTION DU LEGISLATEUR DANS LA FONCTION JURIDICTIONNELLE	218
SECTION II. LES SOLUTIONS À LA REMISE EN CAUSE DU DROIT À UN JUGE DE QUALITÉ.....	221
§1. LA NÉCESSAIRE RÉFORME DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE FRANÇAIS ET SÉNÉGALAIS.....	221

A. LE RÉAMENAGEMENT DE LA COMPOSITION DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE.....	222
B. LE RENFORCEMENT DES POUVOIRS DU CONSEIL SUPÉRIEUR DE LA MAGISTRATURE.....	225
§2. LE RAFFERMISSEMENT DE L'INDÉPENDANCE FONCTIONNELLE DES MAGISTRATS À L'ÉGARD DES POUVOIRS AUTRES QUE L'EXÉCUTIF..	227
CONCLUSION DU TITRE II.....	230
CONCLUSION DE LA PREMIÈREPARTIE.....	232
DEUXIÈME PARTIE. LES GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE	235
TITRE I. LA PRESENTATION DES DIFFERENTES GARANTIES.....	237
CHAPITRE I. LES GARANTIES AYANT TRAIT AUX PRINCIPES DIRECTEURS DU PROCES PARTICIPANT DU RESPECT DES DROITS DE LA DÉFENSE	238
SECTION 1. LE RESPECT DU CONTRADICTOIRE	
241	
§1. LA CONTRADICTION ET LES PARTIES.....	243
A. LA NOTIFICATION DES ACTES DE PROCÉDURE.....	243
1. LES FORMES DE NOTIFICATION	243
2. LE MOMENT DE LA NOTIFICATION	249
3. LA SANCTION DES IRRÉGULARITÉS DES ACTES DE PROCÉDURE	
251	
a) LA NULLITÉ POUR VICE DE FORME	252
i) Les conditions de la nullité	252
❖ L'état du droit antérieur	252
❖ L'option du législateur OHADA	258
ii) La mise en œuvre de la nullité	260
b) LA NULLITÉ POUR IRRÉGULARITÉ DE FOND	264
i) L'état de la question avant la réforme de 2001	264
ii) L'état de la question depuis la réforme de 2001	267
B. LA COMMUNICATION DES PIÈCES DU DOSSIER.....	270
1. LES FORMES DE COMMUNICATION	270
a) COMMUNICATION PAR DÉPÔT AU GREFFE	270
b) COMMUNICATION SUR RÉCÉPISSÉ	272

2. LE RÈGLEMENT DES INCIDENTS RELATIFS AUX COMMUNICATIONS DES PIÈCES	274
§2. LA CONTRADICTION ET LE JUGE.....	278
§3. LA QUALITÉ DE LA CONTRADICTION	282
A. L'INFORMATION COMPLÈTE DU DÉFENDEUR ET L'INSTITUTION D'UN DÉLAI DE COMPARUTION	282
B. LA CONTRADICTION DANS LES PROCÉDURES SPÉCIALES : DE LA NEUTRALISATION PROVISOIRE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE À SON RÉTABLISSEMENT	288
1. LA CONTRADICTION ET LA PROCÉDURE DE REQUÊTE	288
2. LA CONTRADICTION ET LA PROCÉDURE PAR DÉFAUT	290
SECTION 2. LA PROBLÉMATIQUE DU CHOIX D'UN DÉFENSEUR	292
§1. LA DÉFENSE PERSONNELLE	292
§2. LA DEFENSE PAR PERSONNE INTERPOSEE	295
CHAPITRE II. LES GARANTIES AYANT TRAIT AU MODÈLE UNIVERSEL DE PROCÈS ÉQUITABLE	305
SECTION 1. LA TRANSPARENCE DES DÉCISIONS DE JUSTICE	
305	
§1. LA TRANSPARENCE MATERIELLE.....	307
A. LA PUBLICITE DES DEBATS.....	307
B. LA PUBLICITE DU JUGEMENT.....	313
§2. LA TRANSPARENCE INTELLECTUELLE : LA MOTIVATION DE LA DÉCISION JURIDICTIONNELLE	316
SECTION II. L'EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE.....	320
§1. LA CÉLÉRITÉ DU PROCÈS	321
A. L'INSTITUTION DES DÉLAIS DE PROCÉDURE.....	323
1. LES DÉLAIS D'ACTION	324
2. LES DÉLAIS D'ATTENTE	327
3. LA SANCTION DE L'INOBSERVATION DES DÉLAIS.....	329
B. L'INSTITUTION DE L'AUDIENCE DE LA MISE EN ETAT	332
1. LE DOMAINE DE LA MISE EN ETAT	333
a) LA MISE EN ÉTAT DEVANT LE TRIBUNAL RÉGIONAL	333
b) LA MISE EN ÉTAT DEVANT LA COUR D'APPEL	334
2. LES POUVOIRS DU JUGE DE LA MISE EN ÉTAT	334

a) LES POUVOIRS DE RÉGULATION DE L'INSTANCE	335
b) LES POUVOIRS JURIDICTIONNELS	337
C. LA MISE EN PLACE DE PROCÉDURES RAPIDES.....	339
1. LES PROCÉDURES D'URGENCE	340
a) LA PROCÉDURE D'ORDONNANCE SUR REQUÊTE	340
i) LE DOMAINE DE LA PROCÉDURE SUR REQUÊTE	340
ii) LE RÉGIME DE LA PROCÉDURE SUR REQUÊTE.....	345
b) LA PROCÉDURE DE RÉFÉRÉS EN DROIT SÉNÉGALAIS ET FRANÇAIS	345
i) DOMAINE ET COMPÉTENCE EN MATIÈRE DE RÉFÉRÉ.....	346
ii) UN RÉGIME JURIDIQUE DU RÉFÉRÉ IDENTIQUE	352
2. LES PROCÉDURES SIMPLIFIÉES	353
a) L'INJONCTION DE PAYER EN DROIT OHADA ET FRANÇAIS	353
i) DEUX PROCÉDURES QUASI-SIMILAIRES QUANT À LEUR DÉROULEMENT	354
ii) DIFFÉRENCE QUANT AUX RÈGLES DE COMPÉTENCE	359
b) LA PROCÉDURE D'INJONCTION DE DÉLIVRER OU DE RESTITUER ET L'INJONCTION DE FAIRE FRANÇAIS.....	361
i) L'INJONCTION DE DÉLIVRER OU DE RESTITUER OHADA : UNE PROCÉDURE SIMILAIRE À L'INJONCTION DE FAIRE FRANÇAIS	361
ii) L'INJONCTION DE FAIRE FRANÇAIS ET DE DÉLIVRER OU DE RESTITUER OHADA : DEUX PROCÉDURES DIFFÉRENTES QUANT À LA PROTECTION DU DÉFENDEUR ET À LA COMPÉTENCE DU JUGE	363
§2. L'EXÉCUTION DE LA DÉCISION DE JUSTICE	364
A. INCITATION A L'EXÉCUTION ET EXÉCUTION ANTICIPÉE DE LA DÉCISION DE JUSTICE	365
1. LE RÉGIME DES MESURES STIMULANT L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE	366
a) LA RADIATION DE L'AFFAIRE DU RÔLE : UNE MESURE INCONNUE DU DROIT SÉNÉGALAIS.....	366

b) L'ASTREINTE : UNE MESURE POURSUIVANT LE MÊME BUT DANS LES DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES MAIS DIFFÉREMMENT RÉGLEMENTÉE	368
2. UNE DÉTERMINATION PLUS AISÉE DU DOMAINE DE L'EXÉCUTION PROVISOIRE EN DROIT FRANÇAIS	369
B. MODERNISATION ET ADAPTATION DES VOIES D'EXÉCUTION EN DROIT OHADA ET FRANÇAIS	376
1. UNE RÉFORME JUSTIFIÉE PAR LA PRÉSERVATION DES DROITS DU CRÉANCIER	376
2. LA CONCENTRATION DU CONTENTIEUX DE L'EXÉCUTION ENTRE LES MAINS D'UN SEUL JUGE EN DROIT FRANÇAIS ET OHADA.	378
CONCLUSION DU TITRE I.	381
TITRE 2. LES ATTEINTES AUX GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE	383
CHAPITRE 1. LA NATURE DES ATTEINTES	384
SECTION I. LES ATTEINTES A LA PUBLICITÉ DES DÉBATS ET A L'EFFICACITÉ DE LA PROCÉDURE	384
§ 1. L'AMÉNAGEMENT DE LA PUBLICITÉ DES DÉBATS EN CONSIDÉRATION DES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE	384
A. L'IMPÉRATIF DE PRÉSERVATION DE LA SERÉNITÉ DE LA JUSTICE	384
B. L'IMPÉRATIF DE PROTECTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL OU PARTICULIER.....	392
§2. L'INEFFICIENCE DES DÉCISIONS DE JUSTICE	397
A. LES OBSTACLES À L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE.....	398
1. LES OBSTACLES PRÉVUS PAR LES DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES.....	398
2. LA SUSPENSION DES PROCÉDURES D'EXÉCUTION SUITE À L'OUVERTURE DES PROCÉDURES DE SURENDETTEMENT ET DE RETABLISSEMENT PERSONNEL : UNE SPÉCIFICITÉ DU DROIT FRANÇAIS	405
B. DES DÉCISIONS PAR MOMENT CONTESTABLES, AUX EFFETS PARADOXAUX ET RENDUES TARDIVEMENT	408

SECTION II.LA RUPTURE D'ÉGALITE DES MOYENS POUR ASSURER SA DÉFENSE EN DROIT SÉNÉGALAIS	411
§1. UNE RUPTURE D'EGALITE PERCEPTIBLE DANS LE REGLEMENT DE PROCEDURE DE LA CCJA.....	411.
§2. UNE RUPTURE D'ÉGALITE PERCEPTIBLE DANS LE DROIT INTERNE	413
CHAPITRE II. LES PALLIATIFS DES ATTEINTES AUX GARANTIES TENANT AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE	416
SECTION 1.LES SOLUTIONS VISANT À RELEVER LE DÉFI DE L'EFFECTIVITÉ DES DÉCISIONS DE JUSTICE	416
§1. LA PRESCRIPTION DE MESURES UTILES À LA PRÉSERVATION DES DROITS DU DEMANDEUR	417
A. L'ATTÉNUATION DES CONSÉQUENCES DE L'IMMUNITÉ D'EXÉCUTION	417
1. LA COMPENSATION : UNE ORIGINALITE DU DROIT OHADA....	417
2. L'ASTREINTE ET L'INJONCTION : MOYENS D'EXÉCUTION CONTRE L'ÉTAT ET SES DÉMEMBREMENTS EN DROIT FRANÇAIS	420
B. LA LIBRE CIRCULATION DES TITRES EXÉCUTOIRES DANS L'ESPACE JUDICIAIRE OHADA ET EUROPÉEN.....	423
1. LA SIMPLIFICATION DE L'EXÉQUATUR DANS L'ESPACE OHADA	424
2. LA DISPARITION PARTIELLE DE L'EXÉQUATUR EN DROIT EUROPÉEN	427
§2. LA RESPONSABILITE DE L'ÉTAT DU FAIT DE L'INEXÉCUTION DES DÉCISIONS DE JUSTICE EN FRANCE ET AU SÉNÉGAL	429
A. DIFFÉRENCE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ ENTRE LE DROIT FRANÇAIS ET SÉNÉGALAIS	430
1. UN FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ PLUS RESTREINT EN DROIT FRANÇAIS QU'OHADA	430
2. UN RÉGIME DU FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT PLUS LISIBLE EN DROIT FRANÇAIS	432
B. DES DIFFICULTÉS D'APPLICATION DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT CONSTATÉES DANS LES DEUX SYSTÈMES JURIDIQUES	433

1. DES DIFFICULTÉS RELATIVES AU CARACTÈRE DU PRÉJUDICE INDEMNISABLE	433
2. DES DIFFICULTÉS RELATIVES A LA PROCÉDURE D'INDEMNISATION.....	434
SECTION 2. DE LA NÉCESSITÉ DE RÉTABLIR L'ÉGALITÉ DES MOYENS POUR ASSURER SA DÉFENSE.....	437
§ 1. RÉFORMER LA PROCÉDURE EN VIGUEUR DEVANT LA CCJA.....	437
§2. RENDRE EFFECTIF LE DROIT DE SE DÉFENDRE	438
CONCLUSION DU TITRE II.....	440
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	442
CONCLUSION GÉNÉRALE	443
1. À PROPOS DES GARANTIES DU JUSTICIABLE DANS LE PROCÈS CIVIL	443
2. À PROPOS DE L'EFFECTIVITÉ DES GARANTIES DU JUSTICIABLE DANS LE PROCÈS CIVIL	445
3. À PROPOS DE L'ORIGINALITÉ DU DROIT SÉNÉGALAIS PAR RAPPORT AU DROIT FRANÇAIS	449
POSITIONS DE THÈSE.....	451
BIBLIOGRAPHIE	453
INDEX ALPHABÉTIQUE	a
TABLE DES MATIÈRES	c