UNIVERSITE NATIONALE DU ZAÏRE

LE DROIT JUDICIAIRE ZAIROIS

Tome II

LA PROCEDURE JUDICIARE CONTENTIEUSE DU DROIT PRIVE

L'ARB1TRAGE

LA PROCEDURE DE LA JURIDICTION GRACIEUSE

LES FRAIS ET LES DROITS DE JUSTICE
LES VOIES D'EXECUTION

par
A. RUB BENS

PRESSES UNIVERSITAIRES DU ZAIRE
RECTORAT - KINSHASA
B.P. 13.399
KINSHASA
1973

AVERTISSEMENT

Le présent volume forme le Tome II de l'ouvrage "Droit judiciaire zaïrois" dont deux autres volumes ont été édités conjointement par l'Université Lovanium et par la Maison Ferdinand Larciers.a sous le titre "Le droit judiciaire congolais" et les sous-titres :
T. I: Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaire (1970)
T. Ill: L'instruction criminelle et la procédure pénale (1 965)

Le troisième volume, formant le Tome II a pour sous-titre : La procédure judiciaire contentieuse, la procédure de l'arbitrage, la procédure de1a juridiction gracieuse, les voies d'exécution et les frais et droits de justice; il tend à couvrir tout le champ de la procédure ordinaire du droit prive, mais ne traite pas systématiquement des procédures spéciales, telles celles de la faillite et du concordat, de /'investiture ou du divorce, se bornant à donner, dans le cours des exposés, des indications au sujet des dérogations du droit commun réservées à ces institutions.

Dans le corps du texte, des renvois sont indiqués par un chiffre romain suivi d'un chiffre arabe entre parenthèses, se référant au numéro et volume de !'ouvrage, afin d'éviter les redites et de faciliter la consultation. A l'index des matières, les numéros renvoient également à la numérotation des paragraphes du volume.

Le renvoi aux notes est fait suivant une numérotation continue par chapitre, le numéro de la note figurant en petit texte hors alignement est repris au bas de la page. La jurisprudence est indiquée suivant les abréviations d 'usage '(voir table des principales abréviations), le renvoi aux périodiques ne répétant pas l'année de publication lorsque celle-ci est la même que la date de la décision citée. Dans la mesure du possible les références jurisprudentielles ont été choisies parmi les décisions postérieures à la date du 30 juin 1960 et publiées dans les périodiques zaïrois. Le nouveau code de procédure civile du 6 mars 1960 n 'a été mis en vigueur que le 15 avril de la même année et la jurisprudence antérieure à la date est souvent périmée et d'un accès difficile pour le praticien zaïrois. Cependant certaines décisions anciennes, qui font toujours autorité ont été signalées ; inversement, quelques mises en garde sont faites signalant la péremption de certaines solutions jurisprudentielles en honneur sous le régime colonial.

Comme les volumes précédents, cet ouvrage s'adresse aux étudiants en droit et aux praticiens du droit: la nature même du droit de la procédure requiert un contact étroit avec la pratique judiciaire ; aussi n'hésité-je pas à faire une nouvelle fois appel à mes lecteurs, les priant de vouloir me signaler toutes les interprétations divergentes ou les solutions jurisprudentielles nouvelles que la vie du droit peut faire naître. Je saisis cette occasion pour remercier tous ceux qui ont bien voulu me rendre pareil service depuis la parution des premiers volumes de mon ouvrage. "

Je tiens aussi à remercier tout particulièrement le citoyen KALENGA KA-NGOYI qui, durant son séjour en Belgique, m'a apporté une aide précieuse pour la mise à jour de la législation et de la jurisprudence zaïroise.

A.R.

PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES DANS L'OUVRAGE

A:R. : Arrêté royal.

Art (ou a.) : avant un chiffre, indique le numéro d'un article de loi, d'ordonnance, etc.
App. : après mention d'un tribunal, indique une référence à la jurisprudence de ce tribunal au degré d'appel.

B.J.I. : Bulletin des juridictions indigènes, Elisabethville.

Boma : jurisprudence du tribunal d'appel de Boma.
Cass. : Cassation ; suivant l'indication C.S.J., indique une référence a la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice en sa compétence de cassation; suivi des lettres b., f., i., indique une référence à la jurisprudence des cours de cassation, respectivement de Belgique, de France et d'Italie.
C.C.-L.: suivi d'un chiffre romain I, II ou III, renvoie au code civil du Zaïre avec indication du livre.

Const.: Constitution.

C. org. jud.: Code de 1'organisation judiciaire et de la compétence.

C. Pr. civ. : Code de la procédure civile du Zaïre ; suivi de la lettre b. ou f. renvoie respectivement au code de procédure civile beIge ou française

C.Pr.P.: Code de procédure pénale.
C.S.J.:Cour suprême de Justice.
D. : Décret.
Distr. : District ; ci-devant division territoriale et ressort de tribunal, remplacé aujourd'hui par sous-région.

D.-L. : Décret-loi.

Doct. Jur.Col. : Doctrine et jurisprudence coloniale, périodique, Bruxelles.
Elis.: Elisabethville; employé sans autre mention de tribunal, indique la jurisprudence de la cour d'appel d'Elisabethville (aujourd'hui Lubumbashi).
J.O. : Journal Officiel du Zaïre.
Kis.: sans autre indication de tribunal : jurisprudence de la cour d'appel de Kisangani.
L. ou 1. : loi de la République; suivi de la lettre b. ou f., loi belge ou loi française respectivement.
Léo. : sans autre indication de tribunal: jurisprudence de la cour d'appel de Léopoldville (aujourd'hui Kinshasa).
L'shi : Lubumbashi; sans autre indication de tribunal : jurisprudence de la Cour d'appel de Lubumbashi.

Mon. : Moniteur congolais.

O. : Ordonnance.

0.-1.: Ordonnance-loi.

parq. : parquet; dans l'expression "tr. parq." tribunal du parquet.

1e inst.: première instance, suivi d'un nom de lieu indique le tribunal de première instance de ce ressort.

Rép. Colin : Répertoire de jurisprudence congolais.

Rev. Z. Dr. : Revue zaïroise de droit.

RJ. : avant juin 1960: Revue juridique du Congo belge; de juillet 1960 à décembre 1963 : Revue juridique de l'Afrique Centrale; de janvier 1964 à avril 1971 : Revue juridique du Congo; après cette date: Revue juridique du Zaïre.

RJ.R.B.: Revue juridique du Rwanda et du Burundi.

R. *jud.* C : Revue judiciaire congolaise.

S-rég. : Sous-région.

R.U. : Rwanda-Urundi.

LA PROCEDURE CONTETIEUSE DU DROIT PRIVE

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER

LA FONCTON JURIDICTIONNELLE
DU CONTENTIEUX DE DROIT PRIVE

1. Le maintien de l'ordre juridique

Si les sujets de droit avaient une conscience précise de leur droit et de ses limites et s'ils avaient la prudence de ne point les dépasser, la justice étant volontairement respectée, il n'y aurait point de place pour des juges dans la société. Les "utopies" ont placé de pareil1es sociétés en un âge d'or révolu, sur quelque île indécouvrable ou dans un avenir perpétuellement fuyant. Ce genre littéraire a connu son heure de succès ; il n'a pas trouvé place dans la littérature Juridique[1].

Sans vouloir en, scruter le fondement philosophique ni le mécanisme psychologique, nous constatons que les hommes ont universellement un "sens de la justice", ou plus modestement qu'ils savent que tel acte qu'ils ont la possibilité d'accomplir serait injuste ; ils sont bien plus sensibles encore à l'injustice dont ils se croient victimes. Cette notion du juste et de l'injuste est cependant subjective et relative; l'accoutumance oblitère la conscience; elle ôte tout scrupule a l'usurpateur et elle incline ses victimes à la torpeur fataliste ou à la révolte. Le sage - quand même il aurait le pouvoir de s'en défendre, - peut supporter quelques entorses à son légitime intérêt, pour l'amour d'une paix qui lui est profitable, sinon pour l'amour désintéressé du prochain.

[1] On ne contestera cependant pas !'influence que les idées ont pu avoir sur les principes de la morale sur laquelle les nations et les législateurs ont basé 1es'normes juridiques; les coutumes africaines sont manifestement déterminées par les croyances animistes ; le droit occidental porte la marque (parfois oblitérée) de I'Evangile ; le marxisme qui annonçait le dépérissement de l'Etat et la disparition du droit n'en a pas moins influencé l'ordre juridique et ce, non seulement dans les régimes qui se réclament du socialisme. I "

Cependant … ces appréciations subjectives et leur ajustements … dans les limites acceptables, autant que pour …qui conduisent aux affrontements violents, il faut qu'un organe juridictionnel (I, 9) puisse contenir le comportement des hommes d'après les normes élaborées par la communauté et imposée par elle à tous ses membres en vue du maintien de la coexistence pacifique et du progrès de l'humanité.

2. le maintien de la sécurité juridique

Le droit imposant des "règles" ne peut jamais épouser parfaitement l'idéal de la justice, valeur limite, vers laquelle l'humanité tend péniblement. Nous admettrons que les juges, maniant ces règles dans un cas particulier, que la loi n'a pas prévu, seront amenés à les « appliquer » avec la meilleure approximation possible au cas d'espèce.

Et cependant, ces décisions qui se bornent à « essayer » d'appliquer des règles qui "tendent" à la justice, doivent être institutionnellement érigées en absolu. La sécurité juridique veut qu'après avoir donné aux antagonistes toutes leurs chances de justifier leur position, vienne le moment où les juges tranchent le litige, imposant avec autorité la solution reconnue conforme aux normes admises par la communauté et auxquelles chacun peut se référer, comme à un donné objectif, à l'abri du sentiment de frustration Cette décision doit être irrévocable, sinon la palabre se poursuivra indéfiniment. Cette décision doit être exécutoire, au besoin par la force, sinon le condamné de mauvaise foi pourrait tenir tête à la justice.

3. La mission de l'Etat dans les affrontements des droits subjectifs

La rnission de sauvegarde du bien public n'impose pas seulement à l'Etat de veiller à l'ordre matériel et de pourvoir au bien-être de la collectivité qu'il administre. L'Etat *doit* encore veiller à ce que chaque personne puisse accomplir sa vocation propre dans la communauté et y voir reconnaître et défendre ses droits subjectifs, prolongements de sa personne[2].

Sans doute l'Etat ne doit-il pas prétendre au monopole juridictionnel dans les rapports de droit privé (*1.2)* ; il peut en certains cas laisser les particuliers *choisir* de commun accord Ies juges auxquels ils donnent autorité pour les départager ! (I, 2, II, 2*49).*

Mais, dès qu'il s'agit d*'imposer* des juges aux antagonistes, ce ne peut-être qu'en vertu d'une autorité qui transcende 1a volonté des parties, à savoir, l'autorité de l'Etat. De même, s'il faut, pour rétablir l'ordre juridique, contraindre le réfractaire à se soumettre à la décision des juges, ce ne peut être que par le recours à la force souveraine de l'Etat.

Il appartient donc à 1'Etat de procurer aux parties qui veulent pacifiquement faire valoir leurs prétentions de droit, des juges qui auront autorité pour lier tout justiciable, pour dire la vérité légale irréfragable, pour prendre les décisions en conséquence, protégeant ou restaurant le droit et exécutoires par la « force publique ».

Si les parties ont fait elles-mêmes le choix de leurs juges arbitres (I,2 ; II, 249), ceux-ci sont qualifiés pour dire le droit et pour formuler la décision conséquence restaurant le droit, au même titre que les juges judiciaires ; cependant sont-ils sans pouvoir pour exiger la collaboration à l'œuvre de justice des personnes qui ne sont pas liées par le pacte commissoire; de même ne peuvent-ils rendre la décision exécutoire par la force. Il faut que supplétivement aux pouvoirs donnés aux arbitres par les parties, les organes judiciaires de l'Etat interviennent pour parfaire l'œuvre de

[2] E. Possoz: Eléments de droit nègre, Elisabethville, 1942.

justice (II, 254).

Les décisions des juges étrangers, parfaites dans la sphère de leur pays, ne peuvent non plus être exécutées par 1a force au Zaïre, sans l'intervention des juges nationaux (I, 241, 284; II,308) en forme de jugement d'exequatur.

CHAPITRE II

L'OBJET DE LA PROCEDURE CIVILE

4. La fonction propre de la procédure civile stricto sensu

Au sens strict des mots, la procédure civile désigne l'ensemble des règles de droit qui sont imposées aux parties aux fins de soumettre à une juridiction leurs prétentions de droit civil et d'en soutenir le bien-fondé, et qui sont imposées aux juges pour s'éclairer sur les faits leur soumis et sur le droit qui s'y applique, afin de dire le droit et d'en déduire la décision conséquence. CARRE enseignait que "la procédure n'est (...) autre chose (...) que la forme suivant laquelle les justiciables et les juges doivent agir, les uns pour obtenir, les autres pour rendre justice[3]. D'une manière plus analytique et mieux centrée sur l'objet de notre étude; la définition souvent citée[4] de POTHIER vaut toujours : "La procédure civile est l'ensemble des règles suivant lesquelles on doit intenter les demandes, y défendre, intervenir, instruire, juger, se pourvoir contre les jugements, enfin les exécuter".

Les règles de procédure imposées en matière d'arbitrage, bien que différentes de celles prévues devant les juridictions judiciaires, ne sont pas moins rigoureusement de la "procédure civile", s'appliquant à des litiges de droit privé (II, 249 à 261 et 307).

5. L'application des règles de la procédure civile aux litiges du droit commercial et du droit social

Le contentieux commercial rentre dans la compétence des tribunaux civils; des procédures particulières sont prévues pour les faillites et concordats et des règles propres sont reçues en matière de preuve. Le contentieux social est porté devant des chambres spécialisées des tribunaux civils (O.-L. du 5 janvier 1973) qui suivent la procédure civile après épuisement des moyens de conciliation organisés par 1es autorités administratives (II, 28, 58, 71, 123,140 , 270).

6. L'application des règles de la procédure civile par les tribunaux répressifs

Les tribunaux répressifs peuvent être appelés à faire application des règles de la procédure civile, soit pour résoudre des questions préalables de caractère civil (Ill, 16, 143 B, 185), soit encore dans l'exercice de *l'action civile* pour établir la hauteur du préjudice et le lien de causalité entre le préjudice subi et l'infraction établie suivant la procédure péna1e (III, 122, 175).

Il est enfin des cas où les tribunaux répressifs affrontés aux lacunes du code de procédure pénale ont puisé dans l'arsena1 commun de la procédure civile, pour trouver le droit applicable dans leur mission de répression

---

[3] ()) CARRE (CHAVEAUX sur)' : Les lois de la procédure, Bruxelles,.1840, T.l, p. 19.1.

[4] POTHIER : Traité de procédure civile, Paris, 1778.

judiciaire.

7. Les règles de la procédure civile et le contentieux administratif

Dans tout le domaine des rapports contractuels, délictuels et quasi-délictuels qui peuvent opposer les prétentions patrimoniales des particuliers aux pouvoirs publics, les tribunaux civils sont compétents[5]. Les règles de la procédure civile sont en ce cas applicables sauf quelques dérogations.

Si tous les tribunaux contrôlent la légalité des actes réglementaires de l'administration en ne les appliquant que pour autant qu'ils sont conformes aux lois (art. 57 Const.), ils n'ont cependant pas tous le pouvoir d'annu1ation des actes illégaux de l'exécutif. C'est la Cour suprême de Justice et les Cours d'Appel qui sont compétentes pour connaître des recours en annu1ation pour violation de la loi formés contre les actes, règlements et décisions des autorités administratives (Const. art. 60 et 61).

8. La procédure civile en matière de contentieux fiscal

Plusieurs textes renvoient les contribuables se pourvoir contre le fisc devant les juridictions civiles, suivant les règles de la procédure civile. Il en est ainsi en matière de droits d'enregistrement lorsque le contribuable estime qu'il lui est réclamé plus qu'il ne doit [6] ou en matière de droits de douane pour répéter des droits payés indûment, ou en matière d'impôt direct lorsque le contribuable ayant épuisé le recours administratif peut s'adresser à la Cour d'appel. Il en est encore ainsi lorsque le fisc ne disposant pas du préalable doit recourir aux tribunaux pour obtenir un titre exécutoire[7]. Rappelons enfin que le président de juridiction rend exécutoires les états de frais établis par les greffiers (a. 148 C. Pr. et a. 125 C. Pr. P.).

Il conviendrait, sans aucun doute, dans un état moderne de reconnaître le droit du préalable au fisc en toute matière et d'organiser le recours en annulation, suivant la procédure du contentieux administratif, contre toute cotisation illégale.

9. La procédure de la juridiction gracieuse (I, 20)

Les décisions gracieuses des juges (et des tribunaux) zaïrois sont prises tantôt en 1a forme d'ordonnances, tantôt en la forme de jugements. Le déroulement des opérations qui conduisent au prononcé d'une décision gracieuse en la forme d'un jugement est fort analogue à celui de la procédure contentieuse et il s'inscrit dès lors naturellement dans le cadre de la procédure civile (II, 262). La procédure conduisant de la requête à l'ordonnance se déroule sans doute suivant un schéma assez différent de celui de la procédure du contentieux, mais l'ordonnance étant une décision du magistrat civil, il apparaît expédient d'en traiter dans le cadre d'un ouvrage traitant des activités des juges (II, 268). Enfin, dans le cadre des mesures conservatoires que le juge zaïrois peut prendre avant et en vue de l'action devant les juridictions civiles, interviennent des ordonnances qui s'intègrent normalement dans la procédure contentieuse subséquente (II, 33, 283, 284, 306).

---

5 (5)Solution traditionnelle, renforcée de l'argument, a contrario, de l'article116 du Code de I'organisation judiciaire refusant la compétence aux tribunaux de paix lorsqu'une des parties est une personne publique.

6 (6) Art. 40, D. 14 février 1956 (action en restitution du trop perçu),

7

10. La procédure des voies d'exécution

Il en va de même pour la voie à suivre par les parties qui entendent faire exécuter un jugement (I, 20). Si le procès civil est terminé, le recours aux officiers publics en vue de le couler en force de chose jugée, en vue de mettre en demeure de l'exécuter volontairement, ou en vue d'en obtenir l'exécution forcée, est cependant une corrélation étroite avec la procédure judiciaire. La matière est d'ailleurs réglementée par le code de procédure civile en son titre III (ll,269 à 289).

CHAPITRE III

LA SPECIFICITE DU DROIT DE PROCEDURE CIVILE

11. Le rattachement de la procédure civile au droit public

La procédure civile, même entendue au sens large que nous avons développé ci-dessus, se rattache essentiellement au droit public. Elle régit en effet le fonctionnement d'un service public : l'activité des services judiciaires, chargés de régler pacifiquement Ies contestations de droits subjectifs entre les particuliers, d'assurer leur mise en œuvre, de sanctionner leur violation (I, 23).

En tant que droit réglementant une activité étatique, le droit de procédure est donc impératif, d'ordre public et de stricte interprétation. Ceci est rigoureusement vrai tant qu'il détermine le comportement des magistrats et officiers ministériels engagés dans la procédure; un certain assouplissement a cependant été admis par la jurisprudence en vertu du principe téléologique qui permet de présumer que la loi a été promulguée en vue de faire aboutir les procès et tolère certaines interprétations[8]).

12. Le lien du droit de procédure civile avec le droit privé

Il n 'est pas moins vrai que le service public judiciaire étant mis à la disposition des particuliers, ceux-ci peuvent renoncer à certains avantages ou garanties que ledit service met à leur disposition pour la défense de leurs droits subjectifs. Du fait que s'ouvre dans la procédure civile un domaine de l'autonomie de la volonté des parties, on a conclu, un peu sommairement, au caractère de droit privé de la procédure civile, usant d'expressions telles que « les parties sont maîtres de leur procès'" ou encore "les parties au contrat judiciaire". Nous croyons avoir fait bonne justice de cette terminologie défectueuse (I, 41) dont la résurgence n 'a pas fini de jeter le trouble dans les esprits.

Dans la mesure où les parties agissent pour la défense d'un droit dont elles peuvent librement disposer, elles ont le pouvoir de renoncer à leur droit. Elles peuvent donc également unilatéralement ou de commun accord, suivant que leurs intérêts sont liés ou non, renoncer à telle voie que leur ouvre la procédure engagée, ou même, renoncer à l'instance ou à l'action ou au droit qui la sous-tend.

13. La forme liée au fond

Les rapports étroits entre le droit civil et la procédure apparaissent particulièrement dans certaines institutions où par la volonté du législateur la forme est liée au fond.

C'est particulièrement dans l'application du droit des familles régies par le statut personnel qu'apparaît ce lien lorsque le juge est appelé à dire le droit applicable [9].

8

9 Citons à titre d'exemple les délais d'action en matière de désaveu de paternité qui, par nature, relèvent des règles de la procédure, mais qui, suivant le droit international privé relèvent néanmoins de la "lex personae" et. non de la "lex fori"". R. U. (appel) 24 février 1959, R. J. 1962, p. 91 ; Ca ss. belge 27 octobre

La distinction des règles procédurales de l'administration de preuve d'avec les règles de fond est également fort délicate (II, 94).

CHAPITRE IV

LES TECHNIQUES DE LA PROCEDURE CIVILE

14. Le système accusatoire et le principe dispositif

Au chapitre V du tome I du présent ouvrage, nous avons retenu que le régime judiciaire du Zaïre appliquait un système mixte (I, 36), mitigeant le caractère accusatoire de la procédure.

En procédure civile, le caractère accusatoire est cependant dominant, seule l'action des parties peut mettre en mouvement l'activité juridictionnelle des juges et délimiter leur saisine. Le juge ne peut dire le droit et formuler une décision conséquence que dans 1a stricte mesure où les parties le lui demandent (principe du dispositif) (II, 64). Même après avoir saisi le juge, les parties peuvent, de commun accord, le dessaisir ou restreindre sa saisine (lI, 70).

15. Le caractère contradictoire de la procédure civile

Le tribunal n'est pas saisi d'une prétention de droit si la partie contre laquelle elle a été formulée n'en est pas avisée en bonne forme (lI, 53, 186, 204, 232) et dans les délais légaux. Le caractère contradictoire (I, 31, 36), est donc essentiel à la procédure civile zaïroise[10].
Les tribunaux zaïrois peuvent cependant très généralement juger « par défaut » ; mais cette procédure est admise sous la présomption que la partie défaillante a eu connaissance de l'objet de l'instance ainsi que du lieu, de la date et de l'heure de l'audience; la procédure par défaut réserve d'ailleurs généralement (II, 163) les droits de la partie défaillante à faire revoir contradictoirement la procédure à laquelle elle n'a pas pu assister.

Si les tribunaux traditionnels ne connaissent pas la procédure par défaut et l'opposition, ils disposent du moyen de faire comparaître de force une partie récalcitrante, pour s'assurer que nul n'a pu être condamné sans avoir eu l'occasion de se défendre (II, 152, 153).

Le droit zaïrois ne commit guère ni la procédure en *référé* où le juge peut juger au provisoire et prendre en conséquence des mesures conservatoires ou provisoires, quitte à les revoir en une procédure contradictoire devant les tribunaux (I,84 ; II, 268), sauf à tenir pour telle, la procédure en saisie conservatoire nobiliaire et la saisie-arrêt conservatoire (II,283).

16. L'ora1ité de la procédure civile

Le principe de l'oralité (I, 32, 36) est respecté en ce sens que les parties doivent comparaître en personne, ou être représentées, qu'elles doivent soutenir verbalement leurs prétentions (en forme de conclusions) et peuvent plaider la thèse qu'elles soutiennent. Les enquêtes et auditions personnelles des parties se font par interrogatoire verbal à l'audience ; le serment litisdécisoire ou supplétoire est toujours oral et formulé à l'appui d'une déclaration

---

1960, R. Jud. C. 1963, p.69; 1ère inst. Eiis., 31 octobre 1961, R.J. 1962, p. 37 ; mais, en sens contraire: Elis., 13 juillet 1961, R. J. 1962, p. 35.

[10] L'shi ,22 septembre 1972, R.J, .p. 197.

verbale ; enfin, le jugement doit être prononcé.

Cependant, ce principe d'oralité est mitigé (I,36), non seulement par le fait que les actes de la procédure et le jugement sont "actés" par le greffier ou repris dans les exploits d'huissier, mais encore parce que plusieurs actes de la procédure sont nécessairement formés par écrit : ainsi en est-il des assignations, des commissions rogatoires, des rapports d'experts[11], etc; d'autres actes peuvent être indifféremment formulés par écrit (missive) ou par déclaration actée : actes d'appel ou d'opposition par exemple ; enfin, il est des actes qui doivent nécessairement être faits oralement, mais pour lesquels le dépôt d'une note dispense le greffier d'acter les déclarations: il en est ainsi des comparutions volontaires, des conclusions, des désistements, etc.

Les documents déterminants pour l'issue du procès : contrats, missives ou autres écrits versés au dossier des parties : rapports d'experts, procès-verbaux de constat sur les lieux, résultats d'enquêtes par commission rogatoire, etc., ne sont pas lus à l'audience, ayant été communiqués aux parties.

L'oralité de la procédure n'étant qu'une condition nécessaire à la publicité, perd sa raison d'être dans certaines procédures qui ne sont pas publiques; ainsi les ordonnances (écrites) rendues sur requêtes (écrites) n'exigent pas toujours un débat oral, qui de toute façon serait tenu en chambre du conseil

La procédure du recours en annulation se faisant essentiellement "sur pièces" et en chambre du conseil, ne connaît de procédure orale que dans le cas où les parties sont entendues (Il, 226). Dans le même esprit est-il largement recouru à la procédure écrite pour les recours en cassation (11, 236).

La plaidoirie, orale par nature, n'est cependant pas sans utilité pour aider le juge dans l'étude d'un dossier rébarbatif. Elle peut également faire ressortir dans un débat contradictoire les mérites respectifs de deux thèses juridiques qui s'affrontent. ElIe ne dispense évidemment pas le juge de lire le dossier et d'étudier le droit, au contraire, elle doit exciter sa curiosité à le faire.

17. La publicité des audiences civiles

La publicité des audiences civiles est classiquement considérée comme une garantie essentielle pour les justiciables elle est expressément prescrite pour la prononciation des jugements par l'article 9 de la Constitution (I, 34). Nous avons vu (II, 16) que l'oralité est un corollaire de la publicité. Cette garantie est cependant assez vaine, lorsqu'on sait que les audiences civiles ne sont pratiquement jamais suivies par le public, et qu'un auditeur, fut-il averti, aura généralement grande peine à suivre l'affaire, les pièces du dossier n'étant pas lues et les conclusions pouvant se borner à demander les fins de l'exploit introductif d'instance; ou au contraire le débouté de la demande, sans s'expliquer sur sa nature ou sa teneur. Les enquêtes qui peuvent être de nature à éveiller la curiosité du public sont souvent celles pour lesquelles un juge avisé ordonne le huis clos (II, 50, 73).

Il est des causes où tout ou partie de la procédure se déroule en un secret plus rigoureux encore : en chambre du conseil (tentative de conciliation préalable au divorce et très généralement en matière de juridiction gracieuse) (II, 262). D'autre part la publicité de l'audience implique également le droit de publier les comptes rend us des débats dans la presse[12].

La publicité des audiences est d'ordre public; alors que les parties ont en certaines matières le droit de recourir

---

[11] L'article 43_du code de procédure civile prévoit cependant la possibilité d'entendre les experts à l'audience « à titre de renseignement » ; i1 est souvent recouru à ce moyen pour entendre des explications sur une expertise usant d'un lexique technique peu familier aux juges et avocats.

[12] En France, la loi du 29 juillet 1881 permet .à tout tribunal civil d'interdire la publication dans la presse de tel débat qu'il désigne ; l'article 239 du Code civil interdit la publication des débats des causes de divorce; la loi de 16 septembre 1912 porte la même interdiction en matière de recherche de paternité.

à l'arbitrage imposant au Juge de leur choix le secret de la procédure, elles ne peuvent pas l'exiger du juge judiciaire ; c'est que la publicité est une mesure de garantie qui ne concerne pas seulement les parties à la cause, mais qui protège les juges des tribunaux contre les suspicions du public.

18. La publicité des jugements

Même dans le cas où le huis clos a été ordonné et dans le cas où une partie de la procédure se fait en chambre du conseil, les jugements sont rendus (c'est-à-dire prononcés) en audience publique (Cons. Art. 9).

En certaines matières, les jugements font même l'objet d'une publicité spéciale ; c'est ainsi que doivent être publiés par extraits dans le Journal Officiel les jugements prononçant le divorce (C. C. I. a 149) les jugements prononçant la faillite (D. 27 juillet 1934, art. 29) ; enfin la publication d'un jugement peut être ordonné par le tribunal au titre de réparation civile.

19. Le secret du délibéré

Le délibéré est secret. Dans le cas ordinaire où un juge unique siège au tribunal civil, la publicité est aussi impensable qu'inutile. Lorsque le tribunal siège à plusieurs juges, tous doivent souscrire sans réserves la décision retenue par la majorité, la signature du jugement ayant pour portée de constater la formation de cette majorité et non d'acquiescer à la solution imposée par cette majorité.

Si le secret du délibéré en matière péna1e (III. 205) offre l'avantage de répartir les responsabilités et de protéger le juge qui aurait eu une attitude plus sévère, contre la vindicte du condamné, on ne peut invoquer cet argument en matière civile. L'avantage de connaître les opinions dissidentes[13] pourrait au contraire être utile dans la formation du droit et pour nuancer l'autorité de la jurisprudence.

20. La publicité des registres et archives du greffe

La publicité des audiences serait une formalité assez vaine si le public (et les journalistes), après occultation d'une partie de la procédure, doivent se contenter de la chance de saisir l'audition d'un prononcé impromptu formulé en un style peu accessible aux profanes.

Bien que le texte de l'article 74, alinéa e du code de l'organisation judiciaire ne soit guère différent en substance de l'article 853 du code de procédure civile français et de l'article 173 du nouveau code judiciaire belge, certains greffiers refusent au Zaïre la communication des dossiers civils aux personnes qui ne sont pas partie au procès (en France et en Belgique, il est admis que les archives des greffiers sont accessibles au public, parties et tiers exception faite pour les procès-verbaux d'enquêtes en matière de divorce et de séparation de corps)[14]; il semble que cette prise de position des greffiers zaïrois résulte d'une extension abusive de la portée de l'article 24, qui ne vise que la matière répressive et disciplinaire.

De toute manière, la communication au public ne peut pas porter sur les dossiers des parties qui restent leur propriété qui doivent seulement être communiques aux parties adverses[15] et laissés à la disposition des juges pendant le délibéré ; il va sans dire que les dossiers des parties principales doivent être communiqués aux parties

---

13 C'est la solution retenue par la procédure des juridictions des Etats-Unis d'Amérique.

14 MOREL O.c. n° 120, p. 120; Pandectes belges vol. 49, V° greffier, n° 373 ; Rép. prat. Du droit belge, T. VI, V° greffe-greffier, voir aussi A. SOHIER: Droit civil du Congo belge, II, p. 95.

15 Jugé qu'une partie peut faire état des pièces, dont il a eu connaissance par la communication du dossier d'un adversaire pour étayer une action contre un tiers; les pièces "communiquées" ne peuvent plus être tenues pour confidentielles ;Stan., 12 déc. 1953. R. J., p. 206.

intervenantes, mais ce, seulement *après* leur intervention. En intervenant avant d'avoir vu les dossiers, les tiers prennent un risque qui n'est pas différent de celui du demandeur qui peut être surpris par la teneur du dossier du défendeur. Les dossiers sont restitués aux parties lorsque le juge est dessaisi.

21. Le rôle du juge

Si le juge est limité dans sa saisine par les actions des parties, il n'en a pas moins un rôle actif dans le cadre de cette saisine. Il a notamment la responsabi1ité de la direction des débats pour mener à bonne fin la procédure; sans doute le juge tiendra-t-il compte de l'intérêt des parties et particulièrement des droits de la défense, mais il ne peut compromettre le prestige de la Justice en sacrifiant aux caprices et convenances des parties ou aux lenteurs de leurs avocats. Il n'est donc pas rigoureusement exact de dire que les parties sont maîtres du procès civil ; dès lors qu'elles ont mis en mouvement la fonction juridictionnelle, et tant qu'elles n'ont pas retiré leur action, elles sont tenues de suivre la procédure (11, 44, 54).
D'autre part, le juge contrôle d'office le respect des 1ois impératives et notamment de celles qui définissent sa saisine (II, 64 à 70), sa compétence (I, 235, 238) et la recevabilité de l'action; il rejette d'office les demandes qui vont à l'encontre de l'ordre public (II, *127);* il a un très large droit d'initiative quant aux mesures probatoires (II, 93 à 113).

22. Le rôle du ministère public en procédure civile

Nous n'examinons pas ici la fonction du ministère public exerçant l'action principale (I,49; II,46); en effet, en ce cas, nous demeurons dans le régime le plus rigoureusement accusatoire.

Le ministère public doit assister à toutes les audiences civiles des tribunaux, le tribunal de paix excepté (art. 9 C. org. jud.). En toute affaire, il peut donner un avis; il peut avoir à cette fin communication des dossiers des parties. En certaines matières, il *doit prendre* connaissance des dossiers et formuler un avis (II, 117), veillant au respect du droit et de l'ordre public.

L'officier du ministère public étant également chargé de veiller au maintien de l'ordre dans les tribunaux, pourra signaler au président, maître de l'audience, les abus et excès qu'il constate dans le chef des parties et de leurs défenseurs comme dans le chef de tiers; dans le cas ou leurs agissements revêtiraient un caractère infractionnel, il pourrait d'office dresser procès-verbal de constat.

L'article 9 du Code de l'organisation judiciaire donne également au ministère public une mission de surveillance des officiers ministériels ; il convient cependant que les officiers du ministère public fassent un usage discret de ce pouvoir et n'interfèrent pas dans les activités des greffiers, tandis que ceux-ci assistent le juge dans les actes de son ministère (art. 73), de crainte de porter atteinte à l'indépendance du juge (I, 163).

CHAPITRE V

LES SOURCES DU DROIT DE LA PROCEDURE DE DROIT PRIVE

23. La Constitution

Si la Constitution zaïrois est intervenue pour préciser plusieurs règles de la procédure pénale (III, 20), elle est beaucoup moins prolixe en matière de procédure civile. Les garanties de la procédure contradictoire, de la désignation du juge naturel (I, 87), du droit à l'assistance judiciaire, de la publicité des audiences, du recours en appel (art. 8 et 9 de la Constitution) qui semblent - vu le contexte - avoir été stipulées expressément pour la protection des prévenus, constituent néanmoins des principes essentiels au bon fonctionnement de toute juridiction, et doivent, à ce titre, servir de guide au législateur et au juge en matière de procédure civile.

La garantie constitutionnelle du pourvoi en cassation pour la violation de la loi et de la coutume, article 60, 1°, est d'autre part assurée par la Constitution à l'égard de tout jugement rendu en dernier ressort, sans distinction entre la matière répressive et le contentieux du droit privé.

La Constitution (art. 59) réserve enfin au législateur national le pouvoir de réglementer la procédure.

24. La loi – Les ordonnances-lois du Président de la République

Dans l'énumération des matières que la Constitution réserve au pouvoir législatif (art. 46) 1a procédure n'est pas expressément mentionnée; l'article 47, définissant les matières réglementaires, en a excepté cependant toutes celles qui font l'objet d'autres dispositions de la Constitution. L'artic1e 59 dit expressément que "l'organisation, la compétence des cours et tribunaux ainsi que la procédure sont réglées par la loi".

Lorsque le Président de la République assume le pouvoir législatif par voie d'ordonnances-lois, il a également le pouvoir de réglementer la procédure.

Des mesures d'exécution sont prises par le Président de la République, par voie d'ordonnances suivant le droit commun.

25. Les ordonnances du premier président de la Cour Suprême de Justice

Le pouvoir réglementaire de l'ordre intérieur des cours, tribunaux et greffes a été conféré au premier président de la Cour Suprême de Justice par l'article 68 du code de l'organisation judiciaire, tel que modifié par l'ordonnance-loi du 25 février 1970. Le premier président de la Cour Suprême de Justice a usé de ce pouvoir en promulguant quatre ordonnances réglementant respectivement l'ordre intérieur des tribunaux de sous-région, des tribunaux de première instance, des cours d'appel et de la Cour Suprême de Justice[16]).

',- -,

16 Ordonnance n° *48/73* du 7 juin 1973, portant règlement d'ordre intérieur des Cours d'appel, J. O. 1974, p. 121; ordonnance n° 049/73 m.d. portant règlement d'ordre intérieur des tribunaux de première instance, J. O. 1974, p. 123 ; ordonnance n° O50/73, m.d. portant règlement d'ordre intérieur des tribunaux de Sous-région, JO, 1974, p. l.26.

PREMIERE PARTIE

LA PROCEDURE CONTENTIEUSE

CHAPITRE PREMIER

LES PROCEDURES PREJURIDICTIONNELLES

26. Caractère de ces procédures

Le mot « procédure » est utilisé ici dans le sens le plus large : une manière d'agir de toute personne en rapport avec les fonctions de l'appareil judiciaire.

Certains actes peuvent en effet être requis dès avant la liaison de l'instance en vue d'assurer la recevabilité ou la bonne fin du procès. Ces actes sont le fait de la partie se préparant à introduire une action agissant unilatéralement, ou faisant appel à l'exercice d'un pouvoir spécifique d'un agent ou d'une instance judiciaire.

Afin de présenter au lecteur une image continue du déroulement du procès dans le temps, i1 nous est apparu opportun de traiter sommairement de ces actes préjuridictionnels avant d'exposer les techniques de la procédure contentieuse devant les tribunaux[17]. Nous examinerons, dans cette perspective, successivement la mise en demeure, la tentative de conciliation, l'autorisation préalable d'ester en justice, l'abréviation des délais, la désignation d'une personne ayant qualité pour ester en justice représentant un incapable ou un absent, les mesures conservatoires, les demandes préalables, et les dispenses de consignation pour frais de justice.

[17] Plusieurs auteurs ont préféré, dans un but didactique, exposer d'abord le procès dans ses rouages essentiels, pour revenir ensuite sur les questions préalables, les incidents et la procédure de la preuve. Ce procédé qui se justifie pleinement dans un cours, nous semble moins indiqué dans un ouvrage destiné spécialement aux praticiens.

27. La mise en demeure

Suivant le droit commun, le créancier d'une obligation ne peut exercer l'action en justice contre son débiteur sans l'avoir préalablement mis en demeure. Cette règle qui se fonde sur le devoir (C.C. III, art. 33) d'exécuter de bonne foi les obligations et sur le principe suivant lequel la mauvaise foi ne se présume pas[18], connaît cependant de nombreuses exceptions[19] ; ces exceptions sont fondées, soit sur l'intention exprimée ou présumée des parties de renoncer à cette formalité, soit sur les circonstances qui excluent la présomption de bonne foi du débiteur de l'obligation[20].

La mise en demeure n'est soumise à aucune règle de forme en droit zaïrois ; la forme n'est imposée que par la nécessite de la preuve ; la preuve la plus parfaite sera rapportée par le recours à l'office de l'huissier (I, 169) qui est qualifié pour faire des sommations civiles; elle peut cependant se faire aussi par la lettre recommandée de la poste. En matière d'exécution forcée la mise en demeure a nom de "commandement" (II, 275).

28. La tentative de conciliation

On retrouve dans l'histoire du droit judiciaire de tout pays une tendance récurrente à vouloir imposer aux parties une procédure de conciliation judiciaire condition préalable de la recevabilité de 1'action en justice[21].

Cependant, au moment où les parties s'adressent à la justice, on peut présumer que les chances de réconciliation ont été épuisées à l'intervention des avocats ou des tiers médiateurs. La conciliation reste toutefois possible en tout état de la procédure. Le juge zaïrois ne peut s'en désintéresser [22].
La tentative de conciliation préalable à l'audience publique est *nécessaire* :

1° pour exercer l'action en divorce ou en séparation de corps (art. 139 et 139bis du C.C.L. -1); généralement cette intervention du juge est sollicitée dans l'assignation; si le demandeur avait omis de postuler *expressis verbis* cette audience de conciliation, l'assignation ne serait pas nulle par ce motif, mais le juge devrait l'imposer d'office ;

2° en matière sociale, aucune action opposant employeur et employé n'est recevable si la conciliation extrajudiciaire n'a pas été tentée (art. 200-204, 0.L. 9 août 1967), telle que modifiée par la loi 73/008 du 5janvier 1973[23]).

3° l'article 210 f du CC. L-I prévoit également une procédure en conciliation préalable à la demande

---

[18] 1ère inst. Elis. 25 novembre 1949, RJ 1950, p. 194; Kin. 12 mars 1968, R.J. p. 264.

[19] A. SOHIER : Droit civil du Congo beIge, T. II, Bruxelles, 1956, n° 388-395, p. 202-205.

[20] I*bid* n° 396, p. 206-207: l'envoi de lettres recommandées constitue mise en demeure: Kin, 24 octobre 1967, R.J. 1968, p. 184, L'shi., 14 janvier 1969, R.J. p. 270 entre commerçants, une simple lettre peut valoir mise en demeure : Elis., 18 janvier 1966, R.J., p. 162: Kin. 12 mars 1968, R.J., p. 264.

[21] En droit français, voir SOLUSetPERROT: Droit judiciaire privé, T. I, Paris, 1961, n° 572, a, p. 526.
En droit belge, voir Rapport de M. Ch. VAN REEPINGEN dans le document parlementa:ire R. A. 6601, de la session 1963-1964 du Sénat de Belgique, commentant les articles 731 à 734 du Code Judiciaire (L. 10 octobre 1967). Voir aussi rapport au Roi, sur la loi ,du 12 août 1911, Pas. 1911, pp. 299-300 ainsi que RUBBENS A. : Conciliateurs, arbitres rapporteurs, experts et arbitres, in numéro spécial jubilaire de la Revue juridique du Zaïre. 1975, pp. 173-180.

[22] On ne perdra pas de vue que dans la plupart des coutumes traditionnelles le rôle du juge était avant tout, sinon exclusivement, celui d'un conciliateur ; il s'applique à faire reconnaître, par celui qui avait porté atteinte aux droits de son prochain, la nécessité de lui procurer réparation; il s'évertuait à faire reconnaître satisfactoire la réparation proposée; cf. TEMPELS : La phi1osophie bantoue, Elisabethvil1e, 1945, pp. 111-134; A. RUBBENS : Conciliation, arbitre, expert et arbitre rapporteur, in R.J. numéro spécial jubilaire 1974, p. 173.

[23] En ce sens, Kisangani, 5 Mai 1971, RJ 1972, p. 57. Voir cependant Kisangani, 2 août 1972 (R.J. p. 18.5) qui estime que le Code du travail n'est pas applicable sur ce point, tant que ne sont pas effectivement mises en place les institutions prévues par ledit Code.

d'aliments de I'enfant naturel, ainsi qu'à la demande de frais de gésine de la mère. Cette tentative d'entente des parties doit être sollicitée par requête avant l'assignation (II, 261), à peine de nullité. Les demandes ne seraient pas recevables s'il n'a pas été tenté de conciliation devant le juge.

29. L'autorisation du juge préalable à la demande

Le cas précité des demandes d'aliments et [24]des frais de gésine prévu par l'article 210 f se rapproche de la condition de l'autorisation du juge, puisque, à défaut d'entente ou de comparution des parties, le juge rend une ordonnance renvoyant les parties à se pourvoir devant le tribunal (II, 58).

L'autorisation du juge est encore requise, pour permettre à la femme incapable, d'ester en justice contre un tiers (art. 124) lorsque son mari refuse de l'y autoriser (ou s'il est lui-même incapable ou s'il est dans l'impossibilité de l'accorder on peut se demander toutefois si la femme zaïroise peut être dite incapable ; outre que la plupart des coutumes ne connaissent pas pareille incapacité , l'article 5 de la Constitution, proclamant l'égalité des citoyens sans égard au sexe, fait obstacle à cette *capitis deminuti,*.

Pour autant qu'une autorisation puisse encore être requise, par des femmes étrangères dont le statut personnel limite la capacité, elle devra être sollicitée en la forme d'une requête que le juge appointera par une ordonnance.

30. L'abréviation des délais

Pour pouvoir assigner à bref délai (I, 104), le demandeur doit introduire une requête près du président de la juridiction devant laquelle il veut assigner; si le président répond par une ordonnance favorable (II, 265), l'assignation peut être faite dans le délai fixé par le président, une expédition de l'ordonnance doit être signifiée en même temps que l'assignation.

31. La désignation d'une personne ayant qa1ité pour ester en justice pour un incapable ou pour un absent

L'incapacité étant l'exception prévue par la loi celle-ci pourvoit toujours à la désignation d'une personne qua1ifiée pour exercer les actions et présenter les défenses de l'incapable (I,44).

11 se peut cependant qu'en fait la tutelle d'un orphelin n'ait pas été organisée, que le tuteur du mineur, de l'interdit *ou* de l'absent soit décédé, ou encore qu'il y ait conflit d'intérêts entre 1'incapable et celui qui a qualité pour le représenter en justice.

Dans ce cas, l'action ne pourra être introduite avant qu'un représentant ad hoc ait été désigné par une ordonnance du président de juridiction pour assister ou pour représenter e*n* justice le défendeur interdit ou incapable. Cette désignation se fait à la requête du demandeur.

Dans I'action en désaveu de paternité, le père présumé, exerçant l'autorité paternelle sur l'enfant dont il conteste la filiation, il faut toujours désigner un *tuteur ad* hoc pour soutenir l'action dans l'intérêt de l'enfant.

[24] Les citoyennes zaïroises ont capacité d'ester en justice par application de l'article 5 de la Constitution ; toute coutume connaissant une discrimination est donc abrogée.. La disqualification des femmes ne serait dès lors retenue que pour les étrangères dont la loi prévoit l'incapacité.

32. La désignation d'un (Avocat) consei1

L'assistance ou (lorsqu'elle est permise) la représentation du demandeur par un avocat ou défenseur n'est généralement pas requise pour introduire une action. Elle peut cependant être nécessaire ; la requête civile ne peut être formée qu'après la consultation de trois avocats exerçant depuis cinq ans au moins... (art 88 du Code de procédure civile) (II, 220) ; la requête introductive saisissant la Cour Suprême de Justice doit être signée par un avocat ayant au moins dix ans d'inscription au tableau de l'Ordre (art. 2 de l'O.L. du 8 janvier 1968 organisant la procédure devant la Cour Suprême de Justice)(II, 232).

Normalement le demandeur peut consulter librement les avocats qualifiés, suivant son propre choix. Il ne semble pas pourtant que le législateur ait imposé l'assistance des indigents dans les procès civils ; l'art. 3 de l'O.L. du 10 juillet 1968 ne prévoit que la réquisition d'avocat pour assister les indigents « faisant l'objet de poursuites » (I, 172) ; l'article 4 de la même ordonnance-loi permet cependant au barreau de pallier cette lacune ; l'honneur du barreau impose de pourvoir gratuitement d'un avocat, les indigents appelés à ester en justice en des causes où cette assistance est requise (ou nécessaire en fait).

Lorsqu'une personne se révèle inapte à exercer son action en justice, le ministère public peut agir par voie d'action principale dans l'intérêt de cette personne (lI, 46) ; il peut, par voie de requête, demander *au* tribunal de désigner un conseil ou un défenseur à toute personne inapte appelée à ester en justice (tant comme demandeur que comme défendeur) (II, 46). L'inaptitude à ester en justice n'est pas à confondre avec l'incapacité juridique qui demande la constitution d'une tutelle ou d'un conseil permanent ; le cas visé par l'article 8 du Code de l'organisation judiciaire est celui de la personne parfaitement capable d'exercer ses droits dans son milieu traditionnel, mais qui se trouve perdue dans un cadre de vie qui lui est trop peu familier ; lorsque cette situation va de pair avec l'indigence, il va de soi que les services du conseil désigné soient "pro Deo".

33. Les mesures conservatoires

Le droit zaïrois répugne aux procédures préventives comme aux procédures probatoires *"in futurum". Il* ne connaît pas les actions interrogatoires, provocatoires et déclaratoires, ni les demandes d'enquêtes ou d'expertise[25] en dehors de l'instance liée en vue d'obtenir qu'il soit satisfait à une prétention de droit.

Cependant des mesures de procédure gracieuse ont été organisées par la loi permettant aux parties de prendre des mesures conservatoires de leurs droits ou de leurs moyens de preuve avant d'exercer leur action.

Les créanciers peuvent, avec la permission du juge (Il, 283, 284), saisir un gage mobilier ou une créance de leur débiteur, avant d'avoir obtenu ou seulement demandé un titre exécutoire (art. 107 et 137 C. Pr. C.). Toutefois, cette procédure est caduque si l'action en justice n 'est pas introduite dans le délai de quinze jours pour la saisie-arrêt, dans le délai imparti par juge pour 1a saisie mobilière.

L'opposition à l'exercice du droit de disposer de droits immobiliers (art. 239 L. 20 juillet 1973) peut sortir le même effet. L'opposition est valable (saut mainlevée volontaire ou judiciaire) pour une durée de six mois, lorsqu'elle est autorisée par le conservateur des titres immobiliers; elle peut être renouvelée pour une nouvelle période de six mois par ordonnance du président du tribunal de première instance (II, 265, 285). L'apposition de scellés n'est pas prévue expressément par le droit zaïrois comme mesure conservatoire autonome. Elle est expressément prévue dans la procédure en divorce (art. 154 C.C.-L. I)[26]; elle est encore mentionnée (art. 28, D. 21 juin 1948) comme mesure accessoire à l'expertise des droits d'auteurs ; bien que le législation sur le séquestre n'en traite pas expressément, il semble bien que le juge ordonnant le séquestre pourrait imposer l'apposition des scellés par voie d'ordonnance (II, 261).

[25] H. SOLUS et R. PERROT : o.c. T. I, n° 230 sq. p 206-216.

[26] M. VERSTRAETE: Droit civil du Congo belge, Bruxelles 1956 (sous la direction de A.SOHIER), T.I, les personnes et la famille, n° 281, II, A. p. 319.

Les titulaires de droits d'auteur peuvent, avec la permission du juge (II, 265), faire procéder par experts à la description des objets qu'ils prétendent contrefaits. Ils ne sont nullement tenus pour autant à exercer, une action en justice (sauf s'il y a. eu saisie ou défense de se dessaisir des objets litigieux, ib, art.34).

Suivant l'opinion dominante de la doctrine et de la jurisprudence[27] le séquestre ne peut être postulé par voie de requête et ne pourrait pas être demandé préalablement une action litigieuse. Cette opinion nous paraît contestable, vu les termes les employés à l'article 523 du C.C.-L. III, qui dit que « la justice peut ordonner le séquestre" et encore de par la nature même de l'institution à 1aquelle il peut être recouru "chaque fois qu'en égard aux circonstances, il y a lieu de laisser en l'état, de manière à ne pas préjudicier à la solution quant au fond du droit ». Il va de soi que le juge de l'ordonnance contrôle le bien-fondé des requêtes, tout en laissant au requérant téméraire la responsabilité du dommage causé par la mesure obtenue, s'il se révélait dans la suite qu'el1e n'était pas justifiée.

34. Les demandes préalables

Il peut se produire qu'avant de pouvoir faire valoir une prétention de droit, un fait ou un rapport juridique doit être établi par voie de jugement. Par exemple, un jugement établissant l'état d'une personne peut être nécessaire pour introduire une action en pétition d'héritage. On peut se demander cependant si la solution de pareille "question préa1able" doit nécessairement se faire avant l'introduction de l'instance; le plus souvent, ces questions qui doivent être préalablement vidées ne surgissent qu'en la forme *d'incidents* ; dans l'exemple esquissé ci-dessus, ce sera généralement sur contestation de la qualité d'héritier que le demandeur sera amené à établir son état.

Une situation semblable se présente lorsqu'une action civile dépend de la solution d'un procès pénal; par exemple, une demande en divorce fondée sur l'adultère du conjoint.

35. La dispense de consignation des frais

Normalement, l'assignation ou la requête introductive n'est prise en considération par le greffier qu'après la consignation de la somme estimée nécessaire pour le paiement des frais (art. 144 C. de pr. Civ.). La partie indigente peut obtenir du « juge » une ordonnance de dispense de consignation (I, 272 ; II, 302).

Suivant la pratique en vigueur, cette demande se fait par voie de requête (qui peut être actée par le greffier sur déclaration verbale) de l'indigent ; celui-ci est invité à produire une attestation de l'autorité administrative locale prouvant son indigence.

[27] ORBAN : Droit civil duCongo beIge ; Contrats et obligations (Bruxelles, 1956) n° 1156, 584 ; Elis. 3 aout 1950, R.J., o. 33.

CHAPITRE II

L'ACTION EN JUSTICE - LE LITIGE

36. L'exercice de l'action

Intenter un procès, c'est exercer l'action attachée à un *droit subjectif.* La théorie de l'action a été exposée au Tome I de cet ouvrage (N° 39 à 40) ; nous nous bornons ici à étudier ce qui est spécifique à l'action de droit privé.

Rappelons seulement que l'action est un "pouvoir" accordé par la loi au titulaire d'un droit, lui permettant de faire intervenir la « puissance publique » en vue de protéger ou de restaurer son droit. Ce pouvoir est accordé également à tout justiciable justifiant *d'un légitime intérêt* faire respecter le droit d'ordre public.

37. L'objet de l'action

Deux cas peuvent se présenter: ou bien le droit est contesté de bonne foi et le contestataire estime ne pas devoir respecter une prétention qu'il croit non fondée; ou bien, sans contester le droit, quelqu'un l'a lésé (de mauvaise foi) par son comportement ou refuse de s'y conformer.

Une simple contestation abstraite et, a fortiori, une controverse académique, ne permet pas de recourir à l'appareil judiciaire[28] ; les tribunaux ne sont pas instaurés pour donner des consultations ni pour vider des discussions jurisprudentielles ; ils ont mission de trancher les litiges[29].

Le juge aura généralement un triple rôle: d'abord vérifier les faits définissant les rapports juridiques entre les parties (sauf si le défendeur acquiesce aux allégations du demandeur); ensuite rechercher le droit régissant ces rapports, enfin procurer au demandeur un titre exécutoire lui permettant de rétablir son droit (sauf si pareil titre se révèle sans utilité).

38. Les conditions de l'exercice de l'action (renvoi)

Cette matière ayant été traitée au Tome I, n° 44, nous pouvons nous borner à renvoyer le lecteur à cette référence.

39. La classification des actions de droit privé selon l'objet du droit protégé

En traitant de cette question au Tome I, nous avons signalé l'intérêt que pouvait avoir une classification au sein d'une branche particulière du contentieux. Il semble en effet utile de procéder à pareil classement parmi les actions de droit privé.

Rappelons que *l'"action civile"* (T. I, n° 225; T. n° 100 & 127) est le terme consacré pour designer le pouvoir donné aux victimes d'une infraction de s'adresser à la juridiction répressive compétente pour connaître des faits, aux fins d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction.

Dans le cadre de la procédure . "civile" nous pourrons classer les actions de droit privé d'après les critères qui déterminent la compétence :

a) La première distinction qu'il y a lieu de retenir est celle des *actions patrimoniales* et *extra-patrimoniales;* les premières étant celles que 1'on peut évaluer en argent, les deuxièmes celles qui ne souffrent pas pareille évaluation. L'importance de cette classification se traduit dans les règles de la compétence d'attribution (T. I, n°

---

28 Nous ne connaissons pas les actions interrogatoires, provocatoires ni les actions de jactance; en principe, nous ne connaissons pas non plus les actions déclaratoires tendant à se créer un titre authentique (jugement) à preuve d'un droit qui n'est pas contesté (cf. P. CATALA et Fr. TERRE - Procédure et voies d'exécution, Paris 1965, pp..145-146).

29 CORNU et FOYER, Procédure civile, Paris, 1958; pp. 33 et 39 (sur le sens du mot litige).

230 et 233-234).

Ce sont particulièrement (divorce, reconnaissance d'enfant, etc.) les questions d'état qui rentrent dans la deuxième catégorie; les actions tendant à obtenir des dommages-intérêts pour atteinte à des droits extra-patrimoniaux sont cependant évaluées.

b) Parmi les actions patrimoniales, on peut faire la classification en actions personnelles, actions réelles, actions mixtes. Les actions personnelles se rattachent aux actions personnelles, les actions réelles aux droits réels ; le droit privé ne connaît point de droits mixtes, mais on désigne comme action mixte celle « par laquelle un plaideur se prévaut cumulativement d'un droit de créance et d'un droit réel »[30].
L'incidence de cette distinction sur les règles de compétence est théorique ; on veut distinguer les premières s'adressant à un « débiteur » du droit des deuxièmes qui sont dirigées contre le titulaire du droit réel. En fin de compte, ce sera toujours contre une personne que l'action sera dirigée[31].

c) Par une sous-distinction des actions réelles en actions mobilières et actions immobilières, nous désignons un des critères retenus pour la détermination impérative de la compétence territoriale. Si nous avons affaire à une action mixte dans laquelle intervient un droit immobilier, c'est ce droit dominera les critères de désignation de la compétence territoriale. Il faut à cet effet que la demande porte sur l'attribution ou la contestation d'un droit réel immobilier ; une affaire « à propos d'immeubles » n'est pas immobilière pour autant.

.**40. La classification suivant le caractère du droit poursuivi**

CONU et FOYER [32] ont proposé une classification suivant le caractère du droit, lorsque ce caractère conditionne l'action.

On peut retenir que *certaines actions sont attachées à la personne du titulaire,* ne pouvant faire l'objet de cessions et ne pouvant être exercées par les ayants droit post mortem, *ou par les créanciers* ; *il en irait ainsi de certaines actions aux droits* de la personne (par exemple, divorce, désaveu d'enfant, dommages-intérêts pour atteinte à l'intégrité physique).

Ces mêmes auteurs proposent encore de distinguer les a*ctions attitrées des actions banales*[33] ; l'action banale pourrait être exercée par tout qui justifie d'un intérêt (T. I., n° 44, *p.* 74), ce qui constitue le droit commun ; les actions attitrées ne pourraient être exercées que par la personne désignée par la loi, à l'exclusion de toute autre personne intéressée; le Livre I du C.C.-L. I fournit quelques exemples d'actions attitrées : les articles 210 h et e réservent l'action alimentaire à l'enfant naturel personnellement, l'article 134 réserve l'action en divorce aux seuls époux, l'article 194 réserve l'action en réclamation d'état à l'enfant et dans certaines limites aux héritiers (art. 195), tandis que l'action en nullité d'un mariage et l'action en contestation d'état sont banales, étant expressément données à tout qui justifie un intérêt pécuniaire ou autre (art. 112 et 197 du C.C.-L. I).

..

[30] SOLUS et PERROT. O.C. n° 133, p. 127.

[31] Ibid. n° 126,.p. 120

[32] CORNU et FOYER , O.C. p. 274.

[33] Ibid. pp. 286-292.

Ces classifications présentent incontestablement un intérêt scientifique, nous permettant de saisir mieux les caractères de l'action de droit privé ; elles ne présentent un intérêt pratique que dans la mesure où ces actions sont régies par un droit distinct suivant les catégories.

41. La c1assification suivant le régime juridique

Tant que l'unification du régime juridique zaïrois ne sera pas parfait, il y a lieu de distinguer les actions de droit coutumier et les actions de droit écrit. Sans doute l'ordonnance-1oi du 10 juillet 1968 a-t-e11e tenté de réaliser l'unité de juridiction ; elle maintient cependant la distinction, non seulement dans les dispositions transitoires (art. 168 et 169), mais encore dans les articles 116, 125 et 126 qui font une discrimination de compétence du tribunal de première instance, suivant que les litiges non susceptibles d'évaluation doivent être tranchés par application de la coutume ou du droit écrit.

42. Les actions possessoires et pétitoires

Le code de procédure civile zaïrois ne connaît pas l'action possessoire qui tend à protéger le fait de la possession[34], distincte de l'action pétitoire qui tend à faire reconnaître les droits réels immobiliers.

On peut se demander si l'évolution du droit foncier zaïrois et spécialement l'intégration de la coutume dans le régime unitaire des biens n'amènera pas le législateur à s'inspirer de cette technique. La législation attribuant la propriété du sol à l'Etat, permet d'attribuer des droits réels aux concessionnaires qui se trouveront aussi nantis d'un titre lui attribuant une action réelle ; le possesseur coutumier qui n'a aucun titre, mais qui dispose d'une légitime jouissance mérite une protection, contre les ,tro,ubles causés par des tiers, par l'octroi d'une action possessoire [35]. L'artic1e 389 de la loi 20 janvier 1973 annonce une réglementation du droit de jouissance.

43. Les sujets de l'action

Ce n'est pas seulement la personne qui use du pouvoir de saisir le tribunal qui est sujet de l'action. On considère généralement la personne traduite devant le tribunal comme le *sujet passif* et cette qualification est d'autant plus justifiée que le défendeur est placé sans son consentement dans un rapport juridique nouveau par le sujet actif.

Faut-il considérer que la personne traduite en justice a un intérêt légitime à présenter sa défense, intérêt protégé par le droit de procédure, et en conclure qu'il possède à cet effet une « action » [36]. Il est en tous cas certain que le fait d'avoir été placé dans le rapport juridique de litispendance donne le pouvoir éventuel d'appeler des tiers en garantie ou en jugement commun, ainsi que de former une demande reconventionnelle, ce qui constitue incontestablement autant d'actions.

Les tiers qui seraient mis en cause par le défendeur, rentrent dans la catégorie des sujets passifs. Les tiers qui prennent l'initiative d'intervenir dans le procès usent indiscutablement *d'une action en intervention.*

---

[34] Sur la technique procédurale de l'action possessoire voir CORNUet FOYER, o,c, pp. 35, 274 et 306 ; CAT ALA et TERRE, o.c. p. 153; G. BRULLIARD : Procédure civile, Paris 1944, n° 52, p. 50, MOREL, o.c.,, n° 62, p. 68.:

[35] La Cour d'appel d'Elisabethville a admis une action que l'on pourrait qualifier de *réintégrande* en vertu du principe général déduit de la maxime "*spolatus ante omnia restituendus*", en faisant remarquer qu'en droit « congolais », l'action possessoire ne faisait pas obstacle à l'action pétitoire ; (ELis. 18 avril 1950, R.J.C.B., 1950, p. l35 et J.T.O.M. 1950-51, p. 123).

[36] CORNU et FOYER., o.c. pp. 292- 294 abordent la question du sujet passif du point de vue des pouvoirs du défendeur légitime

44. Les conventions des parties portant sur l'exercice de l'action

Renoncer d'une manière générale au pouvoir conféré aux justiciables de recourir aux tribunaux serait sans effet juridique étant contraire à l'ordre public. Rien n'empêche cependant un sujet de droit à renoncer, même irrévocablement, à user de son action dans un rapport juridique déterminé, sans pour autant renoncer à son droit. L'exemple d'école en cette matière est le « prêt d'honneur ».

Dans les matières où les sujets disposent librement de leurs droits, ils pourraient aussi convenir de ne point agir avant certains délais, avant I'accomplissement de certaines conditions ou de renoncer à l'action si telles conditions surviennent.

Proroger les délais de prescription serait contraire a l'ordre public.

Simuler l'existence d'un litige pour amener les tribunaux à prononcer un jugement est manifestement un abus de droit que le tribunal doit déjouer par un débouté et une condamnation aux frais. Les tribunaux étant habilités à prononcer des "jugements d'expédient" (II, 128) constatant l'accord survenu entre parties pendant le procès, les contractants pourraient simuler un différend puis déclarer qu'ils ont transigé, pour donner à leur convention la forme d'un jugement exécutoire[37]. Pareille *collusion* des parties se présente encore lorsque des époux, désireux d'éviter les formalités et lenteurs de la procédure de divorce par consentement mutuel, simulent une cause de divorce; elle se présente également lorsque des justiciables veulent connaître, en l'absence de tout litige, l'interprétation judiciaire d'une loi ou de leurs conventions (voir note 28 sous I, 37).

Il n'est cependant pas interdit d'exercer une action "de principe", c'est-à-dire en présence d'un litige réel, de minime importance pécuniaire, mener une affaire jusqu'en ses dernières conséquences procédurales, alors que les frais engagés sont manifestement hors de proportion avec l'intérêt de la cause, en considération d'autres litiges actuels ou éventuels auxquels on appliquerait ensuite volontairement la solution jurisprudentielle.

45. La cession de l'action à un tiers

Lorsqu'un droit est cessible, l'action est cédée avec le droit. Il n'est pas interdit de céder un droit litigieux à un tiers; le statut des avocats (art. 21 O.L 68/247 du 10 juillet 1968) leur interdit d'acquérir des *droits litigieux ;* dans ce contexte, le mot litigieux ne vise pas seulement la litispendance, mais toute contestation née.

La cession d'une chose entraîne cession de toute action protégeant les droits rée1s ; en matière de droits personnels, la cession de créance transfère l'action au cessionnaire tandis que la subrogation permet au subrogé d'exercer l'action du subrogeant.

Les contrats d'assurance [38] prévoient des clauses par lesquelles l'assuré s'engage à accepter la direction de l'exercice de toute action qu'il pourrait avoir contre l'auteur responsable *du* sinistre couvert par l'assurance, ou encore à céder l'action à l'assureur par subrogation conventionnelle ou à la suite du paiement de l'indemnité entraînant subrogation[39].

---

[37] Cette supercherie serait surtout .tentante aux fins d'évasion fiscale (II, 297) ; il suffirait de prévoir que les droits proportionnels sont dus sur le montant de la transaction pour que les fraudeurs y renoncent dans la plupart des cas.

[38] C.S.J. 6 avril 1910; in Revue Congolaise de Droit, 1971, n° 1, 2e partie, pp. 12à 14.

[39] La jurisprudence était assez divisée quant à la portée juridique des clauses subrogatoires et de la validité de la cession d'action ; 1ère Inst. Stan., 10 Juillet 1953 (R.J., 1955, p. 101) : le paiement de l'indemnité à l'assuré vaut cession de créance qui n'est pas soumise aux formalités de la signification ; Elis., 17 novembre 1953, (R.J., 1955, p. 10) l'assureur qui s'est fait subroger par l'assuré dans ses droits de recours contre l'auteur de l'accident et qui lui a signifié cette cession de créance ou cette subrogation, a qualité pour agir contre 1'auteur de l'accident: Léo, 7 mai 1957 *(R.J.* 1957, p. 362); la clause par laquelle l'assuré donne à son assureur délégation de ses droits et actions éventuels, pour le cas où il y aurait sinistre et dans la mesure de l'indemnité payée, est légale et valable ; Kin. 29 août 1967,(R.J.C. 1968, p. 176). L'assureur qui a paye l'indemnité à l'assuré est de plein droit subrogé aux droits de ce dernier.
Comparez encore : Elis., 22 Janvier 1949, *(R,J,* 1950, p. 8 ; 1ère inst. Stan., 8 JUillet 1*949* (avec note)(R.J. 1950, p. 146); 1ère Inst. civ., 2ème ch. Bruxelles, 26 octobre 1954, (J.T.O.M. 1956, p. 8); Léo., 29 octobre 1957, (R.J. *1958,* p. 150) ; Appel R.U.,3 octobre 1961 (R.J.R.B., 1962, p. 4); Kin.,6 juillet1967, (R.J. 1968, p. 70).

46. L'action du ministère public devant les juridictions de droit privé

Nous n'examinons pas ici le cas du ministère public est dit -par une fâcheuse ambiguïté du vocabulaire judiciaire - *partie jointe,* ce qui veut dire simplement qu'il donne « un avis » (I, 149 et II, 22, 117). Il est cinq cas où le ministère public possède l'action de droit privé, soit dans l'intérêt d'un sujet de droit incapable d'assumer son action, soit dans l'intérêt d'une bonne justice:

1° l'article 6 de l'O.L. du 10 juillet 1968 charge le ministère public de poursuivre d'office l'exécution des actes législatifs et réglementaires dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Telle qu'elle a été libellée, cette disposition pourrait donner à croire que le ministère public peut (ou doit) agir d'office pour le respect de toute règle de droit impératif (dit d'ordre public) ou à tout le moins dans tous les cas où l'ordre de la société se trouve engagé.[40]. La portée de ce texte en droit zaïrois a été parfaitement définie par deux arrêts[41] qui disent qu'il faut, pour que le ministère public exerce l'action principale, « que l'ordre public soit mis en péril par un état de choses auquel il importe de remédier ».

2° Suivant l'article 9, alinéa 2 de l'O.L. du 10 juillet 1968, le ministère public dispose de l'action en intervention et en appel en toute cause intéressant l'ordre public. Le ministère public doit en effet veiller avec diligence à ce que les tribunaux de la République ne consacrent pas dans leurs jugements des solutions qui vont à l'encontre de l'ordre public. Au degré de l'introduction d'instance; ce sera généralement par voie d'avis qu'il exercera sa "surveillance" ; l'intervention par action principale sera exceptionnelle, l'exercice de l'action en appel se justifie chaque fois qu'un jugement a été rendu qui risque de faire autorité en une matière qui intéresse l'ordre public. Le ministère public doit se montrer extrêmement prudent en usant du pouvoir d'exercer l'action principale qui lui est conférée par l'article 6, afin de respecter la liberté individuelle tant que les écarts à la loi civile ne troublent pas l'ordre public.

3° Le ministère public se voit déférer expressément l'action en justice de droit privé par diverses dispositions législatives ;

-C.C.-L. I art. 65 et75 en matière d'absence ;
art. 160, garde d'enfants durant l'instance en divorce ;
art: 210; 2° al. 2, recherche de paternité ;
art. 210, e, aliments ;
art. 246, déchéance de l'autorité paternelle (43);
art. 277, interdiction;
art. 291, mise sous conseil.

_ D. 19Juillet 1926, art. 14, révocation des administrateurs et art. 15, dissolution d'une institution d'utilité publique.
Décret du 21juillet 1934 (art. 4), requête en faillite.
D.L. l8 septembre 1965, art. 18 et 21, A.S.B.L.

Il est évident que ces cas spécifiés rentrent dans le cadre général des articles 6 et 9 (C. Org. Jud.) et qu'il faut les considérer comme exemplatifs. Le ministère public n'a pas de pouvoirs plus étendus ni plus impératifs en ces matières qu'en d'autres : il garde son pouvoir d'appréciation de l'opportunité d'exercer son action principale. Ce n'est pas à sa fantaisie mais dans la mesure où l'Ordre public lui paraît compromis, que le ministère public exerce

[40] Une vieille controverse opposait l'interprétation retenue en France et celle des juridictions belges dans l'application de l'article 46 de la loi de 1810 applicable dans les deux pays.
En France, on lisait le texte « en matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi » en ce sens que le ministère public n'avait pas d'action en droit privé hors des cas expressément visés par la loi.
En Belgique, on considérait que ces cas illustraient le principe général des pouvoirs conférés au ministère public pour le maintien de l'ordre public. L'arrêt de la Cour de cassation belge du 5 mai 1881 (Pas. I, 1881, p. 230) a fixé la jurisprudence belge en ce sens. Le Code judiciaire belge de 1967 a cru utile de clarifier le texte ambigu dans son article 138 qui dit: "Dans les matières civiles. i1 (le ministère public) agit d'office dans les cas spécifiés par la loi *et en outre* chaque fois qu'à ses yeux l'intérêt public exige son intervention.
Le texte de l'article 6 reflète cette disposition qui était d'ailleurs celle de la jurisprudence antérieure l'O. L. de 1968.

[41] Léo. 15 juin 1926 (Jur. Kat. III, p. 254); Elis., 10 septembre 1957 (R.J.1958,p. 49).

l'action.

4° l'article 35 de l'O.L. du 8 janvier 1969 donne l'action en pourvoi au Procureur Général de la République, tandis que l'article 36 prévoit que le Procureur Général doit agir en pourvoi sur injonction du Commissaire d'Etat à la justice. Le recours exercé à l'initiative du Procureur Général de la République hors des délais normaux est dit *"dans le seul intérêt de la loi"* et l'arrêt rendu sur ce pourvoi ne pourra, en matière de droit privé (44), ni nuire ni profiter aux parties; le pourvoi exercé sur injonction du Commissaire d'Etat à la Justice demande au contraire un arrêt opposable aux parties; on pourrait le dire "rendu dans l'intérêt de la justice"(45).

5° Enfin, l'article 8 de l'O.L. du 10 juillet 1968 donne l'action principale au ministère public pour agir dans l'intérêt de toute personne physique lésée qui serait inapte à assurer sa défense ou à y pourvoir. Le mot "lésée"' vise toute atteinte à un droit subjectif.

(42) Tribunal d'appel du R.-U. 3 mai 1960 (R.J.R.B. 1961, p. 40).

Toute « personne physique inapte » ne vise pas les personnes juridiquement "incapables" la loi ayant pourvu à la représentation des incapables ; le législateur a pensé particulièrement à la situation de certains citoyens socialement ou économiquement faibles dont les droits doivent être protégés par un agent public (II, 32)(46); ce texte protège cependant aussi les étrangers.
Le deuxième alinéa de cet article est ambigu ; il semble que le législateur ait voulu particulièrement prévoir l'assistance du d*éfendeur* lorsqu'il prévoit que le ministère public peut, par voie de requête, demander la désignation d'un conseil ou un défenseur ; le texte a cependant une portée plus générale et il semble que le ministère public pourrait aussi bien se borner à former pareille requête en faveur d'un demandeur potentiel au lieu d'exercer lui-même l'action.

CHAPITRE III LES INCIDENTS

47. La notion d'incident

Au sens le plus large, l'incident est tout évènement qui vient modifier le déroulement de la procédure entre la demande et le jugement, ou, suivant l'expression de TREILHARD "quidquid incidit in litem". Suivant la méthode adoptée dans cet ouvrage, nous examinons la procédure aux phases successives de son déroulement. Les incidents pouvant surgir tout au long des instances aux différents degrés de juridiction et jusque dans l'exécution, il nous a paru indiqué de faire un bref exposé liminaire de la théorie des incidents.

48. Classification des incidents

On distingue généralement : *les incidents d'audiences* : troubles de fait, qui ne sont pas des actes juridiques, encore que leur sanction puisse affecter la procédure; l*es actions incidentes* : demandes qui viennent altérer la saisine des juges, soit en modifiant l'objet, la cause ou les parties du 1itige: les actions en intervention, les actions reconventionnelles, les actions additionnelles, les demandes provisionnelles ; ces actions sont aussi appelées les "incidents de fond" ; *les incidents proprement* dits, qui, sans modifier ni l'objet ni la cause ni les parties au procès, posent un problème dont la solution commande la marche du procès, la décision de la cause, ou la vie même de l'instance, ce sont: les demandes de jonction, les exceptions, les fins de non-recevoir, les questions préjudicielles, les offres de preuve, la récusation des juges, le sursis à statuer, le désaveu de mandataire, le compulsoire, etc. dits "incidents de procédure".

Certains "incidents" sont désignés comme des "exceptions" ; le mot exception a, dans le lexique du prétoire,

un sens très large. Tout ce qui fait obstacle à ce que le tribunal fasse droit à une demande peut être désigné comme une exception (II, 74).

Les *exceptions dilatoires* sont celles qui ont pour effet de paralyser momentanément le tribunal qui reste cependant saisi ; les *exceptions de litispendance ou* de connexité ont pour effet de dessaisir le tribunal, la cause étant renvoyée à un tribunal déjà saisi de la même cause ou d'une cause connexe (II, 62) ; */es exceptions déclinatoires* tendent à obtenir un jugement par lequel le tribunal se dessaisit sans faire obstacle à ce que la cause soit réintroduite en bonne forme, bien dirigée et devant la juridiction compétente (II, 80, 82) *;les exceptions péremptoires* dites aussi fins de *non recevoir* ne permettent plus de réassigner (II, 85 à 90). Les exceptions touchent normalement la forme, la procédure, et rentrent dès lors dans la matière des incidents. On désigne parfois par *"exceptions péremptoires de fond"* des moyens qui touchent le fond du droit, mais qui permettent de rejeter d'emblée la demande sans qu'il soit utile d'instruire la cause.

Cette classification des incidents et exceptions est celle des auteurs c1assiques. CORNU et FOYER présentent une classification procédurale distinguant les incidents suivant la nature de la décision qui peut y donner suite ou y mettre fin (4 7).

Nous inspirant de ce deuxième système de classement, nous distinguerons :

- les incidents qui ne donnent pas lieu à un jugement;
- les incidents donnant lieu à un jugement avant faire droit et parmi ceux-ci, les incidents probatoires et les demandes provisionnelles ou provisoires ;
- les incidents donnant lieu à un jugement définitif (sur l'incident), parmi lesquels on distingue les incidents de procédure et les incidents de fond.

49. Les incidents ne donnant pas lieu à jugement

Si nous suivons la définition de TREILHARD, il y a de multiples évènements qui peuvent accidentellement heurter, interrompre, retarder la marche sereine du procès en sa forme simple, sans qu'il soit nécessaire que le tribunal intervienne, ni en tant qu' autorité juridictionnelle, ni en tant qu'autorité administrative usant des *formes* d'un jugement, mais simplement en organisant les audiences et en y exerçant la police. Dans cette catégorie d'incidents, on pourrait placer:

- les rappels à l'ordre de l'assistance, des parties, ou de leurs conseils ;

(47) o.c., pp. 497 a 516.

- les remises d'accord des parties (et les remises d'office);
- les suspensions d'audience ;
- les donné-actes d'audience (sur un choix d'experts, par exemple);
- la décision de siéger à huis clos (II, 5'0, 73).

Ces incidents sont normalement réglés par décision verbale du président, actés à la feuille d'audience par le greffier. Les rappels à l'ordre ne sont même pas actes dans la plupart des cas le président pourrait toutefois ordonner au greffier de mentionner les remarques faites aux avocats afin d'établir une preuve de faits dont les autorités disciplinaires peuvent être saisies; lorsque les rappels à l'ordre adressés au public ou aux parties aboutissent à une suspension d'audience, à l'évacuation du prétoire, il est opportun de les mentionner à la feuille d'audience.

En matière de remise d'audience, certains tribunaux estiment devoir rendre un jugement lorsque les parties ne sont pas d'accord; le président, maître de son audience, a cependant le pouvoir d'en décider sans être lié à aucune forme; l'abus de ce pouvoir pourrait toutefois l'exposer à prise à partie.

50. La forme du prononcé de l'huis clos

Sous le régime de1a Charte Coloniale (art. 20, al. 2), la publicité des audiences (et du prononcé du jugement) était imposée par un texte exprès ; il ne pouvait être dérogé à cette règle de publicité des audiences que par *un jugement motivé, à* peine de frapper de nullité toute la procédure tenue à *huis clos (48)*. La Constitution de 1964 (a. 21) avait repris cette disposition. La Constitution de la République du Zaïre, actuellement en vigueur, impose

se,ulement la prononciation publique des jugements et ne permet aucune dérogation à cette règle; elle ne parle pas de la publicité des audiences.

Suivant les principes qui régissent le droit judiciaire, les audiences sont néanmoins publiques (II, 17). Le pouvoir de la police de l'audience attribué au président du siège n'étant limite par aucun texte constitutionnel ou légal, il semble que lorsqu'il juge que les débats sont de nature à éveiller la curiosité malsaine ou de provoquer des désordres, il a le pouvoir de prononcer par ordonnance motivée l'huis clos des audiences se rapportant a une instance pendante devant son tribunal (11, 73).

(48) Boma, 30 novembre 1901, Jur. Etat, p. 174; 1ère Inst.(appel) Elis., 11 août …

L'usage veut que lors de I'huis clos les avocats, même étrangers à la cause, puissent rester à l'audience. Il leur est interdit en ce cas de faire un reportage à la presse (II, 17).

Le huis clos peut être demande par les parties, par le ministère public ou être ordonne d'office par le juge.

51. Les incidents donnant lieu à jugement avant dire droit

A) Incidents probatoires ou fiduciaires

Les parties sont appelées à établir leurs prétentions devant les tribunaux (II, 93 à 113) ; certaines preuves telles les écritures sont reçues *de plano* (II, 95), ce qui veut dire qu'elles peuvent être produites au tribunal sans autorisation préalable ; d'autres moyens de preuve sont réglementés : l'autorisation d'y recourir doit être demandée au tribunal qui, dans un jugement avant dire droit, accorde ou refuse cette autorisation suivant qu'il estime que ce moyen de preuve proposé est pertinent ou non, qu'il est permis en droit ou non.

Lorsque les écritures sont contestées s'ouvre un incident de *dénégation d'écritures* (II, 96) qui peut donner lieu à jugement désignant un expert (II, 109) ; lorsque des faits peuvent être établis par témoignages, les parties doivent au préalable préciser les faits sur lesquels ils veulent faire porter *l'enquête* du tribunal (II, 101) ; par *commission rogatoire* le tribunal peut confier les enquêtes à un autre juge (II, 105) ; si le tribunal estime opportun d'entendre les parties en personne, il peut ordonner leur *comparution personnelle* (II, 107); une *descente sur les lieux* (II, IO8) peut également être décidée ; si une partie veut déférer à la partie adverse le *serment litisdécisoire* elle doit formuler avec précision le fait sur lequel portera le serment pour obtenir du tribunal l'autorisation de le faire entendre, ou, en cas de référé du serment, sur lequel elle aura à se prononcer elle-même (II, 112) ; pour le ser*ment supplétoire,* c'est le tribunal qui (à la suggestion d'une partie ou d'office) détermine dans son jugement le point sur lequel le serment sera déféré (II, 113) ; la désignation d'un *expert,* et la définition de sa mission, sera préparée avec la collaboration des parties, mais décidée par un jugement (II, I09).

Les incidents probatoires sont généralement soulevés par *voie de conclusions [????] des* parties formulées ou déposées à l'audience. Les parties « plaident » pour soutenir le dispositif postulant l'autorisation de recourir à tel ou tel moyen de preuve et demandent une décision organisant la procédure probatoire autorisée. Le serment litisdécisoire ne peut être "provoqué" que par une partie au procès et ne peut être postulé par I'avocat qu'en vertu d'un mandat exprès ; il ne peut être déféré d'office (II, 112).

Le juge peut toutefois recourir d'office à la comparution personnelle, aux expertises, à la visite des lieux, au. serment supplétoire ; il peut d'office étendre l'objet des enquêtes ou les réduire aux seuls faits qu'il estime pertinents en la cause. La faculte donnée au juge de prendre d'office des mesures d'instruction lui permet, lorsqu'un incident probatoire lui est soumis, de l'écarter en *imposant une mesure autre.*

Le jugement autorisant (ou ordonnant d'office) une mesure d'instruction fixe le lieu, la date et l'heure des opérations.

S'il y a lieu à commission rogatoire, le tribunal laisse au juge commis le pouvoir de fixer par ordonnance la date à laquelle il accomplira ses devoirs et se bornera à fixer une date de remise utile (49) pour reprendre la procédure après l'accomplissement de la commission.

En cas d'expertise (ou de demande d'avis à un arbitre-rapporteur), le tribunal désignera l'expert et lui filera une date limite pour le dépôt de son rapport ; il fixera en même temps une date de remise utile (50) pour permettre aux parties de conclure sur le vu du rapport. C'est l'expert qui organise dans ce cadre l'agenda des opérations (art. 40 à 42) (II, 109, 111).

Si la procédure a été contradictoire, il n'y a pas d'obligation de signifier les jugements réglant les incidents probatoires, ceux-ci sont exécutoires sur minute. Si une partie fait défaut, elle doit être avisée de la mesure prise (voir art. 40, 46, 60, qui ont une portée générale), soit par signification, soit par sommation, soit par lettre recommandée du greffier. A défaut d'avoir informe la partie défaillante de la prosécution de la cause, le tribunal se trouverait dessaisi.

(49) L'incertitude quant aux délais dans lesquels le Juge commis accomplira sa mission a fait adopter l'usage du "renvoi au rôle général" (II, 5*4)* ; sauf si les parties consentent à une comparution volontaire, il y a lieu, au moment ou le juge commis a renvoyé les procès-verbaux d'auditions de témoins de ramener la cause à l'audience par une assignation avenir. Suivant les usages du bureau, les avocats peuvent s'engager à comparaître sans que leur client soit à nouveau assigné.

(50) A différence du juge commis rogatoirement, l'expert se voit impartir Un délai pour déposer son rapport; une remise de la cause à la première audience utile qui suit l'échéance de ce délai doit dès lors être préférée à un renvoi au rôle généra1.

Les jugements ordonnant des preuves ne sont pas susceptibles d'opposition, le texte de l'article 61 ne prévoit l'opposition que lorsqu'il y a "condamnation" (51).

Les jugements ordonnant des preuves ne sont susceptibles d'appel que dans le cas où ils préjugent du fond (art. 72).

Les demandes de preuves sont normalement formées devant le juge au premier degré, puisqu'on lui demande de dire la vérité légale quant aux faits. La juridiction d'appel, ayant à connaître du fond, peut toutefois reprendre ou compléter l'instruction des faits.

Aucune procédure probatoire n'est reçue par la Cour Suprême de Justice au degré de cassation (voir cependant « enquête de coutume » (II, 237).

B) Incidents de demandes provisoires.

Les parties peuvent demander des mesures provisoires:
a) de caractère *conservatoire* (scellés, séquestre) ;
b) de caractère proprement *provisionnel* (à *valoir* sur la demande);
c) d'un caractère *accessoire* au procès (Par exemple en matière de divorce: garde d'enfant, provision ad litem, provision alimentaire).

Ces demandes provisoires peuvent être formées dans l'assignation introductive ; en ce cas elles ne sont pas, au sens qu'en donne TREILHARD, des incidents rigoureusement parlant. Ces demandes peuvent cependant être formées également le procès pendant, comme de vrais incidents. De toute manière, elles peuvent aboutir à un jugement ne vidant pas la saisine, et, dans cette perspective, elles sont traitées en procédure comme des incidents.
Les demandes provisoires ne peuvent pas tenir en échec l'instruction des demandes principales. Il n'est pas rare qu'un même jugement jugé en un premier membre la demande provisoire et, en un deuxième membre, ordonne des mesures d'instruction.

(51) Cette application rigoureuse du texte nous semble être dans l'esprit qui a guidé le législateur de 1960 soucieux de faire obstacle aux manœuvres dilatoires des défaillants.

A l'inverse de ce qui a été dit pour les incidents probatoires, les jugements provisoires doivent être signifiés en vue d'exécution forcée.

Ces jugements n'ont pas l'autorité de la chose jugée :
1° ils sont susceptibles de rétractation en cours d'instance ;
2° ils cessent tous leurs effets (ou sont résorbés) par le prononcé du jugement définitif.

Les demandes provisionnelles peuvent être formées au premier degré et au degré d 'appel.
Les jugements prononçant une condamnation provisionnelle ou accessoire sont susceptibles d'appel; les jugements ordonnant des mesures conservatoires ne sont susceptibles d'appel que s'ils préjugent du fond ou s'ils font grief a l'appelant.

52. Les incidents pouvant se terminer par un jugement définitif

A. Incidents de procédure.

Une demande tendant à voir déclarer *nul* un acte de procédure peut viser l'acte introductif d'instance (l'assignation, l'acte d'opposition ou l'acte d'appel) et, s'il y est fait droit, mettre fin à l'instance (52) (entraînant éventuellement la péremption d'action, II, 80). Si la *demande incidente en nullité* porte sur un autre acte de procédure, en y faisant droit, le tribunal mettant à néant un acte (enquête, expertise, etc.) en efface tous les effets, mais reste saisi de la cause. Sur l'incident, le jugement est toutefois définitif.

Les *désistements d'instance, les demandes de délai* (de droit ou facultatives) ne donnent généralement pas lieu à jugement : le greffier se borne à acter l'accord des parties ; cependant, s'il y avait contestation, le tribunal serait appelé à prononcer un jugement définitif.

Les demandes tendant à obtenir le *dessaisissement du tribunal,* exception déclinatoire de compétence (II, 82), exception de litispendance ou de connexité (II, 83), de même que les demandes

(52) Les vices de l'assignation ne sont sanctionnés par la nullité de l'exploit et s'il en résulte un grief pour l'assigné , Kin. 28 février 1967, R.J., p. 249.

CHAPITRE IV

LA LIAISON DE L'INSTANCE AU PREMIER DEGRE DE JURIDICTION

SECTION I
LES ACTES SAISISSANT LE TRIBUNAL

53. La demande introductive d'instance

Le caractère accusatoire de notre procédure civile (I, 31 ; II, 15) exige, pour mettre en mouvement la juridiction, l'intervention d'un *demandeur (I,* 50), personne qui requiert l'intervention de la justice pour faire connaître et valoir son droit. Celui qui prend cette initiative est dit *demandeur principal,* il exerce *l'action principale* ; la demande principale détermine la compétence du tribunal et définit le pouvoir juridictionnel du juge *(principe dispositif).* Il reste toujours loisible au demandeur principal de réduire sa demande en cours d'instance, mais il ne peut, en principe, pas l'étendre (53) ; une *demande additionnelle* ou nouvelle action *connexe* pourra cependant faire l'objet d'une demande séparée dont la *jonction* (II, 83) peut être obtenue (54). Dans la pratique judiciaire, des demandes additionnelles sont cependant formulées par voie conclusion dans le cadre de l'instance pendante et elles sont recevables si les autres parties au procès ne s'y opposent pas.

Lorsque le ministère public prend l'initiative d'introduire une demande, il est également dit partie principale, bien qu'il n'ait aucun intérêt personnel, agissant pour le seul intérêt de l'ordre public menacé ou pour la protection des faibles.

54. La mise au rôle

Dès qu'une demande de droit privé est introduite au greffe, elle est portée au rôle général des causes civiles; le greffier lui donne un numéro d'ordre et indique l'audience à laquelle la cause pourra être introduite (en tenant compte des délais légaux).

(53) 11 est cependant loisible de faire une estimation provisoire non limitative qui permet de réeva1uer le montant de la demande...

[54) Voir notes 49 et 50. sous II, 51.

Tendant à modifier la composition du tribunal par la *récusation d'un juge* (ou de l'officier du Ministère public) doivent être vidés par un jugement définitif (II, 79).

Les demandes tendant à obtenir le *désaveu du mandataire* (avocat) sont liées aux demandes en nullité, puisqu'elles tendent à faire déclarer que les actes du mandataire ne lient pas la partie qui désavoue.

Si le juge se prononce par un jugement séparé sur les incidents de procédure, tels que définis ci-dessus, son jugement est définitif, en ce sens qu'il lie le tribunal et qu'il est susceptible d'être entrepris par les voies de recours. Dans bien des cas, le juge peut toutefois, par simple déclaration actée à la feuille d'audience, « *joindre l'incident au fond »,* ce qui veut dire qu'il ne se prononcera sur l'incident qu'au moment où il sera amené à se prononcer sur le fond de l'affaire, il invite dès lors implicitement ou expressément les parties à conclure au fond. Lorsque l'incident porte sur une récusation de juge, un désaveu de mandataire ou une demande de renvoi pour cause de litispendance ou de connexité, il n'est évidemment pas possible au juge de joindre l'incident au fond, et la prononciation d'un jugement définitif sur l'incident est nécessaire.

Les exceptions, peuvent être soulevées à tout degré de procédure même devant la Cour Suprême de Justice, dès que l'irrégularité de la procédure est produite ; cependant, lorsqu'une partie a conclu au fond sans soulever l'exception, elle est censée y avoir acquiescé; on exprime cette règle en disant que les exceptions doivent être soulevées *limine litis,* ce qui ne peut être pris à la lettre, puisque des évènements donnant lieu à incident peuvent se produire en cours d'instance et même durant les recours; une exception d'ordre public peut, au demeurant, être soulevée en tout état de cause et même être retenue d'office par la juridiction saisie, toute renonciation des parties étant nulle.

B. Incidents de fond

On désigne parfois sous le nom d'incidents de fond les demandes additionnelles, les demandes reconventionnelles et les demandes en intervention forcée ou volontaire (II, 55).

Dans tous ces cas, il s'agit de l'exercice d'une action en justice, requérant évidemment un jugement de fond qui par nature est définitif. Ces actions sont cependant "incidentes" par rapport à l'action qui a mis en mouvement le tribunal, désignée comme action principale. Le but de l'action incidente est d'obtenir du tribunal que, dans un seul jugement, une décision soit rendue qui réponde à l'action principale et aux actions incidentes qui y sont jointes. C'est la solution normale que le juge réserve à cette forme de demandes; cependant, si l'intérêt d'une saine justice l'exige, le juge peut disjoindre (II, 130) les actions.

Sauf si elles sont formées par voie de conclusions à l'audience, les demandes additionnelles ou reconventionnelles, et, à plus forte raison, les actions connexes, font 1'objet d'une inscription distincte au rôle; il appartiendra au tribunal d'en ordonner éventuellement la jonction (II, 83).

Le greffier établira des extraits du rôle relevant toutes les causes qui doivent être entendues à la même audience, soit comme affaires nouvelles, soit à la suite de remises ou d'avenir. C'est le rôle de l'audience. Le rôle de l'audience est affiché à l'entrée principale au tribunal conformément au règlement d'ordre intérieur des cours, tribunaux et greffes.

le greffier tient à jour le rôle général en y indiquant les diverses dispositions prises par le tribunal ou les parties: remises à date déterminée ou renvoi au rôle généra1. En cas de *renvoi au rôle général,* une nouvelle assignation *avenir* est en principe nécessaire pour ramener la cause à une audience; les parties peuvent toutefois s'engager, au moment du renvoi au rôle général, de comparaître volontairement à l'invitation de l'adversaire ; entre avocats, pareil engagement est d'usage ; en ce cas, le greffier est averti en temps utile pour pouvoir ramener l'affaire du rôle général au rôle d"une audience utile.

55. Les demandes incidentes

Une fois la demande principale introduite, il y a litispendance, ce qui permet à d'autres personnes de s'adresser à *la juridiction saisie* pour lui présenter leur propre action dans le cadre du même litige.

C'est avant tout la personne contre laquelle l'action est dirigée, le défendeur, qui peut former une *demande reconventionnelle* (II, 61), c'est-à-dire demander que, dans le rapport juridique dont elle est saisie, la juridiction prononce condamnation du *demandeur principal,* ou *demandeur originaire,* qui devient ainsi *défendeur sur reconvention (55*). Le demandeur peut encore soulever des questions soulever des questions préalables, des contestations accessoires de nature à conditionner ou à arrêter la marche du procès (56). Le demandeur peut enfin

appeler un tiers au procès, soit pour le *garantir,* soit pour entendre dire le *jugement commun* (II, 75), c'est-à,-dire pour que le jugement lui soit opposable.

{55) Strictement une demande reconventionnelle doit procéder de la même cause que l'action principale ; en fait les tribunaux on tendance à dire recevable toute demande du défendeur contre le demandeur fut-elle *ex dispari causa,* pourvu qu'elle ne retarde pas la solution de l'action principale. Une demande de jonction n'est pas une demande reconventionnelle. Elis., 23 Janvier 1950, R.J.,p. 111. Une demande de dommages-intérêts pour action téméraire et vexatoire est toujours recevable en vertu de l'article 149 de c. Org. Jud.

Mais un tiers peut aussi prendre l'initiative *d'intervention* (II, 61) dans un procès pendant, s'il justifie avoir un intérêt dans le litige au sujet duquel le tribunal est appelé (par d'autres) à se prononcer ; l'intervention peut se justifier, soit par l'intérêt direct de l'intervenant qui demande ainsi au tribunal d'apporter au litige une solution, dont il profite à l'exclusion des parties originairement à la cause, soit encore pour soutenir l'un des plaideurs en justifiant d'un intérêt juridiquement lié au succès de ce plaideur.

Appelé régulièrement au procès ou intervenant volontairement, le "tiers" devient partie au procès.

Le ministère public peut également intervenir comme partie au procès civil pendant; son intervention se bornera généralement à émettre un avis dans les causes intéressant l'ordre public, seul intérêt dont le Parquet soit responsable, en ce cas on le dit *partie jointe (57*).

Seront également considérées comme incidentes, les *demandes additionnelles* formées par le demandeur principal dans le cadre du procès pendant. En principe, le tribunal se prononcera, en un seul jugement au fond, sur la demande principale et les demandes incidentes (II, 133).

56. Les diverses formes de demandes

Suivant la nature de l'action, l'avancement du procès ou la qualité du demandeur, la demande peut revêtir la forme d'une assignation, d'une requête, d'une comparution volontaire, d'une plainte, de conclusions (verbales ou écrites) ou de réquisitions. L'aveu de cessation de payement saisit également le tribunal de la procédure en faillite.

(56) Ce sont les incidents de procédure au sens strict (1, 48).
{57} Voir note 17 sous I, 145.

57. L'assignation

L'assignation est un acte authentique signifié aux personnes appelées au procès (58).

Suivant l'article 2 du Code de procédure civile, c'est le greffier qui rédige les assignations d'après les indications du demandeur. Dans la pratique, les avocats rédigent les assignations et les remettent au greffier; celui-ci a cependant le devoir d'en vérifier la régularité (59).

L'assignation doit contenir toutes les indications nécessaires pour permettre au juge de définir son pouvoir dispositif et pour permettre à la personne assignée d'organiser sa défense. L'article 2 le précise : nom, profession et adresse du demandeur, permettant l'identification et la possibilité de le toucher, par missive ou exploit ; si le demandeur n'agit pas en nom personnel, il doit mentionner en quelle qua1ite (60) il agit (I, 44, p. 73); l'objet de la demande et les moyens qui la soutiennent doivent être énoncés au moins sommairement (61) permettant à l'assigné de préparer sa défense ; désignation du tribunal où la demande est portée, ainsi que lieu, jour et heure de 1'audience(62). Juridiquement, c'est le président de la juridiction qui est maître de ses audiences (art. 28, 34, 41 et 49 C. org. J) ; il fixe généralement une audience hebdomadaire d'introduction; i1délègue alors au greffier le soin de fixer les causes introduites à la "première audience utile", c'est-à-dire à une date qui laisse à l'huissier assez de temps matériel de faire la signification en respectant le délai d'attente, les délais de distance (art. 8 C. Pr. Civ.) (I, 102 , à 104) et les encombrements d'audience. Si l'huissier se rend compte, à la date de la signification, que ces délais ne sont pas respectés (II, 81), il doit prendre 1'initiative de demander le report de la date de l'audience pour assurer I'efficacité de son acte (6 3). Enfin, l'assignation doit être signifiée à la personne appelée en justice ; i1 faut à cet effet indiquer dans l'assignation ses noms, sa profession, son domicile.

(58) A. SOHIER: Droit de procédure du Congo belge, Bruxelles-Elisabethville, 1955, n° 41, p.30.

(59) On ne Pourrait invoquer le jugement, Coq., 6 avril 965 (R.J. 1965, p. 325) pour dégager la responsabilité du greffier; celui-ci ne peut évidemment pas être tenu responsable d'une erreur due à une information fausse fournie par un demandeur; il est cependant tenu de vérifier si la forme de l'assignation est conforme au prescrit légal.
Sur la responsabilité des greffiers : M. DEMEUS : Les fonctions du greffier en République Démocratique du Congo, Kinshasa, 1967.

(60) Sans indication de qualité, la demande est présumée être l'exercice de l'action personnelle du demandeur. Celui qui agit en qualité de tuteur, administrateur, créancier, curateur ou organe d'une personne juridique est qualifié pour exercer l'action d'une autre; il doit mentionner ; il ne doit pas justifier dans l'assignation ; il ne devrait ce faire que si sa qualité est contestée. La Cour Suprême de Justice a cependant dit irrecevables les pourvois introduits par des personnes morales, 1orsque n'étaient pas joints à la requête, une expédition des statuts et un document justifiant les pouvoirs de la personne physique agissant en qualité d'organe de la personne morale : C.S.J., sect.jud.,.3 février 1971 (R.J., p. 25) ; 4 mai 1971 (R.J. 1972, p; 37) ; 7 juillet (R.J., 1972, p. 118) ; 7 décembre 1971 (R.J. 1972, p. 123). Les prodigues et les faibles d'esprit (art. 290 C.C.L.-I) exercent eux-mêmes leurs actions; le conseil judiciaire doit cependant les "assister" et cette assistance doit être mentionnée à la demande. Il en irait de même de la femme mariée, dans le cas où sa loi nationale la dit incapable.

Dès lors que les droits de la défense sont respectes, les tribunaux se montrent très larges, permettant de suppléer en cours d'instance aux ambiguïtés (cf. Stan., 28 octobre 1953, J.T.O.M. 1936).

Le greffier (64)et les huissiers sont qualifiés pour faire la signification. Cette signification peut être faite verbalement ou par missive.

(61) Une formulation ambiguë de la demande expose le demandeur à l'exception *obscuri libelli ;* il en irait de même d'une absence totale de l'indication des moyens qui ne permettrait pas à l'assigné de connaître sur quoi se fonde la demande.
La jurisprudence se montre. cependant fort large sur ce point: 1ère inst. Léo., 6 novembre 1956, (J.T.O.M., *1958, p.*58).
Notons qu'il y va de l'intérêt du demandeur de formuler sa demande et d'exposer ses moyens dès l'assignation afin d'éviter que le défendeur puisse en tirer argument pour tarder à conc1ure jusqu'au moment où les conclusions du demandeur auront explicité la demande.

(62) Voir supra (II, 30),la procédure en abréviation des délais.

(63) Une erreur du greffier ou de l'huissier dans la computation des délais entraîne leur responsabilité et par voie de conséquence celle de l'Etat; normalement, pareille faute ne donne cependant pas lieu à dommages et intérêts, la faute étant réparée à suffisance par une nouvelle assignation en bonne forme et la non imputation des frais pour l'assignation nulle.
Jugé que les délais d'assignation ne sont pas prescrits à peine de nullité et que le défendeur peut renoncer à s'en prévaloir; on a même juge que pour pouvoir invoquer la nullité de l'inobservance de délai, il fallait prouver le préjudice et que le tribunal peut se déclarer saisi, quitte à renvoyer la cause a une date ultérieure pour permettre à l'assigné de préparer sa défense (Kinshasa, 7 novembre 1967, R.J., 1968, p. 187; Cf. Léo., 9 juin 1959, J.T.O.M., 1959, p. 123).

(64) Le seul greffier qualifié pour signifier une assignation est celui de la juridiction saisie de la demande ; Léo., 17 novembre 1949 (R.J., 1950, p. 94) ; les huissiers, agissant sur ordre du greffier du tribunal saisi, ont compétence pour signifier les assignations à toutes personne domiciliée dans le ressort du tribunal de première instance près duquel ils ont été nommés.

La signification verbale se fait en n'importe quel lieu si elle est faite à la personne (ou pour une personne juridique à son organe) ; elle sera également valablement faite au domicile(65) de l'assigné (ou en son siège social) si l'huissier y parle à un parent (66), un allié, le maître ou un serviteur (67); ce n'est que dans le cas où l'huissier n'a pu trouver ni I'assigné ni I'une des personnes mentionnées à l'article 4 a1.2 qu'il peut, après avoir acté ce défaut, remettre copie de son exploit à un voisin, au chef (6 8) ou au bourgmestre, en leur recommandant de la faire parvenir à l'intéressé. Lorsque l'assigné, ses parents, alliés, serviteurs ou maître trouvés à son domicile ou son siège, ou le voisin trouvé sur les lieux, refusent de recevoir la copie, l'assignation n'en est pas moins réputée valablement faite; lorsque le chef ou bourgmestre refusent de signer la copie (ce qui se produira si l'intéressé ne paraît plus dans la circonscription), l'huissier en prend acte. L'exploit de l'huissier doit relater les circonstances de la signification et les incidents éventuels ; l'original de l'exploit fait retour au greffe du tribunal saisi et constitue la première pièce du dossier soumis au juge. Une copie de l'exploit est laissée à l'assigné ou à la personne qui, en son absence, a valablement reçu l'assignation.

L'assignation par missive se fait en dressant au greffe un exploit mentionnant l'envoi d'une copie de cet acte, sous pli fermé mais à découvert (c'est-à-dire sans enveloppe de manière à ce que l'adresse et le cachet de la poste figurent au verso du document) et avec avis de réception (ou un récépissé) à dater et à signer par l'assigné ou par l'une des personnes qualifiées pour recevoir l'assignation verbale à domicile (69). La date à prendre en considération pour la computation des délais est en ce cas, non celle de la rédaction de l'exploit, mais celle de la réception du pli (70).

L'assignation par édit et missive est pratiquée lorsque la personne assignée n'a pas de résidence ni de domicile sur le territoire de la République, mais une résidence ou un domicile connu à l'étranger ; l'assignation est nécessairement faite en ce cas par missive (voir ci-dessus), mais, en outre, l'assignation est affichée à la porte principale du tribunal où la demande a été introduite. La date à prendre en considération pour la computation des délais est, en ce cas, la date de l'exploit relatant l'envoi et l'accomplissement de la formalité d'affichage.

L'assignation par édit et publication se pratique lorsque l'assigné n'a aucun domicile connu, ni au Zaïre, ni a l'étranger ; ici une copie de l'exploit est affichée à la porte du tribunal et une copie est publiée au"Journal officiel"(72). Les délais courent à dater de l'affichage, formalité à consigner dans l'original de l'exploit.

L'original et la copie de l'exploit, quel que soit le mode de signification, doivent porter la signature de l'huissier ou du greffier ; aucun texte ne l'exige expressément, mais c'est la signature qui permet de vérifier si l'exploit a bien été dressé par l'officier ministériel qualifié pour faire les assignations.

(65) La distinction de la "résidence" et du "domicile" est un souvenir de l'ère coloniale, où l'on admettait que les coloniaux gardaient au pays d'origine un domicile (lieu du principal établissement) alors qu'ils avaient en Afrique une résidence (lieu de leur demeure habituelle). Cf. M. VERSTRAETE, Droit civil du Congo belge, T. I., les Personnes et la Famille, T.I., Bruxelles, 1956, n° 130 et 132 II, p. 169 et 173.

(66) Jugé qu'est nulle l'assignation signifiée à un parent sans mentionner que la signification a été faite au domicile (Elis., 22 juillet 1953, J.T .O.M., 1954, p. 69).

(67) Tout employé d'une personne morale, au siège de la société, association ou fondation peut valablement recevoir l'assignation.

(68) Jugé que l'assignation d'un militaire remise à l'Etat-Major de son unité est valable (Distr. Ht. Katanga, R.J., 1964, p. 26).

58. La requête

La requête est un écrit que le demandeur dépose au greffe (73), par lequel il sollicite une intervention de la Justice sans en avertir préalablement les autres parties intéressées ; c'est une dérogation ,au principe du contradictoire qui se justifie particulièrement pour des solutions provisoires (préalables à un procès contradictoire) ou en l'absence de tout contentieux. C'est le procédé ordinaire pour saisir la juridiction gracieuse (II, 263).

(69) Même lorsque l'accusé de réception n'est pas rentré, mais que le tribunal a la preuve (ou seulement la conviction) que le pli a été remis. il se déclare saisi (1ère inst. Léo., 2 novembre 1961 R.J.C., 1962, p. 35); (1ère inst. Kins., 27 février 1965 R.J., 1965, p. 51).

(7O) La preuve de la remise peut être faite par la signature de l'avis par l'agent des postes: *Léo.,* 20 avril1952, R.J. p. 153.

(71) 1ère inst Léo., 27février 1965, R.J. 1966, p. 51.

(72) L'art. 7 et 3 du C. proc. civ. dit "un Journal officiel".

(73) Bien que la loi n'ait pas imposé expressément au greffier de rédiger les requêtes, une extension analogique de l'article 2 du C. Pr. Civ. impose au greffier de rend ce service aux parties illettrées ou inaptes à dresser de pareils écrits. Il ne me semble pas cependant que cette bonne obligeance puisse engager la responsabilité du greffier ou de l'Etat Le greffier répondant, bien entendu, de ses fautes graves ou de sa mauvaise foi suivant le droit commun.

Certaines procédures préalables à l'assignation en justice sont également introduites par voie de requête ; il en est ainsi des demandes d'abréviation des délais, des saisies mobilières conservatoires, des oppositions à la disposition des droits immobiliers, des demandes de description des contrefaçons, des séquestres ; il sera procédé de même pour, désigner un conseil ou un tuteur *ad hoc, q*ualifié pour représenter en justice un incapable ou un absent (II, 31). Dans les cas où la femme mariée serait - suivant son statut personnel - incapable d'exercer l'action, une ordonnance est sollicitée par voie de requête pour suppléer au refus d'assistance du mari (Il, 29); dans les procès de recherche de paternité où, pour des raisons de convenance, une tentative de conciliation préalable à l'assignation est imposée au demandeur, la cause doit également être introduite par voie de requête.

La procédure de l'investiture (art. 50 C.C.-L. II) organise la mutation de droits immobiliers pour cause de décès par la voie d'une *ordonnance sur requête,* la requête devant être préalablement publiée aux fins d'inviter, toute personne qui pourrait faire valoir des droits concurrents ou préférentiels, à une intervention contentieuse. Il est enfin des cas où le législateur a prévu la possibilité de saisir le tribunal par voie de requête pour éviter que la partie appelée au tribunal n'abuse des délais de l'assignation pour énerver l'action en justice; il en va ainsi dans le cas de saisies conservatoires (saisie-arrêt et saisie mobilière, art. 106 à 119 et 137 à 139 c. Proc. Civ.) ; ces mesures préalables doivent être suivies d'une assignation en bonne et due forme dans le délai fixé par la loi ou par le juge (art. 109, 138 C. Proc. Civ.) (Il, 283, 284).

C'est dans le même esprit que la voie de requête a été autorisée pour les demandes en faillite(74) lorsqu'il y a lieu de craindre que le débiteur défaillant détourne l'actif en profitant des délais imposés par la procédure d'assignation. Les droits de la défense du failli ne pourraient en ce cas s'exercer que par la voie de l'opposition (D. 27 juillet 1934, art. 26), mais le bon usage des juges zaïrois est de faire convoquer le failli, fût-ce par téléphone, du jour de l'audience (75).

(74) A. SOHIER, o.c. n° 45, p. 31. La voie normale de la demande en faillite est l'assignation. Malgré le texte de l'article 4 qui n'indique que l'aveu (du défaillant) et la requête, il a été juge que la voie de la requête constitue une mesure exceptionnelle requise en cas d'urgence. Léo., 28 septembre 1955 (J.T.O., 1956, p. 108); cette procédure exceptionnelle de la requête se justifie par le fait que le siège social est abandonné (1ère inst Léo., l8 janvier 1961 et 1ère inst Léo., 9 février 1961 (R.J., 1963, p. 124, avec note).

C'est encore par voie de requête que le tribunal est saisi des demandes de concordat préventif à la faillite, mais cette requête ne tend pas rigoureusement à la solution d'un litige ; elle tend à obtenir l'homologation d'un accord avec la majorité des créanciers, liant la minorité qui n'accepterait pas l'accord (D. 12 Décembre 1925, art. 2) ; il n'en est pas moins vrai que le juge est appelé à prendre une décision en forme de jugement, liant éventuellement des tiers qui n'acquiescent pas aux propositions; il convient dès lors, pour sauvegarder le caractère contradictoire de la procédure, de leur offrir la possibilité de faire connaître leur point de vue.

Les demandes d'aliments de l'enfant naturel et les demandes de frais de gésine doivent être faites par voie de requête (art. *210* b-c. C.C. L. I) auxquelles le juge répond en convoquant les parties en chambre du conseil par lettre recommandée; faute « d'ententes des parties » ou en cas de défaut (du père présumé), le juge rend une ordonnance renvoyant les parties devant le tribunal. Cette procédure préalable est évidemment prévue par souci de discrétion et du respect de l'ordre des familles, autant que dans le but d'une conciliation.

Dans les procédures de recherche de paternité, article 210 a, le texte « *après avoir constaté la recevabilité* le juge décide suivant les circonstances de la cause si l'enfant a pour père celui qu'il réclame », prête à confusion. Si ce préalable du constat de la recevabilité peut se faire - ainsi que le rapport du conseil colonial semble l'entendre - dans le corps du jugement sur le fond, i1 est superf1u de l'expliciter dans le texte ;il est de droit commun que le juge ne se prononce que sur des causes recevables; si l'on veut y donner le sens que le juge examinera d *'office* la recevabilité, le texte n'ajoute rien au droit commun, puisqu'il s'agit d'une contestation d'état où l'ordre public impose au juge d'appliquer la loi *ex officio.* Ce texte ne peut donc avoir d'autre sens que d'imposer une *procédure préalable,* qui, pour les motifs de discrétion et du respect de l'ordre des familles, doit être introduite

par voie de requête, suivie d'une procédure contradictoire en chambre du conseil. L'assignation en réclamation d'état ne pourrait être lancée que sur ordonnance déclarant la demande recevable.

(75) Jugé que le tribunal a pour obligation de convoquer le débiteur pour provoquer un débat contradictoire, 1ère inst. Kasaï, 11 septembre I950 (R.J., 1951, p. 34, avec note) ; jugé toutefois que si la notification de la requête au débiteur est une mesure de prudence, elle n'est pas obligatoire du tout, Rwanda, 23 novembre 1960) R.J., 1961, p. 12).

La requête est également le moyen ordinaire de saisir les juridictions du travail. L'artic1e 143-2 du code du travail parle de la possibilité de saisir le tribunal par une requête verbale ajoutant que le greffier, en dresse acte et le soumet à la signature du requérant (v. note 21ci-dessus). Cette requête introduisant une cause contentieuse impose au greffier le devoir de convoquer les parties (par lettre recommandée remise à personne contre avis de réception) à l'audience fixée par le Président de la juridiction saisie.

Dans les procédures de recherche de paternité, article 210 a, le texte « *après avoir constaté la recevabilité* le juge décide suivant les circonstances de la cause si l'enfant a pour père celui qu'il réclame », prête à confusion. Si ce préalable du constat de la recevabilité peut se faire - ainsi que le rapport du conseil colonial semble l'entendre - dans le corps du jugement sur le fond, i1 est superf1u de l'expliciter dans le texte ;il est de droit commun que le juge ne se prononce que sur des causes recevables; si l'on veut y donner le sens que le juge examinera d *'office* la recevabilité, le texte n'ajoute rien au droit commun, puisqu'il s'agit d'une contestation d'état où l'ordre public impose au juge d'appliquer la loi *ex officio*. Ce texte ne peut donc avoir d'autre sens que d'imposer une *procédure préalable,* qui, pour les motifs de discrétion et du respect de l'ordre des familles, doit être introduite par voie de requête, suivie d'une procédure contradictoire en chambre du conseil. L'assignation en réclamation d'état ne pourrait être lancée que sur ordonnance déclarant la demande recevable.

(75) Jugé que le tribunal a pour obligation de convoquer le débiteur pour provoquer un débat contradictoire, 1ère inst. Kasaï, 11 septembre I950 (R.J., 1951, p. 34, avec note) ; jugé toutefois que si la notification de la requête au débiteur est une mesure de prudence, elle n'est pas obligatoire du tout, Rwanda, 23 novembre 1960) R.J., 1961, p. 12).

La requête est également le moyen ordinaire de saisir les juridictions du travail. L'artic1e 143-2 du code du travail parle de la possibilité de saisir le tribunal par une requête verbale ajoutant que le greffier, en dresse acte et le soumet à la signature du requérant (v. note 21ci-dessus). Cette requête introduisant une cause contentieuse impose au greffier le devoir de convoquer les parties (par lettre recommandée remise à personne contre avis de réception) à l'audience fixée par le Président de la juridiction saisie. Cette convocation mentionne le lieu, la date et l'heure de l'audience ainsi que l'objet de la demande (art. 143-4).

59. La comparution volontaire

La comparution volontaire est un mode d'introduction d'instance au premier degré qui se rapproche du compromis d'arbitrage (II, 250) le litige étant délimité par l'accord des deux parties, le tribunal compétent se trouvant toutefois désigné par la loi au lieu d'un arbitre tenant ses pouvoirs de la convention des parties (76). Aux termes de l'article 12 du Code de procédure civile, la déclaration des parties est actée par le greffier et signée par les parties; le vœu de la loi serait cependant parfaitement réalisé par le dépôt de conclusions signées des parties; la comparution personnelle des parties à l'audience n'est pas requise (77). Le recours à cette procédure est rare dans notre jurisprudence.

Par contre, il est fréquent qu'un vice de l'assignation soit couvert par la comparution de l'assigné ; s'il s'abstient de soulever les irrégularités de l'assignation et a fortiori s'il déclare expressément les couvrir ; cette comparution consentie alors que l'assigne eut pu s'y soustraire est appelée par extension "comparution volontaire" ; celle-ci n'exige nullement les formes prévues par l'article 12. Par contre, un acte radicalement nul, inexistant, ne saisit pas le tribunal; le défendeur ne peut ni tacitement ni expressément suppléer au néant (I, 99); seule une comparution volontaire, en la forme prescrite à l'article12, peut en ce cas remplacer l'acte nul et saisir , le tribunal (7 8).

(76) A. SOHIER: o.c.., n° lO3, p. 51.

(77) Un jugement de 1ère inst. Léo., 20 mai1931 (R.J., 1932, p. 118) semblait 1'exiger ; à bon droit SOHIER, loc. cit., critique cette décision.

(78) Jugé que lorsque le défendeur a comparu sur une assignation faite par une personne qui n'a pas qualité pour assigner devant les tribunaux zaïrois, e.lle doit être dite *inexistante* et ne peut être couverte par le fait que la partie adverse s'est présentée à l'audience d'introduction (formulant au demeurant des réserves). Léo., 2 octobre 1956 (R.J., 1956, p. 415).

60.La plainte

En attendant l'installation du réseau des tribunaux de paix sur toute 1'étendue de la République, l'article 168 du Code de l'organisation judiciaire a prévu, par mesure transitoire, le maintien des tribunaux de zone.

Ces juridictions continuent à fonctionner suivant la procédure en vigueur avant la promulgation de l'O.L. du 10 juillet 1968 pour les tribunaux de ville, de territoire, de commune, de chefferie ou de secteur.

En matière de droit privé, ces juridictions sont saisies par une "plainte" des citoyens, indiquant l'atteinte portée à leur droit et désignant l'auteur, le responsable on le répondant de ce tort, dont ils demandent réparation. Bien que les coutumes traditionnelles aient connu d'autres voies d'action, on peut considérer que, sous l'influence des autorités administratives et judiciaires coloniales, ces procédures sont tombées en désuétude et que la plainte, telle que définie ci-dessus, soit le seul moyen de saisir les tribunaux du Décret du 15 avril 1926.

61. Les conclusions des parties et les réquisitions du ministère public

Les conclusions sont formulation motivée de la demande des parties; elles prennent la forme d'un « projet de jugement » proposé au juge, sauf à formuler le dispositif, non en forme de décision, mais en forme de yoeu (79). Par voie de conclusions, les parties qui sont déjà au procès peuvent éventuellement étendre leurs demandes ou former des demandes nouvelles.

(79) La formule consacrée: "plaise au tribunal.." n'est pas sacramentelle, mais exprime bien l'intention du concluant.

En principe, le demandeur épuise son action en formant l'assignation introductive d'instance ; les conclusions peuvent expliciter la demande et développer les moyens, mais ne peuvent normalement pas constituer une demande nouvelle(80); une réévaluation ou une rectification de la somme réclamée n'est cependant pas considérée comme demande nouvelle, non plus que la majoration en cours d'instance d'une demande de dommages-intérêts (81) ,1orsque le préjudice s'est aggravé depuis le jour de l'assignation. Les demandes provisionnelles qui se bornent à demander qu'une partie de la demande soit adjugée avant de poursuivre la demande du solde n'est évidemment pas nouvelle. Cependant, cette interdiction de former une demande nouvelle n'est pas d'ordre public ; une demande additionnelle formée par voie de conclusions par le demandeur originaire et donc recevable si le défendeur ne s'y oppose pas.

Le défendeur peut former une *demande reconventionnelle* ; ceci se produit lorsqu'il ne se borne pas à la défensive, tendant à faire échouer la demande principale mais formule à son tour une demande (II, 55).

Suivant certains auteurs (82) pareille « demande » devrait se fai*re* par voie d'assignation, quitte à demander en suite *la jonction des causes* si celles-ci se révèlent être connexes (83) ; la jurisprudence a adopté des solutions plus libérales permettant de formuler les demandes reconventionnelles par voie de conclusions, dès qu'il existe entre les deux demandes un lien de connexité, même si elles ne procèdent pas de la même cause, quitte a *disjoindre les demandes* si la solution de la demande reconventionnelle a11ait retarder indûment la solution de la demande principale (84). Ma1gre 1es termes très généraux de l'article 148 du Code de l'organisation judiciaire permettant la prorogation de compétence "quels que soient la nature et le montant" des demandes reconventionnelles, celles-ci ne seraient pas recevables si elles n'avaient entre elles d'autre lien que l'identité des parties. L'intérêt d'une compensation judiciaire serait toutefois suffisant pour qu'une demande *ex dispari causa so*it recevable par voie de conc1usions (85).

(80) Léo., 24 septembre 1929 (Doctr. Jur. col., 1930-1931. p. 249) (voir aussi demandes nouvelles au degré d'appel, II 194).

(81) 1ère inst. Elis., 16 juin 1950, R.J., 1951, p, 32 ; Léo., 14 Juin 1955, , p.336 ; Léo.,
12 juillet 1955 (R.J., 1955, p. 358). Kin., 28 novembre 1967, R.J .l968, p.194; 12 mars 1968, R.J., 1969, p. 34 ; 23 juin 1970, R.J., p. 270.
(82) Cf. A. GOHR in Nouvelles de Droit colonial T. II, n° 767 et seq.
A. SOHIER : o.c. N° 114, p. 55, sou tient qu'en principe toute demande reconventionnelle devrait se faire par voie de "citation" (lisez d'assignation).
(83) La loi ne définit pas la connexité ; le juge du fond apprécie souverainement s'il y
a entre les deux demandes un lien tel qu'il soit de bonne justice d'instruire et de juger les deux demandes ensemble. cf. CORNU et FOYER, o.c., p. 143.

Le défaut du demandeur fait obstacle à ce que le défendeur introduise une action reconventionnelle par voie de conclusions (86).

C'est encore par voie de conclusions que sont introduites devant le tribunal saisi "les demandes fondées sur le caractère vexatoire ou téméraire d'une action" (art. 149 C. Org. Jud.). Bien qu'aucun texte ne l'ait expressément prévu, c'est la solution implicite aux dispositions de l'article précité.

Un texte exprès (art. 141 C.C.-L. I) prévoit que lorsqu'une demande en divorce est pendante "la demande reconventionnelle en divorce peut être introduite par un simple acte de conclusions" ; « la demande reconventionnelle » en divorce peut être introduite en tout état de cause et, normalement, le tribunal doit se prononcer par un seul et même jugement sur le mérite des deux demandes (87).

(84) Des solutions disparates ont été retenues par la jurisprudence, comparez : 1ère inst. Léo., 3 novembre 1951 (R.J., 1952, p. 250) ; Elis., 10 avril 1956 (R.J., 1958, p. 273) ; 1ère inst . Léo., 15 avril 1957 (RJ., 1963, p. 98) ; Elis., 11 juin 1957 (R.J., 1957, p. 372; ; Elis., 22 octobre 1957 (R.J., 1958, p. 145); 1ère inst. Elis., 19 août 1959 (R.J., 1962, p. 132); 1ère inst. Urundi, 15 février 1961 (R J.R.B., 1962, p. 95) ; Elis., 15 mars 1960 (R.J., 1962, p. 22) ; Elis-, 5 mai 1964 (RJ. 1964, p. 253) ; Elis., 26 mai 1964 (R.J., 1964, p. 265) ; Léo., 24 novembre 1965 (R.J., 1965, p. 195) qui toutes admettent la demande reconventionnelle par voie de conclusions - mais dans des circonstances différentes- quitte à recourir à la disjonction.

Jugé toutefois que la demande reconventionnelle qui ne tend pas à anéantir l'action principale ou à en réduire les effets n'est pas recevable (1ère inst. Stan. 22 juillet 1956).

(85) Elis.. 15 mars 1960 (R.J., 1962, p. 22) citant Laurent XVIII. N° 478-80 ; COLIN et CAPITANT, T. II n° 347 ; *contra DE PAGE II*, n° 661 B.

(86) 1ère inst. Elis., 16 mars 1950 (R.J, 1950, p. 119 avec note); comparez cependant 1ère inst. Léo., 2 février 1927 R.J. 1928, p. 16) ; 1ère inst. Léo., 18 août 1955 (JTOM, 1956, p. 58).

Les interventions volontaires peuvent également se faire par voie de conclusions déposées à l'audience à laquelle la cause est entendue (Il, 55) ; les conclusions déposées au greffe ne pourraient avoir pareil effet, *le* greffier n'ayant pas qualité pour recevoir ces actes ; si des conclusions ont été déposées au greffe (et éventuellement communiquées aux parties à cause) par la partie intervenante, sa comparution (*ou* représentation) à l'audience sera nécessaire pour que l'intervention soit reçue.

Lorsqu'une cause est pendante devant une juridiction civile en une matière en laquelle le ministère public aurait été qualifié pour agir par voie d'action principale (par une assignation), il peut *a fortiori* agir comme *partie intervenante,* (I, 149) (88). Il procédera en ce cas par voie de *réquisition (8*9). Ces réquisitions du ministère public constituent l'exercice d'une action; le ministère public partie demanderesse sur intervention aura la parole avant le défendeur ; il pourra exécuter le jugement s'il est fait droit à sa demande ; s'il succombe, une partie des frais (en proportion de l'ampleur de la procédure requise par son intervention) sera mise ou laissée à charge du Trésor (II, 300).

62. Le renvoi

Les juridictions peuvent également être saisies par une décision de renvoi rendue par une autre juridiction. Le renvoi décrété par la Cour Suprême de Justice après cassation opère toujours la saisine du tribunal de renvoi (II, 230 à 240). En cas de connexité, le renvoi à un autre tribunal saisi de la cause connexe, emporte toujours un élargissement de la saisine du tribunal de renvoi. Le renvoi pour cause de litispendance n'opère généralement pas de saisie nouvelle du tribunal de renvoi, puisque par hypothèse ce tribunal est déjà saisi de la même cause entre les mêmes parties ; il se peut cependant que la demande renvoyée soit plus ample que celle dont le tribunal de renvoi était déjà saisie en quel cas la saisine, se trouvera élargi comme si une demande additionnelle avait été introduite.

(87) La disjonction de demandes réciproques en divorce ne pourrait se justifier dans le cas où le demandeur par reconvention aurait introduit sa demande dans un but dilatoire ou s'il usait de manœuvres retardant indûment l'instruction de sa demande.

La jurisprudence s'est montrée trop large, à notre avis; admettant le prononcé du divorce sur demande principale en laissant en suspens la demande du défendeur (1ère inst. Burundi, 17 octobre 1962 (R.J., 1963, p. 14) ; Kinshasa, 18 avri1 1967 (R.J., 1967, p. 259).

(88) Voyez la controverse en droit belge, in Rép. Dr. B., Bruxel1es-Paris 1936 ; v° Ministère public, n° 181, T. VIII, p. 187.

(89) Tout comme c'est à tort qu'on désigne le ministère public comme *partie jointe* (II, 50) alors qu'il n'est pas partie au procès, c'est par une fâcheuse confusion de langage que l'on parle de l'"intervention" du ministère public et de ses "conclusions", voire de ses "réquisitions", lorsqu'il est appelé à donner un "avis" (I, 149 ; II,117).

PAGE D'ORIGINE 66

Signalons encore le renvoi qui peut être ordonne par le tribunal de Sous-région siégeant comme juridiction d'annulation (II, 226) et la faculté de renvoi déféré au tribunal principal de chefferie ou de secteur ainsi qu'au tribunal de ville et, au tribunal de Zone (II, 157).

63. Le moment de la liaison de l'instance

A la différence du juge répressif qui dispose de certains pouvoirs dès le dépôt du dossier (III, 96 à 97), le tribunal civil ne se trouve saisi qu'a la date de la première audience et lorsque l'une des parties aura comparu et y aura demandé jugement ou, qu'en présence de toutes les parties, une remise de la cause aura été décidée par le juge (II, 65). Dans le cas où la demande est introduite par voie de requête, notamment en matière de faillite, le président du tribunal peut cependant ordonner la convocation du failli dès le dépôt de la requête. Nous ne traitons pas ici du cas où une procédure (distincte) de juridiction gracieuse a été introduite préalablement à l'exercice de l'action. Entre parties les rapports juridiques se trouvent affectés dès la signification de l'assignation : la partie demanderesse a arrêté ses prétentions de droit; la partie défenderesse est "mise en demeure".

SECI'ION 2
LE PRINCIPE DISPOSITIF

64. La notion de principe dispositif

Les tribunaux reçoivent de par la loi un pouvoir juridictionnel délimité par la compétence matérielle et territoriale. En matière de droit privé, les tribunaux ne peuvent toutefois user de cette compétence que dans la mesure où ils en sont priés par les parties au procès (90). Ce sont les demandes (principales ou incidentes) qui délimitent le pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire la mesure dans laquelle le tribunal est saisi (91). En ce sens, les parties "disposent" du pouvoir juridictionnel.

Toute demande a nécessairement un *objet* ; ce qu'elle sollicite du tribunal ; el1e se fonde sur *des faits* portés à

la connaissance du tribunal ; elle repose sur une *cause;* la règle de droit régissant les faits allégués.

65. L'objet du procès

L'objet du procès est "ce qui est demandé au tribunal". Ce sera, par exemple le paiement d'une somme de x zaïres, la dissolution d'un mariage, le constat de la nullité d'un acte, la démolition d'un ouvrage, la restitution d'un objet, etc.

Le juge est lié de manière *absolue* par l'objet du procès, il doit répondre à toutes les demandes formées par toutes les parties; sa réponse sera de les écarter si elles sortent du cadre de sa compétence, si elles ne sont pas "régulières en la forme", si elles ne sont pas « recevables » ; sa réponse sera de les rejeter si elles ne sont pas « fondées » ; sa réponse sera de faire droit aux demandes qui rentrent dans sa compétence, lorsqu'elles sont régulières en la forme, recevables et fondées. Ceci est vrai pour les demandes introductives d'instance comme pour les demandes incidentes. En aucun cas, il ne pourra omettre d'en traiter dans son jugement.

(90) En comparaissant devant la juridiction et en formulant respectivement leurs demandes et défenses, on peut apprécier que les parties ont exprimé *un consensus à* voir la cause délimitée par leurs conclusions soumises à la juridiction ; de là l'expression de *contrat judiciaire* que retiennent plusieurs auteurs et dont il est encore fait usage dans la pratique judiciaire. Le rapport juridique créé entre parties par la saisine du tribunal suivant la volonté unilatérale du demandeur ne répond cependant pas à la notion de "contrat" qui suppose un concours de volonté (I,41) : il en va autrement lorsque intervient un *compromis d'arbitrage* par lequel les parties concluent un véritable contrat (I, 14; II, 250).

(91) *"Le procès civil est la chose des parties"* CORNU et FOYER, o.c. pp. 365 et 372.

Le juge ne peut jamais apporter au litige une solution qui ne lui a pas été demandée, quand même il estimerait que « sa » solution serait plus adéquate aux intérêts légitimes des parties. Par exemple, à une demande de résolution de vente, le juge ne peut pas répondre par réduction du prix ; à une demande de recherche de paternité, il ne peut répondre en allouant des aliments.

Cependant, les parties peuvent former à cote d'une *demande principale* des *demandes subsidiaires* ; dans ce cas, le juge doit examiner d'abord la demande principale et ce n'est que dans ce cas où il rejette la demande principale, qu'il doit examiner la demande subsidiaire (92). Il arrive cependant que les parties, - surtout lorsqu'elles agissent sans conseil - se bornent à exposer des faits et attendent la solution équitable sans (pouvoir) la formuler.

Dans ce cas, le juge peut interpeller le demandeur pour lui faire préciser ce qu'il attend du tribunal, sauf s'il devait faire droit à une exception *de' « obsc.uri libelli »* (II, 80) que le défendeur pourrait invoquer.

66. Les faits dont est saisi le tribunal

Le juge ne peut faire état dans son jugement de faits non allégués par les parties; ceci veut dire qu'il ne peut invoquer des faits qu'il connaîtrait de science personnelle (93) ; il ne peut même pas suggérer aux parties d'en faire état ; il est cependant admis que si un fait n'est pas expressément libellé, mais qu'il résulte des données des demandes que pareil fait est déterminant pour la solution du procès, le juge peut d'office s'enquérir de l'existence et des circonstances de ce fait. Le juge peut également faire état de *faits notoires* et de *faits d'experience commune (94)* quand même ils n'auraient pas été allégués par les parties.

(92) Léo., 11 Juin 1959 (R.J., 1960, p. 217).

(93) Cette conception du rôle du juge, empruntée au système accusatoire du droit français, s'écarte de la tradition africaine où le juge, saisi d'une demande, recherche "la vérité" par tous les moyens même hors le prétoire. En se référant à la Déclaration universelle des Droits de l'homme, la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le régime procédural s'infléchisse vers des techniques plus "inquisitoriales" (I, 31-39), pourvu que soit finalement respecté le principe du contradictoire (I, 32-38), qui veut que les parties aient l'occasion de contredire tous les faits que le juge estime pertinents pour justifier ou pour rejeter la demande. La jurisprudence des tribunaux zaïrois - suivant une tendance universelle de la doctrine

judiciaire - tend prudemment à donner plus de pouvoirs au juge (note l2, sous I, 38) cf. CATAA et TERRE.

Les faits notoires sont ceux que chacun est censé connaître, par exemple que le 30 juin, fête nationale, est un jour chômé. Les faits d'expérience commune sont ceux que chacun sait, sans, avoir une formation spécialisée, par exemple qu'à huit heures du matin, il fait jour à Kinshasa ; lorsque le juge envisage de faire état de ces faits (qui normalement ne doivent pas être prouvés), il sera prudent d'en avertir les parties enfin de leur permettre, sinon de les contester, du moins d'en vérifier la pertinence et leur incidence sur les faits de la cause.

C'est encore en application du principe du dispositif que le juge tient pour établies les allégations non contestées (95) et a fortiori les allégations reconnues exactes par les parties adverses ; ces faits ne doivent pas être prouvés, sauf s'ils sont invoqués en une matière d'ordre public (par exemple, pour motiver un divorce) pour prévenir la *collusion* des parties. Le juge ne retiendra pas non plus une allégation non contestée qui heurte la logique ou le bon sens ou qui est en contradiction avec un fait notoire ou d'expérience (96).

67. La cause de la demande

La cause de la demande est la règle de droit sur laquelle se fonde la prétention du demandeur. Celui-ci n'est pas oblige de fournir cette information au juge ; il ne doit pas indiquer le texte juridique ni formuler la « qualification » du rapport juridique ou des faits invoqués. Cependant, si le demandeur appuyait sa demande *expressément et exclusivement* sur une règle de droit et qu'il apparaît au juge que cette règle ne régit pas le cas d'espèce, ce1ui-ci ne pourrait pas d'office appliquer le droit adéquat (97) (sauf le droit impératif en matière d'ordre public ; II, 69) ; il a été jugé, à bon droit, cependant (98) qu'à défaut d'une limitation formelle du pouvoir juridictionnel formulé dans la demande "la nature juridique du litige… est déterminée et limitée par ce que l'action tend à obtenir (c'est-à-dire par l'objet) nonobstant les termes qui motivent cette action".

(94) *Fr.* RIGAUX: La nature du contrôle de la Cour de Cassation, Bruxelles 1966, p. 98 et seq. L'auteur y parle encore de *faits nécessaires à la connaissance du droit* visant notamment les publications de promulgation ou d'abrogation de texte législatifs, ainsi que des *faits normatifs* tels que la jurisprudence. Il n'est pas douteux que le juge puisse ou doive connaître ces faits qui déterminent le droit applicable (II, 122).

(95) De là la formu1e de style que les avocats insèrent dans leurs conclusions: "..: contestent tous les faits allégués et non expressément reconnus".
Rappelons que le "défaut' du défendeur ne peut être considéré en droit zaïrois comme acquiescement, mais au contraire, comme la plus rigoureuse des contestations.

(96) Pour l'application de cette règle dans les droits socialistes, voir A. SZPUNAR : "Le rôle du juge et des parties au procès" *in* syllabus des cours professés a la Faculté de
droit International de droit comparé, La Haye, 1960, p. 3.

Jugé également que la partie qui est qualifiée de propriétaire alors qu'elle est usufruitière ne peut en tirer une fin de non-recevoir alors que l'objet de la demande rentre dans le cadre de ses obligations d'usufruitière (99).

68. Le droit applicable

En traitant de la cause (II, 67), nous avons signalé déjà en quelle mesure le tribunal est lié par1a qualification et la référence à la règle sur laquelle se fonde la demande. Bien souvent, le seul énoncé de la qualification sera déjà un renvoi au droit qui régit l'institution désignée..

Par ailleurs, en toute matière où ne s'applique pas le droit impératif , les parties peuvent librement se référer au droit coutumier, au droit étranger, comme à la 1oi des parties (c'est-à-dire aux classes contractuelles) ; si les parties sont en désaccord sur la loi applicable, le juge aura à juger entre les deux thèses opposées quel droit régit les rapports litigieux ; si les parties sont d'accord sur le droit applicable, le juge ne peut pas s'en écarter (l00) sauf si l'ordre public national y fait obstacle.

(97) Léo., 8 octobre 1946; R.J., 1947, p. 19.

(98) R.U., 3 avril 1956 .R.J. 1956, p. 373.

(99) L'shi., 8 avril 1969, R.J., p. 204.

CHAPITRE V

LE PROCES CONTRADICTOIRE AU PREMIER DEGRE DE JURIDICTION

SECTION 1
L'AUDIENCE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

71. La comparution et la représentation des parties.

A l'appel de la cause, le greffier constate la comparution ou la non comparution des parties; (II, 138). En matière civile, les parties peuvent toujours être représentées. L'ordonnance-loi 68/248 du 10 juillet l 968, réserve aux avocats et défenseurs judiciaires le monopole de la représentation en justice (I, 171, 173). L'avocat, porteur des pièces de son client, est présumé avoir mandat pour le représenter en justice (105).

Les personnes morales comparaissent valablement par leurs organes (administrateurs, gérants; représentants 1égaux) mais pas par leurs employés, fussent-ils conseillers juridiques. Les incapables comparaissent par leurs représentants (père, tuteur, curateur) ou avec l'assistance de leur conseil.

Devant les juridictions du travail, les parties peuvent se faire représenter par un travailleur ou par un employeur appartenant à la même branche d'activité économique ou par un représentant de l'organisation professionnelle à laquelle elles sont affiliées (art. 143.5 Code de procédure civile, tel que complété par la loi du 5 janvier I 973).

71 bis. Le règlement du rôle.

En vertu de son pouvoir réglementaire, chaque président de juridiction fixe l'une de ses audiences (hebdomadaires) pour l'introduction des causes.

(105) L'avocat, porteur des pièces du procès ne doit justifier d'aucune procuration spéciale pour représenter son client à l'audience et pour y défendre ses droits et intérêts, Kin., 13 août 1972, R.J., p. 189.

A l'ouverture de cette audience, le greffier (ou le juge) fait lecture du rôle des affaires nouvelles fixées à cette date (II, 54) ; le greffier prend acte de la comparution ou de la défaillance des parties à la cause. .

Nous examinerons au chapitre VII les procédures à suivre en cas de défaillance des parties.

Si les parties comparaissent et que la *cause est* en *état d'être jugée,* le juge peut retenir l'affaire ; il peut, sur le champ, rendre un jugement sur les bancs ou reporter, s'il échet; le débat jusqu'après la lecture du rôle. L'affaire ne sera dite "en état" que si les parties ont échangé leurs dossiers ainsi que leurs conclusions, épuisant les moyens de procédure et de fond et que les faits ne sont pas contestés ou sont établis par les pièces du dossier. Il est malheureusement rare que les causes puissent être traitées avec pareille célérité.

Les parties peuvent soulever des incidents de procédure qui doivent être vides avant que le fond du litige puisse être abordé (II,92): les parties peuvent proposer la récusation d'un (ou plusieurs) juge (s), les juges peuvent d'ailleurs peuvent d'ailleurs estimer eux-mêmes devoir se récuser (II, 79).

L'existence d'une cause connexe pendante devant la même juridiction peut justifier la *jonction* des causes (II, 83).

La litispendance de la même cause, ou d'une cause connexe, devant une autre juridiction peut justifier le *renvoi* à cette juridiction ; un conflit (positif ou négatif) irréductible de juridiction ou l'impossibilité de composer le tribunal, peut amener un *règlement de juges* (II, 84).

Le défendeur peut soulever une exception déclinatoire de compétence et peut amener le tribunal à se déclarer incompétent (II, 82). Le défendeur peut demander un délai pour *mettre* en *cause* un *tiers* (II, 75).

Les parties peuvent demander *remise* de la cause pour prendre connaissance du dossier de leur(s) adversaire(s) et pour conclure (Il, 76).

Le défendeur (ou le défendeur sur reconvention) pourra invoquer, lorsque son adversaire est commerçant,

qu'il n'est pas immatriculé au registre de commerce ou qu'il n'a pas mentionné son numéro d'enregistrement dans sa demande (art. 30 D. 6 mars 1951) (II, 77).

Ce sont là autant de moyens dilatoires, qui n'éteignent pas l'action mais la retardent, soit en obligeant le demandeur de réintroduire son action en due forme et devant la juridiction compétente, soit d'aller suivre l'instance devant une juridiction de renvoi, soit encore d'attendre les délais accordés par le juge pour vider l'incident ou pour régulariser la procédure ou la composition du tribunal.

Mais les parties peuvent également lever des *moyens péremptoires* tendant à rejeter définitivement l'action. On les nommera *fin de non-recevoir* si elles permettent d'écarter l'action avant tout examen du bien-fondé des prétentions de droit formées dans la demande.

Le jugement constatant le *défaut de capacité* (II, 86) ou le *manque de qualité* (II,87) du demandeur ou du défendeur ne permet plus de réintroduire l'action entre ses parties; une réassignation, pour la même cause, entre parties qualifiées, introduit une demande "autre".

Le *défaut d'intérêt, l'illicéité* de la demande ou *l'immoralité* de sa cause, l'autorité de la *chose jugée* obligent également le tribunal à rejeter définitivement la demande (II, 88, 91 ,92).

Enfin, les défenses au fond permettent la c*ontestation des faits allégués* (II, 93) et la *contestation du droit* (Il, 114) dont l'adversaire prétend demander 1'application (voir section 3 et 4 de ce chapitre).

Tenant compte de ces incidents de procédure et de fond, de la nécessité d'instruire les faits de la cause et de discuter du droit applicable, le président de l'audience introductive accorde les remises nécessaires pour mettre les causes « en état » ; il profite généralement de ces demandes de remises pour répartir les affaires entre les différentes chambres, s'il en est; pour cause d'encombrement du rôle, le président peut également renvoyer des affaires, fussent-elles en état, à une audience ultérieure ou devant une autre chambre. C'est *le règlement* du *rôle.*

Soulignons que la remise lors de l'audience introductive d'instance, n'est possible en droit zaïrois, que lorsque toutes les parties ont comparu (II, 141).

72. L'élection de domicile des parties.

A l'audience introductive d'instance, lorsque toutes les parties comparaissent mais que n'intervient pas un jugement sur les bancs, dessaisissant le tribunal, celui-ci *peut* exiger que les parties qui ne sont pas domiciliées dans le ressort du tribunal fassent élection de domicile dans ce ressort ; à défaut de ce faire, toutes les significations seront valablement faites au greffe du tribunal saisi (art. 16 C. Pr. civ.). Il faut entendre que l'élection de domicile n'est obligatoire que sur invitation du tribunal ; qu'il suffit qu'il y ait eu invitation pour qu'a défaut d'élection de domicile les significations puissent se faire au greffe, sans que le juge ne doive prendre une décision dans ce sens (par ordonnance ou jugement) ; si l'invitation du juge n'a pas été faite à l'audience d'introduction, elle peut se faire à toute audience ultérieure à laquelle les parties comparaissent.

On peut regretter que les tribunaux fassent si peu usage de cette faculté qui aurait pour effet d'abréger les délais. On peut souhaiter qu'un texte plus rigoureux intervienne, imposant par exemple 1'élection de domicile du demandeur dans le ressort du tribunal dès le dépôt de l'assignation, à l'instar de ce qui est prévu pour la procédure devant la Cour Suprême de Justice (II, 232).

73. Le prononcé de l'huis clos

Lorsque le juge estime soit d'office, soit à la demande du ministère public ou de l'une des parties, que les conditions sont réunies pour déroger à la règle de la publicité des audiences, il ordonne le huis clos (I, 34, II, 49, 50) pour une instance déterminée. Le huis clos est généralement prononcé avant l'ouverture des débats, mais rien n'empêche le juge d'interrompre les débats pour prendre cette mesure s'il échet. L'huis clos, une fois prononcé, vaut jusqu'à la clôture des débats jusque dans les audiences ultérieures de la cause; il ne peu être maintenu pour le prononcé du jugement qui se fait toujours en audience publique (Const. art. 9).

SECTION 2
LES INCIDENTS DE PROCEDURE

74. Les exceptions et moyens de défense

Le régime des exceptions a été exposé clans la théorie des incidents (1I, 47 à 52) ; il est apparu opportun de retracer ici la succession diachronique des actes de procédure tels qu'ils se présentent le plus souvent dans le déroulement de l'instance.

Sur l'historique de ces techniques de procédure, il nous faut envoyer le lecteur aux auteurs spécialisés (l 06).

Dans l'état actuel du droit zaïrois, il y a lieu de retenir que, parmi les moyens dont dispose le défendeur pour s'opposer à une demande, il en est qui, sans toucher le fond, c'est-à-dire sans contester les faits al1égués ni le droit que le demandeur prétend appliquer à ces faits, viennent contrarier l'action ; ces moyens peuvent avoir pour effet de retarder la solution du litige sans annihiler l'instance (exceptions dilatoires) ; ils peuvent avoir pour effet de mettre fin à l'instance devant le tribunal saisi, par l'effet d'un renvoi devant une autre juridiction (exception de litispendance ou de connexité); ils peuvent encore avoir pour effet de mettre fin à l'instance sans faire obstacle à ce que l'action soit réintroduite par une nouvelle demande devant la même juridiction ou devant une autre juridiction (exceptions déclinatoires) ; enfin, ces moyens peuvent tendre à paralyser définitivement l'action (exceptions péremptoires ou fin de non-recevoir), ne permettant plus de réassigner (II, 47).

Les moyens de fond, contestant les faits allégués ou le droit invoqué, épuisent évidemment aussi l'action. On parle parfois *d'exceptions péremptoires de fond,* lorsqu'un moyen est invoqué, touchant le fond, mais permettant de rejeter d'emblée la demande sans qu'il soit nécessaire de vérifier tous les faits ou de répondre à toutes les articulations juridiques de la demande (II, 47).

(106) JAPIOT : La théorie des exceptions de procédure, in Rec. pér. Proc. civ., 1961, p. 7 et seq. SOLUS et PEROT, Droit judiciaire privé, Paris, 1961. T. I, n° 308, p. 285 et seq.

TABLEAU ANNEXE AU N° 74 LES MOYENS DE DEFENSE

Moyens de forme	*Exceptions dilatoires*	*Solutions postulées*
	- pour mise en cause d'un tiers (II, 75)	Remise
	- litispendance d'une cause connexe devant une juridiction répressive	Non procéder
	- pour défaut de communication des pièces et/ou des conclusions (II, 76)	Non procéder (107)
	- pour faute d'immatriculation au registre de commerce (II, 77)	Non procéder (108)
	- abandon de résidence par la femme demanderesse en divorce (II, 78)	Non procéder (108)
	- manque de provision pour couvrir les frais (II, 78 bis)	Non procéder
	Déclinatoires	
	- la récusation de magistrat (II, 79)	Modification de la composition du tribunal (109)
	- la nullité de la demande (II, 80)	Anéantissement de l'instance
	- le mépris de la procédure (II, 81)	
	- l'incompétence du tribunal (II, 82)	Anéantissement de l'instance
	- la litispendance ou la onnexité (II, 83, 84)	Renvoi (110)
	composition du tribunal (109)	
(Moyens touchant éventuellement le ond sans le vider)	***Péremptoires : fins de non-recevoir***	
ecevoir	***n-recevoir***	
	89)	
-	- chose jugée (II, 89)	Irrecevabilité de l'action
	- inexistence d'une partie (II, 85)	
	- incapacité des parties (II, 86)	Irrecevabilité de l'action
	- défaut de qualité des	Irrecevabilité de l'action

	personnes estant en justice (II, 87)	
	- manque d'intérêt (II, 88)	Irrecevabilité de l'action
	- illicéité de la demande (II, 90)	Irrecevabilité de l'action
	- immoralité de la cause (II, 90)	Irrecevabilité de l'action
-		
Moyens de fond	- contestation des faits (II, 93 à 95)	Débouté
	- demandes probatoires incidentes (II, 94 à 113)	Jugement avant dire droit
	- contestation du droit (II, 114 à 17)	Débouté
	avant dire droit	

(107) Les ord. du pr. pr. de la C.S.J. du 7 juin 1973 ont prévu la remise pour défaut ou tardiveté de communication des conclusions (art. 11). Jugé que la "perte d'un dossier",fût-il le fait du greffier, ne peut justifier des remises indéfinies : Kin., 21 décembre 1967, R.J, 1968, p. 199.

(108) La régularisation de la situation permet de reprendre la prosécution de la cause.

(109) Suivant que la composition régulière peut se faire sur le champ ou non, l'affaire sera remise ou poursuivie.

(llO) La demande suit alors, devant le tribunal de renvoi, la prosécution de la cause connexe ou identique.

75. Demande de délais pour mettre en cause un tiers

Le défendeur peut avoir un intérêt légitime à appeler au procès un tiers que le demandeur a omis d'assigner (intervention forcée), soit pour entendre dire que le tiers sera garant des condamnations éventuelles qui pourraient être prononcées contre lui ; soit pour provoquer une liaison d'instance directe entre le demandeur originaire et le tiers, soit simplement pour obtenir jugement commun (opposable au tiers).

Le Code de procédure civile (art. 27) donne expressément droit au défendeur d'obtenir remise pour mettre le *garant* en cause. Pour que cette exception soit "de droit", il faut que le tiers appe1é à la cause soit réellement garant en vertu de la loi ou d'une convention (111). La jurisprudence (112) admet cependant que le *responsable* peut être assimilé au garant et d'une façon plus générale qu'une remise ne peut être refusée, pour s'assurer que toutes les parties utilement mises en cause aient été appelées au procès. Si pareille demande avait un but purement dilatoire ou si la nature de la demande requérait une solution urgente qui ne pourrait guère être influencée par l'absence du tiers au procès, le tribunal pourrait cependant refuser la remise (l13).

(111) 1ère inst. Stan., 28 octobre 1949 (R.J., 1950, p. 148) : Elis., 29 mars 1955, (R.J., 1955, p.197).

(112) Elis.,3 déc. 1949, (R.J., 1950, p. 95) ; E1is., 7 février 1950 (R.J., 1950, p. 134) et Elis., 29 mars 1955, p. l91).

75 biS. Le criminel tient le civil en état

Cet adage indique que les juridictions civiles, saisies d'une cause connexe avec une affaire répressive, doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que le procès pénal soit vidé.

Pour décider de la surséance, il faut:

1° que le juge civil se trouve dans l'impossibilité de se prononcer sur la demande civile sans préjuger des faits

et de la responsabilité pénale sur lesquels la juridiction répressive est appelée à se prononcer (114) ;

2° que les poursuites soient effectivement entamées, soit par l'ouverture de l'instruction (III, 39) soit par la citation directe.

La surséance doit être décrétée même si les poursuites sont entamées après l'introduction et l'instruction de l'affaire civile ; si la clôture des débats a déjà été prononcée, l'ouverture des poursuites justifie une réouverture des débats. La surséance ne prend fin que lorsque le jugement du tribunal répressif est coulé en force de chose jugée.

76. La communication des pièces et conclusions

Le caractère contradictoire de la procédure exige que les parties connaissent les moyens que 1eur adversaire compte soumettre au tribunal (115) ; nous avons signa1é (Il, 57) l'intention qu'il y a pour le demandeur de faire connaître ses moyens dans l'assignation, afin de prévenir des retards ; il n'est pas toujours possible (ou raisonnable) de développer ces conclusions dans le corps d'un exploit ; le plus souvent la demande ne se fonde pas simplement sur des faits allégués dont la preuve est offerte, en cas de dénégation, mais sur des documents (contrats, correspondance; etc.) qui tendent à établir le bien-fondé de la demande. Le juge doit refuser le dépôt des pièces non communiquées (116).

(113) 1ère inst. Ruanda-Urundi, 8 sept. 1960 (R.J.B.R.. 1961, p. 17).

(114) L 'shi., 13 août 1971, R.J. 1972, p. 66.

(115) 1ère inst. Elis., 28 mai 1930 (R.J. 1930, p. 276)

.

Généralement, cet incident trouve sa solution dans une remise d'audience aux fins de permettre cette communication.

77. Le défaut d'inscription au registre de commerce

Tout commerçant, demandeur en justice (au principal ou sur reconvention) (117), doit être immatriculé au registre de commerce (art. 30 D. 6 mars 19 51); bien que le texte parle d'une "fin de non-recevoir" le contexte qui dit qu'elle peut être couverte par une immatriculation opérée en cours d'instance, fait apparaître qu'il s'agit en réalité d'une *exception dilatoire* qui fait obstacle à ce qu'il soit procédé tant que l'immatriculation n'a pas été faite.

78. Abandon du domicile assigné à la femme demanderesse en divorce

La femme qui abandonne, sans autorisation du juge la résidence qui lui a été assignée peut ... être déclarée non recevable à continuer ses poursuites (art. 153). Cette règle parle de "recevabilité" à poursuivre la procédure et doit être entendue comme une *fin de non procéder* qui prend fin dès que la femme réintègre la résidence assignée (118) ; on peut se demander toutefois si le mari défendeur ne pourra pas tirer argument de la persistance de la fugue pour obtenir que soit mis fin à l'instance ; il n'est pas douteux qu'il pourra éventuellement en tirer argument de présomption d'inconduite dans une demande reconventionnelle, qui elle ne serait pas paralysée par ce manquement de l'épouse.

78 bis. Le défaut de provisions

Une autre *fin de non procéder* résulte du défaut de consigner aux mains du greffier les provisions nécessaires pour couvrir les actes de procédures requis (II, 301). Cette fin de non recevoir peut être soulevée par la partie qui n'a pas intérêt à voir suivre une procédure, elle sera retenue d'office par le juge que le greffier ne manquera pas d'avertir.

(116) 1ère inst. Elis., 6 mars1950 (R.J., 1950, p. 154), voir aussi note 3 ci-dessus.

(117) Kin., 11 août 1970, R.J., p. 218.

(118) H. DEPAGE: Traité élémentaire de droit civil belge (Bruxelles, 1939, T. I, n°950, p. 998 ; Léo., 24 septembre 1963, R. Jud. C. p. 94).

Sauf si une partie annonce son intention de fournir la provision (et pourvu qu'il reste suffisamment de crédit pour couvrir les frais de l'ordonnance de remise) la cause est renvoyée au rôle général ; à la demande d'une partie, ou d'office si les provisions sont insuffisantes ou si la partie en défaut de provisionner est défaillante à l'audience, la cause peut être rayée du rôle.

79. le déport et la récusation de magistrats

Lorsqu'un magistrat du siège ou du parquet composant1e tribunal se trouve dans une des conditions prévues par l'article 76 du code de 1'organisation judiciaire ou de l'article 67 du statut des magistrats (119), il doit se récuser (I, 121); si cette situation se révèle à l'audience introductive d'instance, la solution sera le renvoi à une autre chambre ou à une audience ultérieure de la même chambre dont la composition sera modifiée ; si une partie était défaillante, la remise serait impossible et une substitution de magistrats devrait être opérée pendant l'audience. Lorsqu'il s'agit d'un déport à l'initiative du magistrat intéressé, le plumitif d'audience se borne à mentionner la modification de la composition du tribunal, sans aucune indication de la motivation..

Si une partie estime qu'un magistrat du tribunal se trouve dans les conditions du déport et qu'il n'en a pas pris l'initiative, elle peut proposer sa récusation (l 20).

(119) A. RUBBENS : L'indépendance des magistrats en République démocratique du Congo, Bruxelles, 1966, pp..37-38. Les assesseurs des Juridictions du travail peuvent être récusés (art. 143-7 C., 5 avril 1973).

(120) La procédure de récusation est rarement mise en oeuvre ; le déport spontané est de règle ; si, par inadvertance, un juge a omis de se récuser, alors qu'il se trouvait dans les conditions pour ce faire, il peut s'incliner au vu de la déclaration du récusant, mettant ainsi fin à l'incident; s'il ne se trouve pas dans ces conditions, il a le devoir d'exercer sa fonction (I, 182) sans se laisser intimider par les parties.
Signa1ons que 1a procédure « congolaise », antérieure à la mise en application du Décret du 8 mai 1958 qui n'est intervenu que le 15 avril 1960 (A.R. du 15 mars1960), est périmée; 1'O.-L. du 10 juillet 1968 reprend en ses articles 78 à 83 le régime de la récusation du Décret de 1958,sauf en son article 77 (remplaçant l'article 90) du fait que toutes les juridictions zaïroises siègent actuellement avec un greffier.

La proposition de récusation doit se faire avant l'ouverture du débat par une déclaration motivée et actée au greffe. Le greffier pourra toutefois se borner à acter la comparution au greffe et la remise d'une déclaration écrite ; le juge qui n'estimerait pas à propos de donner suite à la demande de récusation doit en faire déclaration par écrit dans le délai de deux jours ; cette déclaration indiquera les motifs pour lesquels le juge prétend rejeter la proposition ; elle doit être communiquée à la partie récusante en vertu du principe du contradictoire. Le dossier est communiqué au ministère public (121).

C'est la juridiction à laquelle appartient le juge qui statue, toutes les affaires cessantes sur la récusation. Il convient, lorsque la chose est possible, que le juge récusé ne siège pas (122). 11 nous est d'avis cependant que la lecture des tex tes ne lui interdit pas de siéger, tandis que les contingences des structures judiciaires du Zaïre peuvent faire obstacle à composer le siège sans le concours du juge visé par la proposition de récusation. .Le juge récusé ne peut être considéré comme *partie* au procès de récusation. Cette solution trouve appui en ce qu'au premier degré, le tribunal statuant sur la proposition de récusation, ne peut prononcer aucune condamnation: il prend – en la forme d'un jugement - une mesure accessoire à l'œuvre de juridiction (I, 81). Relevons encore que le juge récusé ne peut en appeler, tandis qu'un recours *(appel* dit l'article 80) est ouvert à la partie récusante.

Le tribunal peut décider pour cause d'urgence qu'il sera passé outre aux débats nonobstant appe1.

A défaut de disposition particulière, l'appel du récusant doit se faire en la forme et dans les délais ordinaires (II, 184). Si la juridiction d'appel confirme le jugement, elle peut infliger une peine (art. 81) ; elle ne le fera que si elle juge que le récusant a agi avec malice; à la demande du juge récusé -qui doit en ce cas faire la preuve du préjudice -la juridiction d'appel peut également condamner le récusant à payer des dommages-intérêts.

(121) La récusation intéressant l'ordre' public, l'avis du ministère public est toujours requis (voir exposé des motifs du D. du 8 mai 1958, in C.R.A. du Conseil colonial, 1958, p. 383).

(122) En droit français, le juge ne peut siéger pour statuer sur sa propre récusation (V. SOLUS et PEROT, o.c. n° 792 à 797, pp. 675 à 687 et CHAUVAUX CARRE,T. III, quest. 1299); la jurisprudence belge est hésitante ; comparez Cass. 18 novembre 1857 (Pas. I, 59) et 1ère Inst. Bruges, 18 avril 1908 (Pas. III, p. 177).

Si la juridiction d'appel infirme le jugement et récuse le magistrat, toute la procédure faite avec son concours est annulée, y compris le jugement au fond; la cause est *renvoyée,* soit au premier tribunal autrement composé, soit à une juridiction voisine du même degré. Le refus de déport, alors que les conditions de récusation se trouvaient réunies, peut être imputé à faute au magistrat et donner lieu à des mesures disciplinaires (I, 181 à 183).

L'article 78 du Code de l'organisation judiciaire impose de proposer la récusation avant l'ouverture des débats par une déclaration au greffe ; or, la composition du tribunal n'est pas toujours connue à 1'avance par les comparants; nous pensons devoir maintenir, pour le juge civil, l'opinion que nous émettions au sujet du juge pénal (III, l45), à savoir que les parties peuvent demander remise en vue de proposer la récusation. La récusation étant d'ordre public et la proposition de récusation devant se faire *in limine litis* (123), on peut s'inquiéter du sort d'un jugement rendu par un juge, alors que ce n'est qu'en cours d'instance qu'il est apparu qu'il n'aurait pas pu juger : ce jugement est entaché d'un vice qui permet d'en demander l'annulation au degré d'appel (124) (ou en cassation s'il est rendu au dernier degré) ce moyen devra d'ailleurs être invoqué d'office; le ministère public a la faculté de former un recours pour ce motif. Si le jugement n'est pas attaque ; il est cependant exécutoire et se coule en force jugée malgré son vice. Hors les recours, voies de nullité n'ont pas lieu contre les jugements. .

80. L'exception de nullité de la demande

Nous nous sommes expliqués sur le caractère non-formaliste de la procédure zaïroise (I, 89). Une demande sera dite irrecevable lorsque l'acte ne répond pas aux fins en vue desquelles il a été institué (I, 91) ; i1 en sera ainsi lorsque les parties ne sont pas désignées sans équivoque ou lorsque le demandeur n'aura pas indiqué son domicile ou lorsqu'il agit comme représentant, en quelle qualité, il est à la cause ou lorsque la demande est inintelligible (obscuri libelli) (125) ou lorsque la cause n'est pas indiquée ou lorsque le tribunal, le lieu et la date de l'audience ne sont pas indiquées. L'exception de vice de forme ne sera retenue que dans la mesure où les droits de la défense (art. 28 C. ; pr. civ.) n'ont pas été respectés (126) ; en comparaissant sans soulever le moyen de 1'irrégularité de la forme, l'adversaire est sensé avoir couvert le vice (II, 92), on ne peut jamais présumer que le défendeur défaillant ait couvert les nullités (lI, 139). Le juge se déclare cependant d'office non saisi lorsque l'acte est inexistant (I,99), ou lorsque des formes prescrites à peine de nullité ont été violées.

(123) Tant que le tribunal n'est pas dessaisi par un jugement définitif, le déport volontaire du juge reste possible ; en ce cas, toute la procédure engagée est nulle et doit être reprise devant un autre juge.

(124) Léo., 25 octobre 1956 (R.J., 1957, p. 92) ;Cass. b., 12 juin 1958 (J.T.O.M. 1958, p. 116).

Lorsque l'acte est "inexistant" ou absolument nul, les parties ne peuvent y suppléer, mais elles peuvent saisir le tribunal par comparution volontaire (II, 59), en respectant les formes requises par cette procédure, tout comme elles peuvent réassigner en bonne et due forme.

81. L'inobservance des délais

Toute partie appelée devant le tribunal a droit à un délai d'attente augmente du délai des distances, dont le but est de laisser au défendeur le temps d'organiser sa défense. L'inobservance de ces délais donnerait lieu à une exception de nullité de l'acte incriminé ; la nullité de l'assignation introductive de la demande fait tomber l'instance, laissant toutefois la possibilité de réintroduire la cause par une nouvelle assignation (II, 57). Parfois cette inobservance des délais est due à la négligence des huissiers (ou du greffier) (127), ce qui pourrait entraîner la responsabilité civile de l'Etat (I, 186). Lorsque les défendeurs comparaissent malgré l' inobservance des délais et

s'abstiennent de soulever le moyen, ils couvrent ce vice qui n'est jamais d'ordre public; s'ils soulèvent 1'exception, il suffira que le tribunal leur accorde un délai supplémentaire pour qu'ils se trouvent généralement sans grief (128); il est rare que dans ces conditions les défendeurs s'accrochent à l'exception qui prendrait aisément l'allure d'un abus de droit; nous avons connu des cas où le juge faisant droit à l'exception, ordonnait ensuite la détaxe des frais de l'assignation nulle par la faute des organes de I'Etat.

(125) 1I ne faut pas s'attacher à des qualités de style, ce qui importe, c'est que l'assigné ait compris : Elis., 7février 1931 (R.J., 1931, p.214); 1ère inst. Ruanda-Urundi; 22 mars1932 (RJ., 1933, p. 42); il ne suffit cependant pas de soutenir que le défendeur sait par ailleurs quelles sont les prétentions du demandeur: 1ère inst. Leo., 20 1evri_r 1952 (R.J., 1952, p. 263).

(126) Kin, le 12 mai 1970, R.J., p. 258.

(127) Elis., 28 janvier 1939 (R.J., 1940,p. 41).

(128) 1ère inst. Elis., 20 mars 1952 (R.J., 1952, p. 268) ; Kin., 7 novembre 1967; (R.J. 1968, p. 107).

Lorsque le défendeur fait défaut, son acquiescement à renoncer aux délais ne se présume évidemment pas, et l'octroi de remise pour assurer les droits de la défense est exclu ; en ce cas, le tribunal doit se déclarer *non saisi* (II, 139).

82. Le déc1inatoire de compétence

Aucun tribunal ne peut valablement juger hors des limites de sa compétence (1, 233 à 242); cette règle est d'ordre publique et le tribunal doit vérifier d'office si les demandes portées devant son prétoire rentrent dans sa compétence. Si le tribunal estime être compétent sans qu'une partie ne l'ait contesté, il se bornera à le mentionner sans motivation dans son jugement final; s'il estime n'être pas compétent, il doit motiver son dessaisissement sans aborder le fond.

Si un défendeur soulève l'exception d'incompétence, le tribunal devra en tous cas motiver la réponse à cet incident (129).

En toute matière où les parties peuvent conventionnellement déroger aux règles de la compétence (I, 235 et 239), la comparution du défendeur, sans réserves ni protestations, fait présumer son acquiescement à la prorogation de compétence ; en aucun cas, une partie défaillante ne pourra être présumée avoir acquiescé à la prorogation de compétence (130) (II, 139).

Pour ce qui est de la compétence régie par les règles d'ordre public, le Ministère public doit soulever le moyen et le tribunal doit le retenir d'office.

83. Les exceptions de litispendance et de connexité

La *litispendance* (I, 290) suppose que la même affaire ait été engagée entre les mêmes parties (l31) devant deux tribunaux compétents relevant de la même souveraineté; pour éviter une contradiction entre deux jugements, l'un des tribunaux doit se dessaisir (art. 166 C. pr. civ.); l'article 152 du code de l'organisation judiciaire indique quelle juridiction aura la priorité (132) ; c'est la juridiction qui s'efface qui doit décider le renvoi en forme d'un jugement ; l'expédition de la décision de renvoi doit être transmise avec les pièces de la procédure déjà accomplie devant la juridiction qui demeure saisie; cette juridiction pourra faire état des éléments fournis par 1a procédure faite devant les autres juges.

(129) L'shi., 15 septembre 1972, (R.J., p. 196).

(130) Léo., 15 décembre 1931 (Jur. col. 1930-1931, p. 344) ; Léo., 16 septembre 1952 (RJ., 1952, p. 296).

PAGE 88 DE L'OUVRAGE

Le renvoi pour cause de litispendance est nécessaire parce que d'ordre public; il doit être demandé par le ministère public qui en aurait connaissance et doit même être ordonné d'office.

Il y a *connexité* (II, 291) entre deux instances lorsque - quand même il n'y aurait pas identité de parties et de demande - la solution apportée à l'une risque d'être inconciliable avec la solution apportée à l'autre (133). Lorsque deux affaires connexes sont pendantes devant le même tribunal, il y a lieu a *jonction* (134).

Les parties peuvent également demander le renvoi d'une cause à un autre tribunal (en vue de jonction) lorsque cet autre tribunal est d'un rang supérieur (art. 153 C. Org. jud.) ou s'il est de même rang, lorsqu'il est déjà plus avancé dans la procédure.

Le renvoi pour cause de connexité ne peut se faire sans l'accord d'une partie qui serait à la cause au tribunal qui se dessaisit sans être en cause au tribunal de renvoi, si celui-ci a déjà rendu un jugement.

(131) il n'y a pas de litispendance (mais connexité) 1orsqu'entre mêmes parties une action tend au déguerpissement du locataire à l'échéance d'une prorogation légale de bail, tandis que l'autre tend au retrait de la prorogation légale : Kin., 21 décembre 1967 (R.J., 1963, p. 199).
A défaut d'identité des parties, la litispendance ne peut être retenue quand même il serait prétendu qu'une partie au procès n'est qu'aux droits de l'autre partie dans le procès parallèle : Kin., 28 février 1967 (R.J., p. 252).
(132) 1ère inst. L'shi., 10 mai 1967 (RJ., 1970, p. 296).
(133) Léo., 5 juin 1953 (J.T.O.M. 1954, p. 22) ; Kin., 16 février 1971 (R.J., 1971, p. 250).
(134) Kin., 10 octobre 1967 (R.J., 1968, p. 181) ; la jonction de causes connexes est ordonnée par la juridiction saisie, à la demande d'une partie ; Kin., 10 octobre 1967 (R.J., 1968, p. 181); la jonction laisse à chaque cause son individualité propre : Kin., 16 février1971, R.J.; p. 250; la jonction peut être ordonnée d'office lorsque les deux causes sont pendantes devant 1a même juridiction : L'sh i, 22 septembre 1972, R..J.,. p. 200.

Le renvoi à un tribunal de rang supérieur pour cause de connexité ne peut s'opérer que pour des instances au premier degré ; ceci résulte de la dernière phrase des alinéas 1 et 2 de l'article 153 précité. Cette règle n'est pas répétée pour le renvoi à des juridictions de rang égal. Dans la pratique, ces renvois entre juridictions de rang égal ne s'opèrent cependant que lorsqu'elles siègent au même degré, de façon à sauvegarder le principe de double juridiction.

Si le tribunal estime qu'il n'y a pas connexité, il rejette la demande et poursuit la procédure. Les jugements qui ordonnent ou refusent le renvoi ne sont pas susceptibles d'appel. Ils peuvent faire l'objet d'un pourvoi.

Le tribunal de renvoi ne peut contester la connexité. Il doit ordonner la jonction, mais il pourra disjoindre ensuite pour prononcer deux jugements séparés si une affaire lui parait en état indépendamment de l'avancement de l'autre.

84. Le règlement de juges

L'article 163 du code de l'organisation judiciaire donne compétence à la section judiciaire de la Cour Suprême de Justice pour connaître des règlements de juges (I, 292). L'article 70 de l'O.L. du 8 janvier 1969 arrêtant les règles de la procédure devant la Cour ne prévoit expressément le règlement de juges que pour le cas du *Conflit positif, où* deux juridictions saisies d'une même cause prétendent toutes deux vider un même litige.

Un *conflit négatif* se présente lorsque deux juridictions saisies opèrent le renvoi de l'une à l'autre.

Un autre problème de règlement de juge peut se présenter lorsque la récusation d'un (ou plusieurs) magistrat(s) (II, 79) fait *obstacle à la constitution du tribunal.* Rappelons que le renvoi pour suspicion légitime n'est pas prévu en droit privé.

Il nous apparaît que le cas du conflit positif presenté à l'article 70 précité est exemplatif et que dans tous les cas où le jeu normal des règles de compétence, de déport, de récusation ou de renvoi. mènent à une impasse, la Cour Suprême de Justice est appelée a désigner, sur requête du ministère public ou des parties intéressées. Le juge compétent pour connaître du litige en souffrance.

PAGE 90 DE L'OUVRAGE

85. Fin de non-recevoir résultant de l'inexistence d'une partie

Pour ester en justice les parties doivent avoir existence légale. Il va de soi qu'une action ne peut être dirigée contre une personne décédée. Si le décès survient en cours d'instance, celle-ci peut être reprise par les ayants droit. A défaut de reprise volontaire de l'instance, il y a lieu de réassigner les héritiers ou, s'il s'agit d'une action réelle le légataire du bien litigieux.

Il en va de même pour les personnes morales ; une association ou une société qui n'ont pas ou qui n'ont plus la personnification juridique ne peuvent être parties dans un procès (135). Les actes posés par les personnes physiques qui ont prétendu engager la personne morale inexistante les engagent personnellement et ce sont eux qui doivent en répondre en justice.

86. Fin de non-recevoir résultant du défaut de capacité

La pleine capacité de jouissance appartient à toute personne physique; les personnes morales ont une capacité limitée par leur nature, la loi et les statuts (136) ; une demande faite par une personne morale hors du cadre de la spécialité de ses droits subjectifs serait irrecevable.

L'incapacité d'exercice des droits et notamment celle d'ester en justice frappe certaines catégories de personnes qui ne peuvent comparaître en justice que par leurs représentants (mineurs interdits) ou avec une assistance (prodigues, imbéciles). Si ces personnes introduisent une instance où si elles y sont appelées comme défendeurs ou intervenants, sans que leur représentant ou conseil soit mis en cause, la demande doit être dite irrecevable. Toute partie intéressée, ainsi que le ministère public, peut soulever l'exception ; le tribunal doit la retenir d'office. Il s'agit bien d'une fin de non-recevoir, car il est impossible de suppléer à leur incapacité par l'intervention ultérieure de leur représentant, l'acte étant radicalement nul. Rien n'empêche cependant le représentant qui a qualité (II, 71) pour exercer des actions de l'incapable d'introduire une "autre" demande procédant de la même cause et pour le même objet.

(135) Kin., 1er mars 1966 (R.J., 1967, p. 48) ; L'shi., 1er oct. 1969 (R.J., 1970, p. 41) reconnaît cependant une capacité "passive" à la personne morale qui a créé les apparences d'une personne juridique.

(136) Droit civil du Congo belge, sous la direction de A. SOHIER, Bruxelles, 1956, T III.

87. Fin de non-recevoir résultant du défaut de qualité

Toute personne a en principe qualité pour ester en justice en son propre nom (137). Les incapables ne peuvent cependant agir que par la personne qui a qualité pour les représenter en justice. Les personnes morales doivent nécessairement agir par leurs "organes", personnes physiques qui ont qualité pour les représenter en justice".

Si une personne, qui n'a pas qualité pour représenter l'incapable, introduit une demande en justice en son nom, cette demande est radicalement nul1e (138); une assignation faite à un incapable en s'adressant à une personne qui n'a pas qualité pour le représenter est aussi radicalement nulle.

Pour les personnes morales, la demande doit être introduite par une personne physique qui a qualité pour agir comme organe de la personne morale; mais par contre, l'assignation peut être valablement faite, à la personne morale, sans désignation d'un organe à son siège social, ou même à un siège de ses activités, parlant à un employé. Comparaissant comme défendeur la personne morale ne peut agir que par un "organe", ou par un avocat mandaté par un organe de la personne morale.

Une personne qui comparaîtrait pour une autre sans être aux droits de cette personne et sans être mandatée pour la représenter se verrait également opposer une fin de non-recevoir, faute de qualité, en vertu de l'adage "nul ne plaide par procureur" (139).

Cette fin de non-recevoir peut être postulée par toute partie intéressée, elle doit être soulevée par le ministère public et retenue d'office par le tribunal, et ce, en tout état de cause(140).

(137) Sur l'adage "nul ne plaide par procureur", voir I, 170.

(138) Léo., 19 décembre 1958 (R.J., 1960, p.127).

(139) Kin., 18 mars 1969 (R.J., p. 201). L'assureur subrogé aux droits de la victime exerce son action: Kin., 29 août 1967; R.J., 1968, p. 175.

(140) Léo., 23 août 1932 (R.J. 1933, p. 91).

88. Fin de non-recevoir résultant du défaut d'intérêt

« Sans intérêt pas d'action ». Si ce moyen est également d'ordre public, il devra cependant être manié avec

précaution. Mieux vaut 1aisser l'initiative de soulever cette exception au défendeur ; celui-ci peut avoir "intérêt" à ce que la demande ne soit pas dite irrecevable ne fût-ce que pour lui permettre d'introduire une demande reconventionnelle ou une demande de dommages-intérêts. Bien souvent une demande sans intérêt aura le caractère d'un abus de droit.

Un intérêt minime peut être légitime, mais un intérêt dérisoire peut être assimile à un manque d'intérêt. Un intérêt moral difficile à évaluer, est souvent plus important qu'un droit patrimonial. Rappelons que le droit zaïrois ne reconnaît pas les actions purement préventives, déclaratoires ou interrogatoires en l'absence d'un litige actuel (II, 37).

89. Fin de non-recevoir : la chose jugée

Ici encore on parle dans le jargon du palais de l' *exception de chose jugée,* exception péremptoire. La législation zaïroise traite de la chose jugée au chapitre des preuves du code civil (art. 226 a 228 L. III) disant que les faits et rapports juridiques établis par un jugement forment à l'égard des parties une *preuve* irréfragable; lorsqu'il s'agit d'un jugement répressif qui vaut *ergo omnes,* les faits retenus sont opposables à tous (141).

Une fin de non-recevoir peut être tirée de la chose jugée chaque fois qu'une demande est identique et mue pour la même cause entre les mêmes parties (142) ; le tribunal ne pouvant en ce cas s'écarter de la solution retenue par le jugement rendu, i1 n'y aura plus de champ ouvert à sa juridiction.

(141) Si l'autorité de la chose jugée au pénal, quant aux faits s'impose *erga omnes,* l'évaluation du préjudice n'est opposable aux parties que pour autant qu'elles ont été parties au procès pénal: Kin., 7 mai 1968 (R.I., p. 268).
(142) L'adage *"electa una via non recursus ad alteram"* ne vaut en droit zaïrois que pour autant qu'une partie, s'étant constituée partie civile devant le juge au répressif y a été débouté ou a entendu dire son action irrecevable parce que le prévenu était renvoyé des fins des poursuites : Léo., 31 mars 1959 (R.J.,1960, p. 131) ; nous ne croyons pas justifiée la décision de 1ère inst. : Léo., 24 mai 1960 (R. Jud. C. 1962, p. 31), qui estime qu'il y a chose jugée au civil lorsque le juge répressif - appelé à statuer d'office sur les dommages-intérêts - ayant renvoyé le prévenu parce que l'action répressive était prescrite et n'a par conséquent pas pu allouer de dommages-intérêts. La partie lésée qui ne s'est pas constituée devant le juge pénal garde intact son pouvoir d'agir au civil.

Les jurisprudences française et belge estiment cependant que si l'exception de la chose jugée est d'ordre public en matière pénale, il n'en est pas ainsi en matière civi1e ; il appartient donc aux parties qui veulent s'en prévaloir de prendre l'initiative d'invoquer le jugement civil (ou le jugement pénal statuant sur l'action civile (III, 215) pour faire obstacle à ce que la demande soit à nouveau examinée.

Plusieurs coutumes zaïroises considéraient qu'il était injurieux à l'égard du tribunal d'introduire *devant les mêmes juges* une cause qu'ils avaient déjà jugée; les plaideurs pouvaient être punis de leur insolence. C'est à tort que certains juristes occidentaux ont considéré qu'il s'agissait de l'autorité de la chose jugée (143) notion totalement étrangère aux droits traditionnels africains.

90. Fin de non-recevoir pour demande dont 1'objet est illicite

Certaines actions sont interdites, telles la recherche de paternité hors les conditions prévues par l'article 210 a du C.C.L. I; en cette matière, la loi prévoit une fin de non-recevoir spécifique (art. 210): la preuve de l'inconduite de la mère à l'époque de la conception. L'exception de jeu (144), est admise par la jurisprudence pour écarter les demandes de paiement de dettes de jeu. Mais seront également écartées les demandes dont l'objet même tend à obtenir un résultat que la loi pénale qualifie ou que la loi impérative interdit : atteintes à la liberté individuelle et plus généralement aux droits garantis par la constitution, destruction de la famille, exploitation de la débauche, violation des lois sociales, atteinte à l'honneur des personnes, atteinte à la sûreté de l'Etat, etc.

91. Fin de non recevoir des demandes fondées sur une cause illicite

Il peut se faire qu'une demande ait des apparences respectables: remboursement d'une dette, cachant en réalité un partage de butin; reconnaissance de dettes camouflant une fraude de devises. L'adage *"nemo auditur propriarn turpitudinem allegans"* exprime qu'aucune action fondée sur un acte illicite ou immoral du demandeur ne peut être reçue.

(143) Parquet R.U., 23 novembre 1949, J.T.O. 1950, p. 33.
(144) L'exception de jeu, bien que n'étant pas inscrite dans le code civil zaïrois, constitue une cause illicite d'après les principes généraux du droit : Elis., 13 mars 1926, Jur. Kat. II, p. 144.

Il va de soi que l'irrecevabilité peut être retenue d'office si elle n'est pas postulée par le ministère public ou par une partie.

92. Le régime procédural des exceptions

Plusieurs législations étrangères ont élaboré un système méticuleux indiquant le moment auquel les exceptions devaient être soulevées et même dans quel ordre elles devaient être présentées (la *procession* des exceptions). D'une manière générale, le principe est que les exceptions doivent être *présentées limine litis* (145), avant l'ouverture du débat au fond; il y est toutefois fait exception pour les exceptions d'ordre public.

En droit zaïrois, nous pouvons poser, à la lumière de la jurisprudence (146), la règle qui veut que les exceptions puissent être soulevées aussi longtemps que les parties n'y ont pas implicitement renoncé (II, 80). Cette renonciation se présume lorsqu'une partie a comparu, connaissant le vice qui offrait le flanc à l'exception, sans l'avoir sou1evé. On admet généralement qu'une simple comparution en vue de remise ne couvre pas le défaut, l'éventualité de ce que la partie n'a pas encore examiné les pièces ne pouvant pas être exclue ; cependant, dans le cas de l'inobservance des délais, le vice semble pouvoir être couvert par la seule comparution sans réserves à la date (illégalement) fixée à l'assignation.

Les exceptions d'ordre public peuvent être soulevées en tout état de la procédure et même d'office, jusque devant la Cour Suprême de Justice, les officiers du ministère public les soulèvent et elles peuvent être retenues d'office par les juridictions.

Quant aux suites réservées à ces postulations incidentes, l'article 26 prévoit que le tribunal peut toujours joindre l'incident au fond; i1 est souvent utile et parfois nécessaire de ce faire, parce que l'examen du fond peut ec1airer le tribunal sur le bien-fondé de l'exception, mais principalement parce que cette procédure permet de couper court aux manœuvres dilatoires. Lorsque le tribunal estime inutile de perdre du temps et de faire les frais du débat au fond, il peut toutefois se prononcer sans désemparer sur l'exception pour y faire droit.

(145) Le "limene litis" est marqué objectivement par la première audience pour laquelle l'affaire est inscrite ; il se place subjectivement, pour chaque partie, au moment où le tribunal, lui accordait la parole, lui offre l'occasion de faire valoir ses exceptions et défenses: 1ère inst. (appel) Elis., 15 janvier 1929 (R.J., 1929, p. 82) ; Kin., 12 mai 1970, R.J., p. 258.
(146) Elis., 11 décembre 1956, R.J., 1957.p.41.

PAGE 95 OUVRAGE ORIGINAL

Nous avons cité la récusation des magistrats parmi les exceptions; une règle propre à cet incident oblige cependant les tribunaux (art. 79 du code de l'organisation judiciaire) à statuer sur la proposition de récusation avant de poursuivre la procédure.

Si le tribunal siégeant au premier degré a, à tort, omis de faire droit à l'exception, il se trouverait là un moyen permettant d'obtenir l'annulation du jugement au degré d'appel (II, 174).

SECTION 3
L'INSTRUCTION DES FAITS DE LA CAUSE

93. L'allégation des faits

I1 appartient à chaque partie d'alléguer les faits juridiques qui justifient sa demande. Les faits allégués qui ne sont pas contestés par la partie adverse, ne doivent normalement pas être prouvés ; le juge peut généralement les considérer comme établis (147). L'absence de contestation peut constituer un aveu implicite (II, 106).

Le juge ne retiendra cependant pas les faits qui sont contraires aux faits notoires ou aux faits d'expérience commune; il n'acceptera pas non plus pour acquis des faits, même expressément reconnus, s'ils sont contradictoires en saine logique (par exemple, s'il devait résulter que les parties se trouvaient au même jour et à la même heure à Boma et à Sakania) ; dans ces cas, il interpellera les parties pour connaître la "vérité" ; il ordonnera la preuve de tout fait qui lui paraît pertinent (148) (Il, 21).

(147) Sur l'acquiescement aux "prétentions" d'une partie, voir Elis., 1er septembre 1912, Jur. Congo 1914-1919, p. 260, Léo., 17 novembre 1925, jur. col .1928,p. 160.

(148) MOTULSKY : Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. (thèse, Lyon, 1948, p. 84) ; voir aussi du même auteur : Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits dans1a procédure civile en France; communication versée en Rapport du VIe Congrès de Droit international et de droit comparé, Paris, 1954. Elis., 2 juin 1934 (R.J., 1934, p. 128).

Le juge n'acceptera pas non plus une version des faits qui lui parait suspecte de collusion (par exemple si des plaideurs en divorce acquiescent à une accusation d'adultère en vue de hâter la solution du litige intéressant l'ordre public) ; en ce cas, le juge peut exiger la preuve des faits (149).

Le ministère public pourra intervenir en chacun des cas, si l'ordre public est intéressé, pour exiger la recherche de la "vérité".

94. Le régime de l'administration de la preuve en matière de droit privé

C'est cependant plus particulièrement lorsque les faits sont contestés, que la partie qui les allègue doit en rapporter la preuve *(actori incumbit probatio)*.

Les faits de la cause peuvent se partager en faits matériels ayant une incidence sur le rapport de droit des parties) et en actes juridiques, c'est-à-dire des actes ayant été posés en vue de produire des effets juridiques (par exemple, conventions entre parties ou actes uni1atéraux ou actes administratifs).

Dans tous les cas où la chose peut raisonnablement se faire, la loi exige une preuve préétablie (document dressé au moment de l'évènement) du fait juridique, et rejette en. principe tout autre mode de preuve. C'est le régime de la *preuve légale* qui est imposée en droit zaïrois écrit pour prouver tout acte juridique (150), tout droit réel immobilier (151) ainsi que pour établir l'état des personnes (152). Cette preuve est rapportée par un "écrit" et est recevable *de* plano, c'est-à-dire que la partie intéressée peut verser le document à son dossier et le déposer sur le bureau du tribunal, sans autre forme de procès, sinon la *communication* préalable à la partie adverse (II, 76, 95). Les écrits de la partie adverse, réguliers en la forme et non contestés forment normalement la preuve de leur contenu ; lorsque des écrits contradictoires sont produits, le tribunal doit apprécier à quelles écritures il faut faire crédit.

(149) 1er instance E1is., 23 juillet 1925 (Jur. Kat. I, p. 263) ; comparer cependant Léo., 19 octobre 1943 (RJ., 1944) et Elis., 27 juillet 1944 (R.J., 1945, p. 45).
Jugé plus sévèrement encore que la collusion des parties fait apparaître 1'inexistence des causes de divorce invoquées ou leur enlève tout caractère injurieux, (Léo., 1er août 1944, RJ., 1945, p. 104 avec note).
(150) C.C.L.III. art. 219.
La partie qui se prévaut d'une convention écrite doit produire celle-ci, même si la partie adverse ne conteste pas l'existence du contrat: L'shi., 9 avril 1969, R.J., 1971, p. 132.
(151) Article 227 de la loi foncière du 20 juillet 1973.
(152) C.C.L. I, art. 16 à 27.

PAGE 97 ORIGINAL

Cependant, même lorsque la loi exige en principe, la preuve légale, il est des cas où les circonstances ou la preuve préétablie n'a pu être rédigée au moment des faits, qu'elle a été détruite ou encore qu'elle n 'est pas à la disposition de la partie qui entend l'invoquer. Dans certains cas, il pourra être supplée par un *acte de notoriété* (153), document écrit qui peut donc aussi être reçu *de plana.* Dans d'autres cas, la preuve « par toute voie de droit » pourra être demandée, rejoignant le régime de la *preuve de conviction.*

De par leur nature, les faits matériels et plus spécia1ement les délits (154) et quasi-délits ne se trouvent généralement pas établis par des documents écrits ; les parties qui les invoquent peuvent en ce cas postuler des mesures probatoires. Le juge doit autoriser ces procédures d'instruction, s'il estime qu'elles sont de nature à établir des faits pertinents à la cause (enquêtes, descente sur les lieux, comparution personnelle des parties, expertises). La postulation de mesures probatoires constitue *des demandes incidentes* auxquelles les juges répondent par un jugement avant dire droit.

95. La communication et le dépôt des dossiers

Toute pièce versée au dossier déposé sur le bureau du tribunal doit avoir été communiquée préalablement aux parties adverses ; les dossiers ne doivent pas être communiqués d'office avant l'audience au ministère public, qui peut cependant en réclamer la communication. Entre avocats, la communication se fait par la remise du dossier, sans réclamer inventaire ni décharge (155), trois jours au moins avant l'audience. Les parties qui n'ont pas recouru aux offices d'un avocat peuvent prendre connaissance du dossier, dans les mêmes délais, au greffe du tribunal; le greffier qui a reçu le dépôt du dossier à cet effet est responsable de ce qu'aucune pièce ne puisse en être distraite ; il peut exiger que le dossier lui soit remis relié et que les pièces soient numérotées, afin d'exercer plus commodément sa surveillance.

(153) Les actes de notoriété font foi jusqu'à preuve contraire : Liège, 24 octobre 1923, *in* Jur. Liège, 1924, p. 27, cite par DE PAGE: Traité élémentaire de droit civil belge, T. III, n° 717 en note.
(154) Lorsque les délits ont fait l'objet de poursuites judiciaires, le jugement constitue la preuve écrite irréfragable des faits. Sur la valeur de preuve des procès-verbaux, de constat d'infraction et d'enquête, voir II, 99.
(155) Cette matière est réglée par ordonnances du premier président de la Cour Suprême de Justice. Avant 1968, par ordonnances des premiers présidents des Cours d'appel. Cfr. 1ère inst. Elis., 6 mars 1950 (RJ., p. 154).

Une pièce qui n'aurait pas été communiquée dans ces délais doit être rejetée ; en pratique, il sera accorde en ce cas une remise pour permettre à l'adversaire d'examiner le dossier, les juges estimant à bon droit que les parties ne doivent pas être pénalisées pour les négligences de leurs avocats (156).

Il est d'un bon usage que commande la loyauté et la coopération à la justice de former le dossier complet dès la première communication des pièces *(simul et semel).* Une pièce qui aurait été communiquée après le dépôt du dossier, voire après que l'affaire a été entendue à une ou plusieurs audiences, ne doit pas pour autant être rejetée des débats, si elle a été communiquée en temps utile, c'est-à-dire trois jours avant l'audience au cours de laquelle elle est déposée (157). Un usage condamnable est ce1ui du dépôt de pièces hors des audiences ou, pire encore, après 1a clôture des débats, quand même l'adversaire n'y ferait pas d'objection (158); le devoir de confraternité trouve ses limites dans le devoir prioritaire du service d'une justice loyale et limpide.

Les pièces susceptibles d'être "versées au dossier" ne sont pas seulement les documents reconnus comme moyens de preuve légale ; tout écrit constituant un *commencement de preuve par écrit* ou susceptible d'être invoqué au titre de *simple présomption* peut être joint ou annexé au dossier (correspondance, registres, coupures de journaux, etc.). On voit souvent les parties joindre au dossier des "pièces à conviction" telles que des échantil1ons de marchandise, des photographies ; si les tribunaux ont montré une large tolérance en ce domaine, dans l'intérêt d'une prompte justice, le principe paraît cependant discutable et pourrait donner lieu à abus. L'administration de toute preuve autre que la preuve écrite, doit être sollicitée par les parties et organisées par le juge (II, 51). 96. La vérification d'écritures

Les preuves écrites sont reçues *de plana;* (II, 94) ; l'écriture peut toutefois être contestée, ce qui donne lieu à une procédure incidente de vérification (159) d'écritures (ou d'inscription en faux).

Aucune procédure propre n'a été organisée par le législateur zaïrois en cette matière ; la jurisprudence admet qu'en cas de dénégation d'écriture (c'est-à-dire lorsque la partie à laquelle on oppose un écrit (ou une signature) prétendument établi de sa main ou de la main de celui dont elle est l'ayant-droit, conteste que cet écrit soit de sa main ou de la main de celui dont elle tient les droits, le juge peut user de toute voie de droit pour apprécier si cette contestation est fondée (160); en pratique, il a recours à l'expertise (II, 109), à moins qu'une comparaison avec d'autres écrits de la même main lui permette de former immédiatement son opinion.

Les documents rédigés en langue étrangère doivent être accompagnés d'une traduction; si la partie adverse conteste la traduction, le juge doit ordonner que la pièce produite soif traduite par un expert traducteur (161).

(156) Jugé que les pièces ne doivent pas être rejetées si la tardiveté de la communication n'a pas porté atteinte aux droits de la défense, Elis., 30 janvier 1961 (R.J., 1961, p. 26) ; Jugé que la production de pièces non communiquées ne donne pas lieu à rejet de ces pièces, mais à réouverture des débats (Léo., 15 juillet 1925, R.J. 1930, p. 322).

(157) Jugé que lorsqu'une partie a fait usage d'une pièce non communiquée, la partie adverse peut obtenir une réouverture des débats: 1ère inst. Léo, 15 juillet 1925, R.J., 1930, p. 322; et, à bon droit, plus sévèrement, que la pièce doit être rejetée des débats : Elis., 13 mars 1953, R.J., p. 211.

(158) Jugé (avec complaisance excessive) que lorsque les pièces ont été communiquée en première instance, il n'y a pas lieu de les rejeter sous prétexte qu'elles n'ont pas été communiquées à nouveau en appel : Elis., 30 janvier 1961, R.J., p. 26.

97. L'inscription en faux

La contestation d'écritures n'implique pas nécessairement une accusation de faux ou d'usage de faux ; si une partie veut faire établir qu'une pièce est fausse (faux matériel ou faux intel1ectuel dans des actes authentiques), elle n'a actuellement d'autre possibilité que d'en saisir la juridiction pénale compétente; après condamnation, elle pourra faire rejeter la pièce arguée de faux (162). Le droit zaïrois ne connaît pas 1a procédure du faux, incident civil (163) ; cette lacune serait particulièrement préjudiciable lorsque l'on aurait affaire à un acte authentique entaché de faux intellectuel et que les poursuites pénales seraient couvertes par la prescription ; cas rare, heureusement. On a également invoqué en faveur de l'introduction de cette procédure le fait que la plainte, ou même la citation directe n'arrêtait pas la procédure civile en cours ; il nous paraît cependant évident que, dans l'intérêt d'une bonne justice, le juge peut surseoir à statuer dans un délai permettant d'engager la procédure pénale qui tien,dra la cause civile en état (164) (II, 75 bis).

(159) Le mode de vérification est facultatif et ne nécessite pas le recours à expert lorsque le tribunal est à même d'apprécier l'authenticité de l'écriture contestée par comparaison avec d'autres pièces du dossier Léo., 13 novembre 1926, Jur. Col, 1929, p. 103 avec note.

(160) Léo., 13 novembre 1926; Jur. Col. l929, p. l03; le tribunal peut rejeter *de plano* un document contenant des contradictions internes et se trouvant en opposition avec des faits établis, faisant apparaître le caractère de faux: Kin., 23 mai 1967, R.J., 1970, p.240.

(161) Elis., 4 octobre 1913 (R.J., 1931. p. 207).A notre avis, cette traduction doit être hors taxe; quelle que soit 1'issue du procès la partie qui produit la pièce en langue étrangère doit payer 1e traducteur.

(162) Jugé qu'une pièce peut être rejetée du débat, quand même celui qui en fait usage a été acquitté d'usage de faux, sous bénéfice du doute ; Elis. 18 octobre 1960 (R.J. 1961, p. 17).

(163) Voyez à ce sujet SOHIER A., Droit de procédure du Congo belge, 2ème éd. Bruxelles-Elisabethville, 1955, n° 166, p. 77. Sur la procédure du « faux, incident civil », voyez CORNU et FOYER, o. c., p. 547.

(164) Sur l'exception de litispendance pénale, voir II.

(165) Elis., 24 janvier 1961, R.J., p. 25.

98. Le rejet de pièces du dossier

Il va de soi que le juge n'aura pas égard aux documents dont l'écriture a été controuvée non plus que des documents qui auront été jugés faux.l1 rejettera également des débats toute pièce que les parties se seraient procurées par vol, violences, corruption ou en violation du secret professionnel (165). En matière de divorce, ne devront toutefois pas être rejetées (mais retenues avec circonspection), les écrits que les époux prétendent avoir trouvés (sans violences) en la possession de leur conjoint.

99. La communication des dossiers répressifs ; valeur probante

Quiconque a été partie dans une affaire pénale peut demander au greffier de la juridiction saisie de lui délivrer, contre taxe, copie des plaintes, dénonciations, ordonnances, jugements ou arrêts de ces dossiers ; il peut verser ces documents au dossier d'une cause civile ; les jugements et arrêts ont l'autorité de la chose jugée, les autres pièces actant plainte ou dénonciation ont valeur d'acte authentique (166). Les procès-verbaux des officiers de la police judiciaire constatant les faits, les actes d'instruction et de procédure ne peuvent être communiqués, même aux parties, une fois l'instance close ; ils ne peuvent être remis en copie en aucun état de la cause; ni aux parties ni a des tiers, sans l'autorisation du procureur général près la Cour d'appel (art. 24, code de l'organisation judiciaire).

(162) Jugé qu'une pièce peut être rejetée du débat, quand même celui qui en fait usage a été acquitté d'usage de faux, sous bénéfice du doute ; Elis. 18 octobre 1960 (R.J. 1961, p. 17).
(163) Voyez à ce sujet SOHIER A., Droit de procédure du Congo belge, 2ème éd. Bruxelles-Elisabethville, 1955, n° 166, p. 77. Sur la procédure du « faux, incident civil », voyez CORNU et FOYER, o. c., p. 547.
(164) Sur l'exception de litispendance pénale, voir II.
(165) Elis., 24 janvier 1961, R.J., p. 25.

Dans la pratique, les parties qui ont intérêt à voir produire un dossier répressif en demandent, sans frais; le *dépôt sur le bureau du tribunal* par voie de requête au procureur général près la cour d'appel. Le procureur généra1 décide souverainement de la communication de tout ou partie du dossier (167) ; le refus de la communication d'un dossier ou de certaines pièces ne doit pas être motivée, il est présumé justifié par l'appréciation souveraine du procureur général quant aux exigences de l'ordre public.

Lorsque l'issue d'une affaire pénale pendante peut avoir une influence sur une instance civile en cours, toute partie intéressée peut demander à surseoir à statuer dans la cause civile en vertu de l'adage « le criminel tient le civil en état » (II, 75 bis) ; cette surséance à statuer ne paralyse pas la procédure d'instruction devant le tribunal civil ; elle ne retarde la prononciation du jugement, que s'il pouvait y avoir contradiction entre le jugement civil et le jugement pénal attendu (168).

100. Action ad exhibendum et le compulsoire

Suivant le principe qui s'énonce *"actori incumbit probatio"* les parties ne produisent que les pièces qui établissent le bien fonde de leurs demandes. La loyauté du débat judiciaire exige cependant que les parties collaborent à la recherche de la vérité et le juge peut en conséquence ordonner à une partie de produire les documents qu'elle détient (169). Il se peut de même que des documents se trouvant aux mains de tiers (privés ou officiels) soient utiles pour la révélation de la vérité, si les parties n'ont pas pu obtenir ces pièces, le juge peut ordonner leur dépôt (compulsoire) (170) ; les détenteurs auront cependant le droit de les retenir s'ils sont liés au secret professionnel ou (pour le ministère public) si l'ordre public s'oppose à la communication.

(166) La preuve tirée d'un constat d'officier de la police judiciaire peut être renversée par1a preuve contraire : Kin., 2 mai 1967, R.J., p. 265.

Les faits qui n'ont pas été retenus comme infractionnels par la juridiction répressive peuvent néanmoins être retenus comme quasi-délits donnant lieu à condamnation à des dommages-intérêts par la juridiction civile: Kin., 21 mai 1968, R.J., 1969, p. 45.

(167) 1ère inst: Léo, 28 octobre 1950 (R.J., 1955, p. 457) ; Jugé cependant (Léo., 17 mars 1941, R.J., 1946, p. 26) que la juridiction civile a le droit d'ordonner au greffier de la juridiction pénale de lui communiquer un dossier répressif.

(168) L'shi., 13 aout 1971 (R.J., p. 66).

101. Les enquêtes

En matière de droit privé, la preuve testimoniale ne peut être rapportée *de plano* ; elle doit être autorisée par le juge (l71). Ne sont admis à preuve testimoniale que des *faits articulés, précis, pertinents* (ou concluants) *et admissibles.*

L'existence de rapports juridiques, créance ou obligation de faire, peut toutefois être prouvé par témoins pour les engagements ne dépassant pas 20 zaïres (art. 217 C.C:,fL. Ill).

Exceptionnellement la "commune renommée", la *"notoriété*" peut être prouvée par témoignage (cfr. Acte de notoriété extra-judiciaire, II,94).

La demande d'enquête est introduite par des conclusions tendant à cette fin, avant faire droit, et articulant les faits offerts à preuve.

Le droit zaïrois ne prévoit pas la dénonciation des témoins en même temps que l'articulation des faits et c'est regrettable ; bien des enquêtes pourraient être évitées comme non sérieuses si les témoins étaient dénoncés en conclusion de demande d'enquête. Les témoins ne peuvent attester que ce qu'ils ont vu, entendu, éprouvé ou subodoré. lIs ne doivent pas émettre un avis, une opinion, un jugement sur les faits.

La partie adverse peut acquiescer aux faits, ce qui écarte l'enquête, sauf collusion, ou, déniant les faits articulés, conclure au manque de précision, de pertinence, ou à l'inadmissibilité de la preuve, pour faire rejeter la demande d'enquête, ou encore, accepter l'enquête, le droit de rapporter par témoin les preuves contraires lui étant acquis d'office

Le juge peut retenir aux fins d'enquête certains faits articulés et en rejeter d'autres s'il les juge imprécis, non pertinents ou non admissibles ; il peut "ajouter" d'office des faits qu'il estime concluants ou les rejeter tous, comme inutiles, c'est-à-dire superfétatoires (l72). Le juge peut même ordonner d'office une enquête sur des faits qu'il articule lui-même (art. 29, al. 2) et faire citer les témoins qui *d'après les éléments du dossier* sont susceptibles de l'éclairer.

Le jugement ordonnant les enquêtes reprend l'objet du litige, les faits à prouver et fixe le lieu, le jour et l'heure de l'audition des témoins (173). Les témoins doivent être assignés dans les délais d'assignation ; les parties peuvent toutefois les inviter à comparaître volontairement.

En droit zaïrois, le jugement admettant l'enquête ne doit pas être signifié (sauf s'il a été rendu par défaut), mais l'adversaire doit recevoir dénonciation des témoins assignés (ou invités, C. proc. Civ. Art. 32) (174).

Les témoins sont invités à décliner leur nom et qualité. Ils sont interpellés sur leurs relations familiales ou sur leurs liens de subordination à l'égard des parties. Ils prêtent ensuite serment. Le serment de la forme traditionnelle coutumière n'est pas prévu devant les juridiction civiles (cf. C. Proc. Civ., art. 17). Puisque le juge peut d'office ou à la demande du comparant dispenser du serment, il pourrait aussi accepter (non pas imposer) le serment fait en la forme admise par la coutume.

Les témoins ne peuvent pas lire leurs dépositions, c'est une garantie contre les témoins dictés ou préparés ; cependant, on ne refusera pas au témoin de consulter son agenda pour fixer une date, ni de brandir (déposer) une lettre, si elle n'a pas été tracée pour les besoins de la cause (175).

(172) Le juge peut même rejeter l'offre de preuve lorsque les faits dont la preuve est offerte sont déjà reconnus inexacts ou sans pertinence ; Cass. B., 17 janvier 1952, R.J., p. 287.

(173) Elis., 19 février 1957, R.J., p. 166.

(174) 1ère inst: Elis. 11 mars 1948, (R.J., p. 195).

(175) Jugé que lorsque 1a dispersion des témoins rend difficile une enquête, la déposition des témoins se trouvant à l'étranger faite par écrit

et sous la foi du serment peut être retenue comme preuve pourvu que les signatures soient légalisées : L'shi, 19 novembre 1970, R.J., 9171 *(sic. 1971)*, p. 61. Ce mode de preuve n'étant pas prévu par la loi ne peut, à mon avis, tenir lieu d'enquête; les lettres rogatoires fournissent le moyen d'entendre les témoins qui ne peuvent commodément se présenter à l'audience du jugement (II, 105).

Rien n'empêche en droit zaïrois d'entendre un témoin qui aurait déjà procuré à une des parties une attention (attestation sic) ou un certificat (par exemple un médecin).

Chaque témoin entendu séparément en présence des parties; des confrontations peuvent cependant être ordonnées après l'audition séparée. Les témoignages sont consignés par le greffier en un procès verbal signé par le témoin.

Après chaque audition de témoin, celui-ci est interpellé quant au préjudice qu'il a pu subir du fait qu'il a été appelé à témoigner. Témoigner est un devoir civique qui ne donne pas lieu à salaire, mais à indemnité (taxe) (176) (II, 292).

102. La valeur probante des dires des témoins. L'obligation de témoigner

Le *reproche* des témoins n'est pas organisé en droit zaïrois. Cela veut dire que le juge peut toujours les entendre ; il accorde à leurs dires le crédit qu'il juge convenable (177).

Nul ne peut être témoin dans sa propre cause (178). Jugé aussi (conformément au C.C.-L. I., art. 142) que le témoignage des descendants ne peut être reçu dans une enquête en matière de divorce (179).

Lorsque les témoins sont dans l'incapacité de se présenter au tribunal, le juge (ou l'un d'eux, si le siège est collégial) peut se rendre chez le témoin pour l'entendre à domicile (art. 37, C. proc. Civ.)

Le témoin régulièrement assigné à comparaître, et qui ne comparaît pas (art. 35) est puni d'amende et le juge peut en cas de récidive décerner un mandat d'amener ; mais le témoin peut être déchargé de la condamnation s'il justifie ultérieurement son absence (180).

(l76) Les témoins qui comparaissent sur simple avertissement ont droit à la taxation de leurs frais de déplacement et de séjour ainsi que du manque à gagner, au même titre que les témoins assigné : Boma, 10 octobre 1911, Jur. Congo 1913, p. 251.

(177) Elis. , 7 septembre 1912 ; Jur. Congo II, p. 223 ; Léo., 12 mars 1929, Jur. Col. 1930-1931, p..316; Elis., 14mars 1942, R.J., p. 38.

(178) Elis., 22 juillet 1916, R.J. 1931, p. 346; Léo., 18 décembre 1952, J.T.O., 1953, p. 56.

(179) Elis., 10 mars 1964, R.J., p. 88 ; à rapprocher du jugement 1ère inst., Léo., 24 septembre 1957 (J.T.O. 1959, p. 72) qui, après avoir accepté d'entendre le gendre, rejette son témoignage.

Le juge apprécie souverainement la justification du secret professionnel invoquée par le témoin qui refuse de répondre (181).

103. La preuve contraire des faits articulés. – La contre enquête

Les « enquêtes contraires» sont de droit (C. Proc. Civ., art. 31) ; ceci veut dire que, sans jugement préparatoire nouveau, l'adversaire peut faire entendre des témoins sur les points articulés et admis à la preuve. Si cependant il veut établir *d' autres faits* qui vont ruiner la portée juridique des faits établis par l'enquête directe ou même la crédibilité des témoins entendus , il devra articuler à son tour ces faits et conclure à enquête. Un même jugement peut, bien entendu, autoriser l'enquête sur des faits cotés par le demandeur.

104. Le délai pour faire enquête, prorogation d'enquête

Le juge fixe dans le jugement autorisant les enquêtes, la date et l'heure (182).

Si les enquêtes ne sont pas terminées à cette audience (par exemple parce qu'un témoin n'est pas venu), le juge peut *proroger* les enquêtes. Les parties peuvent toutefois objecter à la prorogation dilatoire (183).

105. Les lettres rogatoires d'enquête

La *commission rogatoire* aux fins d'entendre des témoins qui sont trop éloignés du siège du tribunal peut être donnée par témoignage étant déjà en soi incertaine, il faut éviter de l'affaiblir encore en procédant par juge interposé, chaque fois que l'enquête directe, par le tribunal saisi est possible.

(180) 1ère Inst. Elis., 19 janvier 1939, R.J., p. 79; avec note signée E . F., confirmant l'opinion du juge qui qualifie cette amende de « sanction pénale » appliquée par la juridiction civile et justifiant en conséquence la péréquation des centimes additionnels et le prononcé d'une peine de servitude pénale subsidiaire.

(181) Léo., 27 mai 1958, R.J. 1960, p. 3; sur le secret professionnel des officiers du ministère public : Léo., 30 janvier 1940 (R.J., p. 140, avec note).

(182) Elis., 5 février 1957 (R.J., p. 165) et 19 février 1957 (R.J., p. 166).

(183) Léo., 1er mars 1966 (R.J., p. 229) ; 1ère inst. Léo., 8 avril 1958 (R.J., 1960, p. 155) et Léo., 11 juin 1959 (RJ. 1960, p. 213).

Généralement, le tribunal ne donnera de commission rogatoire qu'en réponse à des conclusions qui le demandent expressément (puisque les témoins ne doivent pas être dénoncés dans la demande d'enquête).

Rien n'empêche le juge qui a autorisé les enquêtes de faire ultérieurement droit aux conclusions demandant commission rogatoire, sauf à ne pas se prêter à des manœuvres dilatoires (184).

Le jugement qui commet rogatoirement un tribunal de niveau égal ou inférieur au tribunal de l'action, articule les points sur lesquels porte l'enquête et désigne les témoins à entendre. Si la procédure est contradictoire, ce jugement ne doit pas être signifié. Une expédition est adressée par le greffier au juge commis, qui, par voie d'ordonnance fixe audience et y fait assigner les témoins. Cette ordonnance n'est cependant pas signifiée aux parties mais les parties doivent recevoir un avis de la fixation d'audience du greffier du tribunal commis ; l'enquête ne peut se tenir sans que les parties en soient averties (185).

Le tribunal commis entend les témoins désignés sur les points articulés au jugement ; le président ne peut sortir du cadre des faits libellés, ni entendre d'autres témoins que ceux que le juge désigne (186). Il peut toutefois interpeller les comparants pour leur faire préciser leur réponse ou scinder les questions pour que les témoins les comprennent mieux. Les parties peuvent facultativement assister personnellement à ces enquêtes ou s'y faire représenter.

Autrefois, on estimait qu'il appartenait à la « partie la plus diligente » de mettre en mouvement le juge commis en lui adressant une requête appuyée de l'expédition du jugement lui faisant délégation ;

(184) Les tribunaux doivent souverainement de l'opportunité de commettre rogatoirement un tribunal pour tenir les enquêtes qu'ils autorisent ; L'shi., 13 septembre 1966 (R.J., p. 356).

(185) Cass. B. juin 1955 (R.J., p. 417) ; Léo., 18 novembre 1947 (R.J. 1948, p. 97) ; la réception de témoignages écrits admise par L'shi.,

19 novembre 1970 (R.J. 1971, p. 61) ne paraît cependant pas conciliable avec le droit en vigueur.
(186) Le juge commis rogatoirement n'est pas compétent pour décider s'il y a lieu de refuser d'entendre un témoin désigné par la lettre rogatoire : Léo., 16 décembre 1952 (R.J. 1953, p. 33).

Le tribunal devait en ce cas imposer une date à laquelle les enquêtes devaient être « commencées » faute de quoi il passait outre. Cette conception, guidée par le principe qu'en matière civile les parties sont maitres de la procédure (II, 12), paraît aujourd'hui dépassé. Les motifs qui ont incité le législateur à confier au greffier plutôt qu'aux parties le soin de mettre en mouvement les experts valent aussi pour le juge commis rogatoirement (II, 109).

Les tribunaux zairois peuvent aussi commettre des juges étrangers. Ils ne peuvent toutefois exécuter des commissions de juges étrangers qu'avec l'autorisation du Commissaire d'Etat à la Justice (art. 38, C. proc. C.). Ces matières peuvent être réglées par des traités de réciprocité.

Le juge commis peut proroger les enquêtes s'il échet. Mais le juge de l'action peut passer outre s'il ya manifestement manœuvre dilatoire dans le chef d'une partie.

106. L'aveu

Les déclarations que fait spontanément une partie (ou celles que fait son représentant muni d'une procuration spéciale à cette fin) devant le juge au cours d'une audience traitant du litige auquel se rapportent ses dires constituent *l'aveu judiciaire*. Les réponses que fournit une partie convoquée en comparution personnelle ordonnée par le juge valent également aveu judiciaire (II, 107).

L'aveu judiciaire vaut preuve péremptoire des faits reconnus. L'aveu extra-judiciaire résulte des déclarations ou des écrits émanant d'une partie qui les a faites hors des audiences de l'instance ; la loi ne lui accorde pas la même force probante absolue ; le juge devra en effet apprécier avec plus de prudence la portée d'un aveu extra-judiciaire (187), mais, dès lors il apparaît que la partie s'est exprimée en toute liberté et en connaissance de cause, l'aveu vaut preuve des faits reconnus (188).

(187) Léo.; 30 mars 1948 (R.J.,1948, p.170).
(188) Jugés équipollents à la reconnaissance de dette : la remise d'un chèque (Kin., 5 août 1969, R.J., p. 21) ; pour la débition du prix d'un véhicule, l'acte sous seing privé suivi d'une déclaration au fisc (L'shi.,2 septembre et 4 décembre 1969, R.J., 1969, p. 28).

L'aveu est *indivisible (* 189) ; ceci signifie que si une partie reconnaît un fait qui lui est prejudiciab1e, mais qu'en même temps elle expose des circonstances ou des faits complémentaires qui en atténuent ou en annihilent les conséquences juridiques, le juge ne pourra les retenir sans tenir compte de ces circonstances ou faits connexes.

107. La comparution personnelle des parties

La comparution personnelle peut être spontanée, elle est de droit; mais 1a représentation est toujours permise en matière civile, les parties peuvent aussi faire défaut.

Rien n'empêche les parties de prendre en forme de conclusions, l'initiative de demander la comparution personnelle de leur adversaire, mais le juge peut ordonner d'office, la comparution des parties.

La comparution, personnelle est ordonnée par un jugement qui fixe le lieu, le jour et l'heure de l'audience. Les dires des parties à la comparution peuvent valoir «aveu judiciaire» (II, l06).

Le refus de comparaître, le refus de répondre ou la réponse inadéquate *permet* au juge de tirer «toute conséquence de droit » ; il ne peut pas pour autant adjuger le défaut si la partie est par ailleurs représentée ; il peut par contre en tirer une présomption, allant jusqu'à considérer qu'il y a commencement de preuve par écrit, permettant d'autoriser le serment supplétif et la preuve testimoniale.

Le juge *peut-il ordonner la comparution personnelle du défaillant* ? L'article 49 dit «en tout état de

cause», mais, bien entendu, tel jugement rendu par défaut devra être signifié, la partie appelée à comparaître devant être avertie, *en* due forme de procédure, de son devoir de se présenter à l'audience. En comparaissant sur ordre du juge, la partie défaillante ne rabat pas le défaut, à moins qu'elle ait présenté des défenses. Le jugement ordonnant la comparution personnelle des parties ne doit-il pas toujours être signifié à la diligence du greffier? C'est un acte d'autorité du juge; cependant, nous le voyons pas reproduite ici la disposition de l'art. 71, (alinéa 3, C.Pr. p.). Il faut donc admettre que c'est la partie qui a intérêt à voir progresser le procès qui devra signifier le jugement à la partie défaillante ; aucune signification n'est requise si le jugement est contradictoire.

(189) Elis.,18 décembre 1925, Jur. Co1. 1926, p. 238; Léo., 16 juin 1926, Jur. Kat. III, p.125 ; Léo., 8 octobre 1957, R.J., 1958, p. l40.Voir cependant 1ère Inst., Elis., 27 janvier 1938, R.J., p. 144 avec note et Léo., 12 mars 1957, R.J., p. 295.

La comparution personnelle des incapables et des personnes morales privées se fait par la personne qui a qualité pour les représenter ; comparution de l'administration se fait par l'agent habilité pour la représenter (art. 57).

La comparution personnelle des articles 49 et suivants tient lieu de l'*interrogatoire sur faits et articles* de l'ancien droit français et du droit belge où il fallait articuler les faits comme pour une enquête. La comparution personne1le est moins formaliste, elle permet d'obtenir avec plus de célérité des réponses plus sincères et plus précises.

Bien que la chose soit plus délicate encore qu'en matière d'enquête, la comparution personnelle devant un juge commis à cet effet, voire devant deux juges différents est possible (art. C. Pr. Civ.).

108. La visite des lieux

Le juge peut avoir intérêt à se rendre compte de visu d'une situation de fait. Il peut, à la requête des parties ou d'office, décider de se rendre sur les lieux.

Il faut *un jugement* avant faire droit, fixant jour et lieu, afin que les parties puissent y assister (principe du contradictoire).

Le juge peut se faire accompagner par un expert (II, 109). Lorsqu'une juridiction d'appel ordonne une visite, un seul juge descend sur les lieux (II, 199).

Le greffier dresse procès-verbal des opérations: date, jour et heure, présence ou absence des parties, d'un expert, actes posés par le juge, questions posées et réponses faites etc.

En droit belge et français, le procès-verbal doit être signifié à l'adversaire avant reprise d'audience ; en droit zaïrois, le procès-verbal est versé d'office au dossier qui reste à la disposition des parties et l'instance se poursuit sur simple fixation de remise, actée à la feuille d'audience.

109. Les expertises

L'expertise est une opération confiée à des personnes compétentes appelées «experts» qui reçoivent la mission de fournir, en vue de la solution d'un litige, des explications ou des renseignements d'ordre technique que le juge ne peut pas se procurer lui-même (190). L'expertise n'est donc pas essentiellement probatoire des faits, mais elle peut cependant apporter des éléments de fait à la connaissance du juge.

L'expert peut être désigné et chargé d'une mission sur conclusions prises en ce sens par *une partie* ou de l'*accords des deux parties* ; mais le juge peut aussi bien *ordonner d'office* une expertise et choisir un expert, à défaut pour les parties de s'entendre sur la désignation. Ceci implique que le jugement faisant droit à une .demande d'expertise ne doit pas nécessairement donner une mission conforme à la demande, fût-elle l'objet d'un accord des parties: le juge *ne peut cependant pas désigner un autre expert,* s'il en est un agrée des parties (art. 39, al. 3), mais il peut compléter ou retrancher ou modifier la mission proposée. Le juge doit impartir un délai pour le dépôt du rapport ; cette mesure est purement comminatoire.

En pratique, le juge discute avec les parties, et de la mission et du choix de l'expert; ceci est d'autant plus

utile qu'il n'existe pas de « récusation d'expert» organisée en droit zaïrois. SOHIER (191) pense que le juge peut retracer (rétracter sic) son jugement de désignation d'expert avant prestation de serment, s'il y a manifestement intérêt à renoncer à ses services. Il peut tenir compte, dans l'appréciation des conclusions de l'expert des griefs formulés contre lui.

Les experts sont un ou trois. S'ils sont trois, ils «délibèrent». Le but du délibéré d'expert est de former *seul avis*. Si une opinion divergente subsiste sur un ou plusieurs points, cette opinion peut être énoncée (192). Si un expert refuse de signer (art. 180) la sentence signée par la majorité sort les mêmes effets (193).

(190) Une demande d'expertise n'est recevable que dans le but d'éclairer le tribunal ; une action qui se bornerait à demander une expertise n'est pas recevable : Elis., 17 janvier 1961 (R.]., 1961, p. 46).
(191) A. SOHIER, op. Cit., n° 155, p. 52; cf. 1ère Inst., Léo., 24 janvier 1951 (R.J., p. 201) ; Elis., 15 janvier 1963 (R.J., p. 211).

A l'instar du nouveau droit français, le décret de 1960 a adopte le système où c'est le *greffier qui avise l'expert* (art. 40) et non plus «la partie la plus diligente ».

L'expert n'est «mis en mouvement» qu'après la consignation de la provision qu'il requiert en prévision des frais et honoraires couvrant sa mission (l94). Dans la quinzaine, l'expert doit aviser les parties du jour et de l'heure à laquelle il commencera les opérations (en vue d'assurer le caractère contradictoire) (195). L'expert est encore tenu par le délai d'exécution : il doit avoir terminé l'expertise et déposé rapport avant le délai imparti par le jugement qui le nomme.

En matière civile, l'expert ne peut être contraint d'accepter une mission. S'il répond à l'avis du greffier par un refus, ou même s'il n'avise pas les parties dans la quinzaine de son acceptation, il est déchargé d'office et sans frais, et un autre expert peut être désigné de l'accord des parties ou à la requête de la partie la plus diligente.

(192) comparez avec le délibéré des Juges (II, 123) et des arbitres (II, 253).

(193) Elis., 10 août 1912, Jur.Congo,1914-1919, p.164, avec note.
(191) Le défaut de provisionner l'expert ne justifie pas le rejet de la demande ou des moyens de défense qui prétendaient y trouver un fondement: app. Ruanda-Urundi, 21 décembre 1954 (J.T.0.,1955, p. 88) ; la partie qui a demandé et obtenu la désignation d'un expert peut obtenir remise pour réunir les fonds nécessaires pour mettre l'expertise en mouvement ; Léo., 5 avril 1966 (R.J., 1967, p. 20, avec note) ; il va de soi que le tribunal ne peut pas faire le jeu d'une partie qui tenterait par ce moyen de paralyser la justice ; si la provision n'est pas versée dans le délai raisonnable ou si la partie en défaut ne justifie pas sa carence, le juge passera outre et tranchera le litige suivant les éléments dont il dispose. (195) En matière civile, l'expertise est contradictoire ; si les parties n'assistent pas à toutes les opérations de l'expert; elles peuvent lui demander de leur communiquer, avant de conclure un avant-projet d'expertise leur permettant de faire leurs observations et de lui communiquer des renseignements complémentaires : L'shi., 17 mai 1966(R.J., p. 207). Jugé qu'une expertise à laquelle n'aurait pas assisté le défendeur n'est pas de ce seul fait démunie de toute valeur probante ; L'shi., 21 mai 1969 R.J .,p. 207).
Jugé cependant que la négligence d'une partie de donner suite à la demande de la partie adverse de faire procéder par un expert compétent à un contrat contradictoire permet au tribuna1 de considérer comme probant un devis estimatif de dommages faits par un homme de l'art offrant des garanties suffisantes : 1ère inst., R.-U. 13 août 1960 (RJ.,1961, p. 164). Une expertise à laquelle une partie n'a pas assisté n'est cependant pas de ce seul fait dénuée de toute valeur probante : L'shi., 21 mai 1969 (R.J,.p. 207).

Par contre, s'il a avisé les parties (ce qui implique une acceptation de sa mission) et qu'il manque ensuite à l'exécuter, il pourra être condamné :

- aux frais frustratoires ...
- à des dommages-intérêts éventuels en faveur d'une partie, qui, bien entendu, doit la postuler conformément aux règles de l'art. (sic des art.) 258-259 du code –civil livre III, et dans la forme ordinaire d'une demande en justice.

La prorogation des délais n'est pas organisé, mais l'écoulement du délai comminatoire n'entraîne pas décharge d'office. Le juge ne déchargera l'expert de sa mission, pour cause de retard, qu'à la demande d'une partie.

Jadis les experts devaient prêter *serment* préalable, à moins d'en être dispensé par les parties. Formalité de serment, … ou formalité de dispense. Le nouvel article 42 a opportunément mis fin à ces formalités, imposant aux experts de faire procéder (précéder sic) leur signature de la formule du serment : « je jure que j'ai

rempli ma mission en honneur et conscience, avec exactitude et probité ». Si les experts ont omis de mentionner cette formule, ils peuvent la compléter par après ; les parties peuvent aussi couvrir, ce vice en les dispensant du serment (196).

Un rapport défectueux ne donne pas nécessairement 1ieu au rejet de l'expertise ; il y a un défaut dans la forme, le juge peut convoquer l'expert pour l'inviter à le (se, sic) corriger (par exemple, oubli de serment, de signature, erreurs matérielles, etc.) ; si le rapport fournit des éclaircissements insuffisants, le juge peut convoquer l'expert à l'audience pour l'entendre sans formalités (art. 43, al. 2); le juge peut également, à la demande des parties ou même d'office, ordonner que l'expertise complémentaire au même expert ou à un autre (art. 43, al. 1) (197). Le juge n'est pas lié par les conclusions des experts (198).

(196) Cette renonciation est implicite lorsque les parties concluent et plaident sur le rapport sans soulever le moyen : Léo.; 14 février 1956.

(197) Voir cependant Elis., 1 juillet 1962 (R.J., 1963, p. 117) et L'shi., 17 mai 1966 (R.J., 1966, p. 237).

(198) Jugé que si le juge n'est est pas lié par les conclusions de l'expert, i1 ne peut cependant pas les rejeter sans justification: Léo., 8 juin 1965 (R.J., 1966, p. 122); cf. App. R.-U., 13 avril 1954 (R.J., p.259).

Jugé qu'un rapport d'expertise qui n'est contesté sur aucun point et qui paraît établi sur des données objectives, raisonnables et modérées, constitue une base raisonnable de règlement du litige, d'autant plus sûre que la partie à laquelle il s'est opposé s'en réfère à sagesse : L'shi, 25 avril 1967, R.J., p. 264.

Jugé que quand l'intimé néglige de se faire représenter à l'audience suivant le dépôt du rapport d'expertise soutenant les conclusions de l'appelant, il y a lieu d'adjuger ces conclusions : L'shi, 1er décembre 1970, R.J., 1971, p. 32.

PAGE 113 ORIGINAL

110. La conciliation par les bons offices des experts

L'expert peut tenter de concilier les parties (C. Proc. Civ. art. 45). En cas de succès, il dresse procès-verbal de l'accord et fait signer les parties. Ce procès-verbal vaut *transaction,* mais peut être repris en un jugement d'expédient (II, 128) à moins que les parties ne se désistent de l'action.

111. La commission d 'arbitres rapporteurs

Le rôle de l'arbitre rapporteur est bien différent de celui de l'expert ; il diffère aussi de celui *de l'arbitre* (II, 249).

Le (s) arbitre (s) rapporteur(s) n'est (ne sont) pas choisi(s) par les parties, mais désigné(s) par le tribunal. Rien n'empêche une partie de conclure au recours à ce mode de procédure; rien n'empêche les parties de conclure dans le même sens ni même de proposer en conclusion des noms d'arbitres rapporteurs. Cependant, même dans ce cas, l'arbitre rapporteur tient son pouvoir du juge et non de la volonté des parties et le juge n'est pas lié par le choix des parties.

L'arbitre rapporteur n*'a pas de pouvoir juridictionnel* (à la différence de l'arbitre). Il est choisi pour ses *connaissances techniques*, tout comme l'expert, mais son rôle ne se borne pas à «fournir des renseignements d'ordre technique», il est chargé en outre de chercher une «solution»au litige (199).

Si la solution proposée par le (s) arbitre(s) rapporteur(s) est acceptée par les parties; il y a «conciliation». L'arbitre rapporteur en dresse acte (motivé) et le soumet à la signature des parties. Celles-ci peuvent «se désister» de l'instance (II, 70) sinon l'arbitre rapporteur déposant l'acte de conciliation du tribunal ne laisse au juge d'autre solution que celle de prononcer un *jugement d'expédient,* donnant force exécutoire à la convention des parties. Ce jugement est sans recours, la solution ayant un caractère de transaction (cf. II, 70).

(199) A. RUBBENS : conciliateurs, experts arbitres rapporteurs, arbitres, in R.J., numéro jubilaire, 1974, sous presse.

Si les parties n'acceptent pas la solution que propose l'arbitre rapporteur, celui-ci dépose son «avis», portant la proposition de solution et la motivation, sur le bureau du tribunal. Le tribunal garde en ce cas toute liberté d'adopter en tout ou en partie les motifs et les solutions de l'arbitre rapporteur, les parties pouvant conclure et plaider sur l' «avis» de l'arbitre rapporteur.

Les arbitres rapporteurs doivent-ils être *plusieurs,* c'est-à-dire former un collège ? Le pluriel de l'art. 44 pourrait le faire croire, mais la logique du système ne l'exige nullement.

Les arbitres rapporteurs peuvent-ils être récusés ?La loi ne prévoit que la récusation des magistrats (II, 7.9) ; l'arbitre rapporteur n'ayant ni pouvoir juridictionnel ni autorité judiciaire ne semble pas, faute de texte exprès, pouvoir être touché par la récusation. Son «avis» est d'ailleurs contrôlé par un juge.

Les arbitres rapporteurs doivent-ils prêter le *serment ?* La loi ne le dit pas. La doctrine française soutient qu'il n'y a pas de serment.

Notons que la désignation des arbitres rapporteurs peut être d'une grande utilité dans la solution des procès posant des problèmes de techniques qui sortent des connaissances normales d'un juriste: il ne faudrait pas que les juges en abusent pour se soustraire à leurs responsabilités.

112. Le serment 1itisdécisoire

Le serment litisdécisoire n'est pas - rigoureusement parlant - un moyen de preuve (C.C. III art. 234 - 241); c'est un défi lancé, par une partie à son adversaire et par lequel elle lui propose de mettre fin au litige en relevant l'offre de prêter serment ; si l'offre est acceptée (200), le juge doit se borner à prendre acte des faits affirmés sous serment et formuler en conséquence son jugement qui se borne à donner force exécutoire à la solution que les parties ont déterminée par le serment: Il rendra en somme un jugement d'expédient comme si les parties avaient conclu une transaction (II, 128) (201). Si la partie à laquelle le serment est déféré refuse de prêter serment, elle succombe (202).

(200) 1ère Inst., Elis., 20 décembre 1925, Jur. Kat., II, p. 82.

La partie à laquelle le serment a été déféré peut toutefois renvoyer la balle et *référer le serment* à celui qui lui a lancé le défi. Dans ce cas, la solution du litige dépend de ce que cette partie prête ou ne prête pas le serment.

Le serment ne peut porter que sur un fait personnel et «relevant » (203) (c'est-à-dire que la demande ne laisse plus d'autre issue si le fait est tenu pour établi). Le serment peut toutefois être déféré pour mettre fin à l'un des chefs de la demande, s'il en était plusieurs; i1peut également être déféré pour mettre fin à une demande incidente ; le procès suit en ce cas son cours pour les points du litige qui n'ont pas été écartés par le serment.

Le faux serment expose son auteur aux poursuites pénales (art. 132 C.p.) ; mais la victime ne peut pas non plus s'appuyer sur le jugement de condamnation pour introduire une requête civile (II, 219) ; elle a renoncé, en déférant ou en référant le serment, à obtenir directement ou indirectement (par la voie de dommages-intérêts) l'objet de son action ou à sa défense.

Cette procédure requiert la plus rigoureuse attention du juge qui doit veiller à ce que le serment porte sur un fait (204) et non sur sa qualification et que ce fait soit déterminant pour la solution d'un litige (205); s'il n'en est pas ainsi, le juge n'autorise pas la prestation du serment litisdécisoire.

(201) Jugé que seules les parties ayant capacité de transiger, peuvent déférer le serment 1itisdécisoire : Elis., 6 février 1915, Jur. Col. 1925, p. 230. Le mandataire d'une partie (notamment l'avocat) ne peut déférer ou renvoyer le serment sans avoir à cet effet une procuration spéciale (Elis, 19 juillet 1941, R.J., p. 77 avec note).

(202) Le défaut à l'audience fixée par jugement contradictoire pour la prestation du serment, équivaut au refus de prêter serment : 1ère Inst.; Bukavu, 9 octobre l953 (R.J., 1954, p. 107) ; contra : Elis., 28 octobre 1913, jur. Congo 1921, p. 345 et R.J., 1931, p.207).
(203) Elis., 6 février 1915, Jur. col. 1925, R.J., p. 320.
(204) 1ère inst., Coster, 18 août 1933, R,J., p.255.
(205) Elis., 8 juillet 1952, avec note : J.T.O., 1953, p.102.

PAGE 116 ORIGINALE

113. Le serment supplétoire

Lorsque un fait n'est pas pleinement établi mais qu'il n'est cependant pas totalement démuni de preuves (206), le juge peut - s'il n'est pas d'autres moyens de lever le doute (207) – déférer le serment à l'une des parties. Il s'agit d'un serment que seul le juge peut déférer. Rien n'empêche les parties d'en faire la suggestion au juge, mais celui-ci n'est pas obligé de répondre à pareille demande ; il apprécie souverainement l'opportunité de cette procédure. La partie à laquelle est déféré ce serment ne peut 1e référer à la partie adverse.

Le serment supplétoire peut également être déféré à une partie en vue de déterminer la valeur de la chose demandée, si cette valeur ne peut être déterminée autrement ; dans ce cas, le juge doit déterminer la somme à concurrence de laquelle le demandeur sera cru sur serment ; il faut en conclure que dès que le prestataire du serment déclare un montant inférieur ou égal à celui que le juge a fixé comme plafond, cette somme doit lui être adjugée.

Lorsque le juge défère le serment supplétoire, il est lié par la solution que la réponse au serment lui imposé (208).

SECTION 4

LE DEBAT JURIDIQUE

114. La nature des débats judiciaires

Eclairés sur les faits, soit par la production des dossiers, soit par les procédures probatoires qu'ils ont organisées, il appartient aux juges d'appliquer le droit aux faits tels qu'ils leur apparaissent pour vrai dans leur intime conviction. Les juges connaissent le droit, il n'est pas nécessaire de leur exposer (209).

(206) Elis., 4 décembre 1943, R.J., 1944, p. 93.
(207) Elis., 14 juin 1960, R.J., p.232..
(208) 1ère inst., Elis., 20 mai 1927, R.J. 1928, p. 51.
(209) «Les cours et tribunaux appliquent le droit et la coutume». Const. art.57. Les juges *doivent* donc connaître le droit national et les coutumes des différentes ethnies en vigueur dans la République ; si en fait ils les ignorent, ils ont le devoir de les rechercher. Les parties qui invoquent une coutume ont évidemment intérêt à aider le juge à les connaître.

Les parties ont cependant la faculté de présenter les faits au juge sous l'angle qui leur paraît le plus favorable a leur thèse ; elles ont intérêt légitime à indiquer aux juges les lois qui apportent au litige une solution qui leur est favorable et à leur rappeler les interprétations de la jurisprudence et la doctrine qui vont dans le sens qui leur est profitable ; elles peuvent faire un exposé écrit de leur raisonnement juridique en fait et en droit : les *conclusions* ; el1es peuvent en faire un exposé verbal, la *plaidoirie,* et appuyer leurs dires d'une note de *plaidoirie*.

Le ministère public qui doit assister à toutes les audiences *peut* en toute cause *(*et *doit* en certaines matières) donner un a*vis* ; il ne peut prendre parti ; il ne doit intervenir que pour faire respecter le droit, la moralité et l'ordre public (210).

115. Les conclusions des parties

Les parties doivent être formulées comme un raisonnement juridique (211).

1° *En fait :*
pour le demandeur : en exposant les faits qui ne sont pas controversés ; en établissant les faits qui sont contreversés :
pour le défendeur : en renversant ou en ébranlant les preuves apportées à l'appui de faits contestés ou encore en établissant d'autres faits qui ne sont pas conciliables avec les faits sur lesquels le demandeur prétend fonder son action, ou qui viennent en modifier les conséquences juridiques.

2° *En droit* :
pour le demandeur: en exposant (ou en mentionnant) les règles de droit applicables ; en offrant des interprétations favorables à la thèse soutenue, en montrant que les faits tels qu'ils sont établis sont visés ou couverts par ces règles de droit et en recherchant des conséquences qui en découlent; *pour le défendeur* : en démontrant que les faits ne tombent pas sous le coup de telle règle, et éventuellement en invoquant une autre règle qui serait applicable, écartant la conséquence à laquelle prétend le demandeur.

Le juge zaïrois ne doit pas connaître les coutumes propres à une profession; les parties qui invoquent ces coutumes doivent prouver leur existence.
Le juge zaïrois doit connaître le droit privé international du Zaïre et notamment les règles de renvoi au droit étranger ; il ne doit pas connaître le droit étranger ; il appartient aux parties à le lui faire connaître.
(210) Rappelons qu'un officier du ministère public peut être récusé (I, 183) au même titre qu'un juge « lorsqu'il intervient par voie d'avis» (art. 83 C. Org. Jud.) ; il participe en effet à la formation du jugement.
(211) Fr. GORPHE : Les décisions de justice, Paris 1952.
Fr. RIGAUX: la nature du contrôle de la Cour de Cassation, Bruxelles, 1966, n° 25 à 31, pp. 35 à 46.

3° *Dispositif* : en proposant au tribunal une conclusion - décision découlant logiquement de l'exposé en fait et en droit. Les conclusions sont définitives au moment où elles sont prises à la barre en audience publique, c'est-à-dire lors du dépôt des conclusions écrites (dont le dispositif doit d'ailleurs être *lu*) ou lors de la dictée au greffier. La communication du « projet » de conclusions (II, 76, 95) doit se faire aux adversaires trois jours avant l'audience et qui peut se faire au ministère public pour sol1iciter son intervention ne lie pas les parties (212). Il est d'usage de libeller les conclusions en forme d' « attendu que … » et d'introduire le dispositif par «par ces motifs, qu'il plaise au tribunal». Ce formalisme n'ajoute rien, il oblige cependant le rédacteur à détacher et à enchaîner un à un ses motifs, d'abord en fait, puis en droit et à dégager suivant la dialectique juridique la prétention qu'il formule, comme aboutissement de son raisonnement.

Chaque partie doit communiquer ses conclusions à l'adversaire, afin de lui permettre de répliquer aux moyens qui s'y trouvent exposés; il est dès lors permis aux parties de prendre des nouvelles conclusions en *réplique* ; l'abus des répliques ne sert généralement pas la cause que l'on défend, elle crée la confusion et déforce souvent les conclusions premières lorsque celles-ci ont bien circonscrit des moyens.

Il n'est pas obligatoire, mais de bon usage de remettre également une copie des conclusions au ministère public ; de toute manière, l'original des conclusions est versé au dossier communiqué au ministère public (II, 117).

Les conclusions sont signées par les parties ; les avocats peuvent signer les conclusions en qualité de mandataires

de leurs clients, pourvu que ces conclusions ne contiennent aucune reconnaissance préjudicielle (aveu) (II,106) ; certains avocats demandent à leurs clients de signer les conclusions afin de prévenir un désaveu.

(212) En avertissant à temps utile (3 jours francs) avant l'audience, leurs adversaires, les parties peuvent modifier leur « projet de conclusions ».

Les parties ne sont pas obligées de formuler des conclusions (213) ; elles n'acquiescent pas pour autant aux prétentions de leur adversaire, mais s'en remettent à *la prudence du tribunal* ; il serait de même que si elles déclaraient expressément «s'en référer à justice » (214).

116. Les plaidoiries

Les parties – ou leurs avocats – ont le droit de commencer leurs conclusions.

Cet exposé verbal adopte le genre littéraire de la plaidoirie qui peut recourir à l'art de la rhétorique pour entraîner la conviction.

« le but d'un plaidoyer est de persuader le juge et de ramener son sentiment à celui de l'orateur », définition mise dans la bouche d'Apollodore (215).

Une note de plaidoirie est un résumé de ces arguments destinés à faire revivre dans la mémoire ces fugaces effets littéraires lorsque, dans le délibéré, les juges reverront l'affaire.

Dans la plaidoirie, les parties peuvent se montrer «habiles» à présenter 1eurs thèses tant en fait qu'en droit; elles ne peuvent pas (règle déontologique pour les avocats) tromper les juges; elles n'y ont d'ailleurs aucun intérêt: dans le ca1me du délibéré, les juges démasqueront, à la vue du dossier, les supercheries, les sophismes et les tours de prestidigitation qui auraient pu passer à la barre et ils se montreront d'autant plus méfiants qu'ils auront l'impression d'avoir été induits en erreur.

117. L'avis du ministère public

Dès qu'une affaire est portée à une audience du tribunal, le ministère public peut intervenir ; il doit soulever les exceptions qui sont d'ordre public; il peut demander au juge de procéder à des mesures d'instruction qu'il estime utiles ; il peut, au cours des enquêtes et auditions des parties, proposer au juge de poser des questions qu'il estime pertinentes, suggérer des devoirs d'instructions, etc.

(213) Un arrêt de la Cour d'appel d'Elisabethville (29 août 1961, R.J., p. 159-, dit que la cause n'est pas en état si une partie n'a pas pris de conclusions ou n'a pas été *mise en demeure* de prendre des conclusions. Il faut entendre qu'elle n'a pas eu l'occasion de manifester son intention de conclure ou non.
(214) Elis.,17 juin 1941, R.J., p. 169.
(215) Cité par Maurice GARCON: Essai sur l'éloquence judiciaire, Paris, 1947, p. 14.

Le ministère public peut toujours demander la communication du dossier ; le juge peut en toute cause ordonner la communication du dossier et demander l'avis du ministère public (C. Org. jud., art. 9, al. 6).

Il est enfin des cas où le ministère public *doit* donner un avis (C. Org. Jud., art. 9, al. 4) :

- les causes qui concernent l'Etat, les collectivités régionales et locales dotées de personnalité juridique ainsi que les établissements publics. Le rôle du ministère public n'est pas de suppléer l'avocat de ces institutions, mais uniquement de veiller au respect du droit : si ces causes ont été dites communicables, c'est parce que les rapports juridiques de ces institutions entre elles et leurs rapports avec les citoyens (et les étrangers, hôtes de la Nation) intéressent l'ordre public ; le ministère public invoquera donc aussi bien

le droit qui protège les intérêts de la communauté confiées aux institutions publiques que celui qui a été promulgué pour protéger les particuliers ;

- les contestations portant sur le contrat de louage de service et sur la sécurité sociale ; les causes où des mineurs, des interdits ou des indigents sont parties (et notamment chaque fois que l'assistance judiciaire a été accordée) ; les procédures relatives à l'absence, aux actes de l'état civil, aux tutelles et aux mises sous conseil judiciaire ; ici apparaît le rôle de protection des faibles confié au ministère public ;
- les récusations, prises à partie, règlement de juges, requêtes civiles et, lorsque cette procédure sera organisée, les incidents de faux traités au civil ; les déclinatoires sur incompétence, litispendance ou connexité ; les actions introduites devant les juridictions civiles en raison d'un délit de presse ; ces causes concernent les garanties constitutionnelles des citoyens ;
- les faillites et concordats ; ces procédures ont des répercussions sur la moralité et la sécurité de l'économie de la communauté.

Sont également communicables les causes dans lesquelles la coutume doit être appliquée ; le ministère public est appelé à veiller particulièrement sur cette source du droit parce qu'elle se trouve moins bien définie et parce que la coutume ne s'applique que pour autant qu'elle n'est pas contraire aux lois et aux principes généraux du droit national (Const. art. 57).

Il est d'autres cas où la loi impose expressément la communication (par exemple en matière d'investiture de droits immobiliers pour cause de décès, art. 50 c. c.-L. II).

Rappelons que l'unité du ministère public ne fait pas obstacle à ce que ce soit un magistrat différent qui assiste aux audiences successives en une même cause, voire à ce qu'il y ait un relais au cours d'une audience.

Le ministère public dispose de quinze jours pour donner un avis écrit (qu'il lit en ce cas à une audience publique) ; si l'avis n'est pas donné dans la quinzaine, le ministère public doit justifier le retard ;si un magistrat du ministère public a, de mauvaise foi, retardé la solution d'un litige en refusant de donner un avis, il peut être pris à partie (II, 243). Le plus souvent, le ministère public qui a suivi I'affaire peut donner verbalement son. Avis sur les bancs ; en ce cas, l'avis est acté par le greffier. Lorsqu'il s'agit de litiges qui ne soulèvent aucune difficulté et qui peuvent être tranchés suivant une règle de droit claire et univoquement appliquée par la jurisprudence, le ministère public peut « s'en remettre à la prudence du tribunal ».

En matière civile, c'est le ministère public qui a le dernier mot avant la c1oture des débats; les parties n'ont pas - en principe - un droit de réplique ; lorsque le ministère public a cependant soulevé un problème de droit qui n'avait pas été discuté par les parties au cours du débat, les parties peuvent, par voie de requête, demander une *réouverture des débats ;* en ce cas, la parole doit à nouveau être donnée au ministère public avant que le débat ne soit définitivement clos.

118. La clôture des débats

Lorsque les parties ont eu l'occasion de déposer leurs dernières conclusions et d'exprimer leur commentaire verbal, en forme de plaidoirie et, pour les affaires communicables ou communiquées, lorsque le ministère public a émis son avis, le président du tribunal déclare « que les débats sont clos ». Dès ce moment, aucune partie ne peut plus verser des pièces ni des conclusions au dossier; une tolérance veut que des notes de plaidoiries soient encore envoyées au juge, à la condition qu'elles ne contiennent aucun argument autre que ceux qui on fait l'objet de la plaidoirie.

Le tribunal peut rendre un jugement sur les bancs; en matière civile, et plus spécialement lorsque le siège est composé de plusieurs juges (ou assesseurs), cette pratique n'est pas recommandable ; afin de pouvoir rendre une sereine justice, il est préférable de "prendre l'affaire en *délibéré"* et de prononcer le jugement à une audience prochaine ; pour rendre les jugements organisant l'instruction ou fixant des mesures provisoires; l'urgence peut commander de rendre le jugement le jour même, fût-ce après une *suspension d'audience*.

119. La réouverture des débats

Si une lacune ou une irrégularité apparaît dans l'instruction de la cause ou dans la procédure, il vaut mieux la réparer à temps plutôt que de prononcer un jugement boiteux et vulnérable. C'est cependant une mesure exceptionnelle qu'un président avisé tâchera d'éviter en vérifiant, avant la clôture des débats, s'il possède tous les éléments qui permettent au tribunal de rendre justice.
La réouverture des débats peut être ordonnée d'office ; les parties et le ministère public peuvent cependant la solliciter par voie de requête (voir note 53 sous II**,** 95).

PAGE 123 ORIGINAL

CHAPITRE VI LES JUGEMENTS CONTRDICTOIRES

SECTION 1
LE DELIBERE

120. La notion du délibéré

Délibérer, c'est réfléchir à plusieurs et confronter des solutions possibles d'un litige dans le but d'atteindre une solution commune. Au sens propre du mot, il n'est de délibération que de plusieurs juges ; par extension, on parle du délibéré du juge unique (I, 54; III, 181).

Le délibéré se fait à huis clos, généralement dans le cabinet du président ; lorsque l'affaire est fort simple, le délibéré peut se faire sur les bancs par un échange d'opinions, à voix basse (ou *in petto* pour le juge unique) suivi du prononcé (II, 124). Le jugement ainsi rendu, à l'audience même à laquelle la cause a été entendue, est dit *rendu sur les bancs*. On dira même dans ce cas qu'il n'y pas eu de délibéré, en ce sens qu'il n'y a pas eu de séance spéciale à cet effet. Sauf pour prendre des mesures conservatoires et provisoires, ou encore pour organiser des mesures d'instruction qui imposent d'évidence, il n'est pas d'usage de rendre, en procédure civile, des jugements sur les bancs.

121. Le dossier

Tout au long de la procédure, le greffier veille à la composition du dossier ; si les juges ont déjà pu préparer la formation de leur opinion aux audiences, ils ne peuvent cependant la fonder que sur les données consignées au dossier ; le contrôle par les voies de recours n'est possible qu'à cette condition.

Le dossier s'alimente de l'*assignation et des pièces* (dossiers des parties).

Lorsqu'il y a eu enquête, expertise, descente sur les lieux, comparution, etc. le dossier du greffe se complètera des *procès – verbaux et rapports* qui s'y réfèrent.

Le dossier du greffe contient en outre *la feuille d'audience* où se trouve relatée l'évolution de l'affaire.

A l'issue des débats, les *conclusions é*crites des parties et éventuellement *l'avis é*crit du ministère public sont versés au dossier.

122. L'objet du délibéré

En vertu du principe dispositif, seules les prétentions de droit formulées par les parties font l'objet du délibéré ; le tribunal doit en effet répondre à chacune des demandes et ne peut se prononcer sur d'autres chefs; le tribunal vérifiera seulement si les solutions de droit qui lui sont proposées s'appliquent, à moins que les parties n'aient laissé au tribunal le soin d'appliquer le droit régit les faits, ou encore qu'en vertu du principe *iura novit curia,* il n'ait à faire application d'office du droit impératif (I, 69).

Dans l'ordre, les juges vérifient la régularité de la demande, la compétence du tribunal, la recevabilité des actions et 1a réponse à réserver aux incidents liminaires (215) ; ils vident ensuite, s'il échet, les questions préliminaires, préalables ou préjudicielles.

A la lumière des éléments consignés au dossier (216), le tribunal arrête la *vérité judiciaire* quant aux faits ; il *qualifie* ces faits, c'est-à-dire qu'il les range dans les catégories juridiques établies par le droit; il recherche ensuite quelles *règles de droit* régissent les faits ainsi qualifiés; il fixe enfin la solution juridique, du litige et prend, s'il échet les décisions qui s'imposent pour protéger ou pour restaurer le droit.

Pour chaque *décision* (acte de juger) portant sur une contestation entre les parties ou apportée d'office par le juge hors du cadre des demandes formulées par les parties, il faut une justification explicite: c'est la *motivation* du jugement ; le sort fait aux exceptions, la décision en fait et la décision en droit doivent être motivées ; sur les points dont le tribunal se saisit d'office, il y a également lieu d'énoncer les motifs; la motivation doit répondre aux

moyens de la demande et de la défense, pour les accueillir ou pour les rejeter (217): La motivation ne doit pas répondre à tous les "arguments" invoqués à l'appui d'un moyen (218). 11 ne faut pas non plus "motiver ses motifs" en développant une théorie ou en faisant une leçon de droit. . .

(215) Boma, 28 avril 1925, Jur. Col., 1925, p. 252 (avec note).
(216) Le tribunal ne peut fonder sa conviction sur des éléments étrangers à la cause; Trib.Parq. Kabinda, 14 septembre 1951 (J.T.O., 1952, p. 8).

CONTENU SUPRA EST PAGE 126. modifié de l'original

Lorsque la solution d'un litige comporte une *condamnation,* il y a lieu de fixer les mesures d'exécution (délais, astreinte, force exécutoire).
Il faut enfin décider des *mesures fiscales* : par la condamnation aux frais.

123. La procédure du délibéré

La loi impose le secret du délibéré ; ceci ne veut pas seulement dire qu'i1 se tient à huis clos, mais encore que les juges qui y ont participé ne peuvent rien révéler de ce qui a fait l'objet des discussions ; les opinions dissidentes ne peuvent être divulguées, ni par le juge qui les a soutenues (219), ni par ses collègues.

La loi prévoit également (art. 66, al. 2 C. Org. jud.) que c'est le juge le moins ancien du rang le moins élevé qui donne avis le premier et que le président donne avis le dernier ; ceci ne fait pas obstacle à ce que chacun des juges (a tour de rôle) soit chargé de la rédaction d'un avant-projet de jugement, simple document de travail sur leque1portera la discussion dans l'ordre prescrit par la loi. Les décisions sont prises à la majorité des voix. Si une majorité se forme, le juge qui a émis une opinion dissidente *doit* néanmoins signer le serment, sa signature ne constitue pas une renonciation à son avis, mais simplement une formalité constatant la majorité acquise et le prononcé en audience publique (II, 124).

S'il se forme plusieurs opinions et qu'aucune ne soit majoritaire, il y a *partage.* Le droit zaïrois n'a pas prévu de solution à cette situation dans un délibéré civil; ce qui conduit à prolonger la discussion jusqu'à ce que plusieurs juges rejoignent une solution commune ; l'indépendance des juges pourrait toutefois conduire à une impasse aboutissant au déni de justice ; en ce cas, les juges zaïrois ont recours à un *départiteur* (220) officieux, c'est-à-dire qu'ils demandent confidentiellement I'opinion d'un collègue et qu'ils se rallient à celle des trois solutions que celui-ci a choisie. Le législateur a *imposé* la *solution* du partage dans les litiges du droit social en obligeant le moins ancien des assesseurs à se rallier à une des deux opinions divergeantes des autres juges (221).

Le juge unique rédige un projet qu'il contrôle à l'examen du dossier. La délibération aboutit à la rédaction d'une *minute de jugement* (222), paraphée par le(s) juge(s) et qui sera lue en audience publique.

(217) Trib. parquet de Kabinda,14 septembre 1951 (J.T.O. 1952, p. 8); Trib. Parquet de Sankuru, 19 mai 1950 (J.T.O. 1951, p. 188).
(218) Cons. sup. 3 décembre 1924, Jur. Co1., 1925, p. 39.
(219)Dans plusieurs états des Etats-Unis d'Amérique, il est au contraire prévu que le juge qui ne se rallie pas à la majorité pourra publier son opinion dissidente. Si ce système profite à la science du droit, il nuit à la paix judiciaire.
(220) En droit français, un jugement déclarant qu'il y a partage est rendu, sans autre motivation que le constat de l'absence de majorité ; les débats sont réouverts devant les mêmes juges, mais avec l'adjonction de deux départiteurs ; G. CORNU et J. FOYER : Procédure civile, Paris, 1958.
(221) Art. 143, 8 Loi du 5 avril 1973 ; cf. la solution du partage dans la procédure pénale, III, 205.
(223) Sur le lexique des dénominations des jugements et de leurs instruments, voir au tome I, note 1 sous n° 57.

PAGE 128 DE L'OUVRAGE ORIGINAL

SECTION 2

LE JUGEMENT

124. Le prononcé du jugement

Le principe de l'oralité de la procédure (I, 59) veut que les jugements soient *prononcés* (Const. a. 9). Le jugement est donc ce qui est dit ou lu ; la *minute* du jugement, signée par les juges et par le greffier, ne constitue que la preuve authentique du contenu du jugement que celui-ci a été prononcé en audience publique avec l'indication de la date de cette audience preuve nécessaire de la publicité (224).

Jusqu'au prononcé, les juges peuvent encore modifier leur jugement quand même ils auraient déjà paraphé la minute. Aussitôt prononcé le jugement, le tribunal se trouve dessaisi (sauf pour ce qui a été dit des erreurs matérielles et l'interprétation des ambiguïtés (I, 66, II, 133) ; le tribunal peut en outre être appelé en intervention pour l'exécution de ses jugements (I, 76 et 274, II, 269 à 289).

125. Le contenu du jugement

Bien que la structure et la forme des jugements aient fait l'objet d'un exposé au volume I de cet ouvrage (I, 58, 59), il ne nous est pas apparu superflu de rappeler, sous l'angle spécial du contentieux privé, quelles mentions doit porter le jugement.

La Constitution (art. 9) impose la motivation des jugements, l'article 23 du Code de procédure civile indique sommairement les mentions qui doivent y être portées, l'article 24t impose la signature des juges (qui ont rendu le jugement) et du greffier (qui a assisté au prononcé).

Tout jugement doit contenir sa propre justification (I, 58) ; il faut donc mentionner le tribunal, le lieu du siège, le nom des juges, de l'officier du ministère public et du greffier, justifiant l'exercice du pouvoir juridictionnel (225) ; il faut nommer et identifier (par le nom, la profession, le domicile) les parties à la cause, dire si elles ont comparu en personne ou par qui elles ont été représentées (226), quelles furent leurs demandes principales et incidentes circonscrivant le dispositif soumis à la juridiction ; il doit constater (ou, si elle fut disputée, justifier) la régularité de la saisine, la compétence du tribunal et la recevabilité de l'action ; il faut enfin exposer les différents actes de procédure (remises, jugements avant dire droit, dépôt des dossiers et conc1usions) qui ont mis la cause en état d'être jugée. Ce préambule nécessaire constitue "les qualités" du jugement (note 3, sous I ; 59).

(223) En cas de contradiction entre la minute et la grosse, c'est la minute qui fait autorité : L'shi., 10 décembre 1968 (R.J., 1969, p. 56).
(224) Tribunal parquet de Lualaba, 15 février 1951, J.T.O., p. 211.

Le jugement proprement dit constate la vérité judiciaire quant aux faits, dit le droit applicable (227) et prend la décision conséquence *constituant le dispositif du jugement* (228).

(225) Est nul un jugement prononcé par un juge qui n'a pas participé aux débats : Léo., 4 avril 1963, R.J., 1964, p.148.
Le nouveau code de l'organisation judiciaire ayant prévu que le tribunal ne peut siéger hors la présence d'un officier du ministère public, il nous parait que la même sanction doit frapper l'omission du nom de ce magistrat ; la jurisprudence d'Elisabethville, 11 octobre 1930 (R.J., 1931, p. 26), serait dès lors périmée.
(226) Sur l'adage "nul ne plaide par procureur", voir T. I, n° 170, et note (30) sous II, 87.
Lorsqu'un incapable agit par son tuteur (conseil) il faut mentionner le nom et l'identité de la partie et de son représentant ainsi que la qualité en laquelle ce dernier agit.
Lorsqu'un avocat représente une partie, c'est l'identification de la partie représentée qui doit être précisée; l'avocat est suffisamment identifié par la mention de son nom, s'il appartient au barreau local. Il appartient aux parties d'assister le greffier dans la rédaction des qualités : Elis., 27 mai 1916 (R.J., 1932, p. 98).
(227) En matière de droit écrit, la règle applicable est indiquée par la référence à l'acte législatif; en matière coutumière, il y a lieu d'énoncer la règle de droit coutumier avec l'identification de l'ethnie ou du lieu où cette coutume est en vigueur: Trib. Parquet de Lualaba, 22 octobre

1951, avec note J.T.O., 1953, p. 44 ; si le tribunal fait application d'un principe général de droit, il doit l'énoncer; si le tribunal statue en équité, il doit motiver son recours à cette source de droit.

(228) La nature de la décision conséquence relève du fond du droit. Le tribunal peut prendre toute mesure efficace pour la restauration du droit, si la loi n'y fait pas obstacle.
Le principe de la primauté de l'exécution en nature domine la matière des obligations: Léo., 27 juin 1950, R.J., 1951, p. 11.
La publication d'un jugement peut être un mode de réparation équitable par exemple en matière d'injure ou de concurrence déloyale ; en ce sens : Léo., 23 mars 1954, R.J., -, p. 198 ; *contra :* 1ère inst. Léo., 12 mai 1951, J.T.O. 1952: p. 60.
En constatant les manquements d'un débiteur a son obligation de payer, le tribunal ne peut se borner à donner acte au créancier des obligations légales du débiteur sans *prononcer condamnation* à payer qui lui est demandée; L'shi., 20 août 1968, R.J., 1969, p. 47.

Ce dispositif doit être motivé (Const. art. 9) (229); il est d'usage dans les tribunaux de droit écrit de présenter la motivation avant le dispositif ; celui-ci apparaît alors comme la conclusion du raisonnement tenu dans l'enchaînement des motifs en fait et en droit. Dans bien des tribunaux de droit traditionnel, le dispositif était formulé de suite après l'exposé des demandes, la motivation n'étant donnée que par après en manière de justification de la décision. Rien ne s'oppose à ce qu'il soit procédé de la sorte, encore qu'il soit souhaitable d'avoir une uniformité dans la structure des jugements.

Un dispositif portant condamnation d'une partie de faire ou de payer quelque chose doit également mentionner les délais ou les modalités suivant lesquelles cet ordre du tribunal doit être exécuté.

Avant de se dessaisir, le tribunal doit toujours se prononcer sur *les frais* (230). Ceux-ci sont à la charge de la partie succombante, sauf s'il s'agit de vaines procédures provoquées de mauvaise foi par l'adversaire, auquel le tribunal peut en ce cas laisser la charge des frais frustratoires. Si 1es parties succombent à chacune d'une partie de leurs prétentions, le tribunal peut "compenser" les frais, c'est-à-dire en mettre en une portion à charge de chacune des parties (II, 300).

126. Les jugements définitifs vidant le fond du litige

La classification des jugements a été traitée au Tome I, chapitre VI: "La théorie des jugements" (I, 60-6). Relevons cependant les particularités propres aux jugements des tribunaux civils.

Le jugement définitif sur le fond dessaisit le tribunal au civil, comme en toute matière. Le tribunal peut cependant, à la demande d'une partie, accorder des *réserves* lui permettant de réassigner sur un chef de ses demandes pour lequel une solution définitive ne peut être actuellement postulée, par exemple, lorsqu'à la suite d'un accident, l'état de la victime n'est pas consolidé. En matière de *divorce,* l'artic1e 144 du code civil L. II a été interprété par la jurisprudence en ce sens que le *jugement* de *sursis,* bien qu'il ne prononce pas le divorce, lie le tribunal, établissant les torts des époux *ou* de l'un d'eux ; saisi à nouveau par l'assignation de l'un des époux après le délai imparti au jugement de sursis, le tribunal doit prononcer le divorce suivant la chose jugée; la cause doit être ramenée devant le tribunal qui a établi le bien-fondé de la demande, mais il ne doit pas nécessairement être porté devant le même magistrat.

(229)L'arrêt rendu le 6 août 1971 par la Cour d'appel de Lubumbashi (R.J., 1972, p. 59) résume magistralement la justification de l'exigence de la motivation et de la sanction de nullité qu'entraîne sa méconnaissance.

(230) Le tribunal se prononce sur la répartition de la charge des frais ; c'est cependant le greffier qui, sous sa responsabilité, arrête le compte des frais et des droits proportionnels sur les sommes allouées. Sur le calcul des frais et des droits, voir II, 229.'

127. Le jugements définitifs sur incident

Statuant sur un incident, le tribunal peut également rendre un jugement définitif qui vide l'incident, sans se prononcer sur le fond (1I, 52). Ce jugement est susceptible d'appel. Si ce jugement dit le tribunal incompétent, irrégulièrement saisi et la demande irrecevable, il se trouve dessaisi par ce *jugement* (231). Si le tribunal rejette l'exception, son jugement est définitif sur l'incident, mais il demeure saisi du fond du litige. Rappelons que le juge peut toujours joindre l'incident au fond, ce qui évite de prononcer un jugement sépare sur l'incident.

128. Les jugements d'expédient

Lorsqu'une "transaction" est intervenue, que ce soit à la suite d'un accord des parties entre elles, ou aux diligences d'un expert ou d'un arbitre rapporteur, le tribunal n'a plus rien a juger, il doit se borner à enregistrer

l'accord des parties en donnant, si elles le demandent, force exécutoire à leur accord (232).

Un jugement d'expédient suppose qu'il y a eu litige et que les parties y ont mis fin en cours d'instance ; si le tribunal se rend compte de ce que les parties ont simulé un litige, aux fins de pouvoir faire enregistrer en la forme un jugement, acte exécutoire, un accord préexistant, il peut rejeter les demandes, faute d'intérêt (233).

(231) Le jugement statuant sur une demande de remise aux fins de mettre en cause un tiers garant est définitif sur incident: Elis., 13 mai 1933 (R.J., - p. 175) ; le jugement rejetant l'exception de prescription est définitif sur incident: Léo., 17 juillet 1965, RJ., 1966, p. 40 ; de même que le jugement écartant l'exception de la chose jugée: Kinshasa, le 3 juillet 1971, R.J.,1973, p. 169.
(232) 1ère inst. Cost., 13 septembre 1939, R.J., 1940, p. 158; Elis., 28 février 1942, R.J., -p.87.

PAGE 132 OUVRAGE

129. Les jugements avant dire droit

Il est des jugements qui ne vident pas le litige, mais qui se bornent à prendre des mesures conservatoires ou provisoires ou qui organisent l'instance (mesures probatoires, par exemple).

La différence entre les jugements d'avant dire droit qui, ne jugeant .rien, sont dits *préparatoires* de ceux qui, préjugeant sur le 1itige, sont dits *interlocutoires,* intéressent spécialement la recevabilité de l'appe1 (II, 51, 175).

L'abondante jurisprudence quant aux critères qui distinguent les jugements préparatoires des jugements interlocutoires indique leur fragilité (234).

En droit français, tous les jugements avant faire droit sont susceptibles d'appel, ce qui ôte le principal intérêt à cette classification. Le code de droit judiciaire belge de 1967 (art. 1050) adopte la même règle.

(233) Un tribunal ne peut statuer par voie de jugement d'expédient que si l'accord dont les parties demandent acte met fin à un litige dont elles l'avaient saisi : Elis., 8 mars 1941, R.J., p. 56.
(234} La règ1e d'or est: si le jugement laisse entrevoir l'opinion du tribunal quant au fond de la cause, il est interlocutoire. A titre indicatif, nous renvoyons à la jurisprudence peu cohérente et parfois contradictoire dont nous rappelons ici que1ques décisions qui ont orienté les tribunaux .
Jugé *« préparatoire »* et non susceptible d'appel :
- Un jugement se bornant à joindre des affaires connexes (Elis., 25 mars 1916. Jur. col., 1928, p. 4, avec note) ;
- un jugement rejetant une demande de contre-expertise, sans qu'il n'y soit préjugé de l'admission des conclusions de l'expert contesté : Léo., 15 juillet 1915, Jur. Col., 1925, p. 138, avec note;
- un jugement par lequel le juge refuse de poser une question à un témoin : Elis., 3 mars 1934, R.J., - p. 91 ;
- un jugement qui décide de surseoir à statuer en. vertu de l'adage : « le crimine1 tient le civil en état » : Léo., 14 décembre 1954, (avec note) R.J., 1955, p. 167 ;
- un jugement qui se borne à désigner un nouvel expert en remplacement d'un expert qui tarde à déposer son rapport: Léo. 27 novembre 1956, R.J., 1957, p. 31 ;
- un jugement de surséance : Elis., 22 octobre 1957, R.J., 1958, p. 142 ;
- un jugement ordonnant aux parties de produire leurs comptes respectifs en vue d'instruire la cause : Elis., 8 novembre 1960, R.J., 1962, p.113 ;
- Un jugement prononçant la nullité d'une expertise pour vice de forme et ordon nant une nouvelle expertise: Léo., 13 octobre 1965, R.J., p.191.
- un jugement, invitant une partie à préciser son offre de preuve : Elis., 19 avril 1966, R.J., p.234;
- un jugement invitant à conclure au fond: L'shi., 5 décembre 1967, J., 1968, p. 198.

En droit zaïrois, la solution traditionnelle qui veut que seuls les jugements interlocutoires (c'est-à-dire ceux qui indiquent expressément ou implicitement que le tribunal a déjà formé une opinion sur la cause) "Sont susceptibles d'appel a été maintenue. Cette théorie est certes inattaquable ; la pratique révèle cependant combien i1 est délicat de savoir si en fait, en prenant une mesure d'instruction, le tribunal n'a pas déjà orienté son jugement sur le fond.

Rappelons encore que les jugements préparatoires, ne jugeant rien, ne doivent pas être motivés et que le juge peut prendre toute mesure utile à la bonne marche du procès, tant suivant les conclusions des parties que d'office ; i1 n'y est pas statué sur les frais, ou mieux, il est fait mention de ce que "les frais sont réservés".

Lorsque le tribunal préjuge dans un jugement avant dire droit de la version des faits qu'il tient pour vraie ou vraisemblable, il doit motiver son option; si la mesure prise, laisse percer qu'il s'est fait une opinion sans qu'il ne l'ait motivé, le jugement n'en sera pas moins susceptible d'appel et l'absence de motifs peut être précisément l'un

des griefs; le tribunal (n'étant pas dessaisi) peut toujours revenir – étant mieux informé - sur l'option qu'il a prise avant dire droit; i1 devra en ce cas motiver son changement d'optique (235).

Mais il fut jugé qu'un jugement préparatoire peut être frappé d'appel avant le jugement définitif lorsque ce recours offre un intérêt suffisant: Léo., 8 octobre 1951, J.T.O. 1959, p. 100.

Fut jugé *"interlocutoire"* :

- un jugement refusant une jonction de cause, parce que la motivation reposait sur une appréciation du fond : Elis., 23 fécrier 1950, R.J. --, p. 171 ;
- un jugement désignant un expert au fin de déterminer la *part* de responsabilité des parties alors que l'une d'elles avait conclu à la non-responsabilité : Elis., 13 novembre 1943; R.J., 1944, p. 81;
- un jugement qui annonce la suite qu'il réservera à une exception, suivant une preuve qu'il invite à rapporter : Elis., 3 février 1961, R.J., p. 24 ;
    - un jugement admettant la preuve d'un contrat d'emploi par toutes voies de droit et spécialement par 1a production des livres de commerce de 1'employeur: Elis., 29 mars 1960, RJ.,1963, p. 105 ;
    - un jugement qui laisse entrevoir les conséquences qu'il attachera au résultat de mesures probatoires qu'il ordonne: Léo., 1er juin 1965;
- un jugement qui prescrit des mesures destinées à préciser les rapports juridiques, des parties: Elis., 3 mai 1966, R.J., p. 235 ;
- un jugement autorisant la preuve de faits qui s'ils sont établis, justifient la résiliation d'un contrat : Kin., 27 juin 1966, R.J., 1967, p. 32 ;
    - dès qu'un juge laisse entrevoir son opinion quant au fond du litige, son jugement est interlocutoire : L'shi., 21 novembre 1967, RJ., 1968, p.193.

130. Les disjonctions des chefs de demande

En principe, le tribunal doit vider, sa saisine en un jugement répondant à chaque chef de demande et ayant pour effet de le dessaisir. Si l'assignation ou les demandes additionnelles, les actions en intervention ou les demandes reconventionnelles contiennent plusieurs demandes distinctes *et* indépendantes, les unes des autres, dont les unes seraient en état, tandis que les autres requièrent des mesures d'instruction, des décisions préalables ou la mise en cause de tiers, le juge peut toutefois à la demande d'une partie, disjoindre les actions et vider les chefs de la demande qui se trouvent en état d'être jugés ; il rend sur ces chefs un jugement définitif par lequel il se trouve lié ; il demeure saisi des autres chefs de demande. Il n'en usera de la sorte que dans les cas où le retard de la so1ution globale serait gravement préjudiciable à la partie qui sollicite la disjonction (236).

Le juge sera particulièrement prudent dans la disjonction des demandes principales et reconventionnelles lorsque les demandes, fussent-elles formées *ex dispari causa* risquent de compromettre la solution réservée à la demande demeurée en suspens; tel serait le cas lorsqu'une demande de paiement d'une somme d'argent a été adjugée, alors la demande reconventionnelle de paiement d'une somme est suspendue et risque d'échouer sur l'insolvabilité de l'adversaire. La disjonction ne pourrait en aucun cas être décrétée lorsqu'il y a lieu à compensation légale ou conventionnelle (237).

Le caractère spécifique de la demande reconventionnelle en divorce a amené la jurisprudence à adopter des solutions propres

(235) Note sous Léo., 23 février 1965, R.J., 1966; p. 213.
(236) Kin.,18 avril 1967, R.J., p. 268; 9 janvier 1968, R.J., 1969, p. 30; 16 février 1971, R.J., p. 250.
(237) 1ère inst. Léo., 15 avril 1957, R.J., 1963, p.90.
Jugé cependant que la disjonction peut se faire pour une demande reconventionnelle procédant "ex eadem causa" ; tandis que si elle procède "ex dispari causa" et ne se trouve pas en état d'être jugée en même temps que l'action principale, elle doit être déclarée irrecevable, la seule justification de la jonction étant l'éventualité d'une compensation qui ne peut en ce cas intervenir; 1ère inst. Elis.;19 août 1959, R.J., 1963, p. 132.

quant à la disjonction ; il est heurtant de voir prononcer un divorce aux torts d'une partie, tandis qu'est tenue en suspens la demande de la partie adverse, pouvant aboutir au prononcé du divorce aux torts réciproques des époux. L'abus des manoeuvres dilatoires d'une partie qui attend la fin des débats pour introduire l'action reconventionnelle postulant des mesures probatoires prolongées a cependant amené

les tribunaux à adopter exceptionnellement cette solution ([23842]).

131-. Les jugements provisionne1s

Il se peut que, dans un litige, apparaisse le bien-fondé d'une demande, sans qu'il soit possible de déterminer d'emblée le montant auquel i1 y a lieu de condamner la partie qui succombe. Ceci se présentera particulièrement en matière de quasi-délit, soit que l'estimation du préjudice requière une expertise, soit encore (pour les lésions corporelles notamment) qu'il faille attendre la consolidation pour fixer le degré d'invalidité. Il peut être équitable d'allouer déjà une indemnité provisoire, quitte à la revoir ultérieurement, lorsque le préjudice sera définitivement établi. Pareil jugement préjuge évidemment de l'opinion du juge, i1 ne le lie cependant pas, et, si les mesures d'instruction prescrites ou des moyens nouveaux présentés par la partie qui succombe font apparaître que la mesure provisoire n'était pas fondée, le juge peut revenir sur sa décision antérieure.

132. Les mesures conservatoires et provisoires

Sans préjuger du bien-fondé des actions, le tribunal peut être amené à prendre, à la demande des parties, des *mesures conservatoires, ,* telles que I'apposition de scellés ou la mise sous séquestre d'un bien litigieux.

C'est particulièrement en matière de divorce que des *mesures provisoires* sont requises notamment au sujet de la garde et des frais d'entretien des enfants pendant la durée de I'instance et au profit du conjoint qui n'aurait pas de moyens de subsistance ou

qui ne peut faire face aux frais du procès (provision alimentaire et provision ad *litem).*

Ces mesures sont prises en la forme d'un jugement

(238) le inst. Ells., 11 marsI948.R.l., 1949, p. 110, avec note; le inst. Burundi.17 octobIe 1962 ; Kin.. Ihvril1961. R.J., - p. 259.

SECTION 3
LES EFFETS DU JUGEMENT

133. Le dessaisissement du tribunal

Le jugement définitif a pour effet de dessaisir le tribunal. Dès que le jugement a été prononcé, le tribunal ne peut revenir sur ses décisions.

Il est admis cependant qu'en cas d'erreur matérielle, le tribunal peut, à la requête d'une partie, et l'autre partie entendue, apporter une correction. Erreur matérielle doit être entendue au sens strict du mot : erreur de calcul, confusion de nom ; une erreur d'appréciation ou l'oubli de statuer sur un chef de demande ou de répondre à un moyen ne peut être considéré comme une erreur matérielle.

Le tribunal peut également être invité par une partie, l'autre partie entendue, à lever une ambiguïté ; ce jugement interprétatif ne peut avoir pour effet de modifier la décision intervenue.

Si nous avons affaire à un jugement définitif sur incident, le tribunal est irrévocablement dessaisi de l'incident ; il ne peut plus revenir sur sa décision ; il demeure, bien entendu, saisi du fond du litige si le jugement de l'incident ne consiste pas à se dire incompétent, à dire l'action irrecevable ou d'en décider le renvoi pour cause de connexité.

Le jugement avant dire droit ne dessaisit pas le tribunal ; non seulement doit-il épuiser sa saisine en statuant sur les chefs de la demande auxquels il n'a pas encore répondu, mais encore peut-il revenir sur ce qu'il a jugé interlocutoirement ou provisoirement ; la motivation du jugement définitif devra en ce dernier cas justifier le changement d'opinion.

134. L'autorité de la chose jugée

Tout jugement civil a, dès le prononcé, l'autorité de la chose jugée. Ceci veut dire que doit être reconnue pour vérité ce qui est dit dans le dispositif du jugement.

L'autorité de la chose jugée au civil n'est que *relative ;* elle n'est pas opposable aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui n'ont pas été parties au procès. Suivant la doctrine en vigueur, elle est encore relative en ce sens que les parties peuvent renoncer à invoquer l'exception de la chose jugée (II, 99) et que les tribunaux ne peuvent d'office la soulever. Les jugements qui modifient l'état (divorce, recherche ou désaveu de paternité), ou la capacité juridique des personnes (interdiction, .mise sous conseil) font cependant autorité *erga omnes.* Sont également opposables aux tiers les jugements qui modifient le pouvoir de gestion d'un patrimoine (faillite, séparation de biens).

Aussi longtemps qu'un jugement est susceptible d'être attaqué par voie de recours ordinaires, l'autorité de la chose jugée est précaire ; ce n'est que lorsque les délais d'appel (Il, 184) sont écoulés, que le jugement est irrévocablement *coulé en force jugée.*

Les jugements avant dire droit ont également l'autorité de la force jugée, bien que le tribunal qui demeure saisi ait encore la faculté de revenir sur sa décision; ils ne peuvent dès lors jamais être coulés en force de chose jugée.

Les jugements définitifs sur incident, par contre, bien que ne dessaisissant pas le tribunal du fond du litige, acquièrent la force de chose jugée par l'écoulement des délais de recours ou par l'acquiescement exprès ou implicite des parties.

135. La force exécutoire.

Les jugements civils sont immédiatement exécutoires, sauf exceptions prévues par la loi ou les modalités d'exécution imposées par le jugement même.

Les jugements prononçant le divorce ne sont exécutoires qu'après l'écoulement des délais d'appel et de cassation.

Le juge peut, dans son dispositif, prévoir des délais d'exécution. En principe, l'exercice du recours en appel suspend la force exécutoire des jugements. Le tribunal doit toutefois (art.21, C.proc. civ.) dire son jugement exécutoire nonobstant tout recours ([23943]) lorsqu'il y a acte authentique, reconnaissance de dette ou jugement antérieur ([240]). Il peut facultativement, suivant les conclusions du demandeur accorder l' *exécution provisionnelle* nonobstant appel, s'il estime, d'une part que la créance est à l'abri de toute contestation et d'autre part qu'il y a péril à accorder au défendeur la possibilité d'user de moyens dilatoires par de vaines procédures de recours.

Dans ce cas le tribunal peut soumettre l'exécution provisoire à l'obligation de constituer un cautionnement afin de garantir la partie qui succombe pour le cas où elle obtiendrait une réformation du jugement exécuté ([241]). Il est rare que les tribunaux aient recours à cette dernière stipulation, la formule de style étant "dit le présent jugement exécutoire nonobstant tout recours et sans caution".

136. L'ouverture des voies de recours

Au Zaïre, tous les jugements sont susceptibles de recours, sauf stipulation spéciale de la loi (II, 176, 258).
.Nous avons déjà signalé que les jugements avant dire droit ne peuvent être attaqués par voie d'appel lorsqu'ils ne *jugent rien.* En réalité, ce ne sont alors des jugements qu' « en la forme ».

137. Signification, commandement, exécution forcée (renvoi)

La quatrième partie de ce volume, traite aux numéros 269 à 289 des voies d'exécution. Cette procédure étant identique quelque soit le degré de juridiction auquel une décision est rendue, il nous est apparu opportun de reporter cette étude en fin du présent tome. .

(239) Sur la possibilité de voir modifier les modalités d'exécution V. II, 189 et 276.
(240) La détention d'un chèque impayé justifie que 1''exécution provisoire soit accordée.
(241) l'exigence du .conditionnement est particulièrement justifiée si la partie qui exécute n'offre pas toutes les garanties de stabilité ou si elle n'a ni domicile ni bien au Zaïre.

CHAPITRE VII

LA PROCEDURE PAR DEFAUT

SECTION 1

LE DEFAUT D'AUDIENCE

138. La notion de défaut

En droit zaïrois, il y a « défaut » lorsqu'une des parties, régulièrement avertie de la procédure engagée contre elle devant un tribunal, n'y a pas fait valoir ses prétentions de droit. La procédure par défaut s'oppose à la procédure « contradictoire » qui est celle où toutes les parties ont effectivement soutenu leurs prétentions à l'audience de la cause ([24442]).

Le fonctionnement normal de la juridiction, procédant suivant le principe du contradictoire, veut que le juge entende les différentes parties en leurs moyens de fait (pour former sa conviction), puis en leurs moyens de droit (pour s'éclairer sur les solutions juridiques possibles).

Il ne serait cependant pas admissible qu'une partie puisse, en refusant d'exposer ses moyens, *paralyser le cours de la justice*.

Deux solutions sont possibles :

1° on amène *de force* les parties devant le juge (système de la plupart des coutumes zaïroises ([243]) ;

2° *on passe outre* le « défaut » de la partie, et le jugement est rendu suivant les seules lumières des parties qui font régulièrement valoir leurs moyens (c'est le régime de nos juridictions judiciaires).

On peut encore imaginer d'autres régimes, par exemple celui où l'omission de comparaître serait sanctionné par des *mesures pénales* ou des *présomptions de droit défavorables* à la partie défaillante. Tel n'est pas le cas au Zaïre.

139. Le droit de faire défaut

Au Congo "faire défaut" est, en matière civile, une voie de droit, c'est-à-dire que celui qui ne comparaît pas ne commet aucune faute, il use de son droit. C'est ainsi qu'il a été jugé que le défaut est un déclinatoire de compétence et que l'article 17 n'autorise le juge à faire droit aux conclusions de la partie comparante …qu'*après avoir examiné si elles sont justes et bien vérifiées* ([244]).

(.242) A. RUBBENS: La procédure par défaut en droit judiciaire privé congolais, numéro spécial de la quarantième anniversaire de la Revue juridique du Congo,Elisabethville 1965, p. 243.
(243) Notons que le droit écrit connaît pour la comparution forcée des témoins récalcitrants (II, 102).
(244) le inst. Leo., 23 fevrier 1954, J.1'.O. 1957, p. 183; le inst. Leo., 2 jui:R 196i" . R.J" 1'962, p. 60; L'sbi., 10oocembre 1968, R.J., 1969, p..'54; c'est a tort que la notice presentant l':met du le decembre 1970 (R.J., 1971, p. 32) s'expdrne "quand !'intima fait defaut a l'audience ou doit etre debattu un rapport d'expertise et ou davent etredi,scuus 00 nouveaux d_cuments il n'y a plusqu.'a adjuger a l'appclante ses conclusions" (sic). V. RUBBENS, op. at., p. -25 7.

Que le défaut soit en matière civile un droit et non une faute apparaît encore du fait que, contrairement à ce qui est prévu en procédure pénale (art. 95, a1. 2 C. pr. pén.), il n'existe aucune disposition imposant les frais de l'opposition au défaillant quand même le défaut lui serait imputable. D'aucuns ont dit que, loin de marquer un mépris à l'égard du tribunal, le défaut est un témoignage de confiance dans la justice.

L'évolution moderne du droit procédural n'est cependant pas favorable au défaut. On s'est rendu compte de ce que les règles régissant le défaut ouvrent souvent le champ aux manœuvres dilatoires ; en plusieurs pays, le législateur a voulu réagir. En droit congolais, on peut dire que les articles 18 et 19 (sans aller aussi loin que le droit français) s'inspirent de cette orientation hostile au défaut, ou du moins hostile aux abus du défaut.

140. Quand y a-t-il défaut ?

La simplification de la procédure congolaise écarte plusieurs manœuvres dilatoires qui ont donné lieu aux abus dont a souffert la procédure française et la procédure belge de jadis. Il n'y a pas en effet de défaut de comparaître (c'est-à-dire de constituer avoué) se compliquant du défaut de conclure ([24545]): c'est le seul fait de prendre part ou de ne pas prendre part prendre part à l'instruction et au débat qui détermine le caractère contradictoire ou non de la procédure. Le défaut peut exister dès l'audience d'introduction, il peut survenir en cours du débat si une partie se retire avant que l'instruction soit terminée ; il peut en cours d'instance être « rabattu » par la comparution du défaillant. La simple *comparution matérielle* du défendeur, après enquête, ne suffit pas à rendre le débat contradictoire ([246]).

141. Le défaut du demandeur

Le défaut du demandeur à l'audience introductive de l'intance peut s'accompagner du défaut du défendeur, en ce cas, le tribunal n'est pas saisi : il n'y a pas d'instance, l'affaire est rayée du rôle, les frais sont arrêtés à l'enrôlement.

L'article 17 prévoit le cas où, le demandeur faisant défaut, le défendeur comparaît.

Sous le régime de la législation de 1886, la jurisprudence avait admis (après quelques hésitations) que le défendeur pouvait obtenir, soit la radiation (habituellement appelée « défaut-congé), soit *jugement sur le fond*, à l'exclusion de toute demande reconventionnelle ([247]).

Certains jugements admettaient le "défaut-congé", tandis que d'autres disaient "le droit congolais ignore le défaut-congé, le défendeur est en droit d'exiger décision sur le fond » ([2446]).

---

(245) Jugé que quand même les parties auraient échangé des conc1usions (en. projet) avant l'audience, il y a 1ieu de juger par def:mt si. une partie ne se presente pas : Ells., 13 feYrier 1926, Jur. Kat., n ; p. 254. Juga d'autre part que si une partie se presente a l'audiem:e. nWsne alnc1ut pas, la cau_ d9it etre jugee par dCfaut : EUs., 11 juin 1920, Jur_ :1Cat.. U. p. 142. U nous est d'avis que ."ne oonclut pas" est. trOD rlilide. des lors que Japar:tie presente a l'audience a d'une manière quelconque participé au débat, le jugement est contradictoire.
(246) Elis., 23 avriI1957,RJ.,p. 243.
(247) A; SOHIER, 0._.:n:°.s:2S9jet 2&1!1.

(248),le inst. EHs., 16maiS,f9SDj)Jl.J..,-p.119, avec note. ',;.lein_t. Eh, 20j.u___:.J.,19S7,p.67,avecnote. (249) L'shi;, 23 fevner 1'91_.1U.,..1!}2.

Actuellement, l'article 17 du C. Pr. civ. prévoit que le défendeur peut "demander le défaut-congé", mais le résultat atteint par cette demande n'est en rien différent de celui qui résulterait de l'abstention pure et simple de conclure du défendeur à l'égard du demandeur défaillant ; l'instance seule est éteinte ([249], ni le droit, ni l'action ne se trouvent entamés par le défaut-congé, et le demandeur peut aussitôt faire une nouvelle assignation….

La question se pose, à savoir si à la date de la fixation, l'affaire *doit* être vidée. Il ne me semble pas qu'il y ait objection à ce que la cause soit remise à la demande d'une partie comparante ou d'office, pourvu que les parties défaillantes soient de nouveau averties par lettre recommandée de cette nouvelle fixation et du caractère « réputé contradictoire » du jugement à intervenir.

143. Le rabat du défaut

Au sens qu'a cette institution en droit français, le *rabat* n'existe pas au Zaïre, on désigne toutefois couramment de ce vocable des procédés, qui tendent à obtenir jugement contradictoire après que la défaillance d'une partie a été constatée à l'audience.

, Lorsqu'un jugement est prononcé par défaut, la partie défaillante doit recourir à l'opposition (II, 163 à 170) pour obtenir un débat contradictoire. Cependant, de l'accord de la partie qui a obtenu le jugement par défaut, la partie défaillante qui apparaît avant la fin de l'audience, peut former aussitôt opposition (rabattre le défaut) et ressaisir le tribunal par comparution volontaire dans les formes de l'article 12. La partie qui a obtenu le jugement par défaut y consentira normalement afin d'éviter les lenteurs de la

Procédure. Généralement le juge attend la fin de l'audience pour, prononcer les jugements par défaut, afin de donner aux défaillants leurs chances de comparaître utilement en évitant les frais d'un double jugement.

Après avoir constaté la défaillance, il arrive que le juge prenne la cause en délibéré, en vue de rendre un jugement (par défaut) à une audience ultérieure. Par voie, de requête, le défaillant pourrait,

Alors demander la réouverture des débats, mais la "réouverture des dé bats" étant en ce cas détournée de son but, c'est avec raison que le juge la lui refusera ([254]) à moins qu'un motif autre ne le justifie.

Rappelons que le juge ne peut jamais remettre d'office une cause par défaut à une audience ultérieure ([255]); il ne serait plus saisi, (II, 145) à moins que le défaillant n'ait été rappelé à la cause en la forme d'une assignation (II, 57) à comparaître a la date de la remise;

(254) Elis., 10 janvier 1956, R.J., - p. 122.
(255) La Cour d'appel de Kinshasa a ordonné une remise, à charge de l'appelant de signifier l'arrêt de renvoi au défaillant : Kin., 5 avril J966, RJ., 1967, p. 21.

L'usage est dès lors (quand la partie comparante ne réclame pas jugement), de renvoyer la cause au rôle général, la partie la plus diligente la faisant fixer par voie *d'avenir* signifié à I'adversaire, à moins que les parties ne conviennent de comparaître "volontairement" à la date qu'ils ont fixée de commun accord ; le tribunal étant déjà saisi, les formalités de la comparution volontaire prévues par l'article 12 du Code de procédure civile, ne sont pas requises.

144. La dérobade d'une partie après comparution

L'article 19 du Code de procédure civile prévoit le cas où le défendeur comparaîtrait (par exemple. pour demander des remises ou pour soulever des incidents dilatoires), puis, à bout d'arguments, cesserait de comparaître.

Il suffit de sommer le défaillant qui a déjà comparu en lui notifiant le texte de l'article 19, pour obtenir, après un délai de quinze jours, un *jugement réputé contradictoire,* quand même le défaillant ne répond pas à la sommation à comparaître.

S'inspirant de la procédure des justices de paix belges, certains juges avaient jadis estimé pouvoir, rendre un jugement contradictoire lorsque, après avoir comparu à l'introduction, le défendeur faisait ultérieurement défaut. Cette jurisprudence est périmée depuis le Décret de 1960.

Le code ne prévoit pas le cas où le *demandeur* (voyant par exemple que la procédure tourne à sa confusion) ferait défaut après avoir comparu.

Il a été jugé qu'en cas de dérobade du demandeur, le défendeur peut obtenir sa condamnation sur demande reconventionnelle formée en conclusions déposées à l'audience avant la défaillance du demandeur originaire ([256]).

Suivant la législation actuellement en vigueur, lorsqu'une demande reconventionnelle a été régulièrement introduite avant la dérobade du demandeur originaire, i1 n'y a pas de doute : le défendeur est devenu demandeur sur reconvention et peut soit demander jugement par défaut, soit se prévaloir de l'article 19. Dans

(2S6) Léo., 24 mars 1924. Doctr. & Jur_Col., 1927, p. *ISS,Contra* : le inst. Elis., 9 avril 1920, R.J., p. 142; le inst. Léo., 24 juillet 1929, R.J., p. 142; le inst. Léo., 24 juillet 1929, R:J., 1930, p. 172. Cette jurisprudence est cependant dépassée par lecode procédure civile en vigueur.

… …… un jugement réputé contradictoire sur l'ensemble du litige . . . y compris la demande originaire où il est défendeur.

Comment lui refuser dès lors la sécurité d'un jugement réputé contradictoire, après sommation, lorsqu'il se borne à repousser l'action du demandeur, sans formuler une demande reconventionnelle? Qui peut le plus peut le moins. Si la demande reconventionnelle- dépassant les moyens de défense - n'avait pas été introduite avant la dérobade du demandeur originaire, elle ne serait plus recevable; le défendeur devrait l'introduire par une assignation et demander la jonction des causes.

SECTION 2

LA PROCEDURE PAR DEFAUT

145. La saisine du tribunal

Lorsqu'une des parties fait défaut, la saisine du tribunal est rigoureusement déterminée par l'assignation. Il est exclu que le demandeur formes des demandes additionnelles contre le défendeur défaillant ; il est exclu que le défendeur forme une demande reconventionnelle contre le demandeur défaillant ; le défendeur pourra bien entendu opposer ses moyens de défense, au sens strict du mot, s'il préfère obtenir un jugement au fond plutôt qu'un défaut-congé.

Le juge ne peut ordonner la remise de la cause à une date ultérieure, même pour cause d'encombrement du rôle ; en effet, à pareille audience, à laquelle le défaillant ne serait pas régulièrement assigné, le tribunal ne serait plus saisi (é[57]). Si la partie comparante demande, soit *une* remise à date fixe, soit un renvoi au rôle général, le tribunal peut y consentir; il appartiendra alors à la partie qui a demandé la remise de veiller à ce que la partie qui a été défaillante soit réassignée pour l'audience à laquelle l'affaire a été renvoyée ou à laquelle il veut la sortir du rôle général. .

146..L'instruction par défaut

Le juge n'étant éclairé que par l'une des parties, doit suppléer à tous les moyens qu'aurait fait valoir (le défaillant) s'il avait été présent ([258]). Il faut entendre par là que le défaillant n'est censé avoir renoncé à aucune exception et ne point consentir à une prorogation de compétence ; il n'est pas présumé avoir acquiescé à quelque allégation que ce soit ; cependant, il n'est pas présumé avoir dénié son écriture ni avoir argué de faux les documents que la partie comparante présente s'ils ont l'apparence d'être vrais. D'une manière générale, le juge ne doit pas susciter d'office des « preuves contraires », mais il n'est pas dispensé de faire la

(257) Voir note 14 ci-dessus.
(258) Léo, 1er décembre 1956; I.ToO. 1958; p. 51; EJis.,'Hemer 1964, R.J., p. 86.

critique des preuves qui lui sont soumises. Le silence du défaillant ne dispense pas le juge de vérifier le

raisonnement que lui propose le comparant, ni même de faire lui-même l'effort d'imagination d'une autre solution de droit.

Si un jugement avant dire droit organisant la preuve intervient, celui-ci doit être signifié à l'adversaire avec assignation à comparaitre à la procédure probatoire. '

147. la communication au ministère public

La communication au ministère public se fait dans les mêmes conditions que si la cause était contradictoire.

148. Le délibéré des causes par défaut

En pratique, un grand nombre d'affaires par défaut sont telles parce que le défendeur n'a rien à opposer aux prétentions du demandeur. Les juges doivent, cependant résister à l'entraînement d'adjuger les conclusions, par pure routine, sans examen du fait et du droit ([259]). Aucune présomption légale de tort ne peut être tirée du fait qu'une partie n'a pas comparu.

SECTION 3

LE JUGEMENT PAR DEFAUT

149. La forme du jugement par défaut.

Le jugement par défaut ne diffère guère du jugement contradictoire, notons cependant : Il faut cependant que d'une manière ou d'une autre il apparaisse qu'une partie était défaillante.

La formule consacrée (mais pas sacrée) est *"X...ré*gulièrement assigné, ne comparaissant pas ni personne pour lui".

Si c'est le demandeur qui fait défaut, on mentionne "Y ayant fait assignation à comparaître ce jour, mais ne comparaissant pas ni personne pour lui'.

(259) En droit de procédure civile d'Allemagne, le juge doit admettre les faits allégués, faute de contestation par la partie adverse ; il ne doit cependant pas adjuger la demande si le demandeur ne justifie pas en droit que le bien-fondé se déduit des faits judiciairement admis sur son allégation.

Il convient qu':avant le dispositif, le tribunal mentionne :"Le tribunal statuant par défaut " au lieu de "Le tribunal statuant contradictoirement à l'égard de. . .et par défaut à l'égard de…bien que nous l'avons vu, l'article 18 tend à exclure cette formule en organisant le défaut profit joint (II 142). Dans ces cas là, le tribunal mentionnera en spécifiant : "'Le tribunal statuant en un jugement réputé contradictoire à l'égard de tous les défendeurs…".

Il va de soi qu'en chaque cas d'application des articles 18 et 19 du Code de procédure civile, il

conviendra d'exposer, après les qualités avant les motifs, les évènements de la procédure; défaut, lettre recommandée du greffier ou .sommation, etc... qui justifie la fiction du "réputé contradictoire ».

La jurisprudence zaïroise a admis que ce n'est pas parce que le juge aurait omis de mentionner le défaut ou que par routine il aurait marqué "statuant contradictoirement" que le jugement acquiert cette qualité.

150. Les effets du jugement par défaut

.Le jugement par défaut est un jugement parfait ; s'il est définitif sur le fond, il dessaisit le juge, il a l'autorité de chose jugée, il donne à la partie qui a obtenu jugement le pouvoir de I'exécuter.

Il ne diffère du jugement contradictoire que par1e seul fait qu'il est susceptible d'un recours spécial par voie de rétractation : l' opposition (II, 163 à 170). '

152. La plainte

Les tribunaux sont saisis par une "plainte" du demandeur. Cette plainte généralement formée verbalement, à l'audience publique, comporte l'exposé des faits, parfois la règle de droit (écrit ou coutumier) invoquée ou bien des précédents de palabres analogues, pour conclure en demandant un dispositif de condamnation de l'adversaire contre lequel la plainte est dirigée. La formule suivant laquelle le plaignant se borne à exposer sa palabre en demandant seulement au juge de lui « donner raison » et de "donner tort" à l'adversaire, sans se soucier d'une condamnation, tend à disparaître; si la partie adverse n'est pas présente à I'audience, le tribunal se borne à faire acter la plainte et à convoquer]'adversaire([261]), le greffier procédera de .même pour les plaintes qui seraient déposées (verbalement ou par écrit) en dehors des audiences.

l53. Les audiences

Suivant que les parties sont présentes ou non, le tribunal procède, sur le champ ou à la date de remise, à l'audition des parties et entend *de plano* les témoins qui ont généralement été invités par les parties à les accompagner au tribunal ; le tribunal ne peut pas statuer sans avoir entendu les parties ([262]) ; les parties peuvent cependant demander au tribunal de: convoquer des témoins pour une audience de remise ; le serment peut être offert ou déféré ou ordonné par le juge ; le tribunal peut prendre, même d'office, la décision de recourir à des moyens de preuve empruntés au droit écrit ou conformes à la coutume ; cependant, la censure des parquets a fait écarter du tribunal les procédés qui font dépendre la solution du litige des aléas du sort ou de pratiques magiques et superstitieuses.

Un procès-verbal des audiences doit être inscrit dans un registre (art. 31) indiquant les noms des parties, l'objet du litige, la publicité de l'audience, la compositiondu tribunal et la date de l'audience ; le procès-verbal doit être signé par le greffier et par les juges (s'ils sont lettrés).

(261) Les juridictions coutumières ne connaissent pas le jugement par défaut ; le défendeur qui ne comparaît pas est amené manu militari devant le tribunal.
(262) Voir note 2. Le tribunal peut toutefois prononcer un jugement en l'absence d'une partie (Parq. Ht.-Luapula, 9 avril 1954, J.T.O.M.. 1955, p.40).

154. Les jugements

. Comme tout tribunal, la juridiction traditionnelle doit justifier de la régularité de .ses pouvoirs en énonçant la composition, le siège et le niveau .de juridiction (I, 58, 59 ; II, 125).

Il doit,avant d'aborder le fond, vérifier sa compétence, la régularité de la saisine et la recevabilité de la plainte ; si celles-ci étaient contestées par le défendeur ou si elles étaient controuvées, le tribunal devrait justifier pourquoi il estime devoir se saisir ou se déclarer non saisi.

Dans la rédaction du jugement, le tribunal exposera (art. 31) l'objet de la contestation, les versions des faits exposées par les deux parties respectivement et la version qu'il a retenue pour vraie ; il dira ensuite quelle coutume s'applique et par voie de conclusion il ordonnera la mesure qu'il estime adéquate pour maintenir ou pour rétablir le droit dans les rapports entre les parties. Il doit en outre statuer sur les faits.

Quelques vieux juges ont encore gardé le souci de ne jamais renvoyer les parties en ennemis, où un

vainqueur arrogant provoque la rancune d'un vaincu humilié ; c'est la belle tradition du tribunal africain d'où les parties rentrent réconciliées, acquiesçant à la sagesse des juges, satisfaites non simplement d'avoir obtenu leurs droits mais encore d'être rentrés dans l'ordre juridique et de pouvoir sans honte ni orgueil se donner l'accolade. . .

La direction des magistrats européens de l'époque coloniale, censurée par leur pouvoir d'annulation, a imposé bien d'autres exigences à la procédure et spécialement à la rédaction des jugements; vu le manque de coordination de cette direction laissée aux substituts, ces « directives » ont parfois été disparates, voire contradictoires ; on peut en retenir quelques règles qui, dépassant peut-être le voeu de législateur, ont modelé la procédure des tribunaux coutumiers, contribuant à l'efficacité de la procédure et à l'unification du droit national.

Sur le plan des principes, le respect des droits de la défense impose au juge de recevoir les moyens de preuve proposés s'ils ne sont pas contraires à l'ordre public: la motivation des décisions de fait et la référence à « la règle de coutume » appliquée est exigée ; chaque fois qu'il y a lieu de restaurer le droit, le tribunal doit prononcer une condamnation exécutoire.

155. Les effets du jugement du tribunal traditionnel

Le jugement dessaisit le tribunal, possède l'autorité de la chose jugée et est exécutoire dès le prononcé s'il a été rendu en présence des parties.

L'article 37 précise que le jugement rendu « par défaut » n'est exécutoire que du jour de sa "signification". On peut craindre que le législateur de 1959 se soit laissé entraîné par le lexique juridique au-delà des réalités judiciaires vécues. On a certes pu lire des jugements constatant le refus du défendeur à comparaître et répugnant à user de la faculté de le faire "amener", constatant son absence par le vocable "par défaut"; mais en l'absence d'une procédure d'opposition, le défaut, refus de présenter ses moyens, ne sort aucun effet juridique ; le défendeur traîné au tribunal "obtorto collo", qui refuse de parler ou qui déclare ne pas vouloir "conclure", ne serait pas "défaillant" au sens de la procédure traditionnelle; s'il est présent, de gré ou de force, lors du prononcé, les dispositions de l'article 37, exigeant la "signification"avant exécution, ne s'imposent pas. Ce que le législateur a voulu, c'est q'aucun jugement ne soit exécuté lorsque le condamné en ignore la teneur. La "signification", requise par ledit article 37, ne vise pas un "exploit" d'huissier, mais un avertissement verbal, soit par le chef, soit par le greffier, soit par son messager coutumier.

Le prononcé des jugements des tribunaux secondaires ouvre le recours en révision (et permet la révision d'office) par le tribunal principal; le prononcé des jugements des tribunaux de chefferie, de secteur ou de centre ouvre le recours en révision devant les tribunaux de zone et leur permet de réviser d'office (II, 203).

Les jugements de tribunaux traditionnels ne sont susceptibles, ni d'opposition ni d'appel, sauf lorsqu'ils ont été rendus en premier et dernier ressort par les tribunaux de zone *(art.* 36), soit qu'ils se soient saisis par "évocation" (II, 156), soit qu'ils aient été saisis en vertu de leur compétence spéciale rationae personae (art. 16 de l' A.R. du 13 mai 1938).

Les jugements des tribunaux inférieurs (ainsi que les jugements de révision des tribunaux de zone) sont susceptibles d'annulation (II, 203) par le tribunal de Sous-région.

156. L'évocation

Saisi par la demande de révision ou par la révision d'office, la juridiction supérieure « évoque » la connaissance de la cause …son entier.

L' éyocation d'une *cause pendante,* devant un tribunal coutumier inférieur, peut cependant se faire ([263]) :
- du tribunal secondaire au tribunal principal ;

- du tribunal inférieur au tribunal de Zone.

157. Le renvoi.

A l'inverse, le tribunal principal peut renvoyer devant le tribunal secondaire les contestations de droit privé, pourvu que les parties résident toutes dans le ressort du tribunal de renvoi (art.14 de l'A.R. du 13 mai 1938).

Il est dit à l'article 15 que les tribunaux de zone peuvent en us de même à l'égard de tous les tribunaux de leur ressort. Cette hypothèse peut se présenter : lorsqu'après avoir évoqué, le tribunal supérieur mieux informé estime de bonne justice de laisser procéder au premier degré par un tribunal inférieur ou encore, lorsqu'après avoir statué en révision, il estime que , plutôt que d'évoquer pour vider la cause, il convient de renvoyer en continuation devan de me me a l'egard de tt le premier juge.

(263) Le tribunal supérieur peut, par mesure réglementaire, se réserver la connaissance de telles affaires qu'il détermine (art. 14) ; il peut également évoquer discrétionnairement une affaire déterminée, sans motiver l'évocation. Il le fera notamment s'il estime que la cause met en œuvre des notions juridiques que ne possèdent pas les juges de la juriduction dessaisie : Trib.terr.Léo., 3 et 4 juin 1954, J.T.O., 1955, p.137.

CHAPITRE IX : LES RECOURS ORDINAIRES

SECTION 1
LA NOTION DE RECOURS

158. La philosophie du recours

Quelle que soit la conscience professionnelle des magistrats, elle se trouve toujours exposée à un certain subjectivisme. La justice des hommes les plus prudents ne peut être qu'approximative. Dieu seul est juste.

Les règles de la procédure, la collégialité du siège - là où elle est instaurée – tendent à éliminer les erreurs d'appréciation auxquelles les jugements des hommes sont sujets.

En ouvrant aux justiciables la voie des recours, le législateur a eu en vue, avant tout, de leur donner une meilleure chance d'obtenir justice ([264]).

Sans doute, le nouvel examen de la cause se trouve-t-il à nouveau soumis à la prudence humaine ; cependant en donnant au justiciable une nouvelle occasion de présenter sa défense, en invitant le juge mieux éc1airé par 1a contradiction (dans l'opposition) à rétracter son jugement, ou en s'adressant à des juges plus expérimentés du degré d'appel pour obtenir la réformation du jugement, les aléas de l'erreur humaine se trouvent considérablement réduits. La sécurité judiciaire exige d'autre part que les recours successifs s'exercent sans limite, ni qu'ils puissent s'étaler dans le temps, sans mettre en cause l'autorité de la justice et la paix dans la société ([265]).

L'existence d'un recours a toutefois en outre un rôle préventif. Le juge qui sait que son jugement peut être contrôlé à un degré supérieur de juridiction sera moins tenté de se laisser aller, voire de se laisser influencer par des considérations subjectives ou des pressions extérieures qui le détournent de son devoir.

(264) A. DETHIER : L'appel en droit judiciaire congolais, in R.J. 1969, p. 1, 141, 243 et R.J., 1970, p. 213.
(265) Rappelons le mot de L()ISEAU: "Le grand nombre de justice ôte au peuple le moyen de voir justice ' L'shi, 2 février 1973, R.J.. 1974, p. 51.

159. Les recours dans le droit traditionnel

Le droit traditionnel ignorait la procédure par défaut et par conséquent la procédure de rétractation que le droit moderne désigne comme un recours: *l'opposition.* Soutenir une palabre, sans adversaire à convaincre, eut paru aux anciens dénué de tout sens. Si le plaideur en avait le pouvoir ou la force, il traînait –au littéral du mot (II, 154)- son adversaire récalcitrant devant le juge où de gré ou de force il subirait son discours et serait provoqué à la réplique; celui-ci, ou un patron de son clan, ne manquerait pas le gant à peine de perdre la face.

La notion du recours en réformation était au contraire en honneur dans les coutumes de plusieurs ethnies d'Afrique centrale ; après avoir échoué devant un juge, le justiciable n'hésitait pas à interpeller un plus grand juge ; dans les "empires" c'était généralement le tribunal du chef hiérarchique du juge local qui se trouvait saisi de la cause; dans les tribus moins hiérarchisées, la qualité du tribunal supérieur, était déterminée par le renom du juge et il n'était pas rare que ce fut un sage (ou un mage) étranger à la tribu des litigeants ; le gagnant du procès ne pouvait peut-être pas être contraint à recommencer son procès, mais il prêtait volontiers; fort de son bon droit, il relevait le défi ([266]); ces recours pouvaient ainsi se répéter, sans limite autre que la fatigue ou la ruine des parties; ou, plus conformément à la mentalité des anciens, jusqu'à la réconciliation qui ne faisait d'ailleurs pas obstacle à une reprise ultérieure de la palabre, lorsque la paix se trouvait compromise par une nouvelle dissension.

160. Les recours dans le droit actuel du Congo

Le respect du principe du contradictoire, ou si 1'on veut la sanction du "droit de faire défaut" (II, 139) a introduit dans le droit du Congo l'action en *opposition,* ouverte à toute partie qui n'a pas usé de son droit de contredire son adversaire; c'est devant le tribunal qui a entendu la cause par défaut que le défaillant peut

(266) Un effet de cet esprit procédurier aberrant est révélé par l'arrêt du 19 octobre 1965 de la cours de Léopoldville (R.J.,1966,p. 126) qui est appelée à prononcer la nullité d'un jugement par lequel un tribunal de première instance avait prétendu connaître de l'appel d'un jugement rendu par le tribunal de district siégeant au degré d'annulation.

Ramener le procès en invitant les juges mieux informés à *rétracter* leur décision.

Tout jugement, qu'il soit rendu contradictoirement, par défaut ou sur opposition peut en principe (II,171) être *réformé (*ou annulé) par un recours exercé par la partie à laquelle elle fait grief (II, 178) portant la cause devant un tribunal : c'est la voie d'appel.

Les jugements des juridictions traditionnelles (I, 254) ne sont pas sujets à opposition ni à appel ; un recours qui leur est propre, la *révision* (II, 203) a été organisé à cet effet ; durant la « période transitoire » ([267]) ces recours sont maintenus ; notons toutefois que lorsque les tribunaux de zone siègent au premier degré, un appel est ouvert devant le tribunal de sous-région ([268]).

Le pourvoi *en cassation* n'est ouvert qu'aux jugements (et arrêts) rendus en dernier ressort, il ne réforme

pas le « mal jugé », mais casse (annule) les décisions qui n'ont pas fait application correcte du droit. Pour les juridictions traditionnelles, la « période transitoire » a maintenu le pouvoir d'*annulation*.

Pour répondre à des situations exceptionnelles, le droit congolais a organisé d'autres r.ecours suivant des techniques empruntées au droit occidental (la tierce opposition (II, 209), larequête civile (II, 218) et la prise à partie (II, 242).

La hiérarchie des recours a notamment pour effet d'assurer l'unité de la jurisprudence et la sécurité juridique ; afin que la justice soit la même pour tous, il faut que les tribunaux fassent la même application des mêmes textes de loi; pour que les justiciables puissent prévoir les conséquences juridiques de leurs actes en quelque lieu de la République où ils ont été posés, il faut qu'ils sachent comment les tribunaux les apprécieront ([269]).

Dans le domaine du droit coutumier, bien que le législateur ait voulu que les coutumes locales particulières soient respectées;

(267) Article 168 du code de l'organisation judiciaire et renvoi aux décrets coordonnés par l'A.R du 13 mai 1938.

(268) Article 36 de l'A.R. du 13 mai 1938, tel que modifié par le Décret du 16septembre 1959.

(268) Sur l'histoire de l'institution en Occident et auCongo, voir DETHIER, o.c. p.2 à 6.

.;) . coutumes(Z ? 0).

161. La classification des recours.

C'est en s'appuyant sur ces principes et en recourant aux techniques éprouvées par le droit belge (qui lui-même les a empruntées au droit français) que le législateur zaïrois a organisé les recours.

On distingue généralement les recours ordinaires des recours extraordinaires. Ordinaires seraient l'opposition et l'appel ; extraordinaires seraient la cassation, la tierce opposition, la requête civile, la prise à partie ; pour la période transitoire où se trouvent, maintenues les juridictions traditionnelles, il nous faudrait ajouter l'annulation et la révision ... Cette distinction est assez artificielle. Dire que les recours ordinaires sont ouverts à chacun n'est pas tout à fait exact, puisque l'opposition n'est ouverte qu'au défaillant ; dire que l'écou1ement des délais d'exercice des recours ordinaires permet l'exécution de la décision sans caution, n'est pas exact non plus, puisque les délais de cassation suspendent les effets du jugement de divorce; un autre critère est parfois proposé : de dire que les recours ordinaires sont ceux qui doivent être exercés dans un délai déterminé, mais alors la cassation devrait être classée parmi , les recours ordinaires.

Tout au plus pourrait-on dire que l'opposition et l'appel sont des recours ordinaires parce qu'ils se présentent plus fréquemment.

Une autre classification, plus logique consiste a distinguer:
- les *voies* de r*étractation* (opposition, tierce opposition et requête civile([271]) où c'est le tribunal même qui a rendu le jugement qui peut corriger ou compléter sa décision;
- les *voies* de *réformation* (appel et révision), où c'est une autre juridiction qui peut corriger le jugement

entrepris ;

(270) Constitution 1967 ; l'artic1e 57 imposant aux tribunaux d'app1iquer les coutumes conformes aux lois et à l'ordre public de I'Etat et l'article 60 confie ce contrôle à la Cour suprême de Justice.
J. PAUWELS: L'adaptation du droit africain par voie jurisprudentielle,in Revue congolaise de Droit, 1971, n° 1, p.61 à 87.

(271) Sans perdre de vue que la requête civile incidente peut exceptionnellement être portée devant un tribunal autre que celui qui a rendu le jugement attaqué, art. 93 C.Pr.civ.

-*les voies d'annulation* (cassation, annulation) où une juridiction peut mettre à néant le jugement vicié. On pourrait classer dans cette dernière catégorie la « prise à partie » du juge qui peut éventuellement avoir pour conséquence la mise à néant du jugement entaché de dol.

161. Le désistement et la renonciation aux recours"

le législateur a estimé que le meilleur contrôle du bien jugé et du respect du droit serait exercé par les parties elles-mêmes et leur a donné en conséquence les différentes actions en recours. Ce n'est qu'exceptionnellement que le ministère public exerce certains recours (appel, II. 178 ; Cassation, II, 229).

L'exercice du recours suppose que le jugement entrepris *fait grief* à la partie qui en demande rétractation, réformation ou annulation, faute de quoi l'action serait dite irrecevable faute d'intérêt (I, 44).

'. . .

Personne n'est cependant contraint d'exercer les actions que la loi met à la disposition des parties ; les recours devant être généralement exercés dans les délais légaux, l'écoulement des délais légaux emporte la forclusion du recours.

Les parties peuvent, au demeurant, anticiper sur cette renonciation tacite due à l'écoulement du temps, en renonçant à l'exercice du recours ; cette renonciation sera déduite de l'acquiescement au jugement ; la signification du jugement faite sans réserve doit être interprétée comme un acquiescement implicite ; ilen est de même de l'exécution volontaire d'un jugement sans contrainte ([272]).

Les parties peuvent même, à l'avance, convenir- soit pendant l'instance, soit même avant la naissance de tout litige entre eux- de renoncer au deuxième degré de juridiction.

Enfin, quand même les parties auraient entamé le recours, elles peuvent en tout état de cause s'en désister : le désistement ne vaut que pour autant qu'il ait été accepté par la partie adverse ([273]).

(272) Leo, 11 avril 1950, *J.T.O,* p. 71 ; Elis., 6 décembre 1960, R.J, 1961, p. 1.42. Il n'y a pas acquiescement implicite si l'exécution a été faite sous menace d'exécution forcée : Kin., 12 mars 1968, R.J., p. 263 ; ni lorsque l'exécution provisoire avait été ordonnée : Léo., 12 décembre *195O,R.J.* 1951, p. 64.

(273) Tout comme l'exercice du recours, le désistement ne peut se faire par mandataire qu'en vertu d'un pouvoir spécial*:* L'shi., 140 octobre 1969, R.J., 1970, p. 50.

Pareil acquiescement, renonciation *ou* désistement n'est toutefois valable qu'en les matières n'intéressant pas l'ordre public ([274]). Par l'application de l'article 120 du Code de l'organisation judiciaire, il semble néanmoins qu'une cause qui est de la compétence du tribunal de sous-région peut être portée devant le tribunal de première instance qui, de l'accord exprès du défendeur, statue en premier et dernier ressort, sans égard au caractère d'ordre public.

SECTION 2 : L'OPPOSITION

163. Les conditions d'exercice de l'action en opposition

L'opposition est une voie de droit ouverte au Congo aux parties qui ayant fait défaut dans une instance ont intérêt à obtenir rétractation d'un jugement qui leur fait grief ([275]).

L'article 61 du Code de procédure civile ne parle que du"défendeur" condamné (II, 51 A) ; il en irait cependant de même du demandeur défaillant débouté, et même du demandeur qui n'aurait vu faire droit que partiellement à ses prétentions.

La fiction légale du jugement réputé contradictoire prévu par les articles 18 et 19 prive le défaillant de ce recours; dire qu'un jugement est réputé contradictoire signifie que l'opposition est refusée au défaillant (II, 142-144).

L'adage "opposition sur opposition ne vaut" veut que lorsqu'un tribunal a rendu jugement après avoir été saisi à nouveau par voie d'opposition, il est définitivement dessaisi: une nouvelle opposition ne serait plus recevable. II n'y a pas d'hésitation si c'est l'opposant qui fait à nouveau défaut : il a épuisé l'action. La chose est moins évidente pour les autres parties ([276]). Une partie qui a comparu en instance originaire mais, fait défaut lors de l'opposition

(274) Jugé que si le désistement d'appel d'un jugement prononçant le divorce n'est pas possible, le désistement d'appel d'un jugement rejetant l'action en divorce est valable.

(275) En matière de faillite et de concordat, le pouvoir de faire opposition est cependant limité par souci de célérité de la procéduere (a.26,D. 27 juillet 1934;a. 3 ter, D. 12 decembre1925).

(276) MOREL, Traité élémentaire de procédure civile, Paris.,1947, n° 600,,

BQNCENNE : Théorie de la procédure Civile, 2e éd., Bruxelles,1939, T.I., p. 22.

Peut-elle encore faire opposition à son tour ? La nouvelle rédaction de l'article 65 (remplaçant l'ancien article 28) écarte l'équivoque. Au Congo, l'adage « opposition sur opposition ne vaut » est pleinement valable. Cette mesure fin à des prolongations indéfinies de la procédure. Les deux parties ayant été

entendues ([277]), il n'est pas justifié de recouvrir l'instance une troisième fois devant le même tribunal.

Si un codéfendeur, qui n'a pas comparu ni en l'instance ordinaire, ni en l'instance sur oposition faisait une nouvelle opposition, celle-ci serait-elle recevable ? Il m'est d'avis que non. En effet, l'article 65 est formel ; d'autre part, ce double défaillant a déjà profité d'un avertissement plus rigoureux que la lettre recommandée prévue à l'article 18,puisqu'il aura reçu une deuxième assignation ; on objectera en vain que cette deuxième assignation ne porte pas l'avertissement que le jugement à intervenir sera réputé contradictoire ; nul n'est censé ignorer la loi, et l'article 65 avertit expressément les justiciables de ce que l'opposition n'est plus recevable sur un jugement qui statue sur une première opposition.

Ajoutons que la partie défaillante qui a exercé d'emblée le recours en appel est sensée avoir renoncé à la voie de l'opposition ([278]).

164. L'acte d'opposition

Le droit congolais exige que ce soit la partie défaillante elle-même ou un *fondé de pouvoirs spécial* qui "forme" l'opposition (article' 63 du code de procédure civile) ([279]).

La forme ordinaire de l'opposition est la déclaration verbale ou écrite (lettre recommandée) au greffe du tribunal qui a rendu le jugement par défaut (art. 63, al 2).

Mais le Décret du 7 mars 1960 a maintenu I'opposition faite sur le cormmandement, le procès-verbal de saisie, ou sur tout autre

(277) Ce n'est pas la solution des articles 21, 22 et 165 du code de procédure civile français, ni celle de l'artic1e *1049* du Code judiciaire belge de 1967 qui a été retenue.

(278) Si l'acte d'appel est nul, on ne peut en déduire une renonciation à l'opposition.
Cass, b. 4 janvier 1962, R.J. *J.R.B.* 1961, p. 1.

(279) Léo, 25 septembre 1962, R.J 1963, p.45 ; Léo., 30 octobre 1962, R.J., 1963. p.46: L'shi, 29 juin 1973, R.J., 1974, p. 53.

Acte d'exécution, à charge de le réitérer dans les dix jours. L'intérêt de cette forme d'opposition est qu'elle va arrêter l'exécution sur le champ (II, 167), sauf si le jugement avait été dit exécutoire nonobstant recours ([280]).

L'article 63, al 1 exige que l'opposition *soit motivée.* La jurisprudence congolaise a fait montre d'une tolérance assez difficile à justifier. Plusieurs décisions font état de ce que l'absence de motivation ne peut entraîner la nullité de l'opposition que si elle fait grief au demandeur originaire ([281]). Il semble qu'il faut présumer qu'elle fera grief au demandeur originaire ; en effet, celui-ci a un jugement en main; par I'effet de l'opposition il se trouve paralysé dans son exécution; or l'opposant, qui a gagné du temps, manœuvre à nouveau en ne motivant point son opposition, forçant le juge à remettre la cause pour permettre aux d'échanger leurs conclusions. Cependant, si l'opposant a fait tenir dossier et conclusions en temps utile à son adversaire, avant la date de l'audience d'opposition, cette carence de motivation ne fera pas grief.

Soulignons que *ce, qu'il fout motiver, ce n 'est pas la défaillance* ou l'opposition, qui sont de droit, ce

sont les *moyens* opposés (compétence, recevabilité, exceptions et fond) eaux motifs retenus par le jugement attaqué. Il faut des moyens de droit : une opposition qui ne tendrait qu'à obtenir des délais de grâce ne serait pas recevable. Ne serait pas recevable non plus, une opposition qui, acquiesçant au dispositif, ne critiquerait que la motivation.

(280) L'art. 20 du code de procédure civile de 1886 prévoyait des jugements exécutoires provisoirement nonobstant « opposition » ; dans le décret du 7 mars 1960, le texte de l'article 64 dit : " l'opposition...suspend l'exécution lorsque celle-ci ci n'a pas été ordonnée nonobstant appel" ; aux articles 21, 74, 76, il est parlé « d'exécution provisoire », l'usage des tribunaux, dans l'application de l'article 21 , est de « dire le jugement exécutoire, nonobstant tout recours et sans caution », mais toute formulation équivalente et, bien sûr, celle dont use le législateur, serait irrégulière.

(281) 1ère inst. Cost., 18 juillet 1940, R.J.1943, p. 29 ; Léo., 19 mai 1953, J.T.O. 1954, p. 52 ; Elis., 11 juin 1957, R.J.-1960, p.212 ; Léo., 15 janvier 1963, R.J. p.71.

165. L'assignation en opposition

Ici encore, c'est le greffier (II, 57) qui assigne suivant les données fournies par les déclarations (ou réitérations) de l'opposant.

Rien n'empêche les avocats de faciliter le travail du greffier en rédigeant le projet d'assignation ; la responsabilité du greffier n'est pas dégagée pour autant (II, 57).

L'assignation en opposition a la même forme que l'acte introductif d'instance, sauf que l'on mentionnera avant les motifs : « Vu le jugement rendu par défaut à l'égard de mon requérant en date du… par le tribunal …et lui faisant grief » et que le dispositif sera formulé : y voir et entendre statuer à nouveau en faisant droit à l'opposition de mon requérant… » en faisant suivre la prétention soutenue par l'opposant, qui forme le dispositif de l'assignation en opposition.

L'assignation en opposition peut-elle contenir une demande reconventionnelle ? Cela ne paraît pas douteux ; cependant, si la demande reconventionnelle est de nature à retarder la solution de la demande originaire, le juge pourra, à la demande du défendeur sur opposition et sur reconvention, la disjoindre et statuer d'abord sur l'opposition (II130).

166. les délais d'opposition

Rappelons que le jugement par défaut est un jugement parfait.. sauf opposition (II 150). La partie qui n'a pas pris part aux débats (qu'elle que soit remise à prudence, qu'elle ait ignoré ou oublié la procédure dont elle faisait l'objet) doit pouvoir faire valoir ses prétentions et les moyens de les soutenir lorsqu'elle a été surprise par un jugement par défaut qui lui fait grief. La sécurité exige tout aussi bien que le temps durant lequel le jugement peut être entrepris soit limité.

Ce temps ne peut raisonnablement commencer à courir que du moment où la partie défaillante a connaissance du jugement rendu. Il faut donc que le jugement soit « signifié » à personne (II, 274) ou que la preuve soit faite que l'intéressé a connaissance du

Jugement ([282]). L'artic1e 25 dit que les jugements par défaut sont valablement signifiés *par extraits([283])*.

Le délai est de quinze jours à dater du lendemain du jour où le défaillant a eu connaissance de la signification du jugement. Si l'assignation n'a pas été faite à personne… mais à domicile,voisin, par édit ou par missive, le défaillant garde son droit à opposition quinze jours après la date à laquelle il aura, en fait, eu connaissance de la signification. Cette date peut être établie par toute voie de droit, notamment par les écrits de l'intéressé, mais plus spécialement par la constatation de sa présence à l'une ou l'autre phase de l'exécution (par exemple lors de la saisie des meubles). De toute manière, l'opposition n'est plus recevable après *exécution consommée du jugement (II,* 278). On estime qu'il y *a exécution consommée* dès qu'il y a eu exécution forcée (vente des meubles par exemple) et dès avant que l'huissier n'ait procédé à la *distribution* du produit de la vente. Par contre, il n'y a pas exécution consommée ni preuve de ce que le défaillant a eu connaissance du jugement s'il est fait consignation et même le paiement avec réserves, par un tiers (par exemple par l'épouse du condamné),afin de prévenir l'exécution forcée…

Les délais d'opposition sont prorogés des d*élais de distance* (art. 9). La distance à retenir est celle qui sépare le domicile (ou la résidence) de l'opposant du greffe du tribunal ([284]).

Les délais d'opposition ne sont pas de rigueur ; le juge peut relever l'opposant de la déchéance s'il justifie le retard de son

(282) Signifier à personne (art 61 C. pr_ civ.) vise les formes prévues par l'art. 3 du C. pr. civ.; ce qui est requis pour pouvoir excepter la péremption, c'est la preuve que la partie défaillante a eu connaissance de la *signification du jugement* à une date antérieure aux délais d'opposition. La jurisprudence de Léo., 3O août1950, RJ.,1951, p. 77, est donc périmée.

(283) Cette mesure qui permettait de ne signifier que les qualités et le dispositif en omettant de reprendre les motifs, était justifiée à l'époque où les expéditions (et notamment la grosse) étaient recopiées à la main ; l'encombrement des greffes exposait au retard de signification ; aujourd'hui les copies sont reproduites par des moyens mécaniques ou photographiques et l'intérêt pour le signifié de connaître le texte intégral du jugement est évident ; le législateur a cependant maintenu le texte et la manière de computer les frais d'expédition, incite les parties à commander des extraits plutôt que des copies intégrales, ce qui a maintenu la pratique désuète, qui impose aux greffiers un travail supplémentaire de découpage, de collage et de collationnement, bien plus astreignant que de remettre une copie.

(284) 1ère inst., Léo, 1er décembre 1951, R.J. ; 1952, p. 191.

Action ([285]) ; les délais d'opposition ne sont pas d'ordre public et les parties peuvent renoncer à l'exception ([286]).

Notons que (arf.62) le juge peut d'office en adjugeant le défaut, proroger le délai d'opposition s'il n'a pas ses apaisements , à savoir si les défendeurs ont été touchés par la procédure (assignation, lettre recommandée, sommation, etc…) ([287]).

L'opposition est non avenue si l'opposant n'a pas consigné les frais ([288]).

167. Les effets de l'opposition

L'article 64 dit que l'opposition *suspend* l'exécution du jugement sauf si le jugement a été dit exécutoire "nonobstant appel" ([289]).

Par l'acte d'opposition, le tribunal qui était dessaisi par le jugement se trouve à nouveau *saisi.* Ce n'est pas une nouvelle action, ni rigoureusement, une nouvelle instance; l'effet est un peu celui de la réouverture des débats . . . sauf que le juge a déjà fait connaître son opinion. Sinon, malgré la terminologie en usage, « opposant" et"défendeur sur opposition" le demandeur originaire reste demandeur et le défendeur originaire reste défendeur avec, notamment,la répartition du fardeau de la preuve ([290]).

Le demandeur a toute liberté de reprendre et de modifier et ses conclusions, sans pouvoir cependant étendre la saisine limitée par son assignation introductive. Le défendeur pourra opposer toute fin de non-recevoir, défense et exception, même *former une demande reconventionnelle* pourvu que celle-ci ne retarde pas la solution du litige principal ([291]) ; il pourra postuler des mesures

(285) Elis. 23 novembre 1954, J.T.O. 1955, p. 121 ; Ells. 19 janvier 1960,0, R .1. p.,35. (286) le inst. Elis. 27 juin 1952, p. 146 ; contra : Elis., 15 avril1952, R.J. - p. 144. (281)CfrElis. 19janvier 1960, R.J. P, 35.

(288) En:(;e5ens, le inst. Elb., 14 janvier 1960; R.I. p. 200 ; contra :' Leo., 12 aout

195'4,R.l.;p. 316./

(289) VQii note (280) sous n, 164 ci-{{essus. A. DElJI,IER, O.c. *in* R.J.

estime ,que fopposition suspend toujours l'exec__On et que ced Iegislateur d_ 1960ait substitue l'expression "nonobstant apper; ant.erl=ementeoUIS. '

(290j'iein_R.__2$:mars 1944, R,J; 1945, p. 77. ___""__*F_'_!'*

d'instruction ; le tribunal pourra les ordonner d'office. Le recours en appel est irrecevable dès que le jugement est frappé d'opposition ; l'opposition formée après que l'appel a été interjeté n'anéantit pas cet appel mais le suspend; il reprend vigueur si l'opposition est dite irrecevable ou si le jugement est confirmé.

Ce serait aller trop loin que de dire que 1'opposition anéantit1e jugement ; seul le *jugement de rétractation l'anéantit ([292]).* Certains effets du jugement sont simplement suspendus ; si le jugement est confirmé, il sort tous ses effets, et tous les actes posés en exécution avant opposition revivent. Le juge peut motiver en se referant aux motivations du premier jugement ([293]).

168. L'objet du jugement sur opposition

La cause étant réexaminée en fait et en droit, le jugement rendu après cette prorogation d'instance devra, comme tout jugement, être motivée en chacun de ses chefs et répondre à chaque prétention formulée; comme il y a nécessairement une prétention de voir mettre à néant le jugement dont opposition, le juge devra examiner la *recevabilité de l'opposition* comme il doit examiner (ou réexaminer la recevabilité de l'action principale ([294]).

169. La forme du jugement sur opposition.

La rédaction du jugement sur opposition ne diffère pas de celle du jugement du premier degré, sauf qu'il doit mentionner le jugement attaqué et l'acte d'opposition, et justifier la régularité de cette procédure; pour les motivations du fond (en fait et en droit), le juge de l'opposition peut renvoyer aux

motifs du premier jugement s'il ne modifie pas le dispositif.

(292) Sur cette controverse, v. MOREL. o.c. n° 599, p. 468.
(293) le inst. Appel Elis., 11 juin 1947, R.J. p, 146,avec note.
(294)Jugée irrecevable une opposition tendant a voir transformer un jugement de séparation de corps par un jugement en divorce: le inst. Léo. 21 octobre1950, R.J.1951, p.78.

Jugée irrecevable l'opposition formée par une personne sans indication de l'identité de la personne physique qui a agi comme organe ou mandataire (Léo. 30 octobre 1962, R.J.1963, p. 46).

170. Les effets du jugement rendu sur opposition

Le jugement rendu après opposition d'une partie qui a été défaillante devant le tribunal durant la première procédure dessaisit définitivement l*e* tribunal. Ni l'opposant qui aurait fait défaut à nouveau, ni la partie adverse qui avait comparu antérieurement mais ne comparaîtrait plus durant la procédure en opposition, ne peuvent plus ramener la cause devant le même tribuna*l (*[295]); le recours en appel est ouvert à toutes les parties, après jugement rendu sur opposition ([296]).

SECTION 3
L'APPEL DU RECOURS EN APPEL

171. L'objet du recours en appel

L'appel tend essentiellement à corriger un *mal jugé* du premier tribunal. Toute partie à laquelle le jugement *fait grief,* c'est-à-dire toute partie qui ne s'est pas vu adjuger les conclusions qu'elle avait proposées au premier juge, dispose de l'action en appel pour faire revoir tout le jugement, si elle estime que le premier juge a mal jugé. La juridiction d'appel peut en effet réformer l'appréciation du juge quant aux faits, quant au droit applicable et quant à la décision-sanction du droit, faisant ce que le premier juge eut dû faire.

L'appel est cependant aussi, accessoirement, une voie de nullité (II,174) ; la juridiction d'appel peut en effet déclarer nul le jugement entrepris et éventuellement statuer à nouveau (II, 191).

L'appel du ministère public, organe de la loi, vise à voir appliquer le droit correctement, dans le domaine qui intéresse l'ordre public.

La juridiction d 'appel est toujours la juridiction du rang supérieur dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal qui a rendu le jugement entrepris (I, 223 et 244 à 247).

(295) Sur la portée en droit congolais de I'adage "opposition sur opposition ne vaut", voyez II, 163 ; voyez aussi le inst., L'shi., 14 juin 1967, R.J..1970, p. 299.

(296) Arrêté toutefois (Kin.13 février 1968, R.JJ. p. 203) que lorsqu'un jugement prononce le défaut-congé, constatant que l'opposant ne s'est pas présenté, ce jugement n'est pas susceptible d'appel et l'appel interjeté contre ce jugement ne saisit pas la juridiction d'appel d'un

recours contre le premier jugement rendu par défaut contre lequel opposition avait été formée.

172. Appel principal, appel incident et appel provoqué.

La partie qui prend l'initiative de porter la cause devant la juridiction d'appel est dite *appelante principale.* Tout intimé auquel le jugement intervenu fait également grief peut former *appel incident* "en tout état de cause', quand même il aurait signifié le jugement sans protestations ni réserves (art; 71 ; C. Pr. C.).

"Lorsqu'un appel est interjeté contre un intimé et non contre une autre partie qui fut co-fondateur ou co-demandeur au premier degré de l'instance, le droit français admet que celles-ci peut prendre l'initiative de former appel incident, dit *appel provoqué* en intervenant en tout état de cause, sauf à ne pas retarder la solution du litige par une intervention tardive (art. 445 du Code de procédure civile français, a1. 4). Bien que parei1 texte ne figure pas dans le code de procédure civile congolais, il ne heurte nullement les principes qui régissent le droit national .

173. L'appel limité.

Rédigé en termes généraux, l'appel est présumé porter sur l'ensemble du dispositif du jugement entrepris ([297]).

.

L'appel peut être *limité* non seulement à *certaines parties* qui étaient à la cause au premier degré, mais encore à certaines prétentions. (L'acte d'appel vise cependant généralement l'ensemble du litige par référence globa1e aux jugements entrepris, ce n'est généralement que par la voie des conclusions que l'appel est limité à certains chefs).

L'appel du jugement définitif n'emporte pas appel des jugements interlocutoires rendus dans la même cause ([298]). Il importe donc de récapituler dans l'acte d'appe1, tous les jugements interlocutoires dont la réformation s'impose pour justifier la réformation du jugement définitif.

(297) Elis., 28 mars. 1961;R.J. –p. 62.

(298) Au degré de cassation,]a législation a très opportunement retenu la solution opposée (II, 235) ; le pouvoir dirigé contre le jugement définitif s'étend à tous les jugements rendus entre les mêmes parties dans la même cause.

174. L'appel voie de nullité

……..jugement rendu en premier ressort est entaché de nullité……..peut être demandé à la juridiction d'appel de constater cette nullité. Si au contraire, ce jugement n'est pas susceptible, en vertu de la loi, d'être attaqué par la voie d'appel, en d'autres mots s'il est rendu en dernier ressort, il ne peut être entrepris que par la voie de cassation (II, 228).

Cependant, l'article 190 du Code procédure civile prévoit qu'une assignation en nullité peut être introduite devant la cour d'appel contre une sentence arbitrale (II, 258). Faut-il étendre cette possibilité de demander la nullité d'un jugement devant la juridiction d'appel lorsque les parties ont renoncé

conventionnellement à l'appel en réformation, même dans le cas d'application de l'article 120 du Code de l'organisation judiciaire, où les parties ont fait l'option de renoncer à un degré de juridiction ? Suivant l'application rigoureuse des textes, l'annulation des jugements non susceptibles d'appel ressort exclusivement à la compétence de la Cour suprême de justice.

Lorsqu'il s'agit de jugements susceptibles d'appel, la demande en nullité s'accompagne généralement d'une demande de statuer à nouveau; la question de savoir si en ce cas la juridiction d'appel est saisie par l'effet dévo1utif (II, 191) puisque la nullité implique qu'il n'y a pas eu de jugement valide au premier ressort, ou si elle se saisit par évocation (II, 193) n'est pas purement académique ; la jurisprudence estime que la juridiction d'appel, saisie de l'ensemble du litige par l'effet dévolutif *peut é*voquer ; dès lors si la partie invoquant la nullité, ne demande pas à la juridiction d'appel de statuer à nouveau, celle-ci pourrait mettre à néant le jugement entrepris, sans statuer à nouveau, les parties intéressées pouvant d'ailleurs réintroduire la cause, pourvu qu'elle ne soit pas prescrite ([299])..

(299) Elis., 25 janvier et 3 mai 1966, R.J. 216; Kin., 4avril I967,R.J.,1968,p. 57.
C'est au jour de l'appel qu'il faut se placer pour apprécier l'intérêt de l'appelant :

Léo, 30 novembre 1965,R.J., 1966, p.129.

175. Les jugements susceptibles d'appel

En principe, toutes les décisions *contentieuses ([300])* rendues en *premier ressort* par les juridictions civiles congolaises et *faisant grief ([301])* à une partie, lui ouvrent la voie d'appel. Ainsi n'existe-t-il pas de seuil a *minima,* refusant l'appel lorsque le taux de la demande n'atteint pas un certain montant. De même n'est-il pas imposé, lorsqu'un jugement a été' rendu par défaut, d'épuiser la voie de l'opposition (II, 150) avant de faire appel.

La distinction entre les jugements interlocutoires et préparatoires (Il, 129) a pour effet que l'appel des jugements interlocutoires peut être interjeté dès le prononcé, tandis que l'appel des jugements préparatoires ne peut se faire que conjointement avec le jugement principal ([302]). Nous avons signalé déjà combien délicate était cette distinction (II, 129); soulignons à présent combien périlleuse serait la confusion ([303]). .

(300) Les décisions de juridiction gracieuse ne sont pas susceptibles d'appel (II, 267) sauf lorsque la loi a expressément prévu le recours. Cfr. DETHIER, o.c..R.J., 1969, n° 26, p. 11.

(301) Faute de grief et donc faute d'intérêt, serait irrecevable l'appel contre un jugement disant l'action irrecevable au lieu de la dire non fondée. Elis., 9 octobre 1951, R.J. 1958, p. 268.

Est irrecevable, faute d'intérêt, l'appel interjeté par une partie qui, nonobstant un jugement qui lui est défavorable, a obtenu volontairement l'objet de sa demande (Elis., 20 septembre 1960, R.J. 1966, p. 317). La qualification erronée de jugement contradictoire donnée par un tribunal à un jugement .rendu par défaut ne constitue pas à 1ui seul un grief justifiant le recours en appel: Elis., 28 mai 1937,RJ., p. 303.

(302) Un jugement partiellement définitif et partiellement préparatoire peut être attaqué en appe1 pour le tout: Léo., 11 octobre 1949 (R.J. 1950, p.'92); Léo., 30 novembre 1954, (R.J.1955, p. 162).

Lorsqu'un même jugement contient des dispositions définitives sur un point et préparatoires sur un autre point, l'appel est recevable de contestation: Léo., 26 août 1952, R.J., p. 292; 9 décembre 1952, R.J., 1953 p. 2 ; 8 octobre 1957. RJ. 1958, p.137 ; Elis., 2juin 1964, R.J. 1965. p. 35.

Lorsqu'en une même cause ont été rendus deux jugements, le premier partiellement définitif et partiellement inter1ocutoire, l'appel visant uniquement le deuxième jugement ne peut remettre en cause ce qui a été jugé définitivement par le premier. Léo., 28juillet 1965, R.J. p. 107.

(303) Une intervention du législateur s'impose :

- ou bien il peut adapter le système français qui permet l'appel de tout jugement avant de dire le droit;
- ou bien le système belge qui, en outre, admet l'appel des jugements avant de dire le droit (interlocutoires ou non} (a. 1055) quand même il y a eu exécution

1° lorsqu'un jugement avant dire droit est signifié, les délais d'appel courent s'il est interlocutoire ;

2° Si le jugement avant dire droit est exécuté sans réserves d'appel, et que par la suite il est apprécié qu'il a préjugé du fond, il ne peut plus être entrepris en appel, conjointement avec le jugement définitif au fond, car l'exécution sans réserve vaut acquiescement (II, 269).

La prudence impose dès lors d'interjeter appel dans le délai de 30 jours de1a signification de tout jugement avant de dire droit, s'il existe le moindre soupçon de préjugé au fond et de faire acter des réserves d'appel avant de participer à1'exécution de tout jugement avant dire droit.

176. Les jugements don t l'appel n 'est pas recevable.

Certains jugements ne sont pas susceptibles d'être entrepris par voie d'appel, soit par leur nature, soit en vertu du prescrit exprès de la loi.

Le Jugement prononçant le défaut-congé du demandeur est équivalent à une radiation; il permet la réintroduction de l'instance mais pas l'appel en réformation de décision de radiation ([304]). Le défaut-congé de l'opposant vaut également radiation, sans lui permettre de former une nouvelle opposition ([305]); le recours en appel contre le jugement dont opposition lui est ouverte, mais point fappé du jugement décrétant le rejet de l'opposition.

Sans réseerve et qui impose l'évocation sauf si la décision d'appel confume (même partiellement) une mesure d'instruction ordonnée par le premier juge (a: 1068). Ces deux solutions déchargent considérablement les juridictions inférieures au détriment des juridictions d'appel; elles entament en outre le principe du double degré de juridiction. Une tierce solution congolaise peut être imaginée.
Le systè.me adopté pour les pourvois en cassation en droit congolais (II, 228) ne permettant 1e recours contre tout jugement définitif, et ceci sans égard au caractère interlocutoire ou à l'acquiescement des parties, décharge au contraire les juridictions supérieures.

(304) Les jugements prononçant défaut-ccngé (II, 141) ne sont pas susceptibles d'appel : Kin., 23 août 1966, R.J., 1967, p. 41; 13 février 1968, R.J.,_ p. 203; cfr. DETHIER, loc. cit.. n° 30.

(305) La cour d'appel est sans pouvoir pour réformer un jugement du tribunal de première instance annulant un jugement du tribunal de district, quant même il apparaîtrait que le tribunal de district avait en fait excédé sa compétence: Léo., 23 mars 1965., R.J. -p.323.

. .

Un jugement d'expédient (II 128) n'est qu'un acte exécutoire de la convention des parties et ne donne pas lieu à l'appel.

Le jugement reconnaissant que les causes légales du divorce sont établies, mais qui surseoit à prononcer le divorce n'est pas non plus susceptible d'appel ([306]*);* si le divorce est ultérieurement prononcé, le jugement de sursis devra être frappé d'appel en même temps que le jugement de la prononciation du divorce.

Le jugement prononçant l'admission de créances au passif de la faillite n'est susceptible d'aucun recours (a. 54 D. 27 juil1et 1934).

Lorsqu'en un litige n'intéressant pas l'ordre public, les parties ont convenu de comparaître en dernier ressort devant le tribunal siégeant au premier degré, ils sont vaIablement liés par leur convention.

Si c'est par application de l'article 120 du Code de l'organisation judiciaire qu'ils ont porté une cause de la compétence du tribunal de sous-région à la connaissance, au premier et denier degré de juridiction, du tribunal de première instance, elles ne peuvent pas former un appel; quand même la cause intéresserait l'ordre public.

177. Suspension du recours contre certains jugements

L'appel de jugements purement préparatoires ne peut être introduit que conjointement avec l'appel du jugement au fond (Il,175). Les jugements rendus par défaut et frappés d'opposition ne peuvent être jugés en appel avant que ne soit vidée l'instance d'opposition (II, 167). La partie qui fait appel renonce par cela même au recours en opposition; elle peut cependant interjeter un appel, limité au seul point de l'exécution provisoire (II, 189) tout en poursuivant l'opposition ; la partie qui avait comparu et qui avait interjeté appel verra son appel tenu en suspens durant l'instance d'opposition ; si le jugement rendu sur opposition rétracte le jugement par défaut, il aura lieu de renouveler l'appel, le premier jugement n'ayant plus d'existence.

(306) Elis., 13 avril 1954, R.J., p. 166.

178. Qui peut interjeter appel ?

L'action en appel appartient aux parties auxquelles le jugement entrepris *fait grief,* c'est-à-dire aux parties qui ne se sont pas vu adjuger le dispositif de leurs conclusions ([307]). La partie qui entend le juge invoquer d'autres motifs que ceux qu'elle a exposés, est sans griefs si le juge en déduit un dispositif conforme à ses conclusions.

Le garant, quand même il n'aurait pas été condamné devant le premier juge, justifie d'un intérêt suffisant pour interjeter appel, pour s'affranchir de son obligation de garanties ([308]).

L'appel du garant contre le garanti et le créancier du garanti est recevable ([309]).

La personne qui avait été assignée en déclaration de jugement commun peut interjeter appel, quand même le jugement n'aurait prononcé aucune condamnation à sa charge. L'appel est recevable si cette partie justifie d'un intérêt à voir réformer le jugement qui lui est opposable ([310]). Lorsqu'un tribunal, suivant une expression impropre, "condamne", le conservateur des titres immobiliers à accomplir à l'égard des parties un devoir qui entre dam le cadre de ses attributions, celui-ci n'est pas partie au procès, même si à tort les parties 1'ont appelé à la cause; il ne dispose pas de l'appel de cette décision ([311]). "

Un tiers, quand même il eut été qualifié pour intervenir en l'instance (II, 55), n'a pas qua1ité pour interjeter appel du jugement où il n'était pas partie.

Dans toute cause où le ministère public a estimé devoir donner un avis ou a été invité à le faire par le juge, il dispose lui aussi de l'action en appel. Il nous est d'avis que, lorsque le ministère public s'est abstenu à tort de donner un avis en une cause qui

(307) La partie qui en premier ressort a déclaré « s'en référer à justice », n'a pas pour autant acquiescé par anticipation à tout dispositif à intervenir : Elis., 31 octobre 1961, R.J., 1962,p. 68.

La partie qui voit faire droit à ses conclusions subsidiaires peut interjeter appel aux fins de se voir adjuger ses conclusions principales : Elis., 17 juin 1956, R.J., p. 352; Léo., 10 avri1 1959, R.J., 1960, p. 133.

(308) Ells., 7 avri11964, R.J.. - p. 171.

(309) Elis., 20 novembre 1956, R.J., 1957, p. 25.

(310)Elis., 31 octobre 1961, R.J., 1962,p.68; 24 janvier 1967, R.J. - p. 64.

{311) Appel R.-U.,3 mai 1960,R.J.,.,p. 40.

Devait lui être communiquée suivant la loi (II, 117) il dispose de l'action en appel, cette prérogative étant d'ordre public, il ne peut en effet y renoncer.

Il va de soi que dans toute cause où le ministère public a été partie principale au premier degré, il dispose du recours d'appel.

En vertu de l'article 8 du code de l'organisation judiciaire (II,46, 50), le ministère public peut également interjeter appel au nom d'une personne"inapte" à exercer son action; si le ministère public a déjà fait usage de ce pouvoir et si, en application de l'alinéa 2 de l'article précité, le citoyen "inapte" a été pourvu d'un conseil, celui-ci ne pourra exercer l'action en appel que suivant avis (ou sur injonction) du ministère public, la personne "inapte"qu'il défend n'étant pas, par la définition, à même d'apprécier l'opportunité d'un recours et,par conséquent, de donner valablement la procuration spéciale requise à cette fin (II,31)

179. Qui peut former appel incident?

Pour former appel incident, il faut être intimé par un appelprincipal. L'appel incident est dirigé contre l'appelant principal.

Le fait que l'intimé ait acquiescé implicitement au jugement (en entamant la procédure en exécution) ou même qu'il ait expressément acquiescé ne fait pas obstacle à ce qu'il forme un appel incident. Il faut toujours présumer que l'acquiescement n'a été donné qu'à la condition que le litige soit terminé.

L'appel incident d'intimé à intimé n'est en principe pas recevable; cette règle souffre cependant des exceptions, notamment dans le cas de rapports de garant à garanti ([312]).

Un intimé peut former appel contre un co-défendeur solidaire; si ce co-défendeur est à la cause, il peut le faire en la forme d'un appel incident, s'il n'est pa à la cause, il doit en outre l'assigner à comparaître.

180. L'intervention au degré d'appel

L'intervention agressive au degré d'appel est possible ([313]).ElIe implique une renonciation au double degré de juridiction.

[312) EIis., 5 février 1975, R.J., - p. 228; L'shi,24 janvier 1967, R.J.,p.64.
[313') Elis., 9 décembre 1952 (avec note), R.J;.1953, p. 28.

Toute personne qui aurait qualité pour agir en tierce opposition peut être appelée en intervention forcée, même au degré d'appel ([314]) (II, 168).

181. Qui peut être intimé dans l'instance d'appel ?

Seules les parties qui ont été les adversaires de l'appelant peuvent être appelées à répondre à sa demande de réformation du jugement entrepris; un défendeur au premier degré d'instance ne peut diriger l'appel contre celui qui fut co-défendeur ([315]); il en irait autrement si en première instance un défendeur avait par une demande incidente conc1u contre un co-défendeur, celui-ci devenant dès lors son adversaire ([316]); il en serait notamment ainsi lorsqu'un tiers.appelé en garantie conclut à sa mise hors cause.

Un co-défendeur peut toutefois être assigné en "déclaration d'arrêt commun'; de même toute personne qualifiée pour exercer la tierce opposition (II, 75) peut être assignée au degré d'appel pour entendre prononcer un arrêt qui lui sera opposable ([317]) ; cette dernière solution parait cependant discutable, puisqu'on prive une partie (que l'on eut pu appeler en intervention au premier degré) du double degré de juridiction (II, 158).

Il est en tout cas exclu d'appeler pour la première fois en cause au degré d'appel,un tiers contre lequel il est demandé condamnation.

Sauf s'il a été partie principale au premier degré, le ministère public n'est jamais intimé. S'il a exercé l'action en vertu de l'article 8 du Code de l'organisation judiciaire (II, 46, 50), l'appel doit être

dirigé contre la personne que le ministère public a représentée.

(314) Elis., 20 décembre 1958, R.J., 1960,p. 118.

(315) *Léo.,* 27 octobre 1958, R.J., 1960, p. 118.

{316) Léo.,6 décembre 1955,.RJ., 1956, p. 106. Elis. 24 octobre 1961,R.J., 1962. . p.66.

(317) Elis., 20 décembre 196o,.R.J.,1961. p. 90.

pel: une demande formée en appel sur base des obligations contractuelles du bailleur alors qu 'en instance, la responsabilité aquilienne seule avait été invoquée ([371]) ; une demande de donner acte des réserves à réclamer des salaires supplémentaires ([372]); une demande de modifier les mesures provisoires dans une instance en divorce, basée sur des éléments ignorés du premier juge ou sur des situations nouvelles ([373]); la demande de répétition de la somme payée en exécution du jugement dont la mise à néant est postulée ([374]) ; une demande de résolution de bail formée alors que l'assignation nie l'existence d'un bail ne peut être dit implicitement à l'exploit introductif et est donc nouvelle ([375]).

Cependant une jurisprudence constante congolaise, belge et française admet *contra legem,* que l'interdiction d'introduire une demande nouvelle n'est pas d'ordre public ([376]), ce qui semble difficile à défendre sur le plan théorique; en effet, s'il s'agit d'une prorogation de compétence d'attribution qui est d'ordre public, et de la saisine au degré d'appel par comparution volontaire, que l'article 12 admet uniquement comme moyen de saisir les juridictions au premier degré ([377]).

Mais les raisons pratiques l'ont emporté sur l'application du texte et, il est universellement admis que cette prohibition n'est pas d'ordre public en ce sens que les parties peuvent y renoncer. Aux termes de cette jurisprudence recente, la novelleté doit être expressément exceptée, la comparution sans objection de l'adversaire couvrant l'exception. Le caractère de novelleté d'une demande est souverainement apprécié par le juge du fond à l'abri du contrôle de la juridiction de cassation.

(371) Ells., 14 novembre 1961, R.J., 1962, p. 73,

(372) Ells., 19 juin 1962, R.J. - p. 162.

(373) Ainsi arrete a tort semble-t-il, Leo., 23 fevrier 1965, {av& note} R.J., 196_, p. 213. (374) Leo., 20decembre 1966, R.J., 1967,p.126.

(375) Leo., 2 mars 1965, R.J.,._ p.322 ;12 octabre 1965,R.J.. 1966,p. 125; *Leo.,* 8 juin 1965, R.J.. 1966, p. 122; Elis., 18 janvier 1966, R.J., p.132 ; Leo., 22 fevrier .1966, R.J., - po 226; voir. aussi la jurisprudence ancienne citee par A. SOHIER,

195. La saisine d'office

Non lus qu'au premier ressort, la juridiction d 'appel ne peut dans le contentieux de droit privé, méconnaître le principe dispositif qui veut que les juridictions ne puissent se prononcer au-delà des demandes des parties à peine de statuer *ultra petita* (II,64). Cependant, en vertu du principe j*ura novit curia.* (II, 65), la juridiction d'appel pourra pourra d'office, même si le premier juge eut dû le faire et l'a omis, invoquer tous les moyens qui sont de droit impératif ou d'ordre pubic et qui régissent les faits soumis à sa juridiction.

SECTION 7
L'AUDIENCE D'APPEL

L96.La comparution des parties

Les parties peuvent toujours comparaître par leur mandataire; les avocats porteurs des pièces sont réputés avoir mandat de comparaître pour leurs clients.

La cornparution sans réserve des parties couvre les *irrégularités* éventuelles de l'acte d'appel et de l'assignation (II; 182). La *comparution volontaire* des parties ne saisit toutefois pas la juridiction d'appel, l'article 68 du Code deprocédure civile prescrivant impérativement les formes suivant lesquelles l'appel est formé, ne permet pas, par application de l'article 78, de renvoyer au moyen de saisir le juge du premier degré défini à l'article 12.

Rien n'empêche la juridiction d'appel d'ordonner la comparution personnelle des parties au titre de mesure probatoire (II, 107).

197. Le défaut au degré d'appel

Le code de procédure civile ne donne aucune indication expresse quant à la procédure par défaut au degré d'appel; en vertu de l'article. 78, ce sont donc les règles de la procédure au premier degré qui s'appliquent. Cette application pose cependant quelques problèmes qui ont trouvé leur solution propre à la procédure du deuxième degré.

Le défaut des deux parties aura pour conséquence, non simplement la radiation du rôle, mais la forclusion du recours. Faute de production de l'expédition (II, 198), la juridiction d'appel ne peut en effet prendre d'autre décision que de dire l'appel irrecevable, par un jugement qui ne souffre pas d'opposition.

Cette solution peut paraître excessive, elle est cependant celle qui résulte des textes (art.66 du code de procédure civile) ; il faut espérer que la jurisprudence y trouve une solution plus souple lorsque le défaut est « excusable » ; il en serait évidemment ainsi lorsque la non-comparution est due à une erreur du greffier dans la rédaction ou la signification de l'assignation, ou encore en cas d'empêchement pour cause de force majeure ; si la juridiction d'appel se rend compte de la justification du défaut ; elle pourra ordonner au greffier de réassigner ; si elle a rendu un jugement d'irrecevabilité, elle est toutefois liée par son jugement ; la prudence commande dès lors de ne jamais prononcer l'irrecevabilité sur les bancs, mais de prendre la cause en délibéré pour permettre les vérifications et pour entendre éventuellement les excuses de l'appelant.

La forclusion de l'appel sanctionnant la non production de l'expédition ne peut pas entamer le droit de l'intimé défaillant qui n'a rien à se reprocher. S'il se trouve dans les délais d'appel, il peut former appel principal qui permettra à l'appelant forclos, intimé dans cette nouvelle instance de former appel incident.

L'intimé défaillant ne pourra invoquer l'acte d'appel irrecevable pour s'arroger une prorogation de délais (II,185), car, par sa défaillance il a compromis son droit de former appel incident.
Le défaut de l'appelant ouvre au défendeur la possibilité de demander un jugement d'irrecevabilité ([379]), mais il lui est possible aussi de demander le *défaut-congé* ([380]) qui met seulement fin à l'instance ; on ne voit pas cependant quel intérêt l'intimé peut avoir à proposer cette solution qui permet à l'appelant-s'il est toujours dans les délais-d'introduire un nouvel appel.

Si l'appelant, faisant défaut, a cependant déjà déposé l'expédition sur le bureau du tribunal (avant l'audience, ou au cours d'une audience antérieure à laquelle il a comparu) l'intimé peut, comme en première instance, demander, soit une décision au fond qui ouvre au demandeur défaillant le recours en opposition, soit le défaut-congé, qui ne met fin qu'à l'instance et permet de réassigner sans renouveler l'acte d'appel ; l'intimé ayant formé (ou voulant former) appel incident ne peut évidemment pas demander défaut-congé sans renoncer par cela même à son action ; si l'appelant réassigne, le droit de former appel incident renaît. Si l'intimé entend demander une décision sur le fond en formant appel incident, il devra normalement demander défaut et remise (ou renvoi au rôle général) ([381]) de manière à pouvoir signifier au défaillant son appel incident en le sommant de comparaître et à pouvoir produire l'expédition si elle ne se trouve déjà déposée.

(379) Kin., 4 octobre 1966, R.J., 1967, p.44 ; Kin., 8 novembre 1966, R.J., 1967, p.120 ; Kin., 6 décembre 1966, R.J., 1967, p. 121.

(380) Kin., 7 mars 1967, R.J., p.254.

(381) Kin., 31 octobre 1967, R.J., 1968, p.186 ; Jugé que la Cour n'est plus saisie lorsque l'appelant constatant le défaut de l'intimé, sollicite remise, mais omet de sommer l'intimé à comparaître à l'audience de remise à laquelle celui-ci fait à nouveau défaut : L'shi., 19 mai 1970, R.J., 197, p.55.

(382) Elis., 11 novembre 1911, Jur.Congo, 1913, p.69.

Le défaut de l'intimé a pour conséquence que l'appelant peut demander un jugement ou un arrêt par défaut, par lequel l'opposition (II, 163) est recevable.

En cas de *dérobade d'une partie* ayant antérieurement comparu ou dans le cas où de *plusieurs intimés les uns comparaissent, tandis que les autres font défaut*, les solutions retenues par les articles 18 et 19 du code de procédure civile (II, 142 à 144) s'appliquent comme au premier ressort ([382]).

Les demandes nouvelles ne sont pas recevables au degré d'appel contre les parties défaillantes, même si le demandeur les a signifiées. Le défaut doit faire présumer que le défaillant n'acquiesce pas à l'extension du débat (II, 194). C'est l'application du principe qui veut que les parties défaillantes ne peuvent être présumer avoir renoncé à une exception (II, 142).

L'évocation demeure possible à l'égard d'un défaillant en degré d'appel ; la juridiction d'appel peut évoquer d'office ; les conclusions prises en ce sens, en l'absence du défaillant, n'élargissent donc pas la saisine à l'insu d'une partie.

Le défaillant au premier degré qui comparaît en appel et conclut au fond, renonce à son droit de faire opposition. Si une partie ayant fait défaut au premier degré est encore défaillante en qualité d'intimée, la

juridiction d'appel doit surseoir à statuer jusqu'à ce que les délais d'opposition au jugement du premier degré soient périmés, car la renonciation au droit de faire opposition ne se présume pas (II,177).

S'il a été interjeté appel d'un jugement rendu par défaut et que ce jugement se trouve réformé sur opposition, l'appel du premier jugement est sans objet. Un nouvel acte d'appel pourra être formé entreprenant le jugement rendu sur opposition.

Si un jugement déclarant l'opposition irrecevable est réformé en appel, c'est devant le premier juge que l'opposition au jugement du fond doit être vidée ([389]).

198. La production de l'expédition

Aucun appel n'est recevable si l'appelant ne produit pas *l'expédition* du jugement entrepris (art.66) ([390]). Il arrive cependant que le défaut de produire l'expédition soit dû à l'encombrement du greffe du premier degré qui ne suit pas les demandes. Aussi la jurisprudence, s'appuyant sur les termes du rapport au conseil de législation a-t-elle admis que si l'appelant fait valoir des motifs plausibles pour ne pas produire l'expédition à l'audience d'introduction, son recours doit être déclaré irrecevable ([391]) ; en ce cas, la juridiction d'appel peut accorder une remise ([392]). Si l'appelant ne comparaît pas et que l'intimé ne produit pas l'expédition ou ne demande pas lui-même une remise (par exemple pour former un appel incident, II, 183,185), l'irrecevabilité est décrétée, et elle ne touche pas seulement l'instance, mais l'action ; un nouvel appel ne peut être reçu quand même il n'y aurait pas péremption de délais : il y a chose jugée ([393]). Il en serait autrement si l'intimé

(389) Elis., 29 janvier 1959, R.J.-p.118.
(390) Léo., 21 février 1956 (avec note), R.J.,-p.208 ; Léo., 3 septembre 1957, RJ., 1958, p.35 ; 11 mars 1958, JTO., 1959, p. 101 ; Elis., 30 décembre 1930, RJ., 1964, p.81 ; Léo., 25 mai 1965, RJ., 1966, p.36 ; L'shi., 20 novembre 1967, R.J., 1968 p.82 ; Kisangani, 4 avril 1972, RJ., p. 183.
Il a été jugé que lorsque la non-production de l'expédition est due à un oubli, il convient d'accorder un délai à l'appelant (L'shi., 5 décembre 1967, R.J., 1968. p.84 :kin., 14 janvier 1969, RJ., p.188 ; L'shi 7 octobre 1969, RJ., -p.305).

(391) Il a aussi été admis (R.U. appel, 19 avril 1960, R.J., 1961, p.39), que si l'appelant ou l'intimé dépose la copie signifiée du jugement entrepris, ou même une copie « régulière » du jugement, la juridiction d'appel pouvait se déclarer saisie (Léo., 21 février 1956, R.J.,-p.208 ; 13 octobre 1964, R.J., 1965, p.101).

(392) L'shi., 18 février 1969, R.J., -p.196.
(393) Elis., 30 décembre 1963, R.J., 1964, p. 81 ; Léo., 25 mai 1965, R.J., 1966, p.121 ; Kin., 27 mai 1969, R.J., -p.208 avec note ; Kin., 15 septembre 1970, R.J., 1971, p.165.

Avait seulement demandé défaut-congé, ce qui fait tomber l'instance sans possibilité de la reprendre par la voie de l'opposition ([394]) mais n'empêche pas de réintroduire un nouvel appel s'il n'ya pas de péremption de délais ([395]).

199. L'instruction devant la juridiction d'appel

L'appel permet le réexamen en fait et en droit de toute la cause soumise au premier juge ; toute erreur de procédure et toute erreur d'appréciation du premier juge permet à la juridiction d'appel d'apporter une correction. Il est donc permis à la juridiction d'appel de faire ou de refaire toute la procédure probatoire ([396]) ouverte au premier degré, en suivant les règles de procédure qui s'y rapportent (II, 93 à 113).

L'article 78, alinéa 2 du code de procédure civile prévoit une dérogation, permettant à la « cour

d'appel » de commettre un conseiller pour procéder aux enquêtes, pour entendre un témoin sur place, pour visiter les lieux et pour recevoir les serments. Peut-on étendre la règle prévue pour la « cour d'appel » à toute juridiction siégeant à plusieurs juges ? La réponse semble devoir être affirmative. Sans doute pourrait-on invoquer en faveur de la négative l'expression univoque du texte, ainsi que la présomption de l'autorité plus grande accordée à un « conseiller » qu'à un juge de première instance. Il faut cependant expliquer ce texte en se rapportant à l'organisation judiciaire en vigueur à l'époque de sa promulgation : le tribunal de première instance siégeait au degré d'appel à un seul juge,tandis que le tribunal de district ne siégeait au degré d'appel que pour connaître des recours contre les jugements rendus en premier ressort par les tribunaux de ville et de territoire et ce, toujours à un seul juge. La nature de certains devoirs, tels l'audition d'un témoin à son domicile ou la visite des lieux par le collège au complet est, sinon impossible, du moins fort incommode. Nous en concluons que le texte de l'article 78 vise toutes les juridictions du degré d'appel ([397]). Ceci dit, il y a lieu de souligner néanmoins l'intérêt qu'il y a de tenir les enquêtes, dans l'appréciation desquelles la subjectivité joue inévitablement un rôle, devant le collège complet des juges et en présence du ministère public. Les cours et tribunaux n'useront dès lors qu'avec prudence de cette faculté de commettre un membre qui siège pour exécuter les devoirs d'instruction.

(394) Kin., 6 décembre 1966, R.J., 1967, p.121.
(395) Kin., 8 novembre 1966, R.J., p.250 ; Kin., 15 septembre 1970, R.J., 1971, p.165.
(396) Sauf en cas d'évocation d'une cause qui ne serait pas en état (II, 193 et note 356), les juristes d'appel ne sont guère en faveur de ces mesures d'instructions au degré d'appel et vont jusqu'à les refuser si la partie qui lesrequiert n'a pas fait usage de ses droits au premier degré : Kin., 10 avril 1967, R.J.,-p.255.

200. Le débat devant la juridiction d'appel

Tout comme devant la juridiction du premier degré, les parties doivent conclure. Si les demandes nouvelles ne peuvent être admises (II, 194), que dans les limites étroites définies par la loi et la jurisprudence, les moyens nouveaux peuvent être invoqués sans limite, toutes les exceptions que les parties n'auraient pas couvertes par leurs conclusions ou par leur comportement antérieur (II, 92) peuvent être soulevées pour la première fois au degré d'appel([398]); les exceptions d'ordre public peuvent être soulevées, quand même il y aurait eu renonciation expresse ou implicite de les invoquer.

Les parties qui demandent réformation ou annulation du Jugement doivent également développer les moyens qu'ils opposent aux motifs et dispositif du premier juge,elles devront normalement combattre- pour la première fois en appel - les moyens que le juge a invoqués d'office.

Les parties peuvent"plaider" devant la juridiction d'appel, exposant leur version des faits et invoquant les preuves à l'appui ; elles pourront également faire l'exposé du droit qui justifie leurs conclusions.

La communication au ministère public doit se faire au degré d'appel dans les mêmes conditions que dans l'audience au premier degré (II, 117). La clôture (et l'éventuelle réouverture) des débats est régie au degré d'appel par les mêmes règles qu'au premier degré (II,118,119).

(397) A.DETHIER partage cette opinion. o.c; R.J. 1969, p.241, 242.

(398) Le déclinatoire de compétence territoriale est irrecevable s'il est présenté pour la première fois en appel, alors que l'exceptant a comparu sans réserves au premier degré.

201. Le jugement (arrêt) d'appel

La délibération, qui au degré d'appel est toujours collégiale se fait suivant la même procédure qu'.au premier degré de juridiction (II, 123). Les décisions rendues au degré d'appel doivent lorsqu'elles annulent ou réforment le jugement entrepris, motiver la censure; si el1es statuent à nouveau, elles doivent motiver la nouvelle décision. Si elles confirment le dispositif du premier juge et estiment sa motivation complète et bien rédigée, elles peuvent se l'approprier et statuer « par les motifs du premier juge ». Si elles évoquent, elles doivent justifier dans leurs motifs pourquoi elles ont étendu leur pouvoir juridictionnel. Suivant la jurisprudence antérieure à la réforme judiciaire de 1968, lorsque la cause n'était pas vidée, notamment après avoir statué sur un jugement avant dire droit, et qu'elles n'avaient pas évoqué, elles ordonnaient renvoi devant le *premier tribunal autrement composé,* si elles avaient infirmé le jugement attaqué. Aucun texte n'impose de modification du siège du premier ressort et, dans les structures actuelles de la judicature où le juge de paix peut être seul, tout comme les collèges de trois juges peuvent épuiser le roulement possible du siège, il convient d'abandonner cette jurisprudence. Les juges de la juridiction inférieure peuvent s'incliner devant l'autorité de la décision de la juridiction d'appel, sans perdr;e la face pour autant([399]).

202. Les effets du jugement (de l'arrêt) d'appel

Si la juridiction d'appel confirme le jugement entrepris, celui-ci reprend toute sa vigueur, il se trouve *coulé en force de chose jugée,* la décision d'appel ne pouvant plus être attaquée que par des *recours extraordinaires.* La décision d'appel ajoute cependant' toujours une condamnation, notamment celle de l'imputation des frais de l'instance d'appel qui sont mis à la charge des appelants ; si l'appel a été interjeté par le ministère public, les frais sont à la charge du Trésor (II, 300).

(399) Nous avons déjà indiqué plus haut (note 347, sous n° 191) combien il serait néanmoins souhaitable d'éviter le renvoi et de permettre (sinon d'imposer) l'évocation chaque fois qu'un jugement avant dire droit ou un jugement sur incident est infirmé.

Si la juridiction d'appel infirme un jugement définitif qui avait épuisé la saisine du premier juge (soit qu'il ait réformé la décision, soit qu'il ait constaté sa nullité avant de statuer à nouveau), la décision d'appel se substitue au jugement infirmé qui n'a plus d'existence.

Si la juridiction d'appe1 infirme un jugement d'avant dire droit et évoque, la même solution s'impose. Le premier juge est dessaisi de l'instance qui était en suspens par l'effet de l'acte d'appel.

Si la juridiction d'appel confirme le jugement d'avant dire droit, le tribunal du premier degré qui était demeuré saisi, doit sur assignation avenir de la partie la plus diligente poursuivre son instance durant la juridiction du premier degré qui n'est pas lie par ses jugements interlocutoires quant au "préjugé" que sa décision aurait laissé entrevoir.

Si la juridiction d'appel infirme un jugement d'avant dire droit et renvoie la cause devant le premier juge, l'effet suspensif d'audience est levé et le juge qui était toujours saisi, doit sur *assignation avenir de* la partie la plus diligente poursuivre l'instance en tenant pour *chose jugée* la décision d'appel.

La décision d'appel fait courir les délais de pourvoi en cassation a dater de la signification.

SECTION 8
LA REVISION

203. La nature de la voie de la révision

La révision, par un tribunal majeur, des jugements rendus par les tribunaux traditionnels inférieurs, n'était pas à considérer à l'origine comme un moyen de recours ouvert aux parties; c'était un moyen de contrôle hiérarchique, dont le législateur (belge) de l'époque avait trouvé le principe dans certaines coutumes ; le principe fut généralisé et fut en outre étendu aux tribunaux de zone([400]). Le tribunal supérieur se saisissait d'office du "mal jugé" de juridictions inférieures de son ressort, il évoquait la cause et amendait ou remplaçait le jugement par sa décision ([401]).

(400) Les Juges ayant siégé au premier degré ne peuvent pas faire partie du tribunal de révision. Parq.Ht.-Katanga, 22 décembre *1950,* J.T.O., 1957, p. 76.

(401) En procédure de révision, l'évocation est nécessaire : Tribunal Parq. Lualaba, 26 juin 1957, J.T.O.,1958,p.171.

202

En fait les juridictions supérieures se trouvaient le plus souvent averties du 'mal jugé" par une supplique de la partie qui se croyait lésée ; sans doute cette supplique ne saisissait pas le tribunal, mais elle obligeait cependant les juges de vérifier "extra juridictionnellement" le bien-fondé de la plainte, sauf à en saisir le tribunal si celle-ci apparaissait fondée. Sans supprimer le droit de se saisir d'office, le Décret du 16 septembre 1959 a prévu la saisine des tribunaux de révision à la demande d'une partie (art.14 et 15 A.R. de coordination du 13 mai 1938, amendé).

La révision diffère cependant de l'appel, même au cas où elle est demandée par une partie, en ce que le tribunal n'est pas limité dans sa saisine par les termes de la demande ([402]) (cfr. Acte d'appel, II, 191) et qu'il peut évoquer en tout état de cause et quelque soit le sort u'il fait au jugement dont la révision a été demandée.

204. Les formes et la procédure en révision

La décision de révision d'office n'est liée à aucune forme imposée par la loi ([403]). Il suffit donc que le tribunal supérieur (en pratique le président) exprime sa volonté de réviser pour que le greffier de la

juridiction inférieure doive lui remettre le dossier.
. Lorsque le tribunal de révision est saisi par une partie, la demande peut se faire verbalement ou par écrit. Le tribunal saisi agit dès réception de cette demande, comme s'il se saisissait d'office.

La révision ne peut plus être demandée, ni décidée d'office lorsqu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis la date du prononcé du jugement (art. 32 de l'A.R. du 1 mai 1938) ([404]).

Le tribunal saisi de la révision peut, par mesure provisoire, suspendre l'exécution du jugement soumis à révision, cette suspension ne peut se prolonger plus de trois mois (art. 14).

(402) Les demandes nouvelles sont dès toujours recevables. Trib. terr. Léo., 2 avril 1955, J.T.O,. 1955.p. *170.*

(403) La demande de révision peut être verbale ou écrite (Parq. Ruanda, 27 octobre 1954, J.T.O.,1956, p.90). Une plainte formée" contre le juge ne vaut pas de demande de révision (Parq,. Lualaba., 10 mars 1954, J .T.O., 1955, p. 40.

(404) Le tribunal se saisissant d'office doit avoir prononcé son jugement de révision dans le délai de trois mois à compter du jour du prononcé du jugement entrepris; si une partie saisit le tribunal de révision dans le délai de trois mois depuis le prononcé, aucun délai n'est imposé pour rendre le jugement.

La procédure d'instruction et les débats se font devant le tribunal de révision suivant le même mode que devant ces juridictions siégeant au premier degré.

La législation impose le contradictoire (ait_33), elle permet au tribunal de rendre son jugement dès lors que les parties ont été convoquées en temps utile, mais la loi donne la faculté au tribunal de faire amener la partie qui ne comparaîtrait pas sur convocation([405]). Bien qu'on ait vu des juridictions traditionnelles prononcer des jugements par défaut- à l'instar des juridictions judiciaires - cette procédure ne trouve aucun fondement dans la coutume et la loi n'organise nullement la procédure en *opposition*.

L'article 37 de l'A.R. du 13 mai 1938 tel qu'amendé à ce jour fait bien mention du jugement par défaut visant manifestement un jugement au prononcé duquel la partie succombante n'a pas assisté. La "signification" de ces jugements est requise avant de pouvoir user des voies d'exécution forcée (Il, 155).

205. Les effets de la révision

La demande de révision ou la décision du tribunal de s'en saisir d'office ne suspend pas l'exécution du jugement entrepris ; il faut ([406]) que la juridiction de révision en décide au provisoire.

Les jugements rendus par les tribunaux traditionnels de quelque niveau que ce soit ne peuvent faire l'objet d'un pourvoi n'étant jamais rendus en dernier ressort puisqu'ils peuvent faire l'objet d'un recours en annulation (II, 224).

Les jugements de révision ne sont jamais susceptibles d'opposition ni d 'appel.

Les jugements sur révision sont exécutoires *dès* le jour où ils ont été rendus, ou, s'ils ont été rendus « par défaut », dès le jour de leur signification (sur la signification du défaut devant les juridictions traditonnelles, voir (II, 155, 204).

(405) Voir note 21 sous II, 56.

(406) Le tribunal de première instance n'a pas compétence pour statuer au degré d'appel sur les mérites d'un jugement rendu au degré d'annulation par le tribunal de district ; la cour d'appel a le pouvoir d'annuler les « apparences d'un jugement » que possède pareille décision ; Léo., 19 octobre 1965, RJ., 1966, ,p.126. Notons qu'au moment où cet arrêt fut rendu la CSJ n'était pas installée; la cassation pour excès de pouvoir (II, 230 B) serait aujourd'hui le sort à faire pareil « jugement ».

CHAPITRE X : LES RECOURS EXTRAORDINAIRES

SECTION I
NOMENCLATURE DE.S RECOURS EXTRAORDINAIRES

206. Les recours extraordinaires.

La distinction des recours extraordinaires, par rapport aux recours ordinaires, retenue par les praticiens du prétoire,ne repose que sur le fait que l'usage en est moins fréquent ; elle n'a aucun fondement scientifique (II, 161). Nous l'avons retenue aux seules fins d'équilibrer le volume des chapitres et de faciliter par ce moyen la consultation de cet ouvrage et la comparaison avec des ouvrages français et belges qui suivent cette classification établie par l'usage.

207. Les voies de recours extraordinaires organisées en droit congolais

Le droit congolais connaît la tierce opposition (II, 208), la requête civile (II, 218) et la cassation comme voies de recours extraordinaires.

Il y a lieu de mentionner également la 'prise à partie (II, 241), bien que le caractère de ce recours, en

l'occurrence la mise à néant du jugement entâché de dol du juge, ne soit qu'un effet accessoire de cette action.

Durant la période transitoire, maintenant les juridictions traditionnelles, il y a lieu de mentionner également l'annulation (II, 224).

SECTION 2
LA TIERCE OPPOSITION

208. Historique de la tierce opposition en droit congolais

La tierce opposition (tout comme la requête civile), voies de recours extraordinaires classiques du droit français et belge n'ont été introduites dans l'arsenal judiciaire zaïrois, que par la réforme du 7 mars 1960. Mise en vigueur le 15 mai 1960, elle ne connut guère de jurisprudence publiée à ce jour ([407]). Le décret du 4 mai 1891 en faisait *mention* sans toutefois l' organiser; le 12 mars 1912, la cour d 'appel d'Elisabethville recevait cependant une action en tierce opposition ([408]) invoquant les complaisants "principes généraux" ainsi que la mention du décret précité. Ledit décret fut rapporté par le Décret du 2 mars 1922… Lesdits "principes généraux" allaient-ils à eux seuls justifier le maintien de cette procédure que les textes ignoraient ([409])? La cour d'Elisabethville ([410]) ne l'a pas cru. Sans doute eut-on pu soutenir à bon droit que les principes généraux du droit exigent qu'un jugement ne puisse faire grief à un tiers qui n'y a pas été partie, mais si la tierce opposition est une procédure utile à cette fin, la non-opposabilité peut généralement suffire. L' Allemagne, l'Espagne, le Portugal ne connaissent pas la tierce opposition.

Quoiqu'il en soit dit du passé, aujourd'hui les articles 80 à 84 organisent cette procédure au Congo et les travaux préparatoires nous avertissent expressément de ce que c'est sous l'inspiration de la procédure belge que ces articles ont été rédigés.

209. Objet de la tierce opposition

La tierce opposition vise la rétractation ou réformation d'un jugement qui fait grief à un tiers.

En vérité, lorsque des intérêts non représentés à l'instance ont été entamés par un jugement, le tiers au procès dispose de plusieurs moyens de protection :
_ passivement, le jugement ne lui étant pas opposable, il peut repousser l'exécution et l'autorité dela chose jugée ;
- agressivement, il peut intervenir tant que l'instance est pendante, même au degré d'appel ([411]) (II, 180);
- enfin, il peut, après le prononcé du jugement, fût-il coulé en force de chose jugée, prendre l'offensive par voie d'assignation

(407) Voir cependant: Kin., 23 janvier 1967, R.J., p. 130 et Kin., 14 janvier 1969, R.J., p. 189 ; cfr en matière coutumière; Trib. Ville de Léo., 24 avril 1961, R. Jud. C.,1962, p,84. L'shi., 14 juin 1974, R.J., p. 256.

(408) Jur. Congo,.1913, p. 251 avec note.

(409) DERRIKS : La tierce opposition, *in* R.J., 1928, p.60.

(410) Elis., 3septembre 1927, RJ.,1928, p.13;

(411) Elis., 20 décembre, 1960, RJ., 1961, p. 90.

en tierce opposition ou, si un pareil jugement lui était opposé dans une instance pendante, former tierce opposition incidente par voie de conclusions.

210. Quels griefs donnent ouverture à la tierce opposition ?

Il suffit que le tiers qui agit puisse invoquer la lésion d'un droit subjectif, même éventuel. On admet qu'il peut agir même que ses intérêts peuvent actuellement être protégés par la simple exception de non-opposabilité et aux fins d'obtenir une sécurité juridique des droits dont un jugement aurait disposé sans l'entendre.

D'une manière générale, on peut dire que dans toute cause, où un tiers aurait pu "intervenir" l'instance pendante, la tierce opposition est recevable l'instance terminée.

En droit congolais, l'exception de non-opposabilité peut être insuffisante pour la protection des droits de tiers en toute matière où un jugement valant *erga omnes* a été obtenu, sans mettre en cause un tiers directement intéressé. Par exemple, en matière immobilière, en matière de gage. Il en est encore ainsi en matière de liquidation de succession ou de sociétés, en matière de séparation de biens des époux et en matière de faillite, et en matière de saisie mobilière (mais ici existe une action spéciale en revendication) (II, 284).

211.Qui dispose de l'action ?

Il faut (art. -80 C. proc. civ.) n'avoir point été partie au procès.

Ceux qui ont été "representés" au procès ainsi que ceux qui sont aux droits des parties au procès, ne disposent pas de la tierce opposition sauf si leur représentant a agi par fraude.

Une partie qui a fait défaut n'est pas tierce au procès ; elle disposait - jusqu'à ce que le jugement se trouvat coulé en force de chose jugée, - de l'opposition (recours ordinaire) ; si elle n'a pas exercé de recours, elle ne dispose pas, pour autant, de la tierce opposition.

Le créancier d'une partie ne dispose pas normalement de la tierce opposition lorsque son débiteur était au procès ; il y était « représenté »; mais dans les conditions où il aurait pu exercer l'action paulienne en annulation d'une convention qui lui cause frauduleusement préjudice, il possède de la tierce opposition contre un jugement par lequel son débiteur s'est laissé condamner par collusion.

212. Contre qui l'action doit-elle être dirigée ?

Cette action doit en principe être dirigée contre celui qui invoque le jugement incriminé.

Il semblerait logique que l'on imposat aux tiers qui attaquent la chose jugée entre les parties d'un procès, de mettre en cause toutes ces parties. Malheureusement, les textes ne le disent pas; bien mieux, l'article 82 qui prévoit la tierce opposition incidente, l'organise par voie de conclusions, ce qui exclut la mise en cause des « autres » parties qui, ayant été à l'ancien procès, ne sont pas nécessairement au nouveau procès. Il est regrettable que par une copie trop servile du droit belge, cette exigence ([412]) de

mise en cause n'ait été imposée au plaideur congolais. En fait, le tiers opposant aura généralement intérêt à appeler toutes les parties au premier procès à la deuxième instance pour avoir jugement commun.

213. La juridiction compétente

La tierce opposition étant en principe une voie de rétractation, doit être portée devant la juridiction qui a rendu le jugement attaqué. Il s'agit de rectifier une erreur non imputable au juge ; il n' y a donc aucun inconvénient à s'adresser au premier juge.

Cependant, la tierce opposition "incidente"peut être portée devant la juridiction qui connaît l'action principale sur laquelle se greffe l'incident, pourvu que cette juridiction soit égale ou supérieure à la juridiction qui a rendu le jugement attaqué ; dans ce cas ce sera une voie de "réformation".

Si la juridiction devant laquelle la tierce opposition incidente était formée était de niveau inférieur à celui de la juridiction qui a rendu le jugement entrepris, c'est la juridiction supérieure, qui a rendu le jugement attaqué, qui devrait être saisie par une action préjudicielle pour vider la tierce opposition.

(412) CARRE : Lois de procédure civile et commerciale, Q. 1726.
GLASSON : Précis de procédure civile, Paris, 1902. T. II, p. 61.

214. Les formes de l'action en tierce opposition

Formée par l'action principale, la tierce opposition est une voie de rétractation : elle doit être introduite devant le tribunal qui a rendu la décision contestée par voie d'*assignation* ([412 bis]).

La tlerce opposition incidente est introduite par voie de conclusions; si la juridiction devant laquelle l'incident est soulevé n'a pas compétence pour y faire droit (II, 223), ces conclusions tendent seulement à obtenir *surséance* de procédure, pour permettre au tiers opposant de porter sa demande, comme question préjudicielle (II, 34) devant la juridiction compétente. Ce tribunal ne peut être saisi que par une *assignation* (II, 57) ou par comparution volontaire (II, 59) ; si la juridiction devant laquelle l'incident est soulevé est compétente, elle pourra le vider *de plano* ou joignant l'incident au fond se prononcer en même temps que sur l'action principale. Rappelons que le tiers opposant a dans les formes de procédure, intérêt à mettre en cause toutes les parties de la décision attaquée (II, 212) par voie d'assignation en intervention forcée.

215. Les effets de la procédure en tierce opposition

Comme il s'agit d'un recours extraordinaire, la règle est que la tierce opposition ne suspend de plein droit ni l'exécution du jugement attaqué ni, (dans le cas de tierce opposition incidente) la procédure en cours.

Ce n'est que sur requête d'une partie que le juge peut suspendre l'exécution, dit l'article 84. Il n'est pas dit expressément qu'il peut suspendre la procédure en cours, mais cela va de soi ; le juge peut

prendre toute mesure utile pour l'instruction de l'affaire don't il est saisi. En cas de tierce opposition devant une autre juridiction, il faut considérer qu'il y a question préjudicielle qui suspend de droit la procédure.

216. L'effet du jugement sur tierce opposition

En principe, le jugement faisant droit à la tierce opposition ne profite qu'à l'opposant. Il peut y avoir des cas oùl l'indivisibilité de la décision apporte un avantage à d'autres.

(412 bis) L'shi., 14 juin 1974, R.J., p.256.

1° la tierce opposition contre une séparation de biens permet à l'opposant d'être payé sur le patrimoine des deux époux; ceux-ci n'en restent pas moins séparés de biens;

2° un copropriétaire fait tierce opposition contre une servitude à laquelle un autre copropriétaire s'était laissé condamner, celui-ci profite de la rectification.

217. Les recours contre les jugements sur tierce opposition

Les jugements préjudiciels ou incidents vidant la tierce opposition sont susceptibles d'appel et d'opposition, sauf si la juridiction dont le jugement est rétracté avait jugé en dernier ressort.

SECTION 3

LA REQUETE CIVILE

218. Historique - Nature du recours

Tout comme la tierce opposition, la requête civile est une institution neuve au Congo, ayant été introduite par le Décret du 7 mars 1960. Peu de jurisprudence a été publiée depuis lors. Il semble que les praticiens redoutent d'y recourir à cause de la complication de la procédure.

La requête civile était déjà connue en droit français depuis 1305, mais elle tenait lieu, en matière d'erreur de procédure, de pourvoi de cassation. En droit français, il subsiste des ouvertures communes à la cassation et à la requête civile, encore que la doctrine et la jurisprudence aient tenté de distinguer les erreurs de procédure susceptibles d'être retenues pour l'un et pour l'autre recours.

En droit congolais, une tentative fut faite d'introduire la requête civile en invoquant les « principes généraux » ([413]). Cette jurisprudence fut vigoureusement combattue ([414]), le principe général étant l'immuabilité de la chose jugée.

La requête civile est généralement classée parmi les voies de rétractation ; cependant, la requête civile comporte deux phases: lorsque la requête est accueillie, intervient un premier jugement mettant à néant le jugement : le *rescindant,* qui est une décision

(413)Elis., 17 mars 1*925,* Jur. Kat.I, p. 67.

(414) A. SOHIER, Droit de Procédure du Congo belge, Bruxelles, 1955, n°399, p. 176.

d'annulation; c'est dans une deuxième phase, le *rescisoire,* que la juridiction saisie,statue à nouveau. En droit français, ces deux phases sont si bien distinctes qu'il faut, après le rescindant une nouvelle demande pour obtenir le rescisoire.

En droit congolais, les deux phases ne sont pas aussi nettement séparées, le tribunal qui a rescindé demeure saisi et peut, sur conclusions des parties, vider le rescisoire ([415]).

La requête civile peut être aussi une voie de *réformation*. Lorsqu'elle est formée par une action incidente devant une juridiction supérieure à celle qui a connu le jugement entrepris, c'est la juridiction supérieure qui connaît de la requête civile, à condition que toutes les parties soient à la cause (art.93).

219. Les conditions d'ouverture de la requête civile.

Le pourvoi en cassation connaissant des erreurs de droit (y compris les erreurs dans les règles de la procédure), la requête civile est la voie spécifique ouverte pour corriger l'erreur de fait ([416]). Les cas d'ouverture à cette voie de recours sont cependant rigoureusement limités (art. 85). Il ne peut s'agir que d'erreurs non imputables au juge, mais aux manoeuvres d'une partie, de là que la requête civile est essentiellement une voie de rétractation,la faute de la partie étant prouvée au juge.

1° *Le dol personnel* : le dol donnant ouverture à la requête civile est le dol qui motiverait la nullité d'un contrat ([417]) ; il faut prouver que le juge a été induit en erreur par une manœuvre frauduleuse, par exemple par la subordination de témoins.
Le simple fait d'avoir affirmé en conclusion ce que l'on savait être faux, ou d'avoir donné des réponses mensongères lors d'une comparution personnelle ne suffit pas à donner ouverture à la requête civile ([418]).

(415) Le code judiciaire belge de 1967 prévoit même que si la cause est en état, le tribunal peut par un seul et même jugement se prononcer sur le rescindant et sur le rescisoire.

(416) A l'instar de la "révision" en matière répressive permettant de redresser l'"erreur judiciaire" ; procédure qui n'a pas été introduite dans le droit de procédure pénal congolais (III, 282).

(417) MOREL, Traité élémentaire de procdure civile, Paris, 1949, n°647, p. 502.

(418) Voyez cependant Cass. fr. 8 juin 1921, I, 366.

On pourrait se demander cependant si le fait pour une autre partie d'avoir frauduleusement induit le juge en erreur sur le droit étranger ou sur la coutume applicable n'ouvrirait pas le recours à la requête civile, en invoquant que le droit étranger et la coutume se prouvent comme le fait. L'erreur dans l'application de

la coutume donne ouverture au pourvoi en cassation, la tromperie sur le droit étranger applicable peut être démasquée par la partie adverse avant la clôture des débats; ces deux cas ne peuvent dès lors donner ouverture à la requête civile.

2° *S'il a été jugé sur des pièces reconnues f.usses depuis le jugement :*

ceci n'est pas un cas particulier du 1°, car une partie a pu user de bonne foi (sans dol) d'une pièce qui ultérieurement apparaît avoir été un faux. Faut-il y assimiler une pièce nulle, par exemple un testament, lorsque postérieurement au jugement, il apparaît que le testament avait été révoqué par un testament ultérieur? Il semble que non, car la requête civile, procédure d'exception, est limitée aux cas visés par la loi.

3° (4° de l'art. 85) : *si, depuis le jugement, il a été recouvré des pièces décisives et qui avaient été retenues par le fait de la partie.* Si les pièces appartenant à une partie ont été retenues frauduleusement par l'autre partie (captation de testament, par exemple) il y a acte frauduleux _qui tombesous l'application du 1° :dol.

Mais le dol est difficile à prouver. Dans le cas visé, il suffit de prouver le « fait » de l'adversaire.

4° *S'il y a contrariété de jugements* (3° de l'art 85). Nous avons reporté i*n fine* cette ouverture parce- qu'elle ne rentre apparement pas dans le cadre des erreurs de fait. Si un jugement a déjà été rendu entre mêmes parties pour la même cause et le même objet, il y a chose jugée. Dès lors, ou bien les parties soulèvent l'exception et le jugement passant outre est susceptible de cassation, ou bien les parties ne l'invoquent pas, et la chose jugée n'étant pas d 'ordre public, le nouveau jugement est valable et se substitue au premier. L'hypothèse de contrariété de jugements civils est difficile à imaginer dans notre droit.

Les auteurs ont inventé des situations invraisemblables dans lesquelles cette règle trouverait application notamment le cas où le premier jugement n'avait encore force de chose jugée au moment du prononcé au second jugement. Pourrait-on invoquer aussi la contrariété de jugements dans le cas où l'ayant cause d'une partie ignorait la chose jugée et pouvait par conséquent ni y renoncer, ni l'excepter? Ou encore au cas où la chose jugée intéressait l'ordre public, si bien que les parties ne pouvaient y renoncer. Enfin on pourrait retenir aussi des jugements inconciliables rendus entre des parties différentes, mais ces cas donneront plus normalement ouverture à tierce opposition.

Le nouveau code belge a introduit une ouverture à requête civile en cas de désaveu du représentant d'une partie qui aurait frauduleusement nui aux intérêts de la partie pour laquelle il occupait. Ceci rentrerait, en droit congolais, dans le cadre de l'article 85,1°, si la partie adverse était complice du dol de son représentant.

220. Les conditions de forme et de délais pour l'introduction de la requête civile

1° Il faut que le jugement ait été rendu en dernier ressort et soit coulé en force de chose jugée. Même si le jugement a été rendu par défaut, en dernier ressort la requête civile est recevable lorsque les délais d'opposition sont écoulés.

2° La requête civile n'est ouverte que pendant un délai de trois mois à dater de la découverte du fait qui donne ouverture à l'action ([419]).

3° La requête civile n'est recevable que si elle est appuyée de l'avis unanime de trois avocats ayant au

moins cinq ans d'inscription au barreau, indiquant les moyens sur lesquels l'action peut être basée.

22l. La procédure

Malgré son nom, la requête civile est introduite par voie *d'assignation* ou par voie de *conclusions,* suivant qu'elle est exercée par voie principale ou incidente. Si elle est introduite par voie principale, la consultation doit être signifiée avec l'assignation (art. 88).

(419) Kin., 28 janvier 1969, R.I, p.192.

Aucun moyen autre que ceux repris à la consultation des trois «jurisconsultes» ne peut être invoqué (art. 92).

La communication au ministère public est nécessaire (art.91).

Le tribunal peut se prononcer par un jugement séparé sur le *rescindant,* et ordonner aux parties de conclure ensuite sur le fond ([420]).

222. Effets de la requête civile

La requête civile ne suspend pas l'exécution du jugement entrepris. Le tribunal saisi est sans pouvoir pour prendre des mesures provisoires suspendant l'exécution. Seul le jugement rescindant mettant à néant le jugement, peut avoir cet effet.

223. Les recours

Le jugement de rescindant ne peut être attaqué par un pourvoi que pour violation des formes (II, 230-G).

Les jugements rendus sur requête civile ne sont pas susceptibles d'appel ; ils peuvent être attaqués par un pourvoi en cassation. D'autre part, (art. 95), requête civile sur requête civile ne vaut.

SECTION 4
L'ANNULATION

224. Historique - Le régime transitoire en vigueur

Le contrôle de la régularité des jugements rendus par les juridictions coutumières (et par celles qui furent crées en forme analogue dans les milieux dits extracoutumiers) fut dévolu d'abord aux «tribunaux du parquet», c'est-à-dire en réa1ité aux substituts

(420) Le Code judiciaire belge de 1967 prévoit même (art.1139) que le juge peut ordonner aux parties de conclure au fond (à toutes fins) avant qu'il ne se soit prononcé sur l'admission de la requête civile.

Du procureur du Roi qui avaient le pouvoir d'annuler les jugements, dans les conditions définies au décret du 15 avril 1926.

A l'origine, l'annulation était entendue comme une mesure d'office dont le magistrat du parquet pouvait user lorsqu'une décision, heurtant l'ordre public colonial, ou une grave irrégularité de la procédure, se prévalait au cours de ses inspections. Bien des plaideurs déçus, prenant conscience de l'existence de ……instance, prirent l'habitude de s'adresser au tribunal du par…pour solliciter l'annulation des jugements, sans attendre l'inspection.

Le jugement d'annulation avait pour effet d'effacer tous les effets du jugement vicié, mais s'abstenait de statuer sur la décision ou d'ordonner le renvoi, ce qui causait un trouble évident. Si la partie avait intérêt à réintroduire sa cause par une nouvelle …requête…, elle devait généralement le faire devant les mêmes juges qui avaient vu annuler leur décision ; en fait, la plupart des …pour lesquelles un jugement avait été annulé demeuraient……..solution judiciaire.

Le décret du 16 septembre1959, mis en vigueur le 15 avril 1960 par Arrêté royal du 15 mars 1960, a dévolu la compétence d'annulation aux tribunaux de district (actuellement tribunal de sous-région). Ce même décret a conféré au tribunal d'annulation le pouvoir de statuer à nouveau sur le fond lorsque la cause en état, lui imposant le renvoi devant une autre juridiction autrement composée lorsque la cause n'est pas en état. Le recours en annulation ne peut être introduit que sur requête du ministère public. En fait, le ministère public est lui-même « saisi » dans la plupart des cas par une démarche de la partie qui a intérêt à l'annulation. Il tient quelque peu le rôle d'une « chasseuse des requêtes » ([421]).

Le code de l'organisation judiciaire (art. 169) a, par disposition transitoire, maintenu la compétence des *tribunaux de sous-région,* pour connaître des recours en annulation contre les jugements des tribunaux inférieurs ainsi que les jugements rendus au premier degré et les jugements de révision (II, 305) des tribunaux de zone et ce suivant les règles de procédure et de compétence antérieurement en vigueur. Ce régime transitoire doit durer

(421) Les chambres de requêtes de la Cour de Cassation de France avaient pour mission de filtrer les pourvois qui n'étaient pas recevables ou qui n'avaient aucun fondement sérieux ; ces chambres de requêtes ont été supprimées en 196…

Que les tribunaux de paix ne seront pas substitués aux tribunaux dits traditionnels (art. 168)

225. Les moyens d'annulation

L'article 35 de l'Arrêté royal de coordination du13 mai 1938, tel que modifié par le Décret du 16

septembre 1959, prévoit cinq causes d'annulation ; les trois premières concernent le droit judiciaire, la quatrième n'a de portée que pour la justice répressive (I, 288, 4°) ; la dernière concerne le droit applicable et nous ne l'examinerons que sommairement pour ne pas déborder le cadre et l'objet de cet ouvrage.

Les irrégularités de la procédure entraînent la nullité de l'acte vicié chaque fois qu'elles sont formellement prescrites à peine de nullité ou chaque fois qu'elles sont estimées « substantielles » par la jurisprudence.

L'irrégularité de la composition du tribunal est cause de nullité de toute la procédure (art. 35, 1°) et exclut par conséquent que la cause puisse se trouver en état d'être jugée. Le tribunal d'annulation ne pourrait dès lors prendre autre décision que de la renvoyer devant le tribunal compétent régulièrement composé, ou, pour ménager des susceptibilités locales, devant un tribunal voisin.

L'incompétence *ratione materiae* retenue au 2° de l'article 35 vise en réalité toute compétence d'ordre public. L'expression «en raison de la matière» a été employée comme antonyme de «compétence territoriale». L'incompétence déterminée par le statut et le rang des parties ou *ratione personae* rentre également dans les causes de nullité ([422]). Toute procédure développée devant une juridiction incompétente étant radicalement nulle, la cause ne peut être en état et la possibilité de statuer à nouveau est exclue. L'annulation pour motif d'incompétence permet-il le renvoi au tribunal compétent? Si le renvoi peut se faire à un tribunal de zone (art 16), la solution n'est pas douteuse. Mais le tribunal de sous-région siégeant au degré d'annulation ne semble pas avoir reçu le pouvoir

(422) A.SOHIER: note sous trib. Parq, Ht. Katanga, 4, octobre 1950,in J.T.O.1951, p.114. J.HERBOTS: Afrikaans Gewoonterecht en Cassatie, Louvain 1969, (Thèse), n° 104, p.166.

Il n'en va pas de même pour la compétence territoriale ; une confusion a pu naître du fait que l'article 11, 2° , exige que le défendeur se trouve dans le ressort et que le défaut d'avoir été mis à même de contredire aux allégations de la partie adverse (art.26) interdit de prononcer le jugement ; passer outre serait une atteinte aux formes substantielles.

(423) Le code Piron, T.II, p. 122 en donne en note sous art. 35,3°, quelques exemples; l'ouvrage de J. PAUWELS, Répertoire de droit coutumier congolais, Kinshasa 1970, pp. 35 à 45 donne 70 décisions récentes (de 1954 à 1967).

(424) PAUWELS, *op. cit., p.* 49; *HERBOTS, op.cit.p.273.*

De renvoyer une cause devant une juridiction judiciaire, non plus que de se saisir d'office en sa qualité de tribunal civil. Il semble donc bien que malgré le texte qui ne prévoit que l'alternative de statuer à nouveau ou de renvoyer, l'annulation sans renvoi s'impose en ce cas, les parties ayant à prendre l'initiative de porter leur cause devant la juridiction compétente.

Si les formes prescrites par la loi à peine de nullité n'offrent guère de champ à l'hésitation, il n'en est pas de même pour apprécier quelles formes méritent d'être considérées comme « substantielles » (art.35, 3°). La jurisprudence est mal fixée ([423]) et offre bien des décisions contradictoires. La règle d'or en la matière « pas de nullité sans grief » ; on usera avec plus de circonspection de la règle « pas de nullité sans grief » puisque des formes substantielles peuvent être prescrites par les coutumes et par les principes généraux du droit qui ont si souvent dû suppléer à la laconicité des textes en la matière. Si un acte de la procédure est déclaré nul, les actes qui ne sont pas entachés de nullité peuvent offrir un dossier « en état » permettant au tribunal de statuer sur le fond après annulation. Il en est particulièrement ainsi

lorsque seul le jugement est entaché de nullité. La censure de la coutume « contraire à la législation » ne vise que les mesures législatives par lesquelles le législateur a voulu altérer les coutumes et non l'ensemble du droit national (I,288, 5° A) qui a créé un régime parallèle de droit écrit.

Lors de la promulgation des textes, la censure de la coutume « contraire à l'ordre public » prenait pour critère d'appréciation l'ordre public colonial. Si le texte a été repris par le législateur de la République, c'est évidemment en lui donnant un autre contenu, à savoir l'ordre public national (I, 288,52 B).

Nous trouvons dans la jurisprudence des tribunaux du parquet ([424]) bien des décisions qui annulent les jugements pour fausse application de la coutume ou pour défaut d'énoncer la règle coutumière, alors que la loi ne leur avait donné aucun pouvoir pour ce faire et ce pour la bonne raison que la connaissance du droit coutumier des juges du tribunal de parquet était souvent fort limitée. Parfois ces annulations intempestives étaient « motivées » par des vices de procédure, notamment le défaut de motivation adéquate. Il n'est pas douteux que les magistrats qui ont « abusé » de leurs pouvoirs ont été animé par du souci de faire régner une bonne justice, mais leurs bonnes intentions n'ont pas empêché de perturber l'évolution des coutumes. Les magistrats nationaux, qui occupent aujourd'hui les parquets locaux et le siège des tribunaux de sous-région, seraient sans aucun doute plus qualifiés pour apprécier les fausses applications de la coutume s'ils se consacraient davantage à l'étude du droit traditionnel national.

226. La procédure d'annulation

La requête en annulation n'est recevable que dans le délai de quatre mois à dater du prononcé du jugement attaqué. En matière de droit privé, il n'est fait qu'une exception à ce délai de forclusion, c'est lorsque la coutume appliquée est contraire à la législation ou à l'ordre public et ce pour autant qu'il y a encore *utilité* à prononcer l'annulation. Par utilité, le législateur a entendu une utilité pratique pour au moins l'une des parties ([425]) et non l'intérêt du droit ou la satisfaction morale que peut avoir une partie de n'avoir point «eu tort». Il n'y a pas, à ma connaissance, de jurisprudence admettant le dépassement du délai lorsque la partie succombante avait subi un préjudice moral. La jurisprudence a admis – en vertu des principes généraux - que le délai pouvait également être prorogé lorsque le retard était imputable à la force majeure, sans aucune responsabilité des parties ([426]).

(425) Ainsi fut-il admis que le jugement prononçant un divorce pouvait être attaqué tant que les époux étaient en vie : parquet Kivu, 11 octobre 1947, B.J.I., 1948, p. 230 et J.T.O.M, 1950, p.46 ; jugé encore qu'un jugement faisant application du droit écrit en matière de contrat de travail (suivant le décret du 16 mars 1922) pouvait être annulé tant que l'action n'était pas prescrite :parquet Kivu, 7 mars 1949, B.J.I., 1950, p. 151 ; jugé aussi que le jugement par lequel un tribunal ordonnait (par excès de pouvoir) l'inscription d'enfants au livret du père naturel pouvait être annulé sans égard à la forclusion de quatre mois: parquet Lualaba, 21 novembre 1953, J.T.O.M., 1954, p.26 (avec note).

(426) Parquet Haut-Katanga, 12 mars 1951, J.T.O.M., p.169 (avec note) (cité par Herbots, op.cit., p.76). La requête ne pouvant être introduite que par le ministère public, il faut assimiler au cas de force majeure le cas où le magistrat, saisi en temps utile de la demande d'annulation, n'a pu exercer l'action endéans les délais du fait de ses autres devoirs prioritaires. Dans le cas où la négligence coupable ou le dol du magistrat du parquet serait cause de forclusion, il y aurait matière à prise à partie (II, 243).

La requête en annulation doit être notifiée aux parties en cause au jugement et au greffier du tribunal qui a rendu le jugement. En usant du verbe notifier et non signifier, la loi a entendu qu'il fallait

que les parties soient averties, mais pas nécessairement en la forme d'un exploit, et que le greffier devait être invité à transmettre au plus tard dans la quinzaine le dossier de l'affaire au greffier du tribunal de sous-région.

Rien n'est prévu par la loi quant à la procédure d'instruction de la demande d'annulation. Le tribunal de sous-région a dès lors toute liberté d'appréciation. Vu les causes d'annulation retenues par la loi, il pourra ordinairement statuer sur pièces. Il devra toutefois respecter les principes généraux qui régissent le droit judiciaire. Le principe contradictoire sera oblitéré par le caractère d'ordre public de tous les moyens d'annulation qui lui permettent de retenir d'office les moyens que la requête n'aurait pas énoncés. Le principe du contradictoire l'oblige à faire connaître à la partie adverse toute note (ou conclusions) qu'une partie lui aurait fait tenir ; le tribunal peut satisfaire à ce principe en convoquant les parties à une audience ; si aucune partie n'a fait tenir de note ou solliciteé d'être entendue , il peut statuer sur pièces sans convoquer les parties. Le principe de la publicité ne s'applique pas avec rigueur aux audiences ; le tribunal peut dès lors traiter la cause en chambre du conseil, même lorsqu'en vertu du contradictoire, il doit convoquer toutes les parties à une audience. Le jugement doit de toute façon être rendu en audience publique en vertu de l'article 9 de la constitution.

Dès qu'il est saisi de la requête, le tribunal peut suspendre l'exécution pendant un délai qu'il détermine, mais qui ne peut être supérieur à trois mois (art.36§ 3) , l'exécution du jugement entrepris. Si endéans ce délai, le tribunal rejette la demande d'annulation, la mesure de surséance cesse évidemment ses effets au moment du prononcé.

Le tribunal d'annulation doit se prononcer dans un délai de trois mois à dater de la réception de la requête (art. 35, § 2,3°*)*. Le tribunal n'est pas dessaisi par l'écoulement de ce délai comminatoire. Cependant, ce délai écoulé, les parties pourraient faire sommation au juge et entamer la prise à partie (II, 244). Le décret du 16septembre 1959 a donné au tribunal d'annulation le pouvoir de statuer sur le fond lorsque l'annulation est prononcée et que la cause se trouve en état d'être jugée en un seul et même jugement. Ce n'est pas un deuxième (ou troisième) degré de réformation qui _ _ 219

a ainsi été institué. Le tribunal de sous-région n'a aucun pouvoir de corriger le *mal jugé* si le jugement ne peut être annulé sur base d'un des moyens prévus par la loi ([427]). Ce n'est que lorsqu'il y a lieu à annulation (totale ou partielle) que, dans les limites du dispositif annulé, une autre décision peut être prise si la cause est en état d'être jugée. Si la cause n'est pas en état,il n'appartient pas au tribunal d'annulation de refaire ou de compléter l'instruction de la cause; la solution qui s'impose est le renvoi au tribunal autrement composé ou à un tribunal voisin où la même coutume est en vigueur.

Les jugements d'annulation , qu'ils aient statué au fond ou non, peuvent être attaqués par un pourvoi en cassation. Le texte de l'article 163 du code de l'organisation judiciaire est sans équivoque. La Cour suprême de Justice s'est prononcée en ce sens. On peut se demander cependant si le pourvoi introduit contre un jugement qui se borne à annuler la décision et à ordonner le renvoi est bien le «dernier ressort» en la cause et si le pourvoi justifie en ce cas d'un intérêt suffisant. La Cour suprême saisie d'un pourvoi contre le jugement d'annulation doit en cas de cassation renvoyer la cause devant un autre tribunal d'annu1ation, qui lui même doit renvoyer la cause au tribunal du fond, menant l'affaire à. travers

un dédale de procédure. Il appartiendra au législateur d'apprécier si la Cour suprême de Justice ne peut assumer une tâche plus efficiente dans le contrôle de l'application du droit traditionnel et dans son évolution vers un droit national unifié répondant aux besoins du peuple congolais ([428]).

(427) Il n'en va pas ainsi pour les jugements rendus en premier ressort par les tribunaux de zone qui sont susceptibles *d'appel* devant le tribunal de sous-région
(art. 36 tel que modifié par le décret du 6 septembre 1959).

(428) Ne méconnaissons pas pour autant l'intérêt qu'il *y* a - durant la période transitoire – à connaître la jurisprudence de la C.S.J. quant à la portée des moyens d'annulation et particulièrement de la censure des coutumes non conformes aux lois ou à l'ordre public (art. 164. C. Org.]ud.).

SECTION 5
LA CASSATION.

227. Historique

A l'origine, la cassation a été introduite dans le droit révolutionnaire français ([429]) comme un contrôle du pouvoir législatif sur l'application de la loi par les tribunaux (D. du 27 novembre 1790, art. 1).

L'illusion de pouvoir récapituler tout le droit dans la loi, traçant des règles générales que le juge applique au cas particulier, était à l'origine de cette institution. Si le juge s'écartait de la loi, son jugement devrait être cassé et la cause renvoyée à un autre juge qui aurait pour mission de faire une application correcte de la loi. La cour de cassation devait empêcher que les tribunaux révolutionnaires versent dans le travers des anciens « parlements » qui, non seulement créaient du droit, mais qui contrôlaient, en outre le pouvoir législatif du roi. Le corps législatif, souverain législateur, ne pouvait tolérer cette tutelle et prétendait garantir la séparation des pouvoirs par un organe qui contraindrait les juges à appliquer ses lois.

Ce souci de contrôle de la séparation des pouvoirs allait progressivement évoluer vers un contrôle de la procédure et du choix du droit applicable ainsi que de son interprétation uniforme par tous les tribunaux.

En d'autres mots, l'institution dépassait sa fonction d'auxiliaire du pouvoir législatif pour assumer une fonction judiciaire autonome.

Bientôt, il apparut, en effet, que la fonction juridictionnelle ne se limitait pas à *l'application* des lois parce que la loi devait être *interprétée* et bien souvent appliquée par *analogie à* des situations que le législateur n'avait pas prévues. La Cour de cassation s'arrogea dès lors le pouvoir d'apprécier si l'interprétation des juges était correcte, si l'analogie invoquée était légitime. On a vu la juridiction suprême évoluer en cette matière suivant les courants dominants de la doctrine juridique pour ne point dire des idéologies socio-politiques.

{429) SOLUS et PERROT ; *op.cit.,* T.l, p. 600 et suivantes.

Mais même dans la technique judiciaire, une évolution s'est dessinée par les modifications apportées à la terminologie.

En 1790 devra être cassé « tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi ».
La loi du 20 avril 1810 vise toujours « la contravention expresse à la loi » (la même expression est utilisée dans la loi belge du 4 août 1832, art.17) tandis que la loi belge du 25 mars 1876 ne parle plus que de la « contravention à la loi ».

La législation française a suivi, indépendamment, une orientation semblable et la loi du 25 juillet 1947, traîtant du recours dans l'intérêt de la loi, prévoit la cassation d'une décision *contraire* à la loi ».

Le texte congolais actuel (art.60) parle de violation de la loi et de la coutume.

Sous l'impulsion d'une recherche de la meilleure application du droit, d'une meilleure technique judiciaire, les Cours de cassation ont eu tendance à élargir toujours davantage leur compétence.
Bientôt est apparue la mission de la Cour de cassation d'assurer l'*unité de la jurisprudence* quant à l'interprétation de la loi. Il importe en effet à la sécurité juridique que la loi ne soit pas interprétée différemment d'un tribunal à l'autre, que les justiciables sachent si tel comportement est égal ou s'il ne

l'est pas, sans devoir risquer la chance de tomber sur un juge qui l'entend en un sens plutôt qu'en un autre. Nous voyons donc la juridiction de cassation ajouter à la loi, puisque par hypothèse, plusieurs interprétations sont possibles et mêmes plausibles, et qu'elle en retient une, rejetant les autres.

L'Etat indépendant du Congo (Léopold II) introduisit un ultime contrôle de la légalité des jugements et de la régularité de la procédure en matière civile et commerciale par la création du Conseil supérieur siégeant à Bruxelles et composé de consei1lers de la Cour de cassation de Belgique. Cette institution fut maintenue après l'annexion de 1909.

Le 15 avril 1924 intervint une loi donnant compétence à la Cour de cassation belge pour connaître des pourvois contre les jugements et arrêts rendus en dernier ressort en matière civile et commerciale par les cours et tribunaux du Congo belge et du Ruanda-Urundi.

La loi fondamentale (belge) du 19 mai 1960 accordant l'indépendance au Congo maintenait la compétence de la Cour de Cassation belge jusqu' au jour où le nouvel Etat aurait créé sa propre cour. Cet article de la loi fondamentale fut abrogé par la loi (congolaise) du 18 juillet 1963.

La Constitution de 1964 prévoyait la création d'une Cour suprême de justice, qui aurait eu compétence de cassation ; cette cour ne fut cependant jamais installée.

L'article 60 de la Constitution de la République du Zaïre de 1967 donne compétence à la section judiciaire de la Cour suprême de justice de connaître des pourvois en cassation formés pour violation de la loi et de la coutume, contre les décisions rendues en dernier ressort par la section judiciaire des cours d'appel et par les tribunaux. La Cour suprême de justice fut installée le 24 novembre 1968 ([430]).

L'ordonnance-loi du 8 janvier 1969, telle que modifiée par l'ordonnance-loi du 14 février 1973 organise la procédure devant la Cour suprême de justice.
A la différence des voies de *rétractation* (opposition) ou de *réformation* (appel), la cassation constitue une voie d'*annulation* des jugements trouvés en contradiction avec le droit.

La juridiction de cassation ne tranche pas le litige ; elle se borne à contrôler si les jugements (ou arrêts) ne violent pas la loi ou la coutume et les *casse*, c'est-à-dire les met à néant, si tel est le cas ; si elle constate qu'après sa censure il reste un litige à vider, elle *renvoie* à un tribunal du fond devant lequel les parties pourront reprendre leur débat au point où il se trouvait avant le prononcé du jugement cassé.

On dit généralement que la juridiction de cassation, à la différence de la juridiction d'appel qui peut reprendre la cause ab ovo, ne connaît pas des faits ; cela est exact, si l'on entend par là qu'elle ne contrôle pas le jugement des faits de la cause, c'est-à-dire la version des faits que le tribunal du fond a retenue pour vraie à l'issue d'une procédure conforme au droit. Mais on ne peut dire d'une façon absolue que la juridiction de cassation est indifférente aux faits (II,231).

Par contre, on discute aussi à savoir si la juridiction de cassation doit faire droit au pourvoi chaque fois qu'elle rencontre une violation du droit repris au sens le plus large (II, 230, 231).

Ajoutons encore que (en vertu du principe accusatoire), la Cour suprême de justice doit attendre qu'un demandeur la saisisse pour un pourvoi recevable avant de pouvoir exercer sa mission et qu'elle se trouve (en vertu du principe dispositif) limitée à la vérification du bien-fondé des moyens de cassation qui lui sont présentés par les parties, sauf à retenir d'office(iura curia novit) les moyens d'ordre public.

(430) Sur l'historique et l'installation de la CSJ., voir Mercuriale du P.G.R. L. LOBITCH, in R.J., 1969, p.66.

228. Décisions susceptibles d'être entreprises par un pourvoi

La combinaison des textes du 1° de l'article 16 du code de l'organisation judiciaire et de l'alinéa deux de l'article 35 de l'ordonnance-loi du 8 janvier 1969 permet de dire: *seuls les jugements et arrêts définitifs* rendus en dernier *ressort* par les cours et tribunaux peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Il faut et il suffit donc qu'il ait été statué définitivement sur un point pour que le pourvoi soit recevable. Les jugements avant dire droit (II, 129) n'ouvrent jamais ce recours; il en est de même pour les jugements provisoires ou provisionnels (II, 131) ; par contre, un jugement définitif sur incident rendu en dernier ressort (II, 127) peut être attaqué en cassation.

Rappelons qu'en vertu de l'article 165 du Code de l'organisation judiciaire, le pourvoi formé sur le jugement *définitif* sur le *fond* s'étend à tous les jugements rendus dans la même instance; il n'y a donc pas forclusion de pourvoi contre des jugements définitifs vidant un incident tant que le jugement sur le fond n'est pas vidé. Il en serait autrement si dans une même instance un jugement se prononce définitivement sur l'un des chefs d'une demande en prenant des mesures avant dire droit concernant les autres chefs de cette même demande : il y aurait jugement définitif sur le fond dont la signification ferait courir les délais.

Le texte de l'article l63 du Code de l'organisation judiciaire exclut toute décision autre que les jugements et arrêts; les ordonnances des présidents de juridictions (et des juges) ne sont donc pas susceptibles de faire l'objet d'un pourvoi; les sentences arbitrales non plus; mais toute décision prise en forme de jugement ou d'arrêt semble devoir rentrer dans la catégorie des décisions susceptibles d'être attaquée par un pourvoi. On a parfois soutenu que les décisions «qui ne jugent rien» ne sont pas vraiment des jugements, quand même ils en auraient revêtu la forme. Il y a lieu de retenir cependant que dès qu'elles ont la forme (ou même l'apparence) de jugements, il n'est aucun moyen de les attaquer en nullité (voies de nullité n'ont lieu contre les jugements). Sauf si des recours *ordinaires* existent encore, permettant de corriger, il ne reste que le pourvoi en cassation pour en contrôler la légalité. C'est ainsi que les jugements d'expédient, les jugements d'exéquatur de jugements étrangers, les jugements d'annulations d'ordonnances, les jugements d'annulation de sentence arbitrale et les jugements d'annulation rendus par les tribunaux de sous-région pendant la période transitoire (II, 226) ([431]) ainsi que les arrêts rejetant la demande de récusation d'un membre d'une cour d'appel peuvent être attaqués par un pourvoi. Toute décision *en forme d'ordonnance,* pouvant être attaquée en nullité, ne peut être

entreprise par un pourvoi, quand même elle aurait un caractère contentieux.

En écartant des pourvois contre les décisions qui ne sont pas rendues en *«dernier ressort,* l'intention du législateur était évidemment d'inviter les parties lésées par un jugement entâché d'erreurs de droit ([432]) ou de vices de procédure à exercer le recours ordinaire.

Le mot «ressort» désigne cependant le degré de juridiction et il faut déduire du texte que les jugements et arrêts rendus *par défaut* sont susceptibles de pourvoi en cassation, alors qu'un recours en opposition restait possible. Cet argument de texte est confirmé par les dispositions de l'alinéa deux de l'article 39 de l'ordonnance-loi du 8 janvier 1969 qui accorde très libéralement des délais de cassation à compter de la forclusion des délais d'opposition. Il est évident que ces dispositions offrent des moyens dilatoires fâcheux aux procéduriers. On peut souhaiter de *lege ferenda* que le pourvoi soit refusé contre les décisions qui étaient susceptibles d'être entreprises par le recours ordinaire de l'opposition. On pourrait espérer en effet que bien des moyens de cassation seraient épongés par l'instance contradictoire d'opposition allégeant la tâche de la Cour suprême de Justice.

(431) C.S.J., (cass.), 4 mai 1971, R.J., 1972, p.116.

(432) C.S.J., (cass.), 3 février 1971, R.J., p.25.

L'acquiescement au jugement entrepris constitue une exception à la recevabilité du pourvoi, l'objet du jugement intéresse l'ordre public ou si les moyens d'ordre public sont invoqués.

Une limitation drastique, à l'exercice du pourvoi, se trouve dans l'article 37, alinéa deux, qui interdit au demandeur en cassation d'introduire un deuxième pourvoi dans une même cause, sauf si le premier pourvoi portant sur l'incompétence du tribunal a été rejeté. Cette disposition qui a pour but de prévenir les abus de procédure n'est cependant pas heureuse, elle signifie que toute juridiction de renvoi opère à l'abri d'un pourvoi de la partie qui a obtenu le renvoi ; les parties adverses (et le procureur général de la République II, 229-3° et 4°) peuvent toutefois encore exercer l'action ([433]).

229. Les sujets de l'action en cassation

Bien que la cassation ait été instituée essentiellement dans l'intérêt collectif du respect de la loi et de la coutume, le législateur a estimé que les parties seraient les plus vigilantes à dénoncer les violations du droit lorsque celles-ci leur font grief. Le pourvoi ne peut être introduit que par la partie qui a intérêt à voir casser le jugement ou l'arrêt.

Il faut bien entendu que le requérant en cassation ait qualité, capacité et intér^t pour exercer l'action (I, 44).

Le pourvoi doit être dirigé contre une partie qui fut *adversaire* dans l'instance qui a donné lieu au jugement entrepris. Il ne peut profiter ou nuire qu'aux seules parties qui sont à la cause au degré de cassation, sauf dans le cas d'invisibilité du litige.

La loi est muette sur la possibilité d'intervention de tiers. La logique du système requiert que seules les parties qui étaient au jugement entrepris puissent être en cause au degré de cassation ; les tiers qui n'ont pas été à la cause dans le jugement entrepris ne peuvent intervenir au degré de cassation quand même ils auraient une action valable en tierce opposition (II, 209, s.) ; toutes les parties au jugement

entrepris,

(433) BOUCHOMS : Commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 1969, in R. congr ? dr, 1971, doctrine, p. 171.

qui n'auraient pas été remises en cause par le pourvoi, ont au contraire le droit d'intervenir. Il est cependant généralement admis que l'intervention volontaire ne peut se faire qu'en la forme d'un pourvoi introduit dans les délais légaux, tandis que l'intervention forcée peut être demandée par le défendeur e, cassation à l'égard des garants et à l'égard de toute autre partie si l'obtention d'un arrêt commun est justifiée ([434]).
Les pourvois peuvent également être introduits par le ministère public en quatre qualités distinctes :

1° si le ministère public a été partie au procès civil, le pourvoi lui est ouvert suivant le droit commun (art. 35, O-L. 8 janvier 1969). Il y a lieu de considérer que le ministère public est partie principale en procédure d'appel, lorsque ayant été partie jointe au premier degré, il a interjeté appel du jugement rendu à ce niveau ;

2° la question peut se poser à savoir si le ministère public, ayant été « *partie jointe* » au degré d'appel,peut introduire un pourvoi, en qualité de *partie* dans la décision entreprise. Il semble que l'article 35 réserve ce pouvoir au seul Procureur général de la République ;

3° outre ce pouvoir «ordinaire», le Procureur général de la République, sans limite de délai, *dans le seul intérêt de la loi*. En ce cas, le pourvoi n'est pas dirigé contre les parties qui étaient au procès dans la décision entreprise ; elle n'a d'autre but que de fixer la jurisprudence de la Cour, en une matière disputée. La Cassation ne peut annuler à l'égard des parties les effets du jugement ou de l'arrêt entrepris ;

4° *sur injonction du Commissaire d'Etat à la Justice*, le Procureur général de la République peut enfin former, même hors délai, un pourvoi en cassation auquel les parties sont invitées à conclure, l'arrêt à intervenir leur étant opposable.

230. Les ouvertures à cassation

L'article 64 du Code de l'organisation judiciaire énumère les moyens que la Cour suprême de Justice doit retenir pour apprécier la validité des jugements. Ces moyens concernent les pourvois

(434) Rép. Prat. Belge :T IX, p,630, n°356 à 363.

dirigés contre les décisions judiciaires tant en matière répressive qu'en matière civile ([435]).

A. *L'incompétence*

Tout jugement rendu par un tribunal incompétent est annulable. Le moyen d'incompétence peut toujours être invoqué - et doit même être retenu d'office- lorsque l'attribution de compétence est d'ordre public ([436]) ; en matière civile, la Cour ne pourra retenir le moyen lorsqu'il n'est pas d'ordre public que

pour autant que les parties n'ont pas acquiescé expressément ou tacitement à une prorogation de compétence (I, 235-239). Le moyen d'incompétence peut être invoqué, tant contre un jugement au fond que contre un jugement définitif statuant positivement ou négativement sur l'exception d'incompétence.

La Cour suprême de Justice a instauré une heureuse jurisprudence([437]) suivant laquelle la cassation pour cause d'incompétence comporte le renvoi (II, 239 E) à la juridiction compétente ; cette juridiction est saisie par la décision de la Cour (II, 240) et est liée par l'arrêt de renvoi, c'est-à-dire qu'elle ne peut pas décliner sa compétence. Lorsque la Cour casse un jugement par lequel une juridiction se déclare à tort incompétente, l'arrêt de cassation ordonnant le renvoi, saisit la juridiction désignée qui ne peut plus décliner sa compétence.

B. *Les excès de pouvoir*

Si une juridiction judiciaire a pris, en la forme d'un jugement ou d'un arrêt rendu en dernier ressort, une décision qui sort des pouvoirs attribués aux juridictions judiciaires, la Cour met à néant cette décision ([438]).

Il en serait ainsi, par exemple, si un tribunal, empiétant sur le pouvoir législatif ou réglementaire, s'arrogeait d'imposer des normes de portée générale ;

(435) HERBOTS J. : Les notions de moyens de cassation et d'ouverture à cassation, *in* Revue zaïroise de Droit, numéro spécial 197l (hommage Rubbens) p. 315.

(436) Quand même les parties seraient d'accord d'entendre juger leur cause suivant les règles du droit écrit, les juridictions coutumières sont incompétentes et ce moyen doit être soulevé d'office par la Cour : C.S.J., cass. 5 avril 1972. R.J., 1973, p.35. peut-être eut-il fallu parler *d'excès de pouvoir* plutôt que d'incompétence.

(437) C.S.J. (cass.) 23 février 1971 „23 mars 1971, R.J., p.34.

(438) Voir remarque finale note 436.

; ou encore, si un tribunal, empiétant sur l'exécutif, prétendait donner des ordres à un fonctionnaire.

La cassation pour excès de pouvoir exc1ut le renvoi puisque, par hypothèse, aucune juridiction judiciaire n'est compétente.

C. *La fausse application ou la fausse interprétation de la loi*

Le mot "loi" doit être entendu dans son sens général et vise tout acte législatif ou réglementaire.

I1y aurait fausse application de la loi si le juge appliquait une loi abrogée ou une 1oi qui n'était pas encore en vigueur lors de la formation des rapports juridiques entre les parties (problèmes de rétroactivité) ou s'il omettait d'appliquer une loi en vigueur.

Il y aurait fausse application de la loi si le juge reconnaissait un caractère impératif à une loi supplétive à laquelle les parties ont valablement dérogé ou si le juge reconnaissait la convention par laquelle les parties ont dérogé à une loi impérative.

Il y aurait une fausse application de loi si le juge traitait suivant le droit écrit des rapports juridiques régis par la coutume. Il y aurait fausse application de la loi si le juge avait omis (ou refusé) d'appliquer la loi étrangère dans le cas où le droit lui imposait de la faire.

Il y aurait fausse application de la loi si le juge avait donné à un texte une portée qu'il n'a pas. C'est

dans ce dernier domaine que la Cour suprême de Justice remplit le rôle éminent d'unification de la jurisprudence.

L'erreur de qualification des faits de la cause peut entraîner l'application d'une loi qui ne régit pas la matière (II, 231).

Les cours de cassation belge et française ont longtemps hésité à casser pour fausse interprétation de la loi étrangère. Il va de soi qu'une cour ne peut prétendre imposer sa jurisprudence à une communauté étrangère et qu'elle aurait grand profit à s'informer de l'interprétation que les juridictions étrangères donnent a leurs –propres lois. Cependant, il importe que la Cour suprême de Justice sanctionne les fausses interprétations de la loi étrangère ([439]) lorsque celle-ci applique au Congo, afin de redresser des erreurs de droit et d'imposer aux cours et tribunaux nationaux une application uniforme du droit étranger dans le ressort judiciaire national.

(439) L'expression « loi étrangère » couvre également les coutumes étrangères: C.S.J., cass., 4 juin 1970, R.J, 1971., p. 133.

D. La fausse application et la fausse interprétatio de la coutume

En parlant de « coutume » au Congo, il faut avant tout penser aux coutumes traditionnelles en vigueur dans la communauté nationale. Le terme, dans sa portée générale, s'applique cependant aussi bien aux coutumes professionnelles ou locales d'origine plus récente.

Il y a fausse application de la coutume, non seulement lorsque la coutume est appliquée, alors que les rapports juridiques sont régis par le droit écrit, mais encore lorsqu'à tort, la coutume d'une ethnie est appliquée à des rapports juridiques régis par une coutume différente ou lorsque les juges invoquent une règle de droit qui ne se trouve pas dans la coutume applicable ou qui ne peut en être déduite.x

Il y a fausse interprétation de la coutume lorsque la règle coutumière, correctement énoncée, n'est pas appliquée suivant sa portée réelle (ou suivant une extension analogique valable) telle qu'elle est comprise dans la communauté. La coutume étant en permanente évolution du fait des mutations économiques, sociales et politiques de la nation, il incombe à la Cour suprême de suivre et de guider les changements de la coutume, notamment dans les tendances de l'unification de droit.

E. La non-conformité aux lois des coutumes

Le droit écrit congolais couvrant pratiquement tout le domaine du droit (sauf les matières de succession et testaments), une application du critère de censure de toute coutume *non conforme aux lois* conduirait à l'abrogation de toutes les coutumes. D'aucuns ont cru comprendre que telle était la portée de la substitution par le législateur national, de l'expression "non conforme au droit" à celle de « non contraire aux lois » de la législation coloniale ([440]).

La volonté de réhabiliter le droit coutumier qui apparaît dans l'ensemble de la législation ne permet pas de retenir cette opinion.

L'article 126 du code judiciaire de 1968 reprenant à la législation coloniale la disposition « lorsque les dispositions légales ou réglementaires ont eu pour effet de *substituer d'autres règles à la coutume,* les cours et tribunaux appliquent ces dispositions », lève toute équivoque à cet égard ([441])

(440) MAFEMA Ch. : La situation juridique au Congo et le contenu des règles de droit coutumier ; *in Revu*e juridique et politique,

Kinshasa, 1966, pp.134 et suivantes.

Le contrôle de1a Cour suprême de Justice porte sur l'application de coutumes 1orsq'une loi est intervenue par laquelle le législateur entendait modifier ou supprimer une règle coutumière. Tel est le sens correct de la suprématie de la loi sur la coutume.

F. *La non-conformité à l'ordre public*

Cette expression couvre une option qui s'écarte de critère de « non-contrariété à l'ordre public » du droit colonial ; sous le régime colonial, la censure de 1'application de la coutume se faisait par rapport à ce que la puissance colonisatrice estimait incompatible avec sa"mission civilisatrice".

« L'ordre public de l'Etat doit être entendu comme l'ordre nécessaire dans le cadre de l'Etat. La coutume sera subordonnée à cet ordre et non à un ordre qui serait limité à une région. L'idée de base est que l'ordre public national doit l'emporter sur les diverses coutumes régionales ou locales ». Ainsi s'exprime le mémoire explicatif du projet constitution publié par la Présidence([442]).

Ce texte révèle certes la tendance à l'unification des coutumes, écartant celles qui heurtent les dispositions de droit impératif en vigueur dans l'ensemble du pays. Mais cette nouvelle notion d'*ordre public national* s'oppose également à la notion ancienne de *l'ordre public colonial (*[443]).

L'ordre public national est celui que tend à réaliser la nation congolaise dont la souveraineté s'est substituée à celle de la puissance coloniale. Cet ordre public se trouve exprimé dans le texte de la Constitution, notamment où il est question des droits fondamentaux (art. 5 à18) et par ces prescrits il prend la relève de la censure pratiquée sous le régime colonial par les tribunaux du parquet ([444]).

(441) P AUWELS J. : L'adaptation du droit africain par voie jurisprudencielle expériences et projets au Congo; in Rev. cong. de Droit, l971, n°1, p.73 à 76.

(442) Extrait du Moniteur congolais n°14, du 15 juillet1967, p. 16.

(443) SOHIER A. : Traité élémentaire du droit coutumier du Congo belge, 2e éd.,Bruxelles, 1954, p. 20 et suivantes ; HERBOTS J. : Afiikaans gewoonterecht en Cas.., Bruxelles, 1970, p.470 et suivantes.

(444) J. HERBOTS., o.c., p.495.

Ne peut-on dès lors soutenir que ces dispositions constitutionnelles ont eu pour effet de « substituer d'autres règles à la coutume » (voir supra sous A.), rendant superflu le recours à la notion imprécise d'ordre public ([445])? L'ordre public n'est pas défini par les seuls textes de la législation formelle ; il faut le rechercher dans les principes qui sont *le fondement de la loi.* Si la loi en est la source privilégiée, il faut le rechercher aussi bien dans les principes exprimés dans le préambule de la Constitution, notamment par la référence à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme; il faut retenir aussi le principe de la souveraineté et de la solidarité nationale, la mission de l'Etat d'assurer le bien-être matériel et l'épanouissement moral et spirituel des citoyens, la solidarité africaine etc. Le manifeste de la N'sele explicite et développe ces principes qui servent de guide aux juges qui appliquent la coutume et de critère de censure à la Cour suprême de Justice qui les contrôle.

G. *La violation des formes*

La Cour suprême de Justice doit également veiller au bon fonctionnement de la judicature nationale. Sans doute le principe non forma1iste de la procédure congolaise (I, 89) n'est pas mis en cause et l'adage « point de nullité sans grief' » (1,96) demeure en honneur.

L'article 164, 5° du code de l'organisation judiciaire précise que la cassation ne doit être prononcée que s'il y a eu violation de formes substantielles ou de formes prescrites sous peine de nullité par la loi par la loi.

Les formes seront réputées substantielles lorsqu'elles concernent la composition du tribunal, la régularité et l'étendue de la saisine du tribunal, les garanties des droits de la défense, la crédibilité de l'instruction de la cause, et la motivation des jugements.

.a) *La composition du tribunal*

La Cour suprême de Justice doit être à même de vérifier par les pièces de procédure, (feuilles d'audience, jugements avant dire droit et jugements définitifs) si le siège était régulièrement composé, si le ministère public était régulièrement représenté et si un greffier siégé.

b) *La saisine du tribunal* étant définie par l'acte introductif d'instance et par les conclusions échangées, la Cour doit pouvoir apprécier sur le vu de ces pièces quels étaient les pouvoirs juridictionnels du tribunal et si le tribunal a vidé le litige tel qu'il se trouvait déterminé par les dispositifs ([446]).

c) *Les droits de la défense* sont garantis par l'artic1e 8 de 1a Constitution; le contexte place le droit de la défense dans le cadre des actions répressives ; il s'agit cependant d'un principe général de droit judiciaire se rattachant au système accusatoire et contradictoire de la juridiction congolaise. Si les pièces de la procédure ne rendent pas compte de ce que les parties ont été à même de répondre, en pleine connaissance de cause, à toute demande formée contre elles dans les formes prévues par la loi, i1 y a ouverture à cassation.

d) *L' administration de la preuve* doit s'entourer des formes prescrites par la loi pour garantir la recherche objective de la vérité.

e) *La motivation des jugements* est imposée par l'article 9 de la Constitution et- bien qu'inséré dans les dispositions traitant des poursuites, cette règle vaut pour les jugements civils ([447]). La juridiction de cassation ne pourrait contrôler l'application et, moins encore, l'interprétation de la loi et de la coutume, si le lien entre le fait, la qualification, la règle de droit et le dispositif n'était pas exprimé. La contradiction des motifs ou l'irrelevance des motifs par rapport au dispositif est un moyen de cassation.

La motivation doit étayer chaque décision du dispositif, aussi bien les décisions portant sur les exceptions que celles rejetant ou agréant les moyens de fond et ce pour chacun des chefs de la demande. La motivation ne doit pas répondre par exposé doctrinal réfutant tout argument formulé au cours des débats, la motivation « rejetant tout moyen autre ou contraire », ajoutée à une motivation positive structurée suffit. Le Juge peut de même écarter des faits allégués ou établis s'ils sont "non relevants en la cause".

Le juge ne doit pas répondre aux demandes subsidiaires lorsqu'il fait droit à la demande principale ([448]),il ne doit pas retenir tous les moyens invoqués à l'appui d'une demande, dès lors qu'il y fait droit en se fondant sur l'un des moyens ; il ne doit pas non plus répondre à tous les moyens de défense dès lors qu'il en a retenu un qui l'amène àl rejeter la demande.

Nous avons signalé plus haut en quelle mesure le juge doit motiver sa compétence et la recevabilité de la demande (II, 125) ; dans la mesure où il n'aurait pas satisfait à ces exigences, il y a matière à cassation.

*(*446)Donne ouverture à cassation un arrêt qui, après avoirexécuté les conclusions principales, omet d'examiner les conclusions subsidiaires. C.S.J. 23 février 1971, R.J., p.33.

(447) Manque de motivation un arrêt qui ne rencontre pas les conclusions de l'appelant invoquant la force majeure pour se défendre de l'exception de forclusion du délai d'appel. C.S.J. ; cass. 23 juillet 1971, R.J., 1972, p.119.

231. La connaissance des faits

La règle qui s'énonce sommairement "la juridiction de cassation ne connaît pas des faits" doit être quelque peu nuancée.

Il est exact que la juridiction de cassation laisse à *l'appréciation souveraine du juge du fond* les faits rnatériels et leurs circonstances ainsi que les attitudes subjectives (bonne ou mauvaise foi, science ou ignorance et intentions des sujets du rapport juridique) lorsqu'elles sortent quelque effet juridique.

Le juge du fond établit de même souverainement le rapport de cause à effet d'un acte matériel à un résultat de fait. Cette question se pose fréquemment pour la détermination de la responsabilité aquilienne (art. 258, C.C.L.III).

C'est encore souverainement que le juge du fond apprécie l'opportunité de recourir à tel ou tel moyen de preuve ([449]) et notamment à savoir s'il existe ou non un "commencement de preuve par écrit" permettant de recourir à la preuve testimoniale complémentaire (art. 224, C.C.L.III) ou si les conditions permettant de recourir au serment supplétoire sont réunies (art. 243, C.C.III).

Par contre, la juridiction de cassation est compétente pour contrôler la qualification juridique que le juge du fond attribue

(448) Le juge doit répondre aux demandes subsidiaires lorsqu'il é*carte* la demande principa1e. C.S.J., 23 février 1971, RJ., 1972, p. 31.
(449) Mais le juge du fond ne peut faire application d'une règle de droit en omettant de constater (ou de retenir comme prouvé) que les éléments de fait justifiant l'application de la loi se trouvent réunis. C.S.J., Cass. 23 février 1971, p. 32.

aux faits et aux rapports entre les faits retenus souverainement par le juge du fond (II, 230, C). En effet, l'erreur de qualification du fait est une erreur de droit et non de fait ([450]).

La juridiction de cassation connaît encore de *la méconnaissanc*e des faits constatés ou simplement allégués par le tribunal dont le jugement est entrepris ; elle connaît de la mé*connaissance* de *la foi due aux actes* des parties,mais pas de l'interprétation des conventions des parties.

La juridiction de cassation connaît aussi des « faits de la procédure » et notamment les actes qui ont déterminé la saisine du juge (assignations et conclusions) et l'acte du jugement entrepris; il va de soi qu'elle vérifie en fait les actes par 1esquels le pourvoi a été introduit et mis en état.

Elle connaît de tout fait postérieur au jugement entrepris s'il peut avoir une influence sur la procédure en cassation, par exemple, le décès d'une partie, l'acquiescement, le changement de qualité, de domicile, etc...

232. Formes et délais du pourvoi

Les pourvois des parties sont introduits par voie de requête; le pourvoi formé par le procureur général de la République est formé par voie de réquisitoire (art. l, O.L. du 8 janvier 1969).

Les pourvois des parties doivent être datés et signés (ou contresignés) par un avocat ayant au moins dix ans d'inscription au tableau de l'Ordre et porteur d'une procuration spéciale ([451]) de la partie qui forme recours (art. 2), Le nombre des avocats congolais ayant dix ans de pratique étant fort restreint à la date de promulgation de l'ordonnance-loi réglant la procédure devant .la Cour suprême de Justice, l'ancienneté requise a été réduite à trois ans jusqu'au 31 décembre 1980, afin de ne pas laisser le monopole de cette procédure aux avocats étrangers.

(450) *Fr.* RIGAUX: La nature de contrôle de la Cour de Cassation, Bruxelles, 1966, p.245.
(451) G. BOUCHOMS: Commentaire de l'ordonnance-loi du 8 janvier 1969, in Rev. cong. de Droit, 1971 - Doctrine - p. 10 : « il sera prudent que l'avocat joigne sa procuration à la requête introductive. Il a été jugé que la procuration déposée au greffe après l'expiration des délais ne pouvait être retenue par l'application de l'article 41. » Comparez 2 arrêts C.S.J., 6 avril 1970, Rev. Cong. Dr., 1971, II° partie, p. 9 et 15 et R.J., 1970, p. 123. C.S.J. 31 mars1971, R.J., 1971, p.36.

La requête doit être accompagnée de deux copies signées, plus autant de copies qu'il y a de parties à la cause ([452]) ; elle doit mentionner les noms et prénoms, qualité et demeure du demandeur ([453]) et de la partie contre laquelle le recours est exercé ; s'il s'agit de personnes juridiques, il y a lieu de renseigner l'acte et la publication (éventuellement l'ordonnance) qui a donné existence à la personne morale ,et la justification des pouvoirs de la personne physique qualifiée pour agir en qualité d'organe ainsi que le siège (adresse) du demandeur ([454]).

Si la partie demanderesse n'a pas son domicile (ou son siège) à Kinshasa, elle doit faire élection de domicile en ce lieu dans la requête introductive d'instance, à peine d'irrecevabilité (a. 5) ([455]).

La requête doit mentionner « l'objet de la demande » ; ceci veut dire que doit être indiquée, sans équivoque le jugement (ou l'arrêt dont la cassation est demandée; la manière la plus sûre est d'indiquer, outre la date, la juridiction, le numéro du rôle, les parties à la cause. En outre, il y a lieu de mentionner

les moyens (art. 44), c'est-à-dire par quelles dispositions la décision entreprise viole les dispositions légales, avec référence aux textes violés ([456]), ou les principes du droit coutumier, avec énoncé de la coutume applicable ou avec indication du texte légal ou de la règle d'ordre public faisant obstacle à l'application de la coutume; l'objet de la requête est repris dans le dispositif qui est la demande de casser Avec ou sans renvoi.

(452) Ibid., p.11: « L'absence de ces documents ne sera pas une cause de nullité, comme telles, mais retardera le déroulement de la procédure... ». Nous ne pouvons pas partager cette opinion, si le nombre de copies requises n'est pas déposé, le greffier doit refuser la réception (art.6) et l'enrôlement".

(453) Ibid., p. 10 estime que "cette indication n'est pas prescrite à peine de nullité". Le contexte donne à croire que cet auteur a voulu dire que dès lors que les parties étaient identifiables sans équivoque et que les mentions portées permettaient la notification des actes, l'adage « pas de nullité sans grief » était d'application.

(454) C.S.J., cass., 3 février 1971, R.J.,1971; p. 25; C.SJ.4 mai 1971,R.J., 1972, p.37; C.SJ. cass. 7 juillet 1971, R.J., 1972, p. 117 et même date p. 118 et 7 décembre 1971, R.J., 1972, p.123. Si le siège mentionné dans la requête ne correspond pas à celui qu'indique les statuts, sans que le transfert au siège ne soit justifié, le pourvoi est irrégulier : C.S.J. 7 juillet 1971, R.J., 1972, p. 117.

(455) C.S.J., cass. 7 juillet 1971, RJ., 1972. p.117.

(456) Le pourvoi en cassation est irrecevable si les dispositions légales dont la violation est invoquée ne sont pas mentionnées, C.S.J. cass, 4 mai 1971, R.J, 1972, p.37.

Le dossier doit être *joint* ([457]) à la requête et comporte, outre les pièces produites par le demandeur devant le juge du fond, l'expédition de la décision entreprise et de tous les arrêts ou jugements avant faire droit (y compris les jugements rendus au premier degré) ainsi que la copie conforme de l'assignation, des conclusions des parties et des feuilles d'audience (éventuellement des deux degrés de juridiction). Un inventaire des pièces du dossier doit y être joint. Toutes ces dispositions sont imposées à peine de nullité de la requête.

Le réquisitoire du procureur général de la République formant un pourvoi doit porter les mêmes mentions que la requête introduites par un particulier. Elle ne doit pas justifier les qualités du procureur général, celles-ci étant suffisamment connues par l'acte de nomination et la cérémonie d'installation ; la signature d'un avocat n'est évidemment pas requise ([458]).

Le délai d'introduction de la requête est de trois mois francs ([459]) à dater de la signification de la décision attaquée si celle-ci a été rendue contradictoirement. Les parties qui ont comparu peuvent introduire le pourvoi dès le prononcé. La partie qui signifie le jugement (ou l'arrêt) renonce implicitement à se pourvoir. La partie à laquelle signification est faite dispose, à dater de la signification, de trois mois pour se pourvoir; il ne lui est pas accordé de délai de distance. Si l'arrêt ou le jugement ont été rendus par défaut, la partie défaillante ne peut former le pourvoi que du jour

(457) BOUCHOMS, o.c. p. 20 : les pièces "ne doivent pas être nécessairement déposées en même temps que la requête ; i1 faut, mais il suffit qu'elles soient déposées au greffe dans le délai requis, à peine de rejeter par application de l'article 41 (sauf évidemment cas de force majeure)".-I1 faut assimiler au cas de force majeure le cas où les lenteurs des services du greffe empêchent le dépôt dans les délais légaux. Voir aussi C.S.J., cass.4mai 1971, R.J.,,1972, p. 116.

(458) Ibid., p.1O.

(459) I1 nous est d'avis qu'il s'agit d'un délai préfixe qui n'est pas susceptible d'être prorogé par le délai de distance puisque la loi ne le dit pas; la comparaison des articles 61 et 67 du code de procédure civile prévoyant pour l'opposition un délai de distance et le refusant pour l'appel, nous paraît décisive. La doctrine et la jurisprudence de1a C.S.J. semblent cependant hésiter: v. LIHAU: discours de

rentrée 1969, in R.J.,1969, p.312 et Rev. Cong. Dr. 1970, p. 113/114 qui traite des pourvois en matière pénale).

Il nous est d'avis que 1es solutions inéquiitab1es qui pourraient résulter de la rigueur des délais préfixes pourraient en certains cas être corrigées par la prorogation pour cause de force majeure. V. BOUCHOMS, o.c., p. 12.

où l'opposition n'est plus recevable, et le délai court durant trois à compter de cette date.

L'opposition du défaillant *suspend* la procédure en cassation (art. 40, O.L, 8 janvier 1969); il faut entendre qu'à dater de la déclaration d'opposition jusqu'au jugement disant l'opposition irrecevable (ou jusqu'au désistement d'opposition), la partie qui avait comparu est paralysée dans l'exercice du pourvoi. Un pourvoi introduit durant cette période ne serait cependant pas nul ni irrecevable, il serait seulement "gelé"; si l'opposition est déclarée recevable, la décision attaquée rendue par défaut retombe dans le néant et le pourvoi, formée avant opposition ou après son introduction, doit être « rejeté faute d'objet » , on peut présumer que requérant préfèrera de désister , quitter à introduire s'il échet, un pourvoi contre le jugement rendu sur l'opposition.

La *requête civile* (II, 221) suspend à l'égard de toutes les parties le délai pour se pourvoir (art.42) ;cette suspension prend cours à la date de dépôt l'assignation de la décision statuant définitivement sur cette action (11,221).

En fin de l'article 40,une prorogation de délais de procédure d'une durée de trois mois est prévue pour le dépôt des mémoires, en faveur des personnes demeurant à l'étranger ; on pourrait hésiter à savoir si cette prorogation est aussi accordée pour le délai de dépôt du pourvoi dont il est traité à l'article précédent;la "ratio legis" semblerait commander une réponse affirmative;le texte de l'artic1e39 est cependant univoque et ne souffre pas d'exception ; pourtant ce délai de distance étant refusé aux requérants domiciliés au Congo, on comprend mal cette faveur accordée aux parties demeurant à l'étranger, après qu'elles ont du élire domicile à Kinshasa.

Lorsque le procureur général de la République introduit un pourvoi, soit sur injonction du Ministre de la justice, soit dans le seul intérêt de la loi, il n'est limité par aucun délai.

233. Les effets du pourvoi

Sauf en matière de décisions constitutives d'état (divorce, séparation de corps et de biens, désaveu d'enfant, recherche de paternité mise sous tutelle ou sous conseil judiciaire), la formation du pourvoi n'arrête pas l'exécution (II, 276).

Le dépôt de la requête impose au greffier de la notifier (avec le mémoire) à la partie adverse et de la communiquer au Procureur général de la République ainsi que de la porter au rôle de la section judiciaire de la Cour suprême de Justice. Aucun délai n'est imparti au greffier et aucune responsabilité ne pourrait être imputée à l'Etat pour cause de lenteur. Une négligence grave ou obstruction de mauvaise foi constituerait cependant une faute tombant sous le droit commun, sans égard aux sanctions disciplinaires. Le requérant, devant recevoir une "réception", peut d'ailleurs contrôler par là l'inscription au rôle.

Par le dépôt de la requête, le demandeur a arrêté définitivement les moyens qu'il peut invoquer en la cause (II, 236).

234. La mise en état de la cause

Au degré de cassation, la mise en état de la cause se fait essentiellement hors de l'audience et suivant une procédure écrite. Lorsque plusieurs pourvois sont formés contre un même arrêt la Cour ordonne la jonction ([460]).

Dans les deux mois *(*sans délai de distance sauf pour les défendeurs demeurant à l'étranger) suivant 1a notification de 1a requête les parties averses peuvent déposer un « mémoire en réponse », qui doit être notifié au demandeur par les soins du greffier. Le mémoire en réponse doit être rédigé en la même forme que la requête et doit être signée par un avocat ayant au moins dix ans d'inscription au barreau (II, 232) réduit à trois ans par mesure transitoire ([461]). Si la partie n'est pas domiciliée à Kinshasa, elle doit faire élection de domicile dans son premier mémoire ([462]).

Dans le délai d'un mois (majoré de trois mois s'il demeure à l'étranger) à dater de la notification, le demandeur en cassation peut déposer un "mémoire en réplique" qui ne peut contenir aucun moyen nouveau, mais qui peut répondre aux exceptions et moyens formulés dans le mémoire de réponse. Ce mémoire en réplique doit également être notifié.

(460)C:S.J. (sec.jud.) 3 juin 1970, R.J. p.131.
(461) L'avocat peut signer le mémoire en réponse sans justifier d'une procuration spéciale. BOUCHOMS, loc. cit.
(462) A peine de nullité, o.c. p.11.

Dès que les mémoires ont été produits ou que le délai de production est écoulé, le dossier est communiqué au procureur général de la République; si celui-ci estime devoir soulever un moyen déduit de la méconnaissance d'une règle d'ordre public qui n'a pas été soulevée par les parties, il en avise les *avocats* des *parties* par une lettre recommandée à la poste, cinq jours avant l'audience ([463]).

Lorsque ces mémoires et avertissements sont échangés, l'affaire est réputée être en état; le premier président désigne le conseiller rapporteur et fixe la date de l'audience.

235. La saisine de la Cour

Suivant le principe dispositif, la Cour n'est saisie que dans la mesure de la demande du requérant en cassation et suivant les moyens invoqués. La partie adverse ne peut opposer que des exceptions et défenses ; il n'y a normalement pas de place pour une demande reconventionnelle, puisque l'alternative est ou la cassation ou le rejet.

L'article 165 du Code de l'organisation judiciaire prévoyant que le pourvoi formé contre le jugement définitif s'étend à tous les jugements rendus dans les mêmes instances entre les mêmes parties, on doit admettre que le défendeur en cassation puisse demander subsidiairement qu'un jugement avant dire droit soit cassé au cas où le jugement définitif était mis à néant.

La Cour peut être dessaisie par un *désistement* du demandeur avant l'audience d'introduction si aucun moyen d'ordre public n'a été invoqué par les parties ou par le procureur général de la République ou se trouverait retenu d'office par la Cour. Le désistement ne peut être postulé que par un avocat porteur

d'une procuration expresse émanant de la partie ([464]).

(46 3) C'est aux avocats et non aux parties que la lettre recommandée doit être adressée ; le demandeur a nécessairement un avocat (II,232), mais le défendeur, s'il s'est abstenu de déposer un mémoire en réponse ne sera pas averti, o.c., p.21.

(464) Lorsqu'il s'agit d'une personne morale, la preuve des pourvois ou de la qualité de la personne qui donne la procuration, doit être établie.

236. L'audience de la Cour suprême de Justice

Le greffier avise les parties ou leurs avocats de la date de fixation de la cause par une lettre recommandée *déposée* au moins quinze jours avant l'audience. Il affiche le rôle au moins huit jours avant l'audience.

A l'appel de la cause, le conseiller désigné fait rapport sur l'accomplissement des actes de la procédure, sur les moyens invoqués à l'appui de la demande et sur les exceptions et moyens qui *y* sont opposés ainsi que sur les moyens éventuellement proposés d'office par le ministère public. Les parties ont la parole *une seule* fois pour expliquer leurs méimoires, elles ne peuvent invoquer aucun moyen qui ne figurerait pas dans leurs requêtes ou mémoires, elles ne peuvent plus déposer des pièces ([465]) (II, 234). Le ministère public donne son avis. Sauf incidents, le président *clôture les débats* et prend la cause en délibéré.

237 Les incidents devant la juridiction de cassation

Au degré de cassation, les incidents sont rares, les exceptions et fins de non-recevoir (II, 92) ayant dû être soulevées et éventuel1ement repoussées au cours de la procédure au fond, tandis que des mesures probatoires ne doivent normalement pas être sollicitées puisque la Cour n'a pas à statuer en fait. Une procédure spéciale a cependant été prévue art. 29 et 39 pour le cas où des mesures d'instruction étaient requises. Un conseiller est désigné par la Cour pour l'accomplissement de ces devoirs; il siège avec 1'assistance d' « un » greffier, mis à sa disposition par la juridiction dans le ressort de laquel1e il *opère.*

Les demandes de récusation d'un conseiller, de la Cour suprême de Justice ne se présenteront pas souvent : on peut présumer que l'expérience et la délicatesse d'un magistrat chevronné l'incitera au déport volontaire, s'il est susceptible d'être récusé, sachant que le remplacement est aisé. D'autre part, les parties plaidant devant cinq juges au moins (O.L. 21 février 1969, art. 1 modifiant l'art. 58 du Code de l'organisation judiciaire), la subjectivité du collège n'est guère à redouter. Cependant, les articles 76 à 78 s'appliquent aux magistrats de la Cour suprême de Justice. Le

(465)BOUCHOMS, o.c. p.1O.

caractère "suprême" de la Cour exclut toutefois l'appel de la décision rejetant la demande récusation ([466]).
Lorsqu'en cours d'audience, notamment sur avis du conseiller rapporteur, il apparaît que des moyens d'ordre public n'ont pas été soulevés, ni par les mémoires des parties ni par les réquisitions du ministère public, la Cour *peut* avant la clôture des débats, ordonner aux parties de conclure sur ces moyens (art.16, O.L. 8 janvier 1969).

Le droit processuel congolais ne connaît pas *l'incident de faux* ([467]); mais on ne peut refuser à la Cour le pouvoir de vérifier les écritures contestées et ce particulièrement quant aux expéditions et procès-verbaux de procédure produits à l'appui de la requête.

On doit admettre également que la Cour peut *enquêter* sur la sincérité des documents *de procédure* ou sur des erreurs de rédaction qui donnent une apparence de légalité aux _actes qui, en_fait, étaient Viciés.

Il se peut encore que la cause apparaisse ê*tre connexe à* une autre cause pendante devant la Cour, en quel cas la jonction sera ordonnée (art. 17) ([468]).

L'exception *d'inconstitutionnalité* d'un texte invoqué peut aussi être soulevée par les parties ou par le procureur général de la République; la section judiciaire de la Cour, saisie de la cause, statue sur la prise en considération de cette exception. Si elle la retient, elle doit suspendre la procédure et renvoyer cette question préjudicielle à la Cour constitutionnelle ; en attendant la création de cette Cour, c'est la Cour suprême de Justice, sections réunies, qui est compétente pour se prononcer sur la constitutionnalité. C'est le Procureur général de la République qui saisit la Cour constitutionnelle (art.25 de l'O.L du 8 janvier1969) ([469]).

Il n'est pas exclu que la Cour ordonne une *remise*, de l'accord des parties *ou* sur demande justifiée de l'un des avocats; pareille

(466) L'appel devant la Cour suprême de justice d'un arrêt rejetant la récusation est aussi bien exclu ; un pourvoi en cassation contre pareil arrêt serait toutefois recevable ; cfr. C.S.J., 4 juin 1971, R.J., p.125.

(467) BOUCHOMS, o.c., p. 14.
(468) C.SJ., cass. 7 juillet l9171, R.J., 1972, p. 117.

(469) BOUCHOMS, o.c., p. 15 : « :La Cour peu t aussi d'office, par un arrêt avant faire droit, postuler une appréciation de constitutionnalité. L'article 2 de l'ordonnance-loi est *à* rapprocher de l'article72 de la Constitution ».

remise est d'ailleurs accordée normalement lorsque les avocats n'ont pas eu connaissance en temps utile des moyens soulevés par le ministère public (art.45, al.2) (II,234).

Lorsqu'une partie vient à décéder en cours d'instance, la *reprise d'instance* volontaire ou forcée de ses héritiers peut être opérée en vue de poursuivre l'instance.

Lorsqu'il s'agit de vérifier l'existence d'une coutume, la Cour peut être amenée à ordonner une *enquête de coutume* si la procédure menée par les juges du fond ne lui donne pas satisfaction ([470]).

Suivant 1a nature de l'incident, la cour peut remettre la cause à une audience ultérieure, à date déterminée ou au rôle général.

238. Le dé1ibéré de la Cour de cassation

La loi prévoit (art. 38) que le ministère public assiste à la délibération de la Cour, sauf s'il s'est lui-même pourvu en cassation. Le ministère public collabore avec voix consultative à l'élaboration de l'arrêt.

Les règles ordinaires et les usages de la délibération sont pratiqués à la Cour suprême de Justice de

manière analogue à celle des autres juridictions collégiales (II, 120). Suivant le règlement d'ordre intérieur de la Cour, c'est le magistrat rapporteur qui est chargé de rédiger le projet d'arrêt ([471]).

239. L 'arrêt de la juridiction de cassation

A. La Cour doit, comme toute juridiction, examiner sa compétence et la recevabilité de la demande (II, 122). Si la Cour se déclare incompétente ou si elle dit la demande irrecevable, elle devra motiver sa décision, qu'elle ait soulevé le moyen d'office ou qu'elle réponde à une exception soulevée par le ministère public ou par une partie. Elle ne devra motiver sa décision positive de compétence et de recevabilité que dans le cas où le moyen d'incompétence ou d'irrecevabilité a été invoqué (II, 125).

(470) voir art. 7 de l'ordonnance 1/69du Premier Président de la Cour suprême de Justice, Journal officiel (éd. Provisoire) du l5 mars 1972, p.3-4.
(471) BOUCHOMS, o.c., p. 11.

B. La Cour vide ensuite les incidents qui ont pu lui être proposés ou qu'elle a estimé devoir soulever d'office.

C. Elle examine après cela, dans l'ordre, les moyens proposés, répondant aux moyens de défense qui y sont opposés. Si elle juge l'un de ces moyens fondés, elle peut écarter- comme superfétatoire- l'examen d'autres moyens.

Elle rejettera les *moyens étrangers à la décision entreprise, les moyens dénués de précision, les moyens dénués d'intérêt, les moyens manquant de base en fait, les moyens n'indiquant pas le texte violé ou la règle de droit coutumier violée, les moyens mélangés de fait et de droit, les moyens nouveaux* (sauf s'ils sont d'ordre public).

Sera considéré comme *étranger* à la décision entreprise, le moyen qui ne porte pas sur une décision reprise au dispositif ni sur un motif nécessaire à la formation de cette décision.
Sera considéré comme *imprécis,* le moyen qui n'indique pas en quoi une disposition de la décision entreprise viole la loi ou la coutume.

Manque d'intérêt tout moyen qui reproche au jugement entrepris une violation de la loi ou de la coutume, alors que l'application correcte du droit n'eut pas pu amener le tribunal à retenir une solution autre (ou plus avantageuse) pour le requérant.

Manque de base *en fait* le moyen qui impute une erreur au juge sans en rapporter la preuve.
Si le pourvoi n'indique pas *le texte violé* (ou la règle de droit coutumier), la Cour ne peut, sauf en matière d'ordre public, suppléer à cette carence.

Lorsque la violation d'une règle de droit écrit est invoquée, le demandeur en cassation doit indiquer par référence au texte (nature de l'acte, date de promulgation et article) quelle disposition est méconnue. Pour le moyen tiré de la violation d'une règle coutumière, le demandeur doit libeller la règle dont il invoque la violation, il fera bien -s'il peut – d'indiquer ses sources (jurisprudence ou doctrine) ayant formulé ou appliqué la règle à laquelle il se réfère. Si le moyen consiste à dire que la règle coutumière appliquée est non conforme à la loi ou à l'ordre public, il devra libeller la loi invoquée ou le principe d'ordre public auquel il se réfère en indiquant l'autorité (constitution, doctrine, jurisprudence, etc…) sur laquelle il s'appuie (II,232).

Si le moyen invoqué porte sur une violation du droit, mais que pour pouvoir en apprécier le fondement, la Cour devrait vérifier des points de fait qui n'ont pas été constatés par le juge du fond, il est dit

mélangé de fait et de droit et ne peut être retenu.
Il y a un *moyen nouveau* chaque fois que celui-ci n'aura pas été soumis au juge dont la décision est attaquée ou qui n'aura pas été soulevé d'office (fût-ce à tort) par ce juge. Un moyen soulevé au premier degré, mais abandonné au degré d'appel, est « nouveau » pour la juridiction de cassation. Les moyens nouveaux qui sont d'ordre publics peuvent être soulevés pour la première fois devant la Cour suprême de Justice.
Lorsque le jugement entrepris a été rendu par défaut, les moyens tirés du fait que le tribunal n'a pas vérifié d'office la recevabilité et le fondement de la demande sont recevables bien que n'étant pas d'ordre public parce- que le tribunal a manqué à son obligation ([472]) de ne faire droit qu'aux conclusions « trouvées justes et vérifiées ».

Au contraire, les arguments juridiques, *dits moyens de pur droit*, ne sont jamais considérés comme nouveaux ; en réalité, il s'agit ici de développements juridiques de commentaires sur un moyen de droit formulé devant le juge du fond et que celui-ci, connaissant le droit, eut pu développer à partir du moyen qui lui a été soumis.

D. L'arrêt de la Cour de cassation mentionne (art. 27, O.L. 8 janvier 1969) :

- La section et la chambre qui a siégé ; le nom des magistrats composant le siège (qui ne peuvent être remplacés, sauf à reprendre toute l'instance, depuis l'audience introductive jusqu'au prononcé), le nom du greffier audiencier, le nom du magistrat occupant pour le ministère public, les noms, demeure (ou siège social) des parties ainsi que la qualité de leurs représentants, s'il échet, le nom des avocats occupant pour les parties.
- L'énoncé des moyens, exceptions et défenses présentées par les parties avec référence aux requêtes et mémoires déposées et l'indication de la date de dépôt.
- L'indication de la lecture du rapport avec mention du nom du conseiller rapporteur.
- La mention des formalités de convocation des parties et de la communication éventuelle des réquisitions du ministère public.
- Le nom des avocats qui ont représenté les parties.
- La date des audiences.
- La relation des incidents de procédure et la solution que la Cour y a apportée.
- La mention du débat oral, s'il échet.
- L'avis du ministère public.
- La date et la mention du prononcé en audience publique.
- La motivation : d'abord celle relative à la compétence, la recevabi1ité et, en cas de solution négative, le décret d'incompétence ou d'irrecevabilité, écartant l'examen de tout autre moyen ; ensuite l'examen dans l'ordre des moyens présentés, tant qu'un moyen ne soit déclaré fondé.
- Le dispositif qui se prononce sur la recevabilité; en cas de recevabilité, l'alternative est le rejet du pourvoi ou la cassation du jugement entrepris. Si aucun moyen n'apparaît fondé, la Cour rejette le pourvoi. Si un moyen apparaît fondé, la Cour casse et ne doit plus examiner les autres moyens([473]). Si, après cassation, il reste un litige à vider, la cour renvoie à la juridiction compétente (II, 240) ; s'il n'y a plus de litige à vider, la Cour *casse par retranchement* (II, 240).

La Cour condamne la partie succombante aux frais (art. 32).Lorsqu'un pourvoi a été introduit par le Procureur général de la République dans l'intérêt de la loi ou sur injonction du Ministre de la Justice, les frais restent à la charge du Trésor ([474]).

(473) L'arrêt du 3 février 1971 (R.J. p.25)retient successivement deux moyens d'irrecevabilité, alors qu'elle aurait pu se dessaisir sur un seul des

ces moyens.
On peut présumer que la Cour a, par ce procédé, voulu créer une jurisprudence pour diriger les plaideurs.
L'arrêt du 23 février 1971 retient avec d'excellents arguments, une solution de …sation partielle (R.J., 1972, p. 31).

(474) Les frais seront encore à charge du Trésor... Si la Cassation intervient pour un motif qui ne peut être imputé à l'une ou l'autre partie (composition irrégulière du siège, par exemple" BOUCHOMS :o.c, p. I5.
Cette opinion ne paraît pas défendable: la cassation intervient normalement pour un motif (*error in judicando* ou *error in procedendo)* imputable au tribunal qui a rendu le jugement cassé ; on pourrait certes imaginer un régime dans lequel les frais seraient à la charge du Trésor chaque fois que le pourvoi est reconnu fondé ; nous ne pensons pas que telle fut l'intention du législateur.

240. Les effets de l'arrêt de la juridiction de cassation

Les arrêts de cassation ne sont susceptibles d'aucuns recours ; l'artic1e 29 ne prévoit la tierce opposition aux arrêts de la Cour que dans le cas où ils prononcent l'annulation d'un acte, d'une décision ou d'un règlement d'une autorité publique; il faut en conc1ure a contrario que la tierce opposition n'est pas recevable contre les arrêts de cassation.

Le rejet de la cassation épuise 1'.action en pourvoi et ne permet plus de l'introduire dans la même cause fût-ce par d 'autres moyens (O.L. 8 janvier 1969 art. 37, al. 2); ce texte prévoit une exception, à savoir, lorsque le pourvoi a été introduit pour motif d'incompétence; ceci vise l'hypothèse où le tribunal s'est déclaré incompétent par un jugement définitif sur incident et n'a dès lors pu aborder le fond, ou encore le cas où il s'est déclaré, à tort, compétent et a rendu un jugement nul sur le fond. Tel est le sens grammatical de ce texte. On peut se demander pourquoi la mesure ne s'étend pas à tous les cas où le tribunal s'est abstenu d'aborder le fond (par exemple des décisions d'irrecevabilité pour vice de forme dans l'acte introductif d'instance).

Lorsqu'un arrêt rejette le pourvoi, la décision entreprise se trouve coulée en force de chose jugée (II, 134) la requête civile et la tierce opposition peuvent encore être dirigées contre la décision ainsi confirmée.

Lorsqu'un arrêt casse une décision par *retranchement,* c'est la décision du premier degré qui reprend autorité de chose jugée; la décision cassée n'a plus aucun effet, sauf en ce qui concerne les frais de l'instance qui a donne lieu à la décision cassée, ces frais incombent é la partie *succombante en cassation,* (II, 296).

Lorsqu'un arrêt casse une décision et qu'il reste de ce fait un litige à trancher, la Cour *renvoie* la cause, pour connaître du fond de l'affaire à la même juridiction autrement composée ou à une autre "juridiction de même rang" qu'elle désigne, cette juridiction ne peut pas décliner la compétence et doit se conformer à la solution juridique retenue par la Cour suprême de Justice. Le jugement rendu sur renvoi n'est pas susceptible d'un nouveau pourvoi; sauf si la cassation a été prononcée sur le moyen de l'incompetence.

Si le jugement (ou l'arrêt) a été cassé pour motif d'incompétence matérielle de la juridiction qui l'a rendu, la Cour suprême ne renvoie évidemment pas devant une juridiction « de même rang" qui mène à la décision de cassation ; elle renvoie d'autorité à la juridiction compétente, qui ne pas décliner la compétence lui attribuée par la Cour suprême Justice ([475]).

SECTION 6
LA PRISE A PARTIE

241. L'historique

Certains auteurs veulent voir, dans la prise à partie, un substitut (introduit par le droit canonique) pour le duel judiciaire auquel la partie bernée pouvait provoquer son juge suivant les coutumes germaniques.

242. La nature du recours

La prise à partie devant la Cour suprême de Justice n'est qu'incidemment une voie de recours (en nullité). C'est essentiellement une demande de dommages-intérêts au titre de réparation du préjudice causé au justiciable par des magistrats, du chef de certaines fautes définies par la loi. Ce n'est que dans le cas où un jugement serait vicié par le dol d'un juge, que la partie qui justifierait y avoir intérêt pourrait en demander la mise à néant en introduisant une action en prise à partie de ce magistrat.

243. Qui peut être pris à partie?

En droit congolais, seul les magistrats peuvent être pris à partie. Ceci vise aussi bien les magistrats du siège que les magistrats du parquet.
En droit français, le texte est plus limité, ne visant que « les juges », mais la jurisprudence a étendu cette action à l'égard de tous ceux qui participent à la fonction judiciaire dans la formation du jugement : officiers du ministère public, officiers de police judiciaire, avoués, greffiers et huissiers.

(475) MARAVEN V. : Le renvoi après cassation, in Rév.Cong Dr., 1971, I, p.39 à 50.
Après cassation pour incompétence, l'affaire doit être renvoyée devant la juridiction compétente, C.S.J., 23 mars 1971, R.J., 1972, p.36.

Il semble que pareille extension ne soit pas admise en droit congolais, les officiers ministériels et les officiers de police judiciaire, qui n'ont pas qualité de magistrat, ayant à répondre de la responsabilité de leurs fautes professionnelles devant les autorités disciplinaires ou devant les tribunaux ordinaires suivant la procédure du droit commun.

Les « arbitres » sont bien « juges », mais point « magistrats ». Ils ont à répondre de leurs fautes devant les juridictions de droit commun.

244. Les ouvertures à la prise à partie

L'article 96 du Code de procédure civile prévoit deux cas :

1° Le dol ou la concussion au cours de l'instruction ou lors de la décision rendue.

La concussion est définie par l'article 146 du Code pénal.
Le dol suppose la mauvaise foi ; une erreur du juge, fut-elle grossière, ne donne pas ouverture à la prise à partie.

La jurisprudence française a bientôt assimilé la *faute professionnelle lourde* au dol, et la loi du 7 février 1933 a expressément étendu l'ouverture de la prise à partie à ce moyen.

Si le législateur de 1960 avait voulu retenir ce moyen, il n'eut pas manqué de le dire expressément ; il faut donc admettre qu'en droit congolais la faute professionnelle n'expose pas à prise à partie.

2° Le déni de justice

C'est le refus de remplir un devoir de sa charge et notamment de juger une affaire en état, mais aussi rendre une ordonnance de juridiction gracieuse ou d'accomplir les actes nécessaires du ministère public.

Ici la mauvaise foi ne doit pas être prouvée, même la négligence justifie l'action, mais il faut un refus caractérisé, persistant après deux mises en demeures (art.98) ([476]).

La prise à partie est une procédure organisée avec de minutieuses garanties en faveur des magistrats attaqués par leurs justiciables, à ce titre, c'est un privilège. Là où la prise à partie est ouverte, les victimes perdent le droit de faire assignation citation directe devant les juridictions de droit commun.

(476) BOUCHOMS, o.c.p.24.

245. La juridiction compétente

L'article 39 du Code de procédure civile indiquait la « Cour de Cassation ». L'article 163, 3° du Code de l'organisation judiciaire précise que c'est la Cour suprême de Justice qui connaît de ces causes. Les articles 59 à 68 de l'O.L. 69/2 du 8 janvier 1969 prescrivent que la procédure doit être tenue devant la section judiciaire de la Cour.

246. Les effets de la prise à partie

Dès la signification de l'ordonnance d'admission de la requête (II, 247), le juge pris à partie doit s'abstenir de tout acte en une cause dans laquelle le requérant, son conjoint ou un parent en ligne directe est impliqué.

L'article 68 vise en son alinéa premier le demandeur qui a agi avec « mauvaise foi ou légèreté » et au deuxième alinéa, il vise "l'action téméraire et vexatoire"; il nous est d'avis que ces deux expressions-qui s'éclairent l'une de l'autre- visent la même réalité ; l'action n'étant téméraire ou vexatoire que dans le cas où la mauvaise foi serait établie ou la légèreté constatée.

Un autre effet de la prise à partie est l'ouverture dans le chef du magistrat poursuivi d'une action reconventionnelle en dommages-intérêts devant la section judiciaire de la Cour suprême de Justice (II, 247).

En *cas d'admission* de *la requête, l'*affaire est examinée au fond, le requérant pouvant postuler dans son mémoire ampliatif des dommages-intérêts ou la mise à néant de l'acte ou les deux conjointement à la mesure de son intérêt. "Ce n'est que lorsque l'exécution directe est impossible que les tribunaux doivent recourir à l'exécution par équivalent. "([477]).

Le magistrat pris à partie n'est pas puni pénalement ni disciplinairement dans cette instance judiciaire, mais le ministère public peut exercer l'action pénale, tout comme l'autorité disciplinaire peut sanctionner la faute après que le dol, la concussion ou le déni de justice.

(477) Léo., 27 juin 1950, R.J., 1951, p.11.

247. La procédure

Avant de pouvoir prendre à partie pour cause de « déni de justice », celui-ci doit être « constaté » par deux « réquisitions d'huissier». Malgré l'impropriété des termes, on comprend que le législateur a voulu dire qu'il fallait deux mises en demeure par *exploit* d'huissier. Le fait que les huissiers se trpuvent actuellement placés sous l'autorité hiérarchique du greffier qui lui-même relève du président du tribunal ne fait pas obstacle à ce qu'ils accomplissent (fut-ce à l'égard du président) un devoir propre à leur charge.

S'il invoque le dol ou la concussion, le requérant doit apporter la preuve des faits qu'il met à la charge du magistrat pris à partie.

La procédure proprement dite commence par une requête adressée au président de la section judiciaire de la Cour suprême de Justice (art, 61, O.L. du 8 janvier 1969). Celui-ci répond par une ordonnance accueillant ou rejetant la requête, le Procureur général de la République entendu. Cette ordonnance doit être signifiée au requérant et au magistrat « poursuivi » (art. 63) à la diligence du greffier de1a Cour Suprême de Justice.

A dater de l'exploit de signification, le magistrat pris à partie doit s'abstenir de la connaissance de toute cause concernant le requérant, son conjoint ou ses parents en ligne directe, sous peine de nullité de tout acte ou jugement auquel il aurait participé

Dans la quinzaine de la signification de l'ordonnance l'autorisant à poursuivre, le requérant doit déposer au greffe de la section judiciaire de la Cour Suprême de Justice un mé*moire ampliatif* formulant ses prétentions à dommages-intérêts et éventuellement à annulation des arrêts ou jugements…(art. 66) à peine d'irrecevabilité, ce qui implique qu'il ne pourrait pour les mêmes faits réitérer sa requête(*a contrario,* article 63 alinéa 2).

L'ordonnance-loi du 8 janvier 1969 ne précise pas en quelle forme et dans quels délais le magistrat mis en cause doit présenter ses défenses ; il faut en conclure que c'est le droit commun de la procédure de droit privé devant la section judiciaire de la Cour (II, 284) qui est d'application, puisque la prise à partie est essentiellement une action en dommages-intérêts et en annulation de jugement, les peines de confiscation de la consignation (article 65) et d'amende (article 68, alinéa 1) ne conférant pas le caractère répressif à cette instance.

Le magistrat pris à partie peut *postuler reconventionnellement* des dommages-intérêts pour action téméraire et vexatoire. Les textes ne disent pas en quelle forme cette postulation doit se faire, ni à quel moment elle doit être introduite. Il ne semble pas que la demande reconventionnelle puisse être formée avant que l'autorisation de poursuivre ait été accordée par le Président de la section judiciaire, la Cour ne se trouvant pas saisie avant que ne soit rendue cette ordonnance. Quant à la forme, on peut douter que le législateur ait voulu, malgré l'emploi insolite du mot « postuler », s'écarter des formes du mémoire en réponse prévu par les articles 3 à 5, tandis que les délais sont ceux des articles 12 et 40 de l'ordonnance du 8 janvier 1969 ; c'est donc dans le mémoire en réponse que le magistrat formulera ses défenses et ses postulations.

La procédure de la demande reconventionnelle n'est 'pas nécessaire et le magistrat calomnié qui n'en use pas peut, suivant le droit commun, demander réparation à son calomniateur après le débouté de

la prise à partie, tout comme il peut demander des dommages-intérêts, pour dénonciation calomnieuse de droit commun, lorsque le président a refusé l'autorisation de prise à partie.

. .

248. L'arrêt rendu sur prise à partie

La Cour Suprême de Justice est juge du fond en premier et dernier ressort des actions en prise à partie; elle aura donc à reconnaître du fait comme du droit et pourra ordonner toute mesure probatoire utile. Si l'annulation des "arrêts, jugements, ordonnances, procès-verbaux et autres actes viciés" peut réparer l'injustice dont le demandeur a été victime sans causer un injuste préjudice à un tiers, la Cour doit préférer cette solution de réparation directe ([478]), à celle de l'allocation de dommages--intérêts, encore qu'il puisse être nécessaire de cumuler les deux sanctions. La Cour ne peut, dans le procès en prise à partie, prendre aucune mesure disciplinaire ni pénale à l'égard du magistrat coupable ; une action distincte peut, bien entendu se baser sur l'arrêt qui a autorité de chose jugée. La condamnation aux dommages-intérêts est à la charge du magistrat; la disposition (article 67) qui dit l'Etat civilement responsable (et non garant ou caution) signifie cependant que le bénéficiaire peut postuler le paiement par le Trésor

(478) V. note 477 ci-dessus.

Sans avoir au préalable exécuté le magistrat condamné ; l'Etat a dans ce cas un recours contre le condamné et il est prudent de libeller le dispositif en telle forme qu'une nouvel1e décision ne soit pas nécessaire pour y procéder.

Le pouvoir donné à la Cour de sanctionner la mauvaise foi et la légèreté du demandeur par une peine d'amende peut être comparé à la sanction du dol appel français et aux amendes qu'infligent les juridictions traditionnelles aux plaideurs insolents.

DEUXIEME PARTIE
L'ARBITRAGE ET CLAUSE COMPROMISSOIRE

CHAPITRE XI: LE COMPROMIS D'ARBITRAGE

249. De la nature de l'arbitrage

Il est des auteurs qui analysent l'arbitrage en un *contrat* de *transaction* suivi d'un *mandat* donné conjointement par les contractants de la transaction à un arbitre chargé de compléter la transaction en déterminant les obligations des parties ([479]).

En réalité le compromis ne "termine pas une contestation" (art. 583, C.C. III), et l'arbitre ne reçoit pas "pouvoir de faire quelque chose pour les parties et en leur nom" (art. 526 C.C.-L. III).

Loin de terminer une contestation (art. 583, C.C.L. III), le compromis explicite la contestation, la met à vif. Loin de donner conjointement un mandat à l'arbitre pour faire quelque chose pour eux conjointement et en leur nom, les plaideurs demandent à l'arbitre de trancher le litige qui les oppose.

Le compromis suppose bien un contrat ([480]), un concours de volontés, mais son objet est de désigner un *juge* en délimitant son po*uvoir juridictionnel* et sa saisine, non plus par l'affrontement de l'assignation et des conclusions, mais suivant un accord quant à l'objet du 1itige.

La comparaison de l'arbitrage avec la transaction ne vaut qu'en tant que l'objet du compromis ne peut porter que sur des droits privés sur lesquels on peut transiger ([481]) (art.159, code de procédure civile) et que la capacité requise pour compromettre est celle requise pour pouvoir transiger.

En saisissant le tribunal arbitral, les parties ont conventionnellement écarté 1a compétence du tribunal judiciaire.

(479) BERNARD: L'arbitrage volontaire en droit privé, Paris-Bruxelles, 1937, p. 275 ;
RUBELLIN-DEVlCHI, J. L'arbitrage, Paris, 1965, p. 24.
(480) C'est ici qu'on pourrait parler d'un "contrat judiciaire", cfr. I. 41.
(481) En matière de contrat d'emploi, l'arbitrage est autorisé, Elis., 15 janvier, 1957, R.J., p. 5.

250. Le contrat de compromis

Le compromis doit faire l'objet d'un *écrit (*[482]) signé par les parties (art. 164). Il peut être rédigé par l'arbitre en la forme d'un procès-verbal constatant la déclaration des parties.

Le contrat doit nécessairement mentionner (art. 165) :
-le nom de l'arbitre ou des arbitres en nombre impair ([483]) formant le collège arbitral;
-l'objet du litige (principe dispositif)([484]) ;
-la signature des parties (art.164), le tout à peine de nullité.

Le compromis mentionne en outre généralement:

a) Le *tribunal compétent* pour régler les incidents de procédure échappant aux pouvoirs du tribunal arbitral (art.l66) ; faute d'indiquer un tribunal de première instance, ce sera le tribunal de première instance"choisi " (en pratique "saisi") par la partie la plus diligente. Souvent ce choix ne se fait qu'au moment de l'exequatur (II, 254), à moins qu'un incident de procédure n'exige l'intervention judiciaire avant le prononcé de la sentence.

le "choix" du tribunal détermine le choix de l'organe de juridiction gracieuse compétent (président) ainsi que la cour compétente (art. 185, 188) ; il est irrévocable.

b *) La durée de la mission des arbitres* peut être fixée au compromis {art. 167). A l'expiration du délai, les arbitres perdent tout pouvoir juridictionnel (art. 170, 2°, art. l90, 5°) ([485]). A défaut

(482) La question de savoir si l'écrit constitue une condition d'existence du compromis ou simplement un moyen de preuve nécessaire, est disputée dans la loi, la doctrine et la jurisprudence étrangère. Cfr. C. proc. Civ. italien, art. 807 et 808 et Z.P.O. allemand § 1027, 1 et 2. A l'époque où la législation sur l'arbitrage fut introduite au Congo par l'autorité belge, l'écrit était considéré, en droit belge, comme une condition d'existence du compromis.

(483) Le décès d'un arbitre ne met pas fin au compromis, mais permet à la partie la plus diligente à pourvoir à son remplacement; Elis., 20novembre 1962, R.J., 1964. p.63.

(484) Une convention par laquelle des parties en litige décident de confier l'établissement de leurs comptes à un"expert", en s'interdisant de remettre en question devant les tribunaux le résultat de cette comptabilité, constitue un compromis d'arbitrage : Léo., 30 novembre 1954, R.J., 1955, p 162.

(485) Appel R.U. 18 avril1950, RJ.p.188; 1 ère instance Elis., 19 octobre 1955, R.J., 1956, p. 155.

Pour les parties d'avoir fixé une durée, la loi y met fin six mois après la conclusion du compromis.

Les parties peuvent cependant proroger la durée de la mission. Celle-ci est prorogée d'office du temps consacré à vider certains incidents (art.. 177). Les délais sont suspendus par la procédure de récusation (art. 173) depuis la requête (art. 172) jusqu'à la décision du président du tribunal ;par le décès d'une partie (art. l74) depuis la notification de l'évènement et jusqu'à la date fixée par le tribunal pour la reprise de l'instance ; par les mesures d'instruction (art. 176) pendant la durée de l'exécution des procédures probatoires. La règle qui veut que "le criminel tient le civil en état" donne également lieu à surséance de procédure ([486]).

251. La formation du tribunal arbitral

Lorsque les parties ont convenu de recourir à l'arbitrage sur un conflit déjà né et dont les termes peuvent par conséquent être définis, ils désignent généralement dans un seul et même acte l'objet du litige, l'étendue des pouvoirs des juges arbitraux (les prétentions des parties, le pouvoir éventuel de trancher en équité, de trancher en dernier ressort, ainsi que la durée de la mission, le tribunal compétent).

Suivant le droit commun, les arbitres doivent juger d'après les règles du droit (art. 178, C.Proc.civ.) ; leurs sentences sont susceptibles d'appel devant la Cour compétente pour connaître de l'appel des décisions du "tribunal" choisi (II, 249). Les parties peuvent cependant renoncer à l'appel, soit dans le compromis, soit par une convention ultérieure (art. 187). Elles peuvent désigner un collège arbitral qui connaîtra de l'appel de la sentence des premiers arbitres. Les parties peuvent également donner aux arbitres le pouvoir de décider en dehors des règles de droit en "amiables compositeurs » ([487]) (art. 178); cette disposition implique une renonciation aux recours devant la Cour d'appel qui ne peut

juger que d'après le droit.

(486) Elis, 20novembre 1962, R.J., p. 63.

(487) L. RETAIL : Principe et cadre de l'expertise judiciaire, Paris, 1951, p. 262.

Les arbitres doivent être de nombre impair: un, trois ou cinq.

Les arbitres ne sont pas obligés d'accepter la mission, mais une fois qu'ils l'ont acceptée, ils doivent la mener à bonne fin. Leur défaillance *(déni de justice),* ne donne cependant pas lieu à "prise à partie", cette procédure étant réservée aux seuls magistrats (II, 243). Ils peuvent être attaqués en dommages-intérêts, par une procédure ordinaire.

La *récusation* des arbitres peut être demandée pour les mêmes causes que pour les juges (art. 171,88); c'est le président du tribunal de première instance qui statue sans recours, par voie d'ordonnance, sur la récusation (art. 172).

252. La procédure arbitrale

Le tribunal arbitral est saisi par le compromis et dans les limites du compromis (principe dispositif) (II, 64). Il ne peut connaître d'aucune demande reconventionnelle ni additionnelle, sauf extension de saisine en vertu d'un nouveau compromis é*crit.* Par contre, il connaît de toute question préalable, comme de toute mesure d'instruction requise pour la solution du litige qu'il est appelé à trancher.

Les arbitres ne sont pas tenu par les règles de la procédure civile.

Il n'est pas requis qu'il y ait une audience. Les arbitres peuvent statuer sur pièces si les parties le demandent. Généralement, les parties (ou leurs avocats) échangent des conclusions et plaident comme au tribunal.

Les arbitres peuvent en principe régler les incidents du procès ([488]) et recourir à toutes les mesures d'instruction, comme les juges judiciaires. Ils sont cependant sans pouvoirs pour *contraindre* des témoins à comparaître et à déposer sous serment (art. 176); la partie qui a intérêt à faire entendre le témoin récalcitrant peut adresser requête au président du tribunal de première instance pour qu'il commette un juge pour l'entendre (sous menace de condamnation).

(488) L. RETAIL o.c., signale toutefois que le faux, devrait être renvoyé à une juridiction judiciaire. La procédure du « faux, incident civil » n'étant pas organisée en droit congolais, cette règle ne peut y trouver une application rigoureuse. Cependant, si une juridiction pénale était saisie de poursuite en faux portant sur des pièces décisives du dossier des parties, la règle « le criminel tient le civil en état » serait applicable et obligerait les arbitres à surseoir (II, 250 et note 8).

11 est fréquent que les *arbitres descendent sur les lieux.* Il est rare qu'ils commettent un *expert,* étant généralement choisis en considération de leur expérience dans la matière litigieuse.

Pendant la durée des enquêtes tenues par un magistrat, c'est-à-dire depuis la décision avant dire droit qui les ordonne et jusqu'à leur décision de clôture des enquêtes, la mission des arbitres (art. 117 et

167) est prorogée. Il en va de même si une question préalable, une mesure d'instruction ou tout autre incident, doit être vidé devant le tribunal (art. I 77).

Les arbitres tendent, avec moins de réserves que les magistrats, à la solution de conciliation, actant en ce cas la transaction intervenue. Il en est ainsi surtout lorsque chaque partie a pu désigner un arbitre et que ceux-ci ont choisi un tiers arbitre ou lorsque le tribunal arbitral a reçu mission d'agir en amiable conciliateur (II, 250, 252) ([488] bis).

Ils peuvent, même lorsque les parties ne leur ont pas donné le pouvoir d'agir en amiable compositeurs,rechercher avec eux une transaction équitable, mais en ce cas, ils ne peuvent l'imposer.

253. La sentence arbitrale

La sentence (jugement arbitral, solution de composition amiable ou donné acte de l'accord transactionnel) doit être écrite, datée et revêtue de la signature des arbitres. El1e est toujours réputée contradictoire(l'opposition n'est pas recevable).

C'est la majorité des arbitres qui décide ([439]). L'arbitre qui a une opinion dissidente doit signer, tout comme le juge dissident signe pour constater l'opinion majoritaire (Il. 123). On a cependant prévu (art.180) que si un arbitre minoritaire refuse de signer, la sentence signée par la majorité est valable.

(488 bis) A.RUBBENS : Conciliateurs, experts, arbitres rapporteurs, arbitres et amiables conciliateurs, R.J., n°spécial, 1974, 5Oe,anniversaire, p.173.

(489) Le compromis s'inspirant de la pratique du droit anglo-saxon, prévoit quelquefois la désignation d'un arbitre par chacune des parties et la désignation par ceux-ci d'un tiers arbitre "umpire" qui
n 'intervient que dans le cas de partage entre les deux arbitres des parties. En droit congolais, ce mode de délibération n'est pas interdit, mais l'intervention du troisième arbitre est obligatoire, quant même les
deux premiers arbitres seraient d'accord dès avant sont intervention: l'article 165 impose un nombre impair..
Rien n'empêche cependant les parties de renoncer à l'arbitrage lorsque leurs experts sont d'accord et d'y substituer une transaction, sans intervention d'un tiers arbitre. Voir aussi Elis., 15 janvier 1957, RJ., p.l13.

La sentence arbitrale est un véritable jugement ([490]). Elle a en soi "autorité de chose jugée" entre parties (art. 181); elle est toujours exécutoire par provision et peut être même dite exécutoire nonobstant appel et sans caution (art. 182), mais l'exécution forcée (avec l'appui des forces de l'Etat) ne peut être obtenue sans l'exéquatur.

254. L'exequatur

On discute en doctrine de savoir quelle est la nature de l'exequatur, acte de juridiction gracieuse accompli en la forme d'une ordonnance du président du tribunal "choisi" sur requête unilatérale d'une partie.

Certains estiment que c'est une formalité que le président du tribunal de première instance doit accomplir, sans pouvoir d'appréciation d'aucune sorte. D'autres estiment qu'il doit vérifier le "bien-procédé" sinon le "bien-jugé" ; il devrait notamment contrôler si les arbitres ont été régulièrement saisis par un compromis écrit, si les parties avaient la capacité requise pour compromettre ; si l'objet du litige était de ceux dont les parties pouvaient disposer par transaction, si les arbitres étaient en nombre impair, s'ils étaient qualifiés, si les droits de la défense ont été respectés, si la sentence. a été signée par la

majorité des arbitres, si elle a été rendue dans les délais, si la solution retenue ne va pas à l'encontre de l'ordre public, etc.

La solution se trouve, en vérité, à mi-chemin : le juge n'accordera pas l'exequatur à une sentence qui lui *apparaît nulle* (art. 190) ; cependant, le juge n'est pas appelé à faire une vérification systématique de la procédure; aucun débat n'est ouvert devant le juge de l'exequatur qui appointe une requête unilatérale (II,261) ([491]).

C'est d'ailleurs dans cet esprit que l'appel (II, 255) de l'exequatur a été organisé (art. 185) ; il est ouvert à la partie qui s'est vue refuser l'exequatur, comme à la partie contre laquelle l'autorisation d'exécuter a été obtenue. Le président de la cour d'appel statue d'ailleurs dans les deux cas "con tradictoirement".

L'exequatur est assez rare, car les parties qui recourent à l'arbitrage sont généralement disposées à exécuter volontairement. . . ne serait- ce que pour éviter les droits proportionnels. . . (II, 297, 307).

(490) L. RETAIL, o.c., p.263 : *contra:* ALERTE G. : Sentence arbitrale et exequatur, in R.J.,1968, p. 244.
(491) Première instance Elis., 12octobre 1955, R.J., p. 462.

255. Les recours

La sentence arbitrale ne peut être entreprise par l'opposition ([492]). Si les parties n'y ont pas renoncé ([493]), l'appel est de droit.

La juridiction compétente est la cour d'appel dont le ressort couvre celui du tribunal de première instance compétent. Les parties peu vent toutefois convenir que d'autres arbitres connaîtront de l'appel.

La commission d'amiables compositeurs exclut l'appel devant la cour d'appel, car on ne voit pas la cour contrôlant la décision d'équité.

Le délai d'appel court depuis le prononcé et jusqu'à l'écoulement d'un mois après la signification de la sentence revêtue de l'exequatur.

L'acquiescement (exp1icite ou implicite) fait obstacle aux recours.

Les parties peuvent organiser une juridiction arbitrale d'appel ; celle-ci pourra connaître des sentences rendues en droit comme de celles rendues par des amiables compositeurs ; les parties déterminent en ce cas librement les délais d'appel et si elles ne l'ont fait, il faut présumer qu'elles ont voulu se conformer au droit commun. Les sentences arbitrales d'appel ne sont exécutoires qu'après exequatur (art. 1:84).

256. Le compromis sur l'appel d'un jugement

L'article 189 prévoit le cas (pour le moins insolite) où un jugement judiciaire serait déféré à un collège arbitral au degré d'appel.

La décision des arbitres serait en ce cas rendue en dernier ressort, mais ne pourrait être exécutée de force qu'après exequatur par le président du tribunal de première instance choisi par les parties; ce pourrait être le président du tribunal qui a rendu le jugement entrepris par l'appel.

Il est assez choquant de voir contrôler l'activité juridictionnelle d'un tribunal judiciaire par des arbitres. N'était-ce qu'en fait les parties n'en usent jamais, il faudrait proposer l'abrogation de cette disposition.

(492) Elis., 13janvicr 1951 (avec note), R.J., p. 192.

(493) La renonciation à l'appel ne vaut pas lorsque la sentence viole une règle d'ordre public. E1is., 15 janvier 1957, R.J., p. 113; Ells., 9 mai 1961, R.J., p. 102; L'shi, 2 août 1966, R.J., p. 246.

257. L'annulation des sentences

Les sentences arbitrales rendues en dernier ressort (au premier ou au second degré) peuvent être entreprises par une action en annulation.

Par une erreur de rédaction du décret (art. 191), il est dit cependant que cette action n'est ouverte que lorsque la sentence a été rendue exécutoire !

Normalement, on peut espérer que le juge de l'exequatur se sera aperçu que la sentence était viciée et qu'il aura refusé l'exequatur ; et si par malheur, la nullité 1ui a échappé, la partie contre laquelle on veut exécuter s'empressera d'alerter le président de la cour, pour un appel de l'ordonnance d'exequatur, et il obtiendra la mise à néant de l'exequatur ([494]).

II est encore possible que la partie, qui a engagé le procès arbitral n'ait aucun intérêt à demander l'exequatur, parce qu'il n'y a rien à exécuter; par exemple parce qu'elle peut garder la marchandise 1itigieuse qui était en sa possession. En ce cas, la partie adverse est désarmée, si elle est rendue en dernier ressort, la sentence garde irrévocablement l'autorité de la chose jugée.

Il semble que la rédaction correcte de l'article 191 al 1 eut été : "La demande en nullité ne peut être formée que contre une sentence rendue en « dernier ressort... ».

Rares sont les cas où une sentence arbitrale a pu recevoir l'exequatur du juge et surtout le voir confirmer, après débat contradictoire, par le président de la cour d'appel, alors qu'il se trouve entâché de l'un des vices énumérés à l'article 190.

C'est l'annulation des sentences non exequaturées qui devrait être organisée. De lege ferenda, i1 y aurait même intérêt à permettre la jonction de l'action en appel de l'ordonnance d'exequatur avec l'action en nullité de la sentence.

258. La cassation

Les sentences arbitrales, fussent-elles rendues au degré d'appel ou en recours contre un jugement judiciaire (art. 189), ne peuvent jamais faire l'objet d'un pourvoi (art. 187).

Les arrêts rendus par la cour d'appel, en appel des sentences arbitrales, (art. 188), sont susceptibles de cassation.

(494) Leo., 21 mai 1957, R.J., p. 367 et J.T.O.M., 1958, p. 4.

Les arrêts prononçant la nullité pourraient-i1s être attaqués devant la Cour suprême de Justice.? Rendus en dernier ressort par la section judiciaire d'une cour d'appel, ils peuvent, en application de l'article60 de la Constitution, faire l'objet d'un pourvoi. La jurisprudence (II, 228) ayant admis la cassation de jugements d'annulation prononcés par les tribunaux de district, il faut analogiquement admettre que les arrêts d'annulation puissent être cassés.

259. La requête civile

Ce recours est expressément organisé, mais en excluant formellement le cas (que nous avons dit rare, II, 219) de la contrariété de jugements (art. 187, renvoyant à l'artcle 85).

La requête civile contre une sentence arbitrale est toujours une voie de réformation: elle doit être portée devant la cour d'appel (art. 187, in fine.), le tribunal arbitral n'ayant qu'une existence éphémère.

CHAPITRE XII

LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

260. La clause compromissoire

Négativement, la clause compromissoire est un accord des parties *à ne pas recourir aux tribunaux* pour le règlement des différends qu 'elles pourraient avoir entre eux ([495]). Positivement, c'est l'engagement de *soumettre tout litige à l'arbitrage.*

Une convention universelle de renoncer au recours judiciaire n'est pas licite, ni entre deux personnes, ni entre membres d'une association, s'il n'y a pas de limitation à un ou des rapports de droit déterminés.

Dès qu'il y a limitation à un rapport de droit déterminé, fut- il fort large, la clause est licite et lie les parties. Par exemple, un accord réciproque entre armateurs de régler leurs comptes d 'assistance maritime par voie d'arbitrage est un contrat licite au Congo. Les tribunaux saisis auxquels un défendeur opposerait cette clause in *limine litis* devrait se déclarer incompétent.

Généralement, la promesse de compromettre figure comme clause dans un contrat et se réfère expressément aux rapports de droit issus de ce seul contrat ; de là, le nom de clause compromissoire (art. 160).

L'exécution de cette clause aboutit au compromis,suivi de l'arbitrage, comme développé ci-dessus.

L'exécution de la clause peut donner lieu à difficultés.

260. (bis) La désignation des arbitres

Il n'est pas requis que l'arbitre soit nommément désigné dans la clause compromissoire.

Généralement, les parties prévoient le mode de désignation des arbitres, par exemple à nommer par le président de la chambre de commerce, ou de l'association professionnelle (pour les étrangers, par leur consul), etc.. .

(495) Une clause prévoyant qu'aucune action ne sera introduite devant les tribunaux avant une tentative de conciliation "par arbitres" est valable ; elle ne constitue toutefois pas une clause compromissoire, le mot arbitre étant employé abusivement pour désigner les "conciliateurs"; le inst. Elis., 20 décembre 1956, R.J., 1957, p.138.

Si la convention se borne à dire que les arbitres seront désignés par les parties, la partie la plus diligente notifie par lettre recommandée à ses « adversaires » le nom (ou les noms) des arbitres qu'elle choisit en les sommant de désigner les leurs. Il est d'un usage assez courant que chaque partie désigne un arbitre, les deux arbitres pouvant ensuite désigner de commun accord un troisième arbitre.

Si la convention n'a pas prévu de mode de désignation des arbitres, ou si le mode prévu par la convention est sans issue (décès ou déport de l'arbitre désigné, refus de l'autorité chargée de le désigner ou tout autre empêchement dans les opérations de désignation par les parties), la partie plus diligente peut s'adresser au juge du tribunal de première instance compétent (la clause compromissoire peut désigner le tribunal compétent (cfr. II, 250, a); si el1e ne le fait pas, ce sera le tribunal de première instance le premier saisi) pour désigner un ou trois experts. L'ordonnance désignant les arbitres n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel. Le juge n'étant pas lié par son ordonnance (II, 266) peut cependant la rétracter ou désigner deux arbitres complémentaires à la suite d'une nouvelle requête. La récusation de l'arbitre est en tous cas possible (art., 172), mais la décision du président du tribunal de première instance, appelé à statuer sur la demande de récusation est également sans recours.

261. L'élaboration du compromis
en exécution d'une clause compromissoire

Bien qu'elle ait délimité le champ de la compétence des arbitres, la clause compromissoire n'a pu préjuger de l'objet d'un conflit futur. I1 faut donc que les parties se mettent d'accord pour délimiter l'ampleur des pouvoirs des arbitres (principe dispositif).

Lorsque les parties recourent à l'arbitrage du conflit né, elles commencent par définir les termes de l'arbitrage, avant de décider du recours à l'arbitre et de le désigner (II, 250). Ici, par hypothèse, elles se sont au contraire engagées à recourir à l'arbitrage avant d'avoir fixé l'objet du 1itige à trancher et généralement avant d'avoir choisi leur juge.

C'est dès lors l'arbitre qui, sur le vu des projets de conclusions des parties, doit rédiger le compromis en juxtaposant les prétentions de droit formées par l'une et l'autre partie ; il soumet ensuite ce protocole préliminaire à la signature des parties pour en tirer ses pouvoirs de juge.

En cas de refus de signer, ou de désaccord sur les termes du compromis, la partie la plus diligente peut demander au *tribunal* de première instance un *jugement* valant compromis (art. 164, a1. 3). Ce jugement n'est pas sujet à appel, dit l'article 164, a1. 4. Il faut en déduire qu'il peut être frappé d'opposition s'il est rendu par défaut. Etant rendu en dernier ressort, il peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation. La responsabilité du juge qui fixe la saisine de l'arbitre mériterait que la nature de ce jugement fut plus amplement défini par la loi. Ordinairement, le juge aura à vérifier si le compromis proposé par l'arbitre reprend toutes les prétentions de droit des parties, formées dans les limites de leur promesse de compromettre ; il ajoutera ou retranchera suivant le cas. Cependant, si le juge se trouvait placé devant un affrontement anarchique, il serait obligé d'instruire la cause avant de pouvoir statuer sur la saisine de l'arbitre.

Une fois les arbitres désignés et le compromis arrêté, 1a procédure et le prononcé sur clause compromissoire se font suivant les règles ordinaires de l'arbitrage (II, 250 à 259).

TROISIEME PARTIE

LA PROCEDURE DES ORDONNANCES DU PRESIDENT DE JURIDICTION

CHAPITRE XII : LES ORDONNANCES SUR REQUETE

262. La nature des ordonnances sur requête

Traitant de procédure civile (II), nous nous attacherons plus à la forme qu'au contenu des ordonnances, encore que cette forme ainsi que les effets juridiques des ordonnances soient liés au fond.

La loi accorde aux juges des pouvoirs de décision, affectant la sphère juridique des particuliers, en dehors de la fonction juridictionnelle qu'ils exercent en siégeant aux tribunaux ([496]). Ces décisions sont prises sur demande d'un particulier (sur requête) et en forme d' « ordonnances ».

Traitant de la compétence, nous avons défini le domaine des actes non juridictionnels des juges (T.I, 77 à 83) et de la répartition des pouvoirs accordés aux présidents de juridiction ou à leurs délégués (T.I, 264 à 284) ; nous ne reprendrons pas ce sujet ; rappelons seulement (T.I, 86), que les décisions non juridictionnelles prises par les tribunaux, au cours du procès pendant, sont libellés en la forme d'un jugement (T.I, 82) et sont régies par des règles procédurales propres (II, 129).

Ce qui caractérise l'ordonnance sur requête ([497]), c'est qu'elle est prise sur demande unilatérale d'un requérant, sans que le juge ne doive entendre les parties auxquelles sa décision peut éventuellement faire grief. Il en découle nécessairement que ces ordonnances n'auront pas l'autorité d'un jugement. N'étant pas rendue après un débat contradictoire, n'ayant pas été prise à la suite d'une instruction rigoureuse quant aux faits, ayant été prise- bien souvent- d'urgence, l'ordonnance ne prétend pas arrêter la vérité

(496) Sur la controverse à savoir si les ordonnances sur requête, ou du moins sur certaines d'entre elles qualifiées de contentieuses, font partie de la juridiction, voir T.I, 80 et la note 502 sous ce titre. Voir aussi BAYONA-BA-MEYA, Thèse Lovanium-Kinshasa, 1969.

(497) SOLUS et PERROT, o.c., T.I, n° 486, p.448.

Judiciaire, ni vider le litige en disant le droit ([498]) ; dans bien des cas, le but de l'ordonnance est de prendre des mesues préjuridictionnelles, préparatoires ou conservatoires, conduisant à une action devant les tribunaux ([499]) (II, 28 à 33, 35) qui ne sont pas liés par la décision retenue par l'ordonnance.

Les décisions prises par voie d'ordonnance n'ont pas l'autorité de la chose jugée ; la rétractation, la réformation et l'annulation d'une ordonnance peut être obtenue généralement sans recourir aux rigueurs des procédures de recours (II, 264) ([500]).

Il n'est pas moins vrai que certaines ordonnances peuvent faire grief à une partie qui n'a pu faire entendre son point de vue ; le droit judiciaire français et belge ont paré à cet inconvénient en instaurant une juridiction de référé ([501]) et subsidiairement en permettant au juge de la requête d'inserrer dans sonordonnance unilatérale une réserve disant qu' « il lui en sera référé en cas de difficulté » ([502]).

Le droit congolais n'organise pas le référé, mais il mentionne le mot à l'article 123 du code de procédure civile. Dès avant la mise en vigueur de ce texte, la jurisprudence avait tenté de tourner la difficulté (II, 266, 267).

263. La forme de la requête

la loi n'impose aucune forme sacramentale à la requête. L'usage et la logique du système veulent qu'elle soit formulée en un écrit portant en tête le titre de l'autorité judiciaire à laquelle elle s'adresse ; c'est toujours le président de juridiction qui est interpellé (sans désignation de nom) avec l'indication du tribunal qu'il préside (I, 272 à 278). Le requérant doit ensuite se faire

(498)…le magistrat rendant une ordonnance sur requête ne tranche pas un litige. Il intervient, non pour résoudre une question de droit, mais pour exercer un contrôle dans l'intérêt du requérant et dans celui des tiers à qui l'acte fait grief ». SEIGNOLLE J. Traité théorique et pratique des référés et des ordonnances sur requête, Paris, 1952, TII, p.28, et note 6.

(499) C'est ce que les auteurs français désignent par un « contentieux éventuel ». SOLUS et PERROT, o.c., T.I, n°488, p.449.

(500) o.c., n°497, p.457.
(501) Dès 1928, l'avocat Jeanty signalait cette lacune dans le droit du Congo belge. JEANTY R., Des référés, in R.J., 1928, p.95.
(502) SEIGNOLLE J. o.c., TII, n°60, p.56.

Connaître en déclinant ses noms, qualités et profession. Suit l'exposé des faits qui justifient (ou nécessitent) l'intervention du juge ; cet exposé renvoie éventuellement au dossier, établissant les faits, joints à la requête. Il convient d'indiquer dans la requête, les textes de loi en vertu desquels l'intervention du président est requise ; la requête ne pourrait toutefois pas être dite irrecevable faute d'avoir mentionné le texte qui régit la matière, le juge n'ignorant pas la loi. En se référant à un texte qui ne s'applique pas aux faits exposés, le requérant, limitant le pouvoir du juge, risque de voir rejeter sa requête ; il est dès lors prudent d'ajouter la clause de style invitant le juge à retenir d'office tout moyen de droit.

Enfin est formulé en forme de supplique le dispositif, c'est-à-dire, la décision postulée ([503]). La requête doit être datée et signée. Elle est déposée au greffe du tribunal où siège le président auquel elle s'adresse.

Le droit congolais ne connaît pas les « actes d'hôtel » ([504]). Il ne semble pas indiqué d'introduire au Congo l'usage permettant aux parties de présenter les requêtes urgentes au domicile du magistrat ; en France, le ministère obligatoire de l'avoué impose le contrôle du caractère d'urgence à cet officier ministériel et met le magistrat à l'abri des pressions que pourraient exercer les parties agissant en personne. Il y a moyen de rencontrer le problème de l'urgence en invitant le greffier à présenter la requête sans délai et au besoin au domicile du juge ; en ce cas, l'ordonnance pourrait être signée par le juge et par le greffier en la forme ordinaire des ordonnances (II, 265).

264. La communication au ministère public

La communication des requêtes au ministère public, par laquelle il est invité à donner un avis, est nécessaire, à peine de nullité, chaque fois qu'un texte l'impose. Le juge des ordonnances peut demander l'avis de l'officier du

ministère public avant d'appointer toute requête portant sur un sujet intéressant l'ordre public ; l'ordre public doit être entendu ici dans le même sens que celui qui détermine sa compétence d'avis à l'article 9 du code de l'organisation judiciaire. Pour autant qu'il aurait connaissance de l'introduction d'une requête, le ministère public peut demander communication de la requête et du dossier en toute cause dans laquelle il croit son ministère nécessaire, sans retarder la solution de la demande.

(503) La formule quelque peu désuète, mais à l'abri de toute équivoque est demeurée en honneur : « A Monsieur le président du tribunal de…….à……a l'honneur d'exposer (nom, qualité, profession, domicile) ;.. ……se cloturant par l'interpellation « Plaise à Monsieur le Président d'ordonner…….. ».

(504) SEIGNOLLE J., o.c., T.II, n°21, p.33.

265. La forme et l'objet de l'ordonnance

En la forme ordinaire, les ordonnances reprennent en préambule les termes de la requête : le nom et l'identité du requérant, l'objet et la date de la demande, définissant le pouvoir dispositif du juge, le nom et la qualité du juge ; si ce n'est pas le président qui rend l'ordonnance, il est d'un bon usage d'indiquer si le juge qui rend l'ordonnance agit en son lieu et place pour cause d'empêchement ou en vertu d'une décision de répartition des tâches ; l'omission de justifier le remplacement ne serait cependant pas une cause de nullité ([505]). Le nom et la qualité du greffier est une mention obligatoire (art. 63, C.org. jud.) à peine de nullité ([506]). La motivation de la décision n'est requise que dans le cas où la loi l'impose ([507]) ; il convient cependant que le juge motive ses ordonnances et particulièrement les ordonnances de rejet, afin d'éviter les suspicions d'arbitraire et surtout pour orienter le requérant vers les voies légales. Il y a lieu de considérer que lorsque la loi interdit de motiver l'ordonnance d'homologation du consentement du tuteur, nécessaire pour valider l'adoption d'un orphelin mineur (art.223 CC-L.I). Le dispositif peut faire droit à tout ou partie de la requête, ou peut la rejeter pour le tout ; il convient évidemment que le juge dise s'il estime la requête mal formulée (irrecevable), ou mal dirigée (hors de sa compétence), contraire ou seulement inopportune ou inadéquate ([508]), il a le droit d'imposer des conditions, de faire des restrictions ou des réserves ([509]). Lorsque la voie de la requête est imposée aux parties en vue d'assurer la régularité de la procédure, le président n'est pas juge de l'opportunité : il est tenu de faire droit à la requête ([511]). Les ordonnances doivent enfin être datées et signées par le juge et par le greffier ([512]).

(505) o.c., n° 20, p.32 ; si la régularité du remplacement doit être présumée, il n'est pas moins vrai que le magistrat qui s'arrogerait d'exercer les prérogatives du président de juridiction alors qu'il ne le remplace pas en vertu de la loi (art. 33, 40, 48 Code de l'organisation judiciaire) se rend coupable d'un excès de pouvoirs et que toute ordonnance prise sans pouvoirs peut être annulée (II, 265).

(506) Elis., 25 mars 1916, R.J., 1932, p. 129.

(507) Parfois l'obligation de motiver est implicite. Ainsi l'article 233 de la loi du 30 juillet 1973 qui impose en son alinéa 3 « l'examen de tous les actes ou documents » implique que le juge doit rendre compte de l'accomplissement de ce devoir en reprenant aux motifs le crédit qu'il a accordé à ces pièces, par contraste l'alinéa 2 qui lui impose et ordonne la publication de la requête, lui accorde un pouvoir discriminatoire càd qu'il n'a pas justifié (ni donc à motiver) le choix des journaux dans lesquels il impose la publication.

266. Le caractère exécutoire des ordonnances sur requête

Les ordonnances sur requête sont exécutoires sur tout le territoire de la République dès leur signature par le juge et par le greffier.
Dans les cas où l'appel est prévu, l'exercice de ce recours suspend l'exécution. Il ne semble pas qu'en ces cas le juge puisse dire son ordonnance exécutoire par provision, c'est-à-dire nonobstant tout recours.

Il va de soi que, ni l'introduction d'une contre-requête (pseudo tierce opposition), ni une action en nullité ne suspendent le caractère exécutoire des ordonnances ; celles-ci demeurent exécutoires jusqu'au moment où l'ordonnance est rapportée ou la nullité prononcée.

L'exécution d'une ordonnance sur requête se fait toujours aux risques et périls du requérant. Le juge n'ayant rendu qu'une décision provisoire, fondée sur les éléments que le requérant lui a fournis, celui-ci sera tenu de

réparer le préjudice causé à un tiers, s'il révèle ultérieurement que l'ordonnance n'est pas justifiée ; il ne pourra se libérer de son obligation à payer des dommages-intérêts en invoquant sa bonne foi ou la permission du juge.

Le juge ne pourrait être tenu responsable du préjudice causé par son ordonnance que s'il était prouvé, dans une « prise à partie »,qu'il a agi par dol ou par concussion (II, 244).

(508) Quelquefois le président refuse d'accorder l'autorisation de loi sollicitée, uniquement parce qu'on n'a pas eu la précaution de lui fournir les justifications nécessaires, SEIGNOLLE, J., o.c., n°26, p.37. Le requérant averti de cettelacune peut immédiatement réintroduire une nouvelle requête portant sur le même objet.

(509) loc.cit., p.36.

(510) Le juge ne pourrait par exemple pas déroger au délai légal d'assignation prévu par l'article 109 du Code de procédure civile, ni omettre de fixer un délai lorsque l'article 138 est d'application.

(511) Ainsi, le président du tribunal de première instance ne pourrait-il refuser de désigner un ou trois arbitres en cas de désaccord des parties dans l'exécution d'une clause compromissoire (art.161, C. proc.civ.). Le refus refus d'appointer pareille requête constituerait un déni de justice.

(512) Jugé cependant qu'une ordonnance n'est pas nulle si le greffier a dûment assisté le juge et que sa signature a été omise par oubli ; erreur matérielle qu'il peut réparer a posteriori. Ière inst. Buta (appel), 8 septembre 1927, R.J., 1929, p.207.

267. Les recours contre les ordonnances sur requête

L'opposition, ou la tierce opposition de la partie à laquelle l'ordonnance fait grief, n'est pas expressément organisée en droit congolais. Cependant, rien n'empêche la partie qui s'estime lésée d'adresser à son tour une requête au juge de l'ordonnance, postulant une modification ou même l'anéantissement des mesures prises. Le juge mieux informé a en effet le pouvoir de modifier sa décision ou de la rapporter ; l'ordonnance n'a pas force de chose jugée, elle ne dessasit pas le juge.

Certains présidents de juridictions ont préféré prévenir ces avatars en convoquant les personnes qui, pouvant être touchées par les effets de l'ordonnance,ont intérêt à l'éclairer avant que ne soit prise la décision. Cette précaution me paraît légitime, du moins dans tous les cas où l'effet de surprise n'est pas essentiel à l'efficacité de la mesure ordonnée ([513]). Lorsqu'il s'agit de mesures préparatoires à une action en justice, les juges de l'ordonnance renvoient volontiers à l'audience juridictionnelle l'examen du bien fondé des mesures prises.

L'appel des ordonnances sur requêtes n'est pas recevable, sauf dans le cas où la loi le prévoit expressément.

Le pourvoi en cassation devant la section judiciaire de la Cour suprême de Justice n'est pas recevable, ce recours ne pouvant être exercé que contre les jugements et arrêts des cours et tribunaux (Const. Art, 60, 1°)

(513) Dans le cas des saisies mobilières ou de l'opposition de scellés par exemple, il ne faudrait pas que cette interpellation du propriétaire ou du détenteur des biens ou des documents leur donne l'occasion d'enlever ou détruire les objets visés.

L'adage « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements » ne s'applique cependant pas aux ordonnances. Par voie de demande incidente, une partie peut dès lors soulever l'exception de nullité si au cours d'un procès il lui était reproché d'avoir méconnu une ordonnance, estimant qu'elle était nulle. Une demande en nullité par voie d'action principale est cependant plus délicate : le tribunal compétent serait celui que préside le juge de l'ordonnance ;sans doute celui-ci devrait se récuser pour ne point statuer sur la nullité de ses propres actes ; il n'en serait pas moins déplaisant de voir le tribunal censurer son président. Le jugement rendu sur une demande

incidente ou principale en nullité d'une ordonnance serait évidemment susceptible d'appel ; et la décision rendue au degré d'appel serait susceptible de pourvoi.

CHAPITRE XIV : LES REFERES

268. Le référé

Le droit congolais utilise à l'article 123 du Code de procédure civile le verbe « référer », traitant des difficultés pouvant surgir lors d'une saisie exécution ; l'analyse grammaticale de la phrase semble cependant indiquer que c'est l'huissier qui peut en référer au juge ; il faudrait entendre, en ce cas, qu'il peut demander des instructions quant aux modalités de l'exécution. L'article 122 du Code de l'organisation judiciaire dit « le tribunal » de première instance, de sous-région ou de paix, compétent pour connaître de l'exécution de toute décision de justice (donc aussi des ordonnances) ; c'est par la voie de l'*assignation* que les *tribunaux* sont saisis et ils se prononcent par un jugement.

Le droit congolais ignore la procédure en référé accordant au président de juridiction le pouvoir de statuer contradictoirement au provisoire sur les difficultés relatives à l'exécution d'une décision judiciaire et en cas d'urgence, en toute matière rentrant dans la compétence de la juridiction qu'il préside ([514]).

Nous avons signalé qu'en fait le juge des ordonnances saisi d'une demande de nature à faire grief à un tiers peut interpeller celui-ci avant de prendre sa décision (II, 266) ; le fait d'avoir reçu ou demandé cette information n'enlève cependant pas le caractère unilatéral de l'ordonnance et son omission ne donne pas ouverture à opposition ni (sauf dérogation légale expresse) à l'appel ([515]).

Pour ce qui est des difficultés qui peuvent surgir lors de l'exécution d'une décision judiciaire, la partie qui invoquerait une exécution abusive n'a légalement d'autre moyen que l'assignation de la partie qui exécute devant le tribunal qui a rendu le jugement, tandis que l'huissier se heurtant à l'opposition de cette partie, pourra en « référer » au juge du lieu où s'exécute le jugement. Rien ne pourra empêcher ladite partie de s'adresser à ce juge pour l'éclairer sur les motifs de son obstruction ; il pourrait invoquer, par exemple, qu'il a déjà payé, que la condamnation n'a pas été prononcée contre lui mais contre un homonyme, que la décision est frappée d'appel, etc ([516]) ; il est bien évident que si ces arguments paraissent fondés, ledit jugement suspendra provisoirement l'exécution, bien qu'il ne puisse interrompre les opérations de saisie (art. 123 C.proc.civ.). La victime devra assigner la partie qui l'exécute abusivement en mainlevée de saisie et éventuellement en dommages-intérêts, les lenteurs de la procédure judiciaire aggravant le préjudice…

QUATRIEME PARTIE

LES VOIES D'EXECUTION

CHAPITRE XV : LE DROIT A L'EXECUTION

269. La notion du droit à l'exécution

Toute obligation qui crée un droit subjectif confère au créancier du droit d'en obtenir l'exécution [517]. Normalement, le débiteur de l'obligation (de donner ou de faire), se sachant tenu en vertu du droit, exécute volontairement ses obligations contractuelles ou légales sans intervention de la justice.

Sauf en des cas particuliers (I, 4), il n'est pas permis au créancier du droit d'user de la force pour obtenir l'exécution de l'obligation qui lui est due ; ceci mènerait à des voies de fait, sources de désordres.

L'exécution forcée ne peut se faire, au Congo [518], que sous le contrôle de la justice. En principe, on ne peut y recourir qu'après une mise en demeure (II, 27).

270. Les actes exécutoires

Les actes authentiques peuvent être revêtus de la *formule exécutoire* par l'officier ministériel compétent (notaire) [519]. L'exécutoire oblige cependant celui qui en bénéficie à avoir recours aux agents de l'Etat (huissier et éventuellement à l'intervention des magistrats du ministère public, les agents de la force publique) pour contraindre la partie qui manque à ses engagements à les exécuter de force. Les actes authentiques ont d'ailleurs une force probante particulière qui a pour conséquence que le juge doit autoriser l'exécution provisoire (II, 135), des jugements qui y trouvent leur fondement.

(517) P.CATALA et Fr. TERRE : civile et voies d'exécution, Paris, 1965, p.293 et s.
(518) Plusieurs coutumes connaissent le droit de s'emparer d'un gage pour engager la palabre devant les juridictions traditionnelles. Cette coutume n'est pas contraire à l'ordre public national. V. J.M. PAUWELS, Répertoire de droit coutumier 1954-1967, Kinshasa, 1970, p.159,V°gage,1.
(519) GILOT P : Les délivrances de grosse et l'exécution des actes notariés au Congo belge, R.I., 1956, p.1.

En matière de *mutation de droits immobiliers*, le conservateur des titres immobiliers auquel est présenté un acte authentique de mutation de droits opérera le transfert des droits immobiliers à la requête unilatérale de l'acquéreur, pourvu que celui-ci lui présente également le certificat d'enregistrement. Il y a donc bien en ce cas un titre exécutoire, sans contrôle de la justice, mais sous le contrôle d'un fonctionnaire, officier ministériel : le conservateur des titres fonciers.

En matière d'hypothèque, la clause de la voie parée donne également, en principe, force exécutoire au contrat (passé en forme authentique) ; mais l'exécution forcée ne peut cependant se faire que sous le contrôle du juge (II, 285).

En matière de *droit social*, les procès-verbaux de conciliation dressés par l'inspecteur du travail peuvent être revêtus de la formule exécutoire (II, 273) par ordonnance du président de la juridiction qui eut été compétente pour connaître du litige. Formulation ambiguë, puisque c'est le greffier qui appose la formule exécutoire ; solution incertaine, puisque la compétence ne peut être appréciée qu'en supputation de la valeur d'un litige qui n'est pas né. Il est sans doute opportun de soumettre au contrôle judiciaire l'exécution forcée d'un procès –verbal de conciliation, mais la sécurité juridique eut gagné à ce que ce pouvoir soit conféré au juge professionnel le plus proche du lieu de l'exécution (président du tribunal de paix ou,à défaut du tribunal de sous-région)sans limitation de compétence.

271. le caractère exécutoire des jugements

Le juge constitue le titre exécutoire par excellence (520).chaque fois qu'un jugement condamne une partie à faire ou à payer quelque chose, la grosse de cette décision du tribunal revêtue de la formule exécutoire permet au bénéficiaire de la condamnation civile d'exécuter de force les dispositions du jugement, encore qu'elle ne puisse le faire que par l'office de l'huissier.

L'exercice de recours suspend cependant la force exécutoire des jugements, à moins que le jugement ne soit dit exécutoire nonobstant tout recours (II, 136).

(520) G. CORNU et J. FOYER : o.c., p.440.

Le jugement peut également prévoir des délais, des conditions d'exécution qui font obstacle à l'exécution immédiate du jugement.

Les jugements ne peuvent normalement être exécutés qu'après *signification* et, s'ils comportent une condamnation après *commandement* fait au débiteur de l'obligation. Il est cependant des jugements dits « exécutoires sur minute », ce qui signifie qui signifie que le jugement peut être exécuté dès le prononcé ; il s'agit toujours de jugements avant dire droit qui organisent la procédure : désignation d'experts, mesures probatoires ou mesures conservatoires et mesures provisoires (CC-L.I art.150 à 152 en matière de divorce).

272. La grosse du jugement

Le greffier est le « conservateur » des minutes des jugements revêtus de la signature des juges qui ont rendu la décision et de la signature du greffier qui a siégé à l'audience de prononciation.

Le greffier peut délivrer, contre paiement des frais (II, 303), autant d'expéditions du jugement qu'il en sera requis par toute partie à la cause ; ces expéditions seront authentifiées par sa signature. Il ne peut délivrer qu'une seule « grosse » (I, 74) exécutoire et ce à la seule partie qui a intérêt à faire exécuter le jugement ; ceci pour prévenir qu'une seule partie use d'une même décision pour obtenir plusieurs fois les avantages qui lui sont accordés par le jugement.

Exceptionnellement, et avec la permission du président de la juridiction, le greffier peut délivrer une deuxième grosse. Tel serait le cas, par exemple, si deux parties avaient un intérêt différent à faire exécuter deux dispositions différentes d'un même jugement, ou encore si le jugement devait être exécuté pour une part en lieu et pour une autre part en un autre lieu sans souffrir de délais. Il a été admis qu'en cas de perte de la grosse, le président de la juridiction pouvait autoriser la délivrance d'une deuxième grosse. Dans tous les cas où le greffier délivre une deuxième grosse, il mentionne au pied de l'acte en vertu de quelle ordonnance du juge il a procédé à cette mesure.

273. La formule exécutoire

C'est au greffier de chaque juridiction qu'est accordé, en sa qualité d'officier ministériel, de revêtir de la formule exécutoire les jugements rendus en sa juridiction. Par l'inscription de cette formule sur la « grosse » du jugement, le greffier, agissant au nom du chef de l'exécutif de l'Etat, requiert les huissiers, les officiers du ministère public et les autorités de la police et de l'armée, d'exécuter les jugements, ou respectivement de prêter main-forte à l'exécution, lorsqu'ils en sont régulièrement requis.

La formule exécutoire en vigueur est libellée dans l'Arrêté du Chef de l'Etat daté du 1er juillet 160(Moniteur congolais 1960, p.2117).

L'inscription de la formule exécutoire suivie de l'apposition du sceau du tribunal et de la signature du greffier est une mesure purement formaliste ; sa signification est que le greffier a vérifié et attesté qu'il s'agit d'un jugement régulièrement rendu et que l'expédition dont il l'a revêtue est la grosse du jugement [521].

274. La signification du jugement

Signifier un document à quelqu'un est une opération par laquelle la preuve légale est établie de ce que la personne à laquelle signification est faite a pris connaissance du contenu du document signifié. La signification parfaite d'un jugement se fait dès lors par un exploit d'huissier parlant à la personne condamnée, lui faisant lecture du jugement rendu, dressant procès-verbal de cette opération et laissant à la personne à laquelle il a fait signification, copie de son exploit et copie du jugement. Le code de procédure civile ne précise pas quelles sont les modalités valables de signification de jugement ; la jurisprudence en a déduit qu'il y avait lieu d'appliquer analogiquement les dispositions prévues pour la signification des assignations (II, 57). Il y a donc présomption légale de ce que le signifié a une connaissance du jugement intervenu dès lors que l'une des formalités valables pour l'assignation aura été accomplie. Aucun autre mode de preuve de ce que le jugement était connu du condamné ne peut tenir lieu de signification ; par exemple, le fait que le jugement ait été publié dans les journaux, ou même que le condamné se trouvait en personne à l'audience de prononciation [522]. Il est cependant des jugements contradictoires exécutoires sur minute (II, 51 A, 271). En pratique, lorsque le jugement comporte condamnation, il y a un intérêt majeur à ce que la signification se fasse par huissier s'adressant à personne ou tout au moins au domicile du condamné en vue d'entamer les opérations ultérieures de l'exécution forcée.

275. Le commandement

L'article 120 du Code de procédure civile impose de faire un commandement préalable à la saisie-exécution.

Le commandement préalable à l'exécution forcée, n'est autre qu'une *mise en demeure* ; elle est faite par les offices de l'huissier ; elle peut être faite en même temps que la signification du jugement et se trouve actée dans l'exploit dit de signification avec commandement. Le commandement doit contenir élection de domicile au siège du tribunal dans le ressort duquel le jugement doit être exécuté, à moins que le demandeur y soit domicilié. Cette élection de domicile est valable jusqu'à la fin des poursuites, y compris les opérations éventuelles de distribution (II, 286 à 289).

La mise en demeure étant une formalité normale préalable à l'exercice du droit à l'exécution (II, 269), il faut admettre que le commandement préalable à l'exécution forcée s'impose, non seulement avant la saisie-exécution mobilière, mais avant toute exécution forcée ; il en est ainsi pour la saisie immobilière en vertu d'un texte exprès (art.5, Ord.12 novembre 1886-3 mai 1887), mais aussi en vertu de principes généraux du droit pour toute exécution directe telle que l'attribution de la garde des enfants à l'un des époux divorcés ou en instance de divorce ou encore avant l'enlèvement d'un objet dont la remise a été ordonnée ou de démolitions à effectuer ou d'ouvrages à exécuter en lieu et place et aux frais du condamné, lorsque celui-ci se soustrait à une obligation de faire.

Ce n'est que dans le cas où le commandement préalable risquerait de compromettre l'exécution de par la mauvaise foi du

(521) Les actes notariés ont également force exécutoire lorsqu'ils constatent une dette certaine et liquide. Le notaire peut délivrer une expédition sur une expédition dite la « grosse » revêtue de la formule exécutoire : art.9 de l'ordonnance-loi du 6 juin 1966.

(522) Rappelons cependant que lorsque le jugement était rendu « par défaut », les délais d'opposition ne courent qu'à dater de la signification à personne, ou de la date à laquelle l'intéressé a eu connaissance de la signification ou qu'il a eu connaissance d'un acte d'exécution ou enfin que l'exécution soit consommée : art.61 ; code de procédure civile ; voir supra II, 166.

Condamné que, en l'absence d'un texte exprès, l'huissier pourrait passer à l'exécution, sans délai, dès signification ; l'huissier aura la prudence de demander au juge compétent pour connaître de l'exécution (II, 124,268) s'il peut donner suite à une requête de la partie exécutante qui demande de passer outre la formalité du commandement préalable.

276. Les défenses à l'exécution

Nous avons déjà signalé que l'exercice d'un recours ordinaire (II, 167, 188) suspend l'exécution des jugements lorsque l'exécution provisoire n'est pas autorisée ; la procédure accomplie n'est pas pour autant annulée ; elle se trouve simplement paralysée ;si le recours était irrecevable ou non fondé, la procédure reprendrait son cours au point où elle a été laissée au moment du dépôt de l'acte d'opposition ou d'appel, et ce dès que la décision d'appel est signifiée.

Lorsque l'exécution provisoire a été ordonnée en dehors des cas prévus par l'alinéa 1 de l'article 21(523)[47] du code de procédure civile, l'appelant peut obtenir par une procédure par assignation à bref délai devant la juridiction d'appel qu'il soit fait défense à l'exécution provisoire (art.75) ; dans ce cas encore, le jugement (ou l'arrêt) faisant défense à l'exécution n'annule pas la procédure d'exécution déjà accomplie, mais la fige au point où elle se trouve au moment du prononcé des défenses[48]. Aucune procédure n'est prévue permettant d'obtenir, soit que l'exécution puisse se poursuivre sans caution alors que le jugement impose cette condition, ou inversement à imposer la caution pour condition à la poursuite de l'exécution(II, 135,189).

Rappelons encore que si les recours extraordinaires ne suspendent pas en principe l'exécution des jugements[49], il faut faire exception pour les jugements modifiant l'état des personnes (divorce, désaveu d'enfant, recherche de paternité) qui ne sont exécutoires qu'après écoulement du délai de cassation, ou s'il y a eu pourvoi, après le rejet du pourvoi (II, 233)

277. L'exécution abusive

L'exécution des jugements se fait dans tous les cas aux risques et périls du requérant de l'exécution ; ceci veut dire que si le jugement était mis à néant après qu'il a été exécuté, l'exécutant ne sera pas seulement tenu de restituer ce qu'il a indûment touché ou de rétablir la situation qu'il a altérée ; il sera tenu en outre de réparer tout le dommage matériel ou moral causé par l'exécution abusive[50].

---

[47] Pour pouvoir accorder des défenses à l'exécution, il faut que la juridiction soit saisie par un recours et que l'on se trouve dans l'un des cas où l'exécution provisoire était facultative ; encore faudra-t-il que le requérant en défense prouve qu'il y a lieu de lui accorder cette faveur. Elis, 1er juillet 1961, R.J., p.155 : 15 mars 1966, R.J., p.231.
D'autres décisions estiment, à tort croyons-nous, que la juridiction d'appel ne peut accorder les défenses que lorsque le premier juge a ordonné l'exécution provisoire en violation d'une disposition légale. Léo., 2octobre 1952, R.J., p.51, Léo., 7 juillet 1953, R.J., p.247 ; Appel R.U., 21 décembre 1955, R.J., 1956, p.137.

Confirmant la première interprétation, voir aussi Elis., 1er juillet 1961, R.J., 1962, p.156), admettant la recevabilité d'une demande de défense contre un jugement exécutoire par provision, ordonnant un déguerpissement (R.J., 1962, p.156).

[48] Une demande en défense d'exécution provisoire est sans objet lorsque l'exécution est consommée, L'shi., 1er octobre 1969, R.J., 1970, p.45.

[49] Jugé cependant (Elis., 7 septembre 1954, R.J., p.325) que la demanderesse déboutée d'une action en divorce, mais qui s'est pourvue en cassation ne commet pas d'injure grave (cause de divorce) en refusant de réintégrer le domicile conjugal pendant l'instance en cassation.

[50] Elis., 9 octobre 1951, p.12 ; Léo., 8 décembre 1953, R.J., 1954, p.77 ; Léo, 30 octobre 1956, R.J., 1957, p.15.

CHAPITRE XVI

LES PROCEDURES D'EXECUTION FORCEE

278. Les modes d'exécution forcée

On a imaginé divers moyens de contrainte physique et morale ainsi que l'expropriation d'une partie ou du total du patrimoine pour vaincre la résistance du condamné à exécuter les décisions de justice.

Le mode d'exécution dépendra de la nature du dispositif du jugement. Lorsque l'exécution directe est possible, c'est évidemment en usant de la force pour atteindre le résultat prescrit par le jugement qu'il y a lieu d'agir. Lorsqu'une obligation de faire est imposée au condamné, on peut user soit de l'astreinte, soit faire exécuter l'ouvrage par un tiers aux frais du condamné. Lorsqu'il y a obligation de payer, il est plus indiqué de saisir certains éléments du patrimoine, de les réaliser pour affecter le prix au paiement de la dette.

279. La contrainte par corps

La procédure civile congolaise ne connaît pas la contrainte par corps (dite prison pour dettes) que nous trouvons encore dans la procédure pénale (III, 204 et 318) ; les juridictions traditionnelles appliquent cependant la contrainte par corps ; si celle-ci a pour but et pour effet d'exercer une pression sur le débiteur de mauvaise foi qui cache les biens sur lesquels l'exécution eut pu se faire, cette mesure reste parfaitement défendable ; elle est plus douteuse si elle a pour but d'exercer une pression sur les membres de la parentale pour les amener à se cotiser en vue de libérer un parent ; elle serait immorale si elle faisait subir une « peine » à un débiteur insolvable.

280. L'exécution en nature

Chaque fois qu'elle se révèle possible(notamment lorsqu'il y a un droit réel), il faut donner la préférence à l'exécution directe : si un objet attribué au demandeur se trouve aux mains du condamné, il faut le lui enlever pour le remettre au légitime propriétaire ; si le condamné occupe indûment un immeuble dont la jouissance revient au demandeur, il faut en expulser le premier pour mettre en possession le second.

281. L'exécution par équivalent

Lorsque la condamnation porte sur une obligation de donner une certaine quantité de denrées, le jugement peut prévoir qu'à défaut d'avoir livré la marchandise dans un délai fixé, le demandeur pourra s'en procurer telle quantité sur le marché et exiger le remboursement du prix qu'il y a affecté.

Cette modalité d'exécution n'est guère recommandable, pouvant donner lieu à la discussion sur le prix et ouvrant ainsi un nouveau procès ; mieux vaut fixer l'alternative de la fourniture ou du paiement d'un montant déterminé.

Lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, la solution peut se trouver à faire faire par un autre, et aux frais du condamné, ce que celui-ci aura refusé de faire dans le délai prescrit par le jugement. Il en serait notamment ainsi lorsque le jugement condamne à une démolition d'ouvrages, ou encore lorsqu'il ordonne à une entreprise qui n'a pas rempli une obligation du cahier de charges de l'accomplir dans un délai déterminé.

282. L'astreinte

Un autre moyen de contraindre le condamné à exécuter une obligation de faire est l'astreinte. L'astreinte est, au sens strict du mot, une pénalité infligée proportionnée à la durée du retard, pour non-accomplissement d'une obligation civile ; bien que notre droit civil connaisse la clause pénale dans les contrats, il répugne à l'idée que, d'une part, une *peine* puisse infligée par la justice, sans qu'il y ait « infraction » et que, d'autre part, un particulier puisse être bénéficiaire d'une « amende » qui l'enrichirait éventuellement sans cause.

Cependant, si l'abstention d'exécuter une obligation de faire causait un préjudice continu et évaluable, rien n'empêche le juge d'attribuer au titre de dommages-intérêts compensant ce préjudice, une indemnité journalière qui court jusqu'à ce que l'obligation de faire ait été accomplie. La jurisprudence française a largement développé l'application de l'astreinte[51] qui agit essentiellement comme moyen de pression pour amener le débiteur de l'obligation à s'exécuter, mais qui, à défaut, se traduit par la formation d'une obligation de payer qui peut être exécutée sur le patrimoine (II, 283 s). Suivant la tradition de la jurisprudence belge, les juridictions du Congo se sont montrées plus réservées à en faire application[52]. Sauf à éviter que l'astreinte ne soit une cause d'enrichissement, pour le demandeur, ou pire qu'elle soit si modérée que le défendeur s'en accommode pour ne jamais exécuter son obligation, ce mode d'exécution mérite d'étendre son champ d'application.

283. La saisie-arrêt

Lorsque la condamnation porte sur une somme d'argent, le mode d'exécution le plus adéquat consiste à « saisir » une portion du patrimoine du condamné et d'affecter cette valeur au paiement.

Si le condamné a des créances près des tiers, le bénéficiaire de la condamnation peut, même avant la signification du jugement de condamnation, saisir-arrêter aux mains des tiers les sommes et effets mobiliers appartenant à son débiteur ou s'opposer à leur remise, en énonçant le montant pour lequel la saisie-arrêt est faite (art.106 Code de procédure civile). Par somme appartenant à un tiers, il ne faut pas seulement entendre l'argent qui serait en dépôt, mais toute créance née, même si elle n'est pas échue ; on ne peut pas saisir-arrêter une créance future ni une créance incessible[53] ; une créance régulièrement cédée ne peut plus faire l'objet d'une saisie-arrêt entre les mains de cédant[54].

La saisie-arrêt doit être pratiquée par un exploit d'huissier qui doit mentionner le titre (en l'occurrence le jugement) en vertu duquel il agit (ib.art.108)[55] ; l'exploit mentionnera en outre le nom et l'identité du saisissant ainsi que ceux de la personne dont le patrimoine est saisi.

A dater de la saisie-arrêt, le tiers saisi doit retenir, à concurrence du montant saisi-arrêté les sommes dues au condamné à peine d'être tenu de les payer en son lieu et pace. Si le tiers saisi effectuait encore des paiements au débiteur saisi, il serait tenu de payer une deuxième fois aux mains du saisissant sans qu'il soit nécessaire de prouver sa mauvaise foi.

---

[51] RIGAUX : o.c., p.399.
P. CATALA et Fr.TERRE : o.c., p.304.

[52] Plusieurs décisions condamnent à l'astreinte :1e inst. Coq., 15 novembre 1926, R.J., 1930, p. 269 ; Léo., 9 février 1928, R.J., p. 139 ; voyez cependant : L'shi., 20 août 1968 (R.J., 1969, p.47), prévoyant une astreinte par jour de retard en cas de refus de remettre un enfant à son père, décision sévèrement critiquée : 1ère inst. Léo., 12 juillet 1935, R.J., 1940, p.105 (avec note) ; d'autre part un jugement a admis la condamnation pour préjudice futur, mais certain : 1ère inst. Elis., 27 juillet 1939, R.J., 1947, p.65.

[53] Un bail incessible ne peut être saisi-arrêt :Appel R.-U., 5 mai 1953, R.J., p.202.

[54] Elis., 14 février 1965, R.J., p.199 ; Kinshasa, 29 décembre 1970, R.J., 1971, p.51.

[55] Si la saisie-arrêt ne peut être pratiquée qu'en vue du paiement d'une créance certaine et liquide déterminée qui doit être indiquée dans l'exploit, elle n'est cependant pas limitative à cette seule créance. Elis., 28 juillet 1953, R.J.,p.280 ; Léo., 10 novembre 1958, R.J., 1960, p.165.

Dans la quinzaine de la saisie-arrêt, le saisissant est tenu de la dénoncer au condamné, d'en demander *validation* par voie d'assignation et de dénoncer son assignation au tiers saisi. En pratique, cela se fait par un seul exploit de dénonciation-assignatin faite au débiteur, une copie de l'assignation étant signifiée au tiers saisi. Seul le tribunal du domicile du débiteur saisi est compétent pour connaître de la validation de la saisie-arrêt (art.112)[56]. Faute d'avoir demandé la validation dans ce délai, la saisie-arrêt est nulle et dépourvue d'effets[57] ; faute d'avoir dénoncé l'assignation en validation au tiers saisi, celui-ci peut effectuer après l'écoulement de la quinzaine la liquidation des sommes dues, sans encourir de responsabilité.

Le débiteur peut prendre les devants et assigner en *mainlevée de saisie-arrêt* devant le tribunal de son domicile (art.112), sans attendre l'audience à laquelle la demande en validation se trouve fixée ; il obtiendra normalement l'abréviation des délais pour agir en mainlevée. Cette assignation est également signifiée au tiers saisi.

Par l'assignation en validation ou par l'assignation en mainlevée, si elle l'a battue de vitesse, le tribunal se trouve pareillement saisi, d'une part, de la demande en validation et, d'autre part, de la demande en mainlevée ; si la saisie-arrêt n'était pas justifiée, le tribunal prononcera lamainlevée, quand même le saisi ne l'aurait pas demandée[58](il la prononcera même si le saisi fait défaut) ; si la saisie-arrêt était abusive, le saisi peut soit en son assignation en mainlevée, soit par voie de conclusions en défense contre la demande de validation, réclamer des dommages-intérêts en justifiant le préjudice subi.

Ce n'est qu'après que la saisie se trouve validée que le tiers saisi est obligé -sur sommation- de déclarer ce qu'il doit au saisi. Si ce sont des effets mobiliers, il doit en fournir inventaire, si ce sont des marchandises en espèces, il lui suffit d'en indiquer la quantité et la nature. On doit regretter que le tiers saisi ne soit pas tenu de déclarer dès la saisie-arrêt, ou tout au moins dans un délai très bref à partir de cette date, si les valeurs qu'il doit couvrent ou non la créance ; on éviterait ainsi bien des pertes de temps et de frais. En fait d'ailleurs, le tiers saisi-peu enclin à être entraîné dans une procédure- fera généralement connaître spontanément au saisissant s'il y a quelque actif, à moins qu'il ne se trouve empêché par le secret professionnel[59]. Si la déclaration, faite sur sommation, était contestée, le tiers saisi peut être assigné devant le tribunal de son domicile, le saisissant ayant la charge de la preuve de ce que le tiers saisi devait quelques sommes ou valeurs à son débiteur.

Dès la validation, le tiers saisi doit verser les sommes dues et échues au saisissant à concurrence de la saisie ; si la dette n'est pas échue, il ne doit effectuer le paiement qu'à l'échéance[60].

Si la saisie porte sur des objets ou sur des marchandises, celles-ci sont remises à l'huissier, qui procède à la vente comme pour la saisie mobilière (II, 384).

Le tiers saisi qui n'aurait pas fait de déclaration, qui aurait déclaré une somme inférieure à celle qui était due ou qui aurait effectué des paiements au mépris de la saisie « peut » être condamné à payer au

---

[56] 1ère inst. Léo., 29 juillet 1955, R.J., 1956, p.57 ; la décision 1ère inst. Stan., 26 novembre 1954, (avec note), R.J., 1955, p.387 est manifestement aberrante.

[57] Voir cependant en sens contraire : 1ère inst. Elis., 5 mai 1951 (avec note). R.J., 1952, p.127.

[58] Léo., 20 mars 1956, R.J., p.284.

[59] Rappelons que l'article 73 du C.P.P. punit la violation du secret professionnel « hors les cas où la loi oblige à les révéler » ; tel serait le cas du banquier qui ne peut faire connaître la créance avant d'être sommé.

[60] Jugé que le tribunal ne peut valider une saisie pratiquée sur les créances non échues à la date de la validation : 1ère inst. Elis., 5 juin 1941, R.J., 1946, p.69.

lieu et place du débiteur[61] ; suivant la jurisprudence, il « doit » être condamné chaque fois que le saisissant a été lésée par la mauvaise foi du tiers saisi[62].

La *saisie-arrêt conservatoire* peut être autorisée par le juge du domicile du débiteur ou par le juge du domicile du tiers saisi. Le tribunal de sous-région a compétence pour autoriser la saisie-arrêt conservatoire quel que soit le montant de la créance (art.131, C.proc.civ.)[63].

Avant d'autoriser la saisie-arrêt, le juge doit vérifier si la créance est sérieuse. Lorsque la saisie est pratiquée sur ordonnance du juge, elle doit être dénoncée et validée dans les mêmes délais que la saisie-exécution ; l'assignation en validité doit être complétée d'une demande de condamnation aux sommes pour laquelle la saisie a été autorisée ; le tribunal du domicile du débiteur est seul compétent (art.112) ; c'est cette assignation en condamnation et en validation qui est signifiée au tiers saisi pour répondre au vœu de l'article 109.

284. La saisie mobilière

La saisie-exécution mobilière consiste à mettre la main sur des biens meubles appartenant au débiteur condamné[64],aux fins de les réaliser, pour en attribuer le produit au créancier titulaire d'un jugement, à concurrence du montant dû.

Cette « expropriation » ne peut se faire que dans les formes rigoureusement fixées par la loi, pour la protection des intérêts respectifs des parties et des tiers. La saisie ne peut être pratiquée que vingt-quatre heures après le commandement (II, 275), elle doit être pratiquée par un huissier, assisté de deux témoins et hors la présence du saisissant, ceci afin d'éviter des incidents entre les parties ; la présence du saisi est au contraire permise et même souhaitée ; s'il est présent, il ne sera procédé à la saisie qu'après un *itératif-commandement*, lui offrant une chance d'éviter l'exécution forcée en payant, ou de suspendre l'exécution en prouvant qu'il a exercé un recours (II, 167 et 168).

Le procès-verbal de saisie mobilière contient les mentions communes à tout exploit (I, 169) : nom de l'huissier, nom, identité et domicile du requérrant, objet de la mission, le titre exécutoire justificatif de la saisie (jugement ou arrêt) et les noms et identité de la personne à laquelle s'adresse l'exploit. En outre, le procès-verbal mentionnera l'itératif commandement, s'il a pu se faire, et fera un inventaire des biens saisis, il désignera éventuellement un gardien[65]des biens saisis et indiquera le jour auquel il sera- à défaut de paiement volontaire-procédé à la vente ; ce procès-verbal est signé par l'huissier et les témoins et est présenté à la signature du saisi. Il ne sera généralement pas nommé de gardien si le saisissant ne l'a pas requis et s'il n'a pas consigné de provision nécessaire pour le rémunérer[66]. S'il n'a pas été nommé de gardien, le débiteur saisi (ou le tiers saisi, si les biens sont en possession d'un tiers) est responsable de leur conservation.

---

[61] Faute d'avoir fait la déclaration, le tiers saisi est présumé avoir entre les mains des valeurs suffisantes pour payer la créance du saisissant ; cette présomption est susceptible de preuve contraire :1ère inst. Stan., 13 avril 1955, R.J., p.397.

[62] Boma, 2 avril 1907, jur.Etat II, p.177.

[63] La compétence générale du tribunal de sous-région en matière de saisies est concurrente de celle du tribunal de première instance du domicile du débiteur ou du tiers saisi lorsque le montant de la créance dépasse celui de la compétence propre du tribunal de sous-région.

[64] La saisie-exécution peut être pratiquée sur des biens qui ne se trouvent pas en la possession du débiteur ; il n'y a pas lieu en ce cas de faire itératif-commandement, mais bien de signifier l'exploit de saisie ou débiteur saisi. 1ère inst. Léo., 30 septembre 1950, R.J., 1951, p. 39..- La saisie pratiquée sur des biens n'appartenant pas au débiteur est nulle (Léo., 28 mai 1957, R.J., p.370) ; mais si les biens paraissent appartenir au débiteur, le propriétaire des biens qui obtient mainlevée de saisie dès qu'il a prouvé sa propriété ne peut réclamer des dommages-intérêts. Appel R.-U., 3 octobre 1961, R.J., 1962, p.3.

[65] La partie saisissante n'est pas recevable à demander que le gardiennat soit retiré à la personne à laquelle l'huissier l'a confié, dit 1re inst. Léo., 15 juillet 1950, R.J., 1951, p.75 (avec note).

[66] Le gardien judiciaire a droit à un salaire ; 1ère inst., R.U., 7 novembre 1960, R.J.R.B., 1961, p.200 ; le tiers détenteur du bien du débiteur n'aura pas droit à un salaire ; cependant, si le dépôt de ces biens, prolongé par le fait de la saisie, lui cause préjudice ou manque à gagner, il peut en réclamer indemnité.

Si l'huissier rencontre une résistance dans l'accomplissement de sa mission (portes fermées, violences, menaces, etc) il peut demander l'assistance de la « force publique », soit en s'adressant à l'autorité locale qui dispose de force de police, soit en s'adressant au ministère public qui peut faire appel à l'Armée nationale.

Si le saisi estime qu'il y a quelque irrégularité dans les opérations de la saisie, il peut en référer au « juge du lieu » où l'exécution se poursuit, dit l'article 123 du code de procédure civile ; l'article 122 du Code de l'organisation judiciaire dit, d'autre part, que « les tribunaux de première instance connaissent de l'exécution de toute les décisions de justice, à l'exception de celles des jugements des tribunaux de sous-régions et des tribunaux de paix qui est de la compétence du tribunal de district »,ce sera donc, suivant le niveau de juridiction qui a rendu la décision exécutée, le président du tribunal de première instance ou le président du tribunal de sous-région du lieu qui aura compétence pour donner des instructions à l'huissier par voie d'ordonnance (II, 262s) ; la requête en référé ne suspend pas les opérations de l'huissier, seule l'ordonnance du juge peut altérer les actes de la saisie. Si l'huissier a pu saisir des deniers, il les dépose au greffe du tribunal. Cette mesure paraît surprenante, ces deniers revenant au saisissant ; cependant l'huissier congolais accomplissant son ministère sous la direction du greffier, il est apparu opportun d'imposer ce canal ; éventuellement, il pourrait y avoir des frais restant dus (II, 303), ou encore des distributions à opérer (II, 287).

Aucune limite n'est fixée quant à l'ampleur de la saisie mobilière qui porte en principe sur l'universalité des biens meubles. S'il est cependant évident qu'une partie des biens peut suffire à couvrir la créance, l'huissier limitera sa saisie à ces biens, sans perdre de vue que les aléas de la vente publique (voir infra) l'oblige à se montrer exigeant.

Il n'est pas dit- à l'instar de ce qui est prévu en matière immobilière (II, 285)- que le saisi peut « contraindre » le créancier à saisir tel bien avant un autre ; en fait l'huissier tiendra compte de ces indications, pourvu que la saisie couvre, sans risques, le montant de la créance poursuivie.

Pour des motifs humanitaires, la loi interdit la saisie du coucher et des habits du saisi et de sa famille, les livres et outils nécessaires à la profession ou au métier du saisi, les provisions suffisantes pour un mois de nourriture ainsi qu'une bête à corne ou trois chèvres ou trois moutons, au choix du saisi. Cette énumération désuète et inadéquate aux contingences de la société congolaise contemporaine doit être interprétée avec bon sens et humanité ; ce que le législateur a voulu, c'est que le patrimoine du débiteur, gage de ses dettes, soit exproprié sans plonger le débiteur dans le dénuement total ; c'est ainsi qu'on ne saisira ni lunettes, ni béquilles, ni dentier, non plus que le chien de l'aveugle….tandis qu'on saisira sans vergogne un vestiaire de complets et une malle de wax, pourvu qu'on laisse au saisi et aux siens de quoi s'habiller et se changer.

Les objets saisis restent la propriété du saisi jusqu'à la vente, les fonds saisis et ceux produits par la vente demeurant sa propriété jusqu'à la distribution (II, 288, 289). Les objets saisis sont toutefois frappés d'indisponibilité. L'article 129 interdit et punit des peines prévues pour le vol, la soustraction, le détournement, l'usage et l'endommagement des biens saisis[67]. Il est généralement toléré que le propriétaire saisi garde, jusqu'à l'enlèvement en vue de la vente, l'usage des meubles meublants qui ne se détériorent pas sensiblement par l'usage en bon père de famille[68]. Il va de soi que lorsque la *gérance* est autorisée, elle comporte le droit d'utiliser les biens saisis (voir infra). L'usage des véhicules saisis ne sera cependant pas permis qu'avec l'autorisation expresse du saisissant[69].

---

[67] PIRET-GERARD : Le détournement d'objets saisis, R.J., 1962, p.1. La jurisprudence de 1re inst. Elis., 4 juin 1959, R.J., 1961, p.66 disant qu'en cas de nullité de la saisie, il ne peut y avoir infraction de détournement est contestable. Il appartient de demander au tribunal de decréter la nullité avant de pouvoir disposer de l'objet saisi ; il en serait de même des objets appartenant à un tiers ; celui-ci ne peut en disposer avant d'avoir vu reconnaître pour fondée la revendication de son bien (art.136).

[68] 1re inst. Stan., 22 septembre 1954, R.J., 1955, p.229.

[69] Voir rapport du Conseil de législation.

L'huissier peut à tout moment, à la requête du saisissant ou d'office, vérifier l'existence et l'état des objets saisis. Il en usera notamment ainsi à la requête d'un deuxième créancier qui, obtenant l'autorisation de saisir, lui fera procéder à un recolement (II, 286).

Lorsque les biens saisis font partie d'un fond de commerce ou d'une exploitation agricole, le juge peut- à la demande du saisissant- établir un *gérant* à l'exploitation (art.124). Si le juge ne peut prendre cette mesure que de l'accord du saisissant, il n'est pas exclu cependant que ce soit à l'initiative du saisi que la gérance soit organisée ; on peut même prévoir- toujours avec l'accord du saisissant –que le saisi soit autorisé à poursuivre lui-même la gestion de son affaire, et notamment qu'il soit autorisé à vendre des objets saisis à charge d'en consigner le prix, ou même à la seule charge de les remplacer.

Il peut arriver que les objets saisis en possession du débiteur ne soient pas sa propriété ; tl sera le cas notamment lorsque le débiteur loue un appartement meublé, ou lorsque, marié sous le régime de la séparation des biens, certains biens sont propres de son épouse. Le saisi peut, bien entendu, oienter l'huissier à saisir de préférence d'autres objets, mais la présomption de propriété afférente à la possession de meubles vaut matière de saisie ; le propriétaire de ces meubles dispose toutefois d'une action en revendication de l'objet saisi ou en opposition à la vente[70] de son bien ; il devra signifier cette opposition par un exploit contenant assignation du saisissant et du saisi devant le tribunal du lieu de la saisie[71] ; l'assignation doit énoncer avec précision les objets revendiqués et indiquer les preuves de propriété que le demandeur entend rapporter ; à défaut de cette précision, l'assignation est nulle ; l'opposant qui succombe peut au demeurant être condamné à des dommages-intérêts si son action aa causé préjudice au saisissant ou au saisi.

La date de la vente est normalement fixée dans l'exploit de saisie ; elle doit être de quinze jours au moins après la saisie ; cette date peut être ultérieurement reportée par une décision du président de juridiction[72] ; mais en ce cas, la nouvelle date de vente doit être signifiée au saisi avec un délai de quinze jours au moins.

La vente se fait aux enchères publiques par un « agent de ventes » et est arrêtée dès qu'elle a produit un montant pour couvrir la créance, les frais et les droits proportionnels dus sur la vente aux enchères (D.27 mars 1943).

S'il apparaît qu'un objet serait vendu à vil prix faute d'amateurs, la vente peut être reportée, à la demande du saisissant, du saisi ou même d'office à l'initiative de l'agent des ventes ; dans ce cas,c'est le juge du lieu de la vente qui fixe la date (qui sera signifiée au saisi avec un délai de quinze jours) à laquelle l'objet sera vendu à tout prix.

La *saisie mobilière conservatoire* [73]peut être autorisée par les juges dès lors que la créance paraît sérieuse et qu'elle se trouve en péril. Il n'y a péril que s'il y a des sérieuses raisons de craindre que le débiteur ne fasse

[70] Cette action est aussi désignée comme action en *revendication* ou en *distraction* d'objets saisis.
[71] Un jugement du tribunal de première instance de Léopoldville du 24 décembre 1957 (R.J., 1962, p.131), antérieur à la mise en vigueur du Code de procédure civile de 1960, estime en se fondant sur les principes généraux (du droit belge), que l'huissier ou le greffier doivent recevoir signification de l'assignation ; le texte de l'article 136 du Code de procédure civile en vigueur n'impose pas cette mise en cause.
[72] Le président peut accorder des délais de grâce (1ère inst. Equateur, 1er septembre 1956, J.T.O.M., 1958, p.27). Cette solution paraît douteuse, le tribunal étant dessaisi, l'intervention du président ne peut avoir pour objet que d'organiser l'exécution et non d'en modifier les conditions. La décision du président du tribunal de l'exécution n'est pas susceptible d'appel : Elis., 23 juillet 1955, R.J., p. 360.
[73] La saisie conservatoire peut porter sur des biens du débiteur se trouvant aux mains d'un tiers (Léo., 7 juin 1955, R.J., p.423).

disparaître ses biens mobiliers[74]. La saisie conservatoire se fait dans les mêmes formes que la saisie exécution (voir supra), le titre justificatif étant l'ordonnance autorisant la saisie[75].

La saisie conservatoire doit être suivie d'une assignation portant demande de condamnation ainsi que validation de la saisie[76] ; la validation convertit la saisie conservatoire en saisie exécution, sans autre formalité ; cependant, avant de procéder à la vente, il y a lieu de faire un commandement et de notifier une date de vente située au moins quinze jours après le commandement.

Il n'est pas possible d'obtenir une saisie conservatoire pour causes de la créance poursuivie dans un procès pendant. Cette procédure serait indiquée, si c'est en cours du procès et devant des perspectives défavorables que le débiteur tente de cacher ou dissiper son actif. Dans ce cas, la demande de condamnation étant déjà introduite, la saisie conservatoire devra seulement être suivie d'une demande de validation ainsi que d'une demande de jonction à l'instance en cours.

285. La saisie immobilière

La loi du 20 juillet 1973 qui retire le droit de propriété foncière aux particuliers, n'a pas éliminé pour autant les droits réels immobiliers qui constituent une partie importante du patrimoine « gage commun des créanciers » (art. 245). Dans la mesure où ces droits sont susceptibles d'être cédés, ils peuvent également faire l'objet d'une expropriation en exécution d'une condamnation à payer. La législation du 12 novembre1886- 3 mai 1887 est toujours en vigueur, sauf qu'elle ne s'applique plus à la propriété foncière et à ses démembrements, mais aux droits immobiliers créés ou dégagés de leur dépendance de la propriété du fond[77].

Les droits réels pouvant faire l'objet d'une saisie immobilière et d'une réalisation forcée sont : les concessions perpétuelles, étant entendu que seules les personnes physiques congolaises pourront se porter acquéreurs aux enchères (art. 80 et 99, L.20/7/73) ; les emphytéoses et les superficies, sauf à retenir que l'acquéreur n'en disposera que pour le temps qui reste à courir sur le bail de 25 ans qui est en cours (le renouvellement-prolongation étant facultatif) ; les immeubles par incorporation et par destination (ibid. art. 7 et 8) établis sur les concessions perpétuelles et sur les fonds emphytéotiques, voire sur les fonds concédés en superficie si le superficiaire en a payé la valeur à l'Etat ou les a érigés ou établis lui-même.

L'usufruit est incontestablement un droit réel, l'article 139 dit qu'il ne être donné en garantie, tandis que l'article 251 le cite comme droit susceptible d'hypothèque ; mais l'article 139 précité le dit incessible. Faut-il en conclure que la cession volontaire est exclue, mais que l'expropriation forcée est possible ?

Nous ne mentionnerons que pour mémoire les droits réels de concessions minières et des concessions de chemin de fer dont l'exécution ne pourrait être faite par un particulier vu le statut de ces institutions.

---

[74] La créance est en péril s'il y a de sérieuses raisons de craindre l'enlèvement des biens saisissables (Elis., 1er février 1955, R.J., p. 174) ; il n'est pas requis qu'il y ait un commencement d'enlèvement de ces biens (Léo., 7 juin 1955, R.J., p.423) ; le créancier qui recourt à une procédure de saisie conservatoire alors qu'il savait que sa créance n'était pas en péril peut être condamné à des dommages-intérêts (1ère inst., Stan., 7 avril 1956, R.J., 1957, p.128).

[75] Jugé que n'était pas nulle une saisie conservatoire lorsque l'exploit ne portait pas de date alors qu'il apparaît par les renseignements fournis par la date de l'ouverture de l'ordonnance et la date de l'assignation en validité, entre quelles dates….la saisie avait été pratiquée (Kin., 14 novembre 1967, R.J., 1968, p.190).

[76] Lorsqu'il est fait assignation en condamnation et en validation de saisie conservatoire, la validité ou le caractère abusif de la saisie ne dispense pas le tribunal de statuer sur la demande à obtenir un titre exécutoire : Elis., 27 janv.1953, R.J., 1953, p. 54.

[77] Voir au sujet de la réalisation des droits immobiliers organisés par la loi du 20 juillet 1973 : A.Rubbens : La tenure foncière au Za¨re, in liber amicorum, hommage à G. MALENGREAU (p.91). Paris, 1975, p.91.

Jugé dès avant la mise en vigueur de la loi du 20 juillet 1973 que le droit d'occupation d'une parcelle et les constructions qui y sont érigées ne peuvent faire l'objet d'une saisie mobilière, parce que ce sont des immeubles en nature : 1ère inst. Léo., 13 février 1965, R.J., 1966, p. 47.

Nous ne traiterons pas ici de la *procédure de la vente par voie parée*[78]sinon pour mentionner que, bien que le créancier possède un titre exécutoire il ne peut exercer son droit que sous le contrôle de la justice.

Pour exécuter un jugement condamnant au paiement de sa créance sur les immeubles du débiteur, le créancier doit requérir du Conservateur des Titres immobiliers un extrait du livre d'enregistrement constatant qu'un « droit immobilier » est inscrit au nom de ce débiteur ; muni de ce document, le créancier doit faire un « commandement » (II, 275) portant élection de domicile dans le ressort du tribunal de première instance dans lequel les immeubles ou les fonds sur lesquels portent les droits à exproprier sont situés ; ce commandement doit mentionner les droits immobiliers (par désignation du titre d'enregistrement notamment), que le créancier entend exproprier ; si le jugement n'a pas été signifié antérieurement, rien n'empêche de faire la signification et le commandement par un même exploit ; le commandement doit être signifié également au Conservateur.

Le commandement a pour effet :

1° d'empêcher toute mutation du droit saisi ou de le grever de droits réels[79] ;
2° de faire courir le délai de quatre mois endéans lequel la vente du droit immobilier doit être commencée. Il faut considérer que la vente n'est commencée qu'à la date des premières enchères, or, il faut un délai de quinze jours à dater du commandement avant de pouvoir faire les affichages et un délai d'un mois entre la date de l'affichage et la date de la première séance d'adjudication. Le poursuivant doit remettre au notaire un dossier comprenant copie authentique du jugement (ce peut être la grosse signifiée), l'exploit de commandement dénonçant l'intentement de la procédure en expropriation ainsi que l'extrait des registres des droits immobiliers formant titre des biens à exproprier ; le notaire dresse l'acte d'adjudication et le remet au créancier poursuivant lorsqu'il a justifié le paiement du prix et des frais aux mains d'un comptable de l'Etat ; le dossier ainsi complété par l'acte d'adjudication et la quittance des frais doivent être adressés au juge avec une requête le priant de fixer le lieu de la vente, les conditions d'affichage et toute autre mesure utile de publicité ; le notaire fixe alors la date de la vente, tenant compte du temps qu'il faut pour imprimer et faire coller les affiches, en respectant un délai d'un mois au moins entre la date d'affichage et celle de la vente, sans dépasser le délai fatidique de quatre mois. Diligence et vigilance sont de rigueur. Les choses sont un tant soit signifiées du fait que le conservateur des Titres immobiliers est commis notaire et peut, lorsque la vente est fixée en un lieu hors de sa résidence, commettre un notaire pour opérer la vente.

L'article 4 de l'ordonnance du 12 novembre 1886 dit que si *l'immeuble* (lisez le droit immobilier) est enregistré au nom de plusieurs propriétaires, le créancier devra provoquer préalablement la licitation ou le partage ; le créancier exerce l'action du copropriétaire[80] ; pour exercer cette action en toute sécurité, le créancier devra former *opposition* du droit du titulaire de disposer de la concession ; l'opposition est actuellement organisée par les articles 239 et 240 de la loi du 20 juillet 1973.

L'article 4 bis de l'ordonnance de 1886 prévoit le cas où le titulaire du droit « ne peut être atteint par un des actes de la procédure » ; ce cas se présentait fréquemment dans l'ancien régime où les terres se trouvaient enregistrées au nom de propriétaires absents ou décédées ;il peut encore trouver application actuellement.

Le cas où l'ayant droit n'a pas exercé son droit à l'investiture n'est pas prévu par la loi ; il ne nous paraît pas douteux qu'en ce cas, le créancier peut, agissant au droit de son débiteur, postuler l'investiture au nom de celui-ci afin de pouvoir réaliser le bien.

La *vente* de l'immeuble saisi se fait par les offices du notaire et par adjudication publique ; le créancier peut se porter acheteur ; si le prix offert paraît insuffisant, le créancier ou le débiteur peuvent demander remise de la vente ; c'est le notaire qui apprécie l'opportunité d'une remise ; cependant, si le créancier et le débiteur la demandent conjointement, on ne voit pas que le notaire puisse la refuser ; la remise ne peut être faite à plus de

[78] DECORDES, P. :Exercice de la voie parée, R.J., 1952, p.213.
[79] Sauf les hypothèques légales, art. 253à 255 de la loi du 20 juillet 1973.
[80] C'est une manière d'action oblique, cfr I,40.

vingt jours sans autorisation du juge ; l'usage s'est introduit de prévoir d'emblée deux séances de vente à quinze jours d'intervalle.

Lorsque le débiteur a plusieurs droits immobiliers réalisables (art.12) dont une partie seulement a été saisie, il peut demander au créancier de saisir les autres immeubles et lors de la vente, il peut indiquer au notaire l'ordre dans lequel il veut voir mettre ses biens aux enchères (art.11) ; la vente publique est arrêtée dès que le montant de la créance et des frais sont couverts ; le créancier peut être contraint par une ordonnance du juge à procéder aux saisies complémentaires requises par le débiteur ; le refus de se soumettre à cette ordonnance aurait pour effet de paralyser la vente et finalement de faire retomber la procédure dans le néant par l'écoulement du délai de quatre mois.

Le prix de la vente sera versé au comptant entre les mains du comptable de l'Etat ; le créancier pourra toucher, après décompte des droits proportionnels, le montant de sa créance, le surplus est remis au débiteur.

Le président du tribunal de première instance du lieu où se trouvent les biens est compétent pour trancher par voie d'ordonnance toutes les difficultés de procédure qui pourraient naître lors de l'exécution ; ses décisions ne sont pas susceptibles d'appel.

Il n'existe pas à proprement parler de saisie immobilière conservatoire, mais en certains cas *l'opposition* (art.239 à 241 de la loi du 20 juillet 1973) en tient lieu. Le créancier gagiste du certificat d'enregistrement du droit immobilier, le créancier muni d'un titre exécutoire (jugement ou acte), le précédent concessionnaire ou propriétaire ayant un droit de rétrocession et le curateur de la faillite peuvent requérir du conservateur une annotation sur le titre, paralysant le droit de disposition du titulaire du certificat durant six mois. Cette opposition peut être renouvelée pour la même durée, pour motif grave, par ordonnance du juge du tribunal de première instance. La mainlevée accordée par l'opposant ou imposée par la justice se fait par l'office du conservateur des titres immobiliers en frappant l'inscription d'un timbre d'annulation complété d'une mention datée, scellée et signée indiquant le motif d'annulation.

CHAPITRE XVII

LA DISTRIBUTION

286. Le concours de plusieurs créanciers sur une même saisie

Lorsqu'il n'y a qu'un seul créancier procédant à l'une des formes de saisie prévue au chapitre précédent, il sera payé sur le produit de la réalisation de la chose saisie, à concurrence de la créance reconnue dans le jugement. Si plusieurs créanciers procèdent à des saisies portant sur des actifs différents, il en sera procédé de même pour chacun d'eux. Il se fait cependant que plusieurs créanciers poursuivre le paiement de leur créance sur

une même portion du patrimoine mobilier ou sur un même droit immobilier. En vertu du principe que « saisie su saisie ne vaut », l'huissier ne procèdera pas à une nouvelle saisie des mêmes objets, mais procèdera au *recolement* ; si la première saisie n'a pas épuisé les biens meubles, l'huissier peut, à la requête d'un deuxième créancier, compléter sa saisie, et c'est l'ensemble des biens qui sera exproprié pour couvrir le paiement dû à l'ensemble des créanciers saisissants[81].l

Plusieurs saisies-arrêts peuvent être autorisées sur une même créance, et le débiteur saisi peut encore céder une créance saisie jusqu'à la date de la validation de la saisie (II, 289).

Il n'est pas possible ni utile de faire deux saisies immobilières sur un même droit immobilier, mais tout créancier ayant un titre exécutoire peut intervenir et se joindre au saisissant en participant aux frais de l'exécution (art.19, Ord. 12 novembre 1886).

Si le produit total de la saisie couvre le total des créances, il est évidemment sans intérêt de savoir quel créancier sera le premier payé : si ce montant est insuffisant pour les payer tous, il se pose un problème de *distribution*.

La distribution n'est pas organisée par la loi, sauf suivant quelques règles sommaires se rapportant à la vente sur saisie immobilière (II, 287). Quant au produit des saisies-arrêts et des saisies mobilières, la coutume du palais, approuvée par la jurisprudence a tenté d'apporter remède à cette lacune (II, 287 bis). Lorsqu'il s'agit d'un commerçant, le concours de plusieurs saisies et l'insolvabilité du créancier entraînent généralement la faillite[82] qui a pour objet de réaliser tout l'actif et de le distribuer entre les créanciers en tenant compte de leur rang de privilège éventuel.

287. La distribution du produit des saisies immobilières

Seul le créancier qui a le premier pratiqué la saisie immobilière (II, 285) peut poursuivre l'expropriation. Les autres créanciers ne peuvent avoir part à la distribution s'ils n'ont pas « fait reconnaître la sincérité de leur créance » par jugement et s'ils n'ont pas « consigné entre les mains du comptable de l'Etat une part des frais proportionnelle au montant de leur créance » (art. 19, Ord.12 novembre 1886).

Le notaire dresse un projet de distribution du prix dans l'ordre suivant :
-les frais exposés pour l'expropriation du droit immobilier ou de l'immeuble (à rembourser au créancier saisissant ou à ceux qui ont participé à la consignation) ;
-les droits proportionnels dus pour la vente aux enchères (art.14) ;
-les hypothèques légales ;
-les hypothèques conventionnelles (dans l'ordre de l'inscription, sauf cession de rang[83] ;
-dans l'ordre des privilèges arrêtés par l'article 249 de la loi du 20 juillet 1973, les créances privilégiées autres, dûment reconnues comme telles par le jugement et pourvu que les créanciers aient participé aux consignations des frais ;
-les créances chirographiques dans les mêmes conditions.

[81] Les créanciers qui n'ont pas pratiqué saisie ne participent pas à la distribution, sauf *opposition à paiement* (II, 287) ou *faillite*, ou *saisie du produit de la vente* aux mains du greffier.
[82] Nous ne traiterons pas en cet ouvrage de la faillite, bien que la procédure y joue un rôle éminent, estimant que ce sujet déborde par son ampleur et sa spécialité les limites de cet ouvrage.
[83] Les créanciers hypothécaires ayant un titre exécutoire ne doivent pas « faire connaître leur créance par jugement ». Le montant de l'hypothèque et la valeur des charges sont consignés aux mains du conservateur des titres immobiliers qui doit notifier d'office la consignation aux créanciers hypothécaires (art.293, L.20 juillet 1973).

Lorsque le résidu d'une distribution ne permet plus d'honorer les créances du rang suivant, ce solde est reparti par contribution au marc le franc, chaque créancier du dernier rang honoré « contribuant » aux pertes en proportion de sa créance.

Le président du tribunal de première instance ordonne la convocation des créanciers (art.21) (il est d'usage de convoquer aussi le débiteur exproprié, bien que sa présence ne soit pas nécessaire pour la validité de la procédure) et leur demande, après vérification, leur accord sur la distribution proposée.

En cas de désaccord sur l'ordre de distribution, les créanciers les plus diligents peuvent soumettre leurs prétentions aux tribunaux qui se prononcent en la forme d'un jugement.

288. La distribution du produit des saisies mobilières

Ici le silence de la loi est total[84]. La pratique a cependant instauré un régime de distribution analogue à celui qui se pratique pour la répartition du prix des droits immobiliers.

Tant que les deniers provenant de la vente aux enchères n'ont pas été versés par le greffier aux mains des saisissants, ceux-ci n'en sont pas propriétaires, mais créanciers[85]. Pour se défendre contre une distribution inéquitable en faveur des créanciers les plus impatients, les autres créanciers qui savent que tout l'actif a fait l'objet de saisies , ont intérêt à faire requête au président pour pouvoir faire opposition au paiement, ce qui revient à saisir entre les mains du greffier, toute somme appartenant au débiteur. S'ils ont déjà un titre exécutoire, ils participent de plein droit à la distribution ; si leur créance est liquide et exigible, leur opposition vaudra saisi-arrêt conservatoire et devra être validée par un jugement. S'ils ne peuvent justifier d'une créance certaine, liquide et échue, ils ne seront pas admis à faire opposition.

Le greffier établit dès lors les comptes, prenant en considération les privilèges et répartissant les sommes disponibles au marc le franc, en suivant l' « ordre » des privilèges[86]. Ce projet de paiement est soumis à la signature de tous les créanciers ayant pratiqué des saisies ; ceux-ci sont généralement empressés de signer, craignant que d'autres créanciers surgissent pour réclamer leur part en saisissant les deniers aux mains du greffier. Dès que la distribution est effectuée, elle ne peut plus donner lieu à la répartition en faveur de créanciers qui surgissent ultérieurement, fussent-ils nantis de privilèges.

Il faut reconnaître que cette solution n'est pas élégante et que mieux vaudrait organiser la liquidation d'un patrimoine insolvable en faisant nommer un liquidateur par le juge et en le chargeant de faire une distribution équitable entre tous les créanciers.

---

[84] Le laconisme des textes incitera le juriste congolais à se tourner vers les techniques de « distribution par contribution et ordre » qui sont les plus élaborées dans le droit français (art. 749 à 779 du Code de procédure civile) et belge (art.1627 à 1638 du Code de droit judiciaire) qui ont un régime analogue.
En droit français, on consultera toujours utilement CHOISY : Manuel pratique de la distribution par contribution, Paris, 1892 ; parmi les ouvrages plus récents, on signale aussi la thèse de RAVIART : La production à l'ordre judiciaire, Paris, 1939.- En droit belge, un excellent commentaire de la loi du 10 octobre 1964 a été publié, pp.210 à 220 dans Travaux de la faculté de droit de Namur, n°2, par P.WATELET, le code judiciaire, Namur-Bruxelles, 1969. Il s'agit de techniques et non de principes généraux du droit qu'il serait abusif de considérer comme source supplétive du droit national. Voyez la jurisprudence congolaise bien motivée dans l'arrêt Léo., 10 septembre 1957, R.J., 1958, p.38.

[85] 1ère inst. Léo., 14 mai 1952, R.J., 1953, p.101.

[86] Il n'est question ici que des privilèges arrêtés par l'article 249 de la loi du 20 juillet 1973, sauf en cas de gage du fond de commerce (décret du 1er janvier 1920).
Le créancier gagiste du fond de commerce peut revendiquer les objets saisis qui sont constitutifs de so gage (art.12) et en cas de saisie par un tiers, il participe de plein droit à la distribution (art.17). Dans la pratique, le débiteur gageant un fond de commerce étant nécessairement un commerçant, c'est par la mise en faillite que la distribution sera normalement opérée.

Si les créanciers intéressés à une même saisie n'arrivent pas à s'entendre sur la distribution, le greffier les invitera à l'assigner et le tribunal tranchera.

Pendant toute la durée de la procédure en validation de saisie et jusqu'à l'exécution du jugement[87], tout créancier peut intervenir dans l'instance et, même après le prononcé, jusqu'à l'exécution parfaite, par voie de tierce opposition.

Une tierce opposition ne sera plus recevable après que le greffier s'est dessaisi : en effet, les créanciers n'ont pas été payés sans cause et ne peuvent donc pas être condamnés à restituer, quand même ils ont été favorisés.

289. La contribution des fonds en cas de saisie-arrêt concurrente

Si une même créance a fait l'objet de plusieurs saisies-arrêts avant validation, ou encore si le saisi cède sa créance à un autre créancier[88] après la saisie-arrêt mais avant la validation, les divers saisissants et les cessionnaires sont en concours et le jugement de validation se prononcera sur la distribution que le saisi doit faire. Le cessionnaire pourra intervenir en la cause. Le tribunal tiendra compte des privilèges que les créanciers pourraient invoquer. La distribution des fonds saisis –arrêtés est donc toujours judiciaire.

CINQUIEME PARTIE
LES FRAIS ET LES DROITS DE JUSTICE

CHAPITRE XVIII
LES FRAIS ET DROITS EN MATIERE CONTENTIEUSE

290. Le caractère fiscal des frais et droits

Lorsque nous disons que la justice était gratuite (I, 125), nous n'entendions nullement dire qu'elle n'était pas coûteuse, mais spécialement qu'il n'appartenait pas aux parties de rémunérer les juges (I, 125) ; ceux-ci sont appointés à charge du budget, indépendamment de leurs prestations.
Les frais de justice, tels qu'ils sont tarifés, sont au demeurant sans rapport avec l'importance, la valeur ou le coût des prestations fournies par les magistrats et officiers ministériels. Ils n'ont- même à l'égard du Trésor- un caractère rémunératoire, c'est-à-dire proportionné aux prestations fournies comme serait le paiement de

[87] Le greffier- qui n'a aucun intérêt en la cause- exécutera volontairement dès que le jugement aura acquis force de chose jugée.
[88] Elis., 14 février 1956, R.J., p.199.

l'utilisation d'un service public en matière de transport, d'écolage ou de santé. Ils ont un caractère purement fiscal, assurant quelques recettes au compte général du Trésor, le coût des services judiciaires étant d'autres part à la charge du budget de l'Etat[89]. Il serait absurde de tendre à une justice qui serait « payante », c'est-à-dire qui rapporterait autant ou plus qu'elle ne coûte.

291. Le tarif des frais de justice en matière contentieuse

Le tarif des frais de justice est fixé par la loi pour chacun des actes de la procédure ; les taux actuellement en vigueur sont ceux arrêtés par l'ordonnance-loi du 30 Novembre 1970, modifiant l'article 149 du code de procédure civile. Les frais de transport et de séjour des magistrats , greffiers et huissiers , nécessités pour l'accomplissement de devoirs inhérents à la procédure de la cause sont « fixés » par le juge ; il faut entendre , que le juge établit ou vérifie le compte des dépenses réellement et utilement exposées et en arrêté le montant qui est porté en compte en vue de l'établissement de l'état de frais (II, 299) ; ces frais non tarifés peuvent constituer une charge très lourde pour les parties ; les magistrats et officiers ministériels auront à cœur de les comprimer et si possible de les étaler sur plusieurs affaires : un huissier peut souvent faire plusieurs exploits en une même randonnée ; le coût d'un déplacement ne peut cependant pas entraver le déroulement régulier des actes de procédure, pourvu que la partie qui les requiert en ait dûment consigné le prix (II, 301).

Le tarif établi par la loi est réduit de moitié lorsqu'il s'agit de litiges d'une valeur ne dépassant pas 1000 zaïres. Les frais de déplacement ne peuvent évidemment être réduits en considération de la valeur du litige, ils doivent couvrir les dépenses réellement exposées.

292. Les taxes

Les taxes sont les « indemnités » payées aux témoins ; ces taxes ne constituent pas un «salaire»,mais une indemnité ; témoigner en justice et un devoir civique ne donnant pas lieu à rémunération ; il ne faut pas cependant que l'accomplissement de ce devoir cause un préjudice au témoin ,celui-ci pourra dès lors obtenir en taxe la compensation des pertes qu'il subit (salaire,manque à gagner) ainsi que les frais (transport,séjour) qu'il a dû exposer pour apporter son témoignage .

Lorsque les agents de l'Etat ont été appelés à témoigner , ils ne subissent aucun manque à gagner , leur traitement n'étant normalement pas suspendu ; la taxe est allouée au profit du Trésor, sauf pour les frais que ces agents auraient personnellement exposés .

C'est le tribunal qui fixe la taxe de l'audience à laquelle le témoin a comparu. Le témoin peut toucher la taxe au greffe à l'issue de l'audience.

293. Les honoraires

Lorsqu'il est fait appel à des professionnels ,experts, arbitres rapporteurs,traducteurs,interprètes, etc.,ceux-ci peuvent normalement prétendre à des émoluments ou salaires récompensant leur prestation. En principe,les experts et traducteurs fixent librement leurs honoraires suivant la déontologie de leur profession . Lorsque les états d'honoraires et frais sont manifestement exagérés,les parents peuvent toutefois demander au juge de les « taxer », c'est-à-dire , de réduire ce montant à ce qui est raisonnable. Les arbitres sont également rémunérés par des « honoraires ».

Les arbitres sont également rémunérés des « honoraires ».

Il appartient aux parties de fixer conventionnement la répartition de la charge des honoraires. L'usage est que les arbitres réclament, avant des commencer leur mission, une provision qui couvre leur prévision d'honoraires ; généralement les conviennent d'y contribuer chacun pour moitié et de mettre les honoraires à la charge de la partie succombante. Lorsqu'une intervention président du tribunal de premier instance est requise en

[89] A. SOHIER, o.c., n°344, p.157 reconnaît aux frais un caractère à la fois fiscal et rémunératoire.

cours d'arbitrage (II, 251, 252,260bis, 261) , les parties sont invitées à procurer au greffier la provision requise pour les dépens judiciaires.

On désigne généralement par 'dépens' les frais , taxes et honoraires qui ont été exposés par les parties en cours de procédure : les dépens de la partie qui obtient gain de cause sont ,par le jugement définitif mis à la charge de la partie succombante , laissant à sa charge ses propre frais .En pratique, cela se traduit par l'établissement de l'état des frais (II, 299) et la liquidation des provisions consignées (II,303).

Certains frais , tels les frais d'avocat ou les frais de déplacement d'une partie , en vue de comparaître aux audiences , ne rentrent pas dans les dépens et reste donc à la charge de la partie qui les a exposés[90]. Lors qu'une assignation, ou plus généralement un acte de procédure est téméraire et vexatoire (I,56) , la victime peut demander des dommages et intérêts par voie de demande reconventionnelle (II,55) ; elle pourra en ce cas invoquer comme préjudice donnant lieu à réparation l'atteinte à son honneur que sa perte de temps , ses frais de déplacement et les honoraires d'avocat qu'elle à dû exposer par le fait de cette procédure abusive. Lorsqu'il y a véritable litige, le demandeur ne commet aucune faute en s'adressant au tribunal et ne peut être condamné à des dommages- intérêts, du seul fait qu'il succombe ; il sera simplement condamné aux dépens (II,300).

295. Les frais au degré d'appel

Au degré d'appel, les frais tarifés sont doublés ; si l'appel porte sur une affaire d'une valeur ne dépassant pas cent zaïres , c'est le tarif réduit de moitié qui est doublé . Les frais fixés par le juge ne sont pas doublés : ils couvrent les dépenses réellement exposées.

Dans sont jugement ou arrêt définitif, la juridiction d'appel doit statuer tant sur les frais exposés en première instance que sur que les frais exposés en appel. On dit que la juridiction d'appel fait (une masse des frais) dont elle décide l' imputation ; les règles de la compensation des frais (II,300) peuvent cependant faire obstacle à ce que les frais des deux instances soient globalisés.

296. Les frais du pourvoi en cassation

Les frais des actes de la procédure devant la cour suprême de justice sont tarifés par l'article 30 de l' ordonnance – loi du 8 janvier 1969 ; l'arrêt vidant la saisine de la cour taxe et impute les frais à la partie succombante (art 32).A la différence de la juridiction d'appel , la juridiction de cassation ne doit pas statuer sur les frais exposés aux degrés inférieurs de juridiction ; si elle casse le jugement , les dispositions imputant les frais sont également cassées et il appartient à la juridiction de renvoi statuer sur l'imputation de la masse des frais (II, 239, 240).

297. Les droits proportionnels

Les droits proportionnels constituent un véritable impôt dû sur toute somme ou valeur immobilière allouée par un jugement passé en force de chose jugée[91].

Valeur allouée, veut dire que par l'effet du jugement se fera un transfert de biens, argent ou biens meubles ; aucun droit n'est dû sur un jugement qui reconnaît au possesseur la propriété d'un bien qu'il détient

[90] 1ère inst. Usumbura, 11 mai 1950, R.J., 1951, p.30.

[91] L'étude de J.P.Colin : De la perception du droit proportionnel de 4% sur les sommes allouées par jugement (R.J., 1937, p.4) est toujours valable quant aux principes régissant la matière. Il a manifestement inspiré le législateur et a orienté la jurisprudence.

déjà ; aucun droit n'est dû sur un jugement qui reconnaît le bien-fondé de prétentions de droit d'une partie, quand même celle-ci l'aurait estimé en argent (par exemple pour déterminer la compétence) ; par contre, des dommages-intérêts alloués ou la condamnation au paiement d'un prix qui était dû avant l'intentement du procès donnent lieu au paiement de droits proportionnels.

L'attribution de la propriété d'un immeuble ou l'attribution de droits fonciers par jugement ne donnent pas lieu au paiement de droits proportionnels ; la mutation du droit immobilier donnant lieu à une perception fiscale, c'est le principe *non bis in idem* qui est d'application.

Les droits proportionnels sont dus sur les intérêts qui ont couru jusqu'au jour du jugement, si le jugement condamne au paiement d'intérêts moratoires ou judiciaires (art.152).

Si la condamnation ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent, mais sur des titres ou objets mobiliers, le greffier évalue la base de l'impôt (art.153) ; la partie qui a acquitté le droit ou qui l'a supporté peut assigner le greffier en révision de son évaluation, mais seulement après que le droit aura été payé (art.153).

Pour les condamnations de rentes ou de pensions, le montant taxable est de vingt fois la prestation annuelle si elle est viagère et de cinq fois la prestation annuelle dans les autres cas. Il est évident qu'il s'agit d'un forfait arbitraire imposé pour couper court à toute discussion. Ce texte formel ne souffre dès lors pas les interprétations arbitraires que certaines juridictions se sont permises au nom de l'équité[92]. Il serait sans doute plus équitable de permettre l'évaluation d'une rente viagère suivant les tables de mortalité et de limiter les droits lorsqu'il s'agit de pensions temporaires, pendant la durée d'une instance en divorce, par exemple. Mais c'est au législateur à en décider.

Les décisions rendues sur appel d'un jugement donnent lieu au paiement des droits proportionnels, lorsqu'ils allouent des valeurs mobilières que le premier juge n'avait pas accordées ; elles donnent éventuellement lieu à paiement d'un supplément ou au remboursement si les valeurs allouées sont d'un montant différent. Lorsque l'expédition pour appel a été délivrée en débet, ce sont les droits proportionnels afférents aux condamnations confirmées ou aux sommes allouées par la juridiction d'appel qui sont seuls dus.

CHAPITRE XIX

L'IMPUTATION ET LE RECOUVREMENT DES FRAIS EN MATIERE CONTENTIEUSE

298. Le moment de l'imputation des frais

Ce n'est qu'au moment où une juridiction vide sa saisine qu'elle doit statuer sur l'imputation des frais ; dans les jugements avant dire droit les frais sont « réservés ». En cas de disjonction, une ventilation des frais peut être envisagée : les frais exposés pour la demande vidée par un jugement peuvent être établis et imputés par ce jugement. En cas de jugement allouant par provision une partie des sommes demandées, sans vider un chef de la demande, il convient de réserver les frais ; les droits proportionnels sont toutefois dus sur le montant alloué.

La condamnation aux frais est obligatoire de par la loi ; le tribunal doit donc la prononcer d'office. Si le ministère public a été partie principale au procès, il ne pourra jamais être condamné aux frais ; s'il est débouté de son action ou de son recours, les frais doivent être mis à la charge du Trésor. Il en ira de même pour le greffier qui succomberait dans une action mue contre lui en réduction de la base de calcul des droits proportionnels comme prévu à l'article 153 du Code de procédure civile ou qui serait assignée en distribution par contribution (II, 288).

[92] 1ère inst., Elis, 22 avril 1953 (avec note), R.J., 1953, P.309.

Il va de soi que lorsque le ministère public a été « partie jointe », c'est-à-dire lorsqu'il s'est borné à formuler un avis, il n'est jamais partie succombante et qu'il n'y a pas lieu de mettre quelque frais à charge du Trésor quand cet avis n'est pas suivi par le tribunal.

Lorsqu'une personne a introduit une action, agissant prétendûment comme représentant d'une partie sans avoir qualité pour exercer l'action, ladite partie n'est pas à la cause, et c'est la personne qui a agi sans qualité qui doit être condamnée aux frais[93].

299. L'état des frais

Le greffier tient à jour les comptes des dépens ; il crédite ce compte des provisions qui sont faites par les parties et le débite des frais exposés à leur requête ou par les actes du tribunal.

La « liquidation » des dépens ne se fait donc pas entre les parties[94], mais suivant l'état des frais arrêtés par le greffier lors du prononcé du jugement définitif. Cet état est vérifié et visé par le juge qui incorpore dans son jugement le montant ainsi fixé pour condamner la ou les parties succombantes au paiement de ces frais. Aucune procédure n'est prévue pour contester l'état des frais ; di les parties estiment qu'une erreur s'est glissée dans les comptes (dont elles peuvent avoir connaissance à tout moment de la procédure), elles peuvent en faire l'observation au greffier ou au juge avant le visa ; même après le visa, une erreur de compte peut toujours être corrigée ; la juridiction d'appel n'a pas le pouvoir de réviser les comptes visés par le premier juge ; la juridictionde cassation ne connaît pas des erreurs dans les comptes du greffier.

300. L'imputation des dépens

Le principe est que les dépens doivent être mis à la charge de la partie succombante[95]. Il se peut cependant qu'une partie ne succombe que pour une part, ou encore qu'au cours de l'exercice des recours, sa fortune varie. Il faut en ce cas imputer équitablement les frais dans la mesure où, après la décision définitive finale, les différentes parties ont succombé dans les demandes et recours qu'elles ont formé.

On parle en ce cas de compensation ou de partage des dépens. A.SOHIER souligne avec raison avec raison qu'au sens précis des mots « compenser les dépens » veut dire que chaque partie est laissée avec la charge des frais qu'elle a avancés ; l'usage du prétoire et même la langue de la doctrine et de la loi veulent qu'on parle de compensation, également lorsque le jugement répartit le montant total des frais, suivant des fractions complémentaires entre les parties qui ont partiellement succombé.

Une partie qui obtient une somme moindre que celle demandée dans ses dernières conclusions, succombe en partie ; c'est pourquoi il est prudent, lorsque la demande porte sur un montant qui de par sa cause doit être « évalué » par le juge (en matière de dommages-intérêts, par exemple), de après l'énoncé du chiffre demandé « ou tout autre montant que le tribunal estimera équitable ». Lorsqu'une demande reconventionnelle a été ne fût-ce que partiellement retenue par le tribunal, il y a toujours lieu à partage des frais.

Le partage se fait généralement en imputant aux parties une fraction du total de l'état des frais : par moitiés, tiers, quarts ou dixièmes, *à la discrétion du tribunal* qui visera à un partage équitable sans verser dans la minute. La

[93] Léo., 23 août 1932, R.J., 1933, p.91 et Léo., 19 décembre 1958, R.J., 1960, p.127 s'appuyant sur l'opinion de A. SOHIER (o.c. n°178) ne retiennent pas cette solution ; leur raisonnement est que le pseudo-mandataire ne figurait pas au procès avec un intérêt personnel, non plus que la partie prétendûment représentée, ni l'une ni l'autre n'est partie succombante. Sohier suggère que la partie adverse pourrait introduire une action en dommages-intérêts.- Il nous est d'avis qu'une personne qui a exercé une action, sans qualité et sans intérêt, doit être déboutée et est par conséquent partie succombante. En pratique, le greffier retiendra ces frais sur la consignation qu'a dû faire le demandeur sans qualité.

[94] En droit français la « liquidation » des dépens se fait entre avoués qui tiennent, chacun pour leur client, le compte des actes de procédure qu'ils ont provoqués.

[95] Lorsqu'un tribunal se déclare incompétent, il condamne aux frais le demandeur : Trib. Parquet Kasaï, 4 juillet 1951, J.T.O.M., 1951, 200.

juridiction d'appel ne peut revoir les proportions du partage des frais que dans le cas où elle infirme le jugement ; elle pourrait réformer un jugement statuant sur les frais dans le cas où aucun partage n'aurait été fait alors que les parties succombent partiellement ou lorsqu'un jugement omet de statuer sur les dépens. La juridiction de cassation pourrait casser un jugement qui ne statue pas sur les frais ou qui ne met pas la totalité des dépens à la charge de l'ensemble des parties qui succombent ; elle ne pourrait pas casser parce que la proportion du partage est inéquitable.

Le partage de la charge des dépens peut présenter quelques difficultés particulières lorsque plusieurs décisions sont intervenues sur une même cause à la suite de l'exercice des recours. L'opposition ramenant la cause devant le même tribunal, permet à celui-ci de statuer à nouveau sur les frais s'il rétracte sa première décision, tandis que les frais nouveaux provoqués par l'opposition restent à la charge de l'opposant qui voit confirmer le jugement y compris l'imputation des dépens.

Lorsque la juridiction d'appel confirme le jugement entrepris, les frais sont à la charge de l'appelant ; si l'intimé a fait appel incident, ils seront cependant partagés. Si la juridiction d'appel réforme le jugement, elle fera une masse des frais des deux instances (II, 295), quelle qu'ait été l'imputation des frais au premier degré, c'est, en principe, aux parties succombantes dans le jugement d'appel qu'incombent les frais de l'ensemble du procès. Il y a lieu cependant de définir la partie succombante en tenant compte non seulement de l'instance d'appel, mais de l'ensemble du procès. Si une partie est condamnée en première instance à payer 2.000 zaïres et qu'elle interjette appel, tendant à voir réduire sa condamnation à payer 1.000 zaïres et obtient cette réduction, elle a incontestablement gagné son procès en appel et les frais d'appel seront à la charge de cet intimé ; il serait cependant inéquitable de mettre à la charge de cet intimé la totalité des frais de première instance, alors qu'après appel il bénéficie toujours d'une condamnation de 1.000 zaïres[96].

Les *frais frustratoires*, c'est-à-dire les frais qui ont été occasionnés par une partie alors que celle-ci devait savoir qu'ils n'étaient pas de nature à éclairer la justice, sont laissés à la charge de cette partie, quand même elle gagnerait son procès. Une jurisprudence récente laisse les frais d'une mesure d'instruction à la charge de la partie qui l'a provoquée, simplement parce qu'elle est demeurée sans résultat[97].

301. La consignation de la provision pour frais

Le greffier doit veiller à ce qu'aucun acte de procédure, exploit, mise au rôle, assignation à témoins, commission d'expert, prononcé de jugement, ne soit accompli si la partie qui la demande n'a pas consigné préalablement les fonds nécessaires pour couvrir les frais, taxes ou honoraires.

Dès l'introduction de la cause, au moment de déposer l'assignation, une somme minimale forfaitaire (10 zaïres au premier degré, 20 zaïres au degré d'appel, suivant O.L. du 30 novembre 1970, réduite de moitié lorsque la somme demandée ne dépasse pas 100 zaïres) doit êtreversée aux mains du greffier ; sauf dispense de consignation (II, 302), le greffier serait en droit de réclamer une consignation plus importante s'il estimait que les frais seront plus élevés ; il n'est pas d'usage de le faire, vu que la consignation initiale ouvre normalement les frais d'assignation et de mise au rôle. Dès que le greffier estime que les devoirs requis sont de nature à exposer des frais qui dépassent le montant de la consignation, il doit réclamer un supplément, au risque d'être tenu sur ses deniers des frais non recouvrés ; le défaut de consigner les provisions requises constitue une fin de non procéder (II, 78 bis) que le juge retiendra d'office (sur avertissement du greffier) si le tribunal passe outre, le greffier en prend acte à la feuille d'audience et dégage ainsi sa responsabilité personnelle. Si une partie estime que la provision requise par le greffier est excessive, elle peut demander au président de la juridiction d'en décider ; si le président réduit le montant de la provision, la responsabilité du greffier est également dégagée dans le cas où les frais dépasseraient les consignations.

302. La dispense de consignation

[96] En sens contraire : Kin., 7 novembre 1967, R.J., 1968, p.189.
[97] Elis, 5 février 1963, R.J., 1964, p. 67.

Nous avons relevé déjà qu'une ordonnance du président de juridiction peut dispenser une partie indigente de faire la consignation forfaitaire requise à l'introduction d'une instance (II, 35) ; le président peut également décider que les frais d'expertise et de taxation d'expert seront *avancés* par le Trésor. L'ordonnance peut aussi prévoir une dispense partielle suivant les moyens de la partie. Il va de soi qu'en ce cas, le greffier n'est pas responsable du découvert.

Le président de juridiction apprécie souverainement si les moyens de la partie requérante sont insuffisants pour assumer l'avance des frais du procès. Il fonde sa conviction sur tout moyen de preuve lui proposé. Il est d'usage de réclamer de l'impétrant un certificat de l'autorité attestant le manque de moyens.

303. Le recouvrement des frais

Les consignations préalables couvrant normalement tous les frais, le greffier usant du droit de rétention sur les provisions versées par les parties ne doit pas poursuivre le recouvrement. Il retiendra d'abord les provisions de la partie succombante et si celles-ci sont insuffisantes, toute autre provision qui lui aura été faite dans l'instance.

Ce règlement de compte se fait généralement au moment où un partie lève une expédition, soit en vue d'exécuter le jugement, soit en vue d'exercer un recours ; sauf si le président du tribunal a autorisé la délivrance des expéditions *en débet,*le greffier ne peut délivrer aucune copie ni expédition du jugement avant que les frais ne soient payés. Si les frais ou une part des frais ont été mis à la charge d'une partie autre que celle qui a levé l'expédition du jugement, celle-ci peut, dans le commandement fait lors de la signification, réclamer le paiement des frais mis à la charge du signifié et qui ne sont pas couverts par les provisions que celui-ci a faites en cours d'instance.

Le président de juridiction peut toutefois ordonner que la grosse, une expédition, une copie ou un extrait de jugement soit délivré *en débet* en faveur d'un indigent ; dans ce cas, il est fait mention de la délivrance en débet au pied du document (art.158, C. proc.civ.). Lorsque la délivrance en débet est autorisée en vue de l'exécution du jugement, les premiers deniers recueillis sont affectés au paiement des frais et des droits (II, 304).

Il est donc assez rare que le greffier doive poursuivre le paiement des frais. L'état des frais dûment visé par le juge (II, 299) peut toutefois être revêtu de la formule exécutoire permettant au greffier d'user de toute voie d'exécution.

304. Le recouvrement des droits proportionnels

La loi n'a pas prévu la consignation du montant des droits proportionnels.
Suivant l'article 155du code de procédure civil, les droits proportionnels sont dus sur minute du jugement, alors que l'article 125 dit que le droit est du sur toute somme ou valeur mobilière allouée par nu jugement passé en force de chose jugée. Il faut rapprocher ces deux textes de celui de l'article 157 qui dit : « le greffier ne peut délivrer,…..grosse, expédition, extrait ou copie de jugement, avant que le droit proportionnel n'ait été payé, même si au moment où le document est demandé la condamnation n'a pas encore acquis force de chose jugée ».

Cette apparente contradiction dans les textes est traditionnellement interprétée comme suite : dès le prononcé du jugement, la créance fiscale existe ; elle n'est exigible que lors qu'une partie demande une expédition ou lorsque le jugement est coulé en force de chose jugée.

Dans la pratique, les droits proportionnels sont dès lors généralement « payé »,soit par la partie qui lève une expédition en vue de l'exécution,soit par celle qui lève une expédition en vue d'exercer un recours. Si le jugement est exécuté, la partie agissante fera, lors de la du jugement de payer la part de frais qui, suivant le jugement, incombe au signifié. Si une partie introduit un recours avant que le jugement ait était signifié (et par conséquent les droits payés), elle devra faire elle-même le paiement des droits proportionnels pour obtenir l'expédition. Si aucune partie ne lève l'expédition, les droits proportionnels ne seront jamais exigibles ; les délais de recours ne courant normalement pas, le jugement ne sera jamais coulé en force de chose jugée. On a répliqué (les délais de

recours ne courant normalement pas, le jugement ne sera jamais coulé en force de chose jugée. On a répliqué[98] que l'acquiescement ou exécution sans réserves de recours qui lui est équipollente, avait également pour effet de couler le jugement en force de chose jugée ; c'est exact, mais comment le greffier saura t-il que le droits sont devenus exigible si les parties ne déclarent pas avoir renoncé explicitement aux recours ?

Si le greffier a connaissance de l'acquiescement ou de l'exécution volontaire sans réserves, ainsi que dans les rares cas où les délais de recours courent dès le prononcé, il peut demander au président de la juridiction un exécutoire (art.156). Ceci lui permet de faire un commandement (art.155)à la partie condamnée ou à la partie au profit de laquelle la condamnation a été prononcée ;trois jours après le commandement, il peut poursuivre l'exécution forcée. Le commandement pourrait même, avec l'autorisation du jugée, être accompagné d'une saisie conservation (art.156). Si la partie au profit de laquelle la condamnation a été prononcée paie sur commandement ou est exécutée, elle a un recours contre la partie condamnée.

Si a la suite d'un recours les valeurs allouées sont majorées, réduites ou supprimée, il a lieu à réajustement du droit proportionnel ; en cas de majoration, un supplément sera dû ;en cas de réduction ou de suppression, il y a lieu à remboursement ; comme le montant des droits a été *payé* et non simplement consigné, le greffier ne peut opérer le remboursement qu'avec l'accord des autorités fiscales ; si le remboursement du trop perçu n'est pas fait volontairement par le greffier (avec l'autorisation du fisc), la partie qui a droit au remboursement peut assigner le greffier (art.157), mais son action est périmée deux ans après la nouvelle décision coulée en force de chose jugée.

Il faut regretter l'incohérence de ce système qui donne lieu à l'évasion fiscale et à de vaines chicanes de procédure. Une solution radicale serait d'imposer aux parties la consignation des droits proportionnels afférents à la condamnation qu'elles postulent lors du dépôt de leurs dernières conclusions ; ceci pourrait être complété par une disposition disant que les droits proportionnels sont acquis au Trésor x mois après le prononcé si aucun recours n'est exercé[99]. Une différence entre la consignation et les droits dus sur la minute donnerait lieu à remboursement de provisions excédentaires par le greffier comme en matière de frais (II, 303).

[98] Elis., 23 octobre 1951, R.J., 1952, p.14 ; 1ère inst. Léo., 22 novembre 1955, R.J., 1956, p.387.

[99] Cette suggestion de *lege ferenda* ne constitue pas seulement une modification dans les formes de recouvrement. Elle aurait également pour conséquence que, lorsque les parties renoncent à l'exécution, l'impôt serait néanmoins dû, ce qui n'est pas le cas actuellement. Il va de soi que pareil régime ne peut être mis en œuvre sans une intervention du législateur.

CHAPITRE XX

LES FRAIS EN MATIERE NON CONTENTIEUSE

305. La désignation fiscale des matières non contentieuses

Tandis que la discussion reste ouverte à savoir où se trouve la frontière de la juridiction contentieuse par rapport aux matières non contentieuses, la législation fiscale sur les frais de justice a prévu un tarif différent suivant ce critère. Le tarif des frais en matière non contentieuse est fixé par l' article 1 du Décret du 11 juillet 1920, tel que modifié par le Décret-loi du 13 mars 1965 et par l'ordonnance-loi du 30 novembre 1970. Aucun de ces textes ne définit le domaine auquel s'applique le tarif des actes judiciaires non contentieux.

Suivant la définition commune, il y a affaire non contentieuse lorsqu'il y a nécessité de recourir au juge en l'absence de contestation ou sans que l'adversaire ne doive être entendu pour que le juge prenne une décision. Du point de vue fiscal, la discrimination formelle, à savoir si la procédure donne lieu à jugement ou à ordonnance (II, 262), ne peut être retenue, puisque l'un tarife comme l'autre prévoit des frais de jugement et d'ordonnance.

Il semble que l'intention du législateur soit de taxer plus lourdement tout acte de procédure qui prépare une procédure contentieuse ou qui en découle, sans que le critère du caractère contradictoire ou contentieux de l'acte ne soit pris en considération. Les saisies conservatoires, qui doivent être suivies de l'assignation en validation, les actes d'exécution qui sont posés à la suite d'un jugement tranchant le contentieux, sont taxés suivant le tarif des actes contentieux ; il en irait de même pour tous les actes accessoires du tribunal durant l'instance litigieuse, quand même ils seraient posés de l'accord des parties (désignation d'expert par exemple, jugement d'expédient, etc.). C'est également le tarif du contentieux qui s'applique aux exequatur des sentences arbitrales et des jugements étrangers (II, 307, 308). Le tarif des actes non contentieux ne s'appliquerait dès lors qu'aux homologations et actes semblables fussent-ils rendus en la forme d'un jugement.

On doit regretter cette disparité de tarifs qui, portant sur quelques makuta, crée une confusion, sans offrir un avantage sensible en contrepartie.

306. La perception des frais en matière non contentieuse

Sauf si un texte le prévoit, le paiement des fais en matière non contentieuse ne donne pas lieu à consignation de provision. Lors du dépôt de la requête, le greffier prendra en recette le coût de l'acte requis. Si des frais supplémentaires étaient intervenus, le greffier en établirait le compte et les prendrait en recette avant de délivrer l'acte requis.

307. Les frais et droits de justice en matière d'arbitrage

Lorsqu'en cours d'arbitrage les parties ou les arbitres doivent recourir au tribunal de première instance, les actes du président doivent être taxés comme en matière contentieuse. Il en est de même pour l'exequatur de la sentence qui n'est pas en soi, un acte de juridiction contentieuse. Cependant, ces actes préparent ou suivent la procédure arbitrale qui, elle, est contentieuse.

Ces actes n'impliquant pas une assignation ne donnent pas lieu à une consignation prévue par les articles 1 et 144 du Code de procédure civile, mais bien au paiement anticipé de l'ordonnance requise.

La levée d'une expédition de l'ordonnance disant exécutoire la sentence donne lieu au paiement des droits proportionnels.

Les droits sont dus dès que l'exequatur est accordée. Ils ne sont exigibles que lorsque la sentence n'est plus susceptible d'aucun recours. La difficulté signalée pour le cas où il y a eu exécution volontaire sans que la grosse exécutoire n'ait été levée existe aussi bien en matière d'exequatur. Rappelons cependant que l'exécution volontaire de la sentence sans exequatur, ne donne lieu à aucune perception de droits (II, 254).

308. Les frais et droits de l'exequatur des jugements étrangers

Nous ne croyons pas non plus que l'exequatur de jugements étrangers soit un acte de procédure contentieuse. Le litige est par hypothèse terminé par un jugement coulé en force de chose jugée et les cinq points que le juge doit vérifier d'office rapprochent son acte de celui d'une homologation qui suppose également une vérification de la légalité[100].

Cependant, la procédure en exequatur d'un jugement étranger requiert l'*assignation* de la partie contre laquelle on veut exécuter. Par application de l'article1 du Code de procédure civile, il y a donc lieu à consignation des frais.

L'exequatur des jugements étrangers est au demeurant accordée en la forme d'un jugement exécutoire (II, 3).
Tous ces arguments renforcent ceux invoqués en matières d'exequatur des sentences, pour justifier l'application du tarif des frais du contentieux.

On a pu hésiter autrefois, par application du principe non bis in idem, à savoir si les droits proportionnels devaient être perçus lorsque le fisc du pays où le jugement avait été rendu avait déjà fait une perception analogue. Aujourd'hui, un texte formel (art.152) lève toute hésitation à cet égard. Le greffier ne délivre pas d'expédition exécutoire sans le paiement des droits. En outre, si la décision est exécutée, fût-ce volontairement, après que l'exequatur a été accordée, les droits sont exigibles.

[100] Kisangani, 2 juillet 1971 ; R.J., 1972, p.1972, p. 146, N.B. : une coquille dans la notice où il faut lire qu'il n'a pas de droit… » au lieu de « s'il n'a pas… ».

TABLE DES MATIERES

AVERTISSEMENT…….
PRINCIPALES ABREVIATIONS UTILISEES DANS L'OUVRAGE……..
LA PROCEDURE CONTENTIEUSE DU DROIT PRIVE……
INTRODUCTION……
CHAPITRE PREMIER : LA FONCTION JURIDICTIONNELLE DU CONTENTIEUX DE DROIT PRIVE……..

1. Le maintien de l'ordre juridique……..
2. Le maintien de la sécurité juridique……
3. La mission de l'Etat dans les affrontements Des droits subjectifs……

CHAPITRE II : L'OBJET DE LA PROCEDURE CIVILE……

4. La fonction propre de la procédure civile Stricto sensu……..
5. L'application des règles de la procédure civile Aux litiges du droit commercial et du droit social……
6. L'application des règles de la procédure civile par Les tribunaux répressifs…….
7. Les règles de la procédure civile et le contentieux Administratif……..
8. La procédure civile en matière de contentieux fiscal……
9. La procédure de la juridiction gracieuse……..
10. La procédure des voies d'exécution…….

CHAPITRE III : LA SPECIFICITE DU DROIT DE PROCEDURE CIVILE

11. Le rattachement de la procédure civile au droit public ……..
12. Le lien du droit de procédure civile avec le droit privé……..
13. La forme liée au fond…….

CHAPITRE IV : LES TECHNIQUES DE LA PROCEDURE CIVILE……..

14. Le système accusatoire et le principe dispositif…….
15. Le caractère contradictoire de la procédure civile……..
16. L'oralité de la procédure civile……..

17. La publicité des audiences civiles……..
18. La publicité des jugements……
19. Le secret du délibéré…….
20. La publicité des registres et archives du greffe……
21. Le rôle du juge……
22. Le rôle du Ministère public en procédure civile……

CHAPITRE V : LES SOURCES DU DROIT DE LA PROCEDURE DE DROIT PRIVE

23. La Constitution…….
24. La loi- Les ordonnances-lois du
Président de la République……..

25. Les ordonnances du Premier président de
La Cour suprême de Justice……

PREMIERE PARTIE : LA PROCEDURE CONTENTIEUSE

CHAPITRE PREMIER : LES PROCEDURES PREJURIDICTIONNELLES……

26. Caractère de ces procédures……
27. La mise en demeure……
28. La tentative de conciliation…….
29. L'autorisation du juge préalable à la demande……
30. L'abréviation des délais…….
31. La désignation d'une personne ayant qualité
Pour ester en justice pour un incapable ou
Pour un absent…….
32. La désignation d'un (Avocat) conseil…….
33. Les mesures conservatoires……
34. Les demandes préalables……
35. La dispense de consignation des frais…….

CHAPITRE II :L'ACTION EN JUSTICE- LE LITIGE……

36. L'exercice de l'action……
37. L'objet de l'action…….
38. Les conditions de l'exercice de l'action (renvoi)……..
39. La classification des actions de droit privé
Selon l'objet du droit protégé……
40. La classification suivant le caractère
Du droit poursuivi…….
41. La classification suivant le régime juridique…….
42. Les actions possessoires et pétitoires…….
43. Les sujets de l'action……..
44. Les conventions des parties portant
Sur l'exercice de l'action……..
45. La cession de l'action à un tiers…….
46. L'action du Ministère public devant
Les juridictions de droit privé……

CHAPITRE III : LES INCIDENTS

47. La notion d'incident…….
48. Classification des incidents…….
49. Les incidents ne donnant pas lieu à
    Jugement……
50. La forme du prononcé de l'huis clos……..
51. Les incidents donnant lieu à
    Jugement avant dire doit……
A) Incidents probatoires ou fiduciaires……..
B) Incidents de demandes provisoires……
52. Les incidents pouvant se terminer
    Par un jugement définitif…….
A) Incidents de procédure…….
B) Incidents de fond……

CHAPITRE IV : LA LIAISON DE L'INSTANCE AU PREMIER DEGRE DE JURIDICTION……

Section 1- LES ACTES SAISISSANT LE TRIBUNAL……

53. La demande introductive d'instance……
54. La mise au rôle…….
55. Les demandes incidentes……..
56. Les diverses formes des demandes……
57. L''assignation ……
58. La requête
59. comparution volontaire……
60. La plainte……
61. Les conclusions des parties et les
    Réquisitions du Ministère public……..
62. Le renvoi……..
63. Le moment de la liaison d'instance…….

Section 2-LE PRINCIPE DISPOSITIF……

64. La notion de principe dispositif……
65. L'objet du procès……
66. Les faits dont est saisi le tribunal……
67. La cause de la demande……
68. Le droit applicable……
69. Prorogation et limitation d'office du
    Pouvoir juridictionnel du juge……..
70. Le dessaisissement du tribunal- Le désistement……..

CHAPITRE V : LE PROCES CONTRADICTOIRE AU PREMIER DEGRE DE JURIDICTION

Section 1- L'AUDIENCE INTRODUCTIVE D'INSTANCE……

71. La comparution et la représentation des parties…….
71bis- Le règlement du rôle……
72. L'élection de domicile des parties……
73. Le prononcé de l'huis clos……

Section 2- LES INCIDENTS DE PROCEDURE……

74. Les exceptions et moyens de défense
Tableau annexe au n°74……
75. Demande de délais pour mettre en cause
Un tiers……
75.bis- Le criminel tient le civil en état……...
76. La communication des pièces et conclusions……
77. Le défaut d'inscription au registre de commerce……
78. Abandon du domicile assigné à la
Femme demanderesse en divorce……
78.bis- Le défaut de provision……
79. Le déport et la récusation des magistrats……
80. L'exception de nullité de la demande……
81. L'inobservance des délais……
82. Le déclinatoire de compétence……..
83. Les exceptions de litispendance et de connexité……
84. Le règlement de juges……
85. Fin de non-recevoir résultant de l'inexistence
D'une partie……
86. Fin de non-recevoir résultant du défaut de capacité……
87. Fin de non-recevoir résultant du défaut de qualité……..
88. Fin de non-recevoir résultant du défaut d'intérêt……
89. Fin de non-recevoir : la chose jugée……...
90. Fin de non-recevoir pour demande dont l'objet
Est illicite……..
91. Fin de non-recevoir des demandes fondées sur
Une cause illicite……
92. Le régime procédural des exceptions……

Section 3- L'INSTRUCTION DES FAITS DE LA CAUSE

93. L'allégation des faits……...
94. Le régime de l'administration de la
Preuve en matière de droit privé……
95. La communication et le dépôt des dossiers……
96. La vérification d'écritures……
97. L'inscription en faux……
98. Le rejet de pièces du dossier……
99. La communication des dossiers répressifs :
Valeur probante……..
100. Action ad exhibendum et le compulsoire……
101. Les enquêtes……..
102. La valeur probante des dires des témoins ;
L'obligation de témoigner……..
103. La preuve contraire des faits articulés
-La contre enquête……
104. Le délai pour faire enquête, prorogation d'enquête……..
105. Les lettres rogatoires d'enquête……..
106. L'aveu……
107. Comparution personnelle des parties……
108. La visite des lieux……
109. Les expertises……
110. La conciliation par les bons offices des experts……..
111. La commission d'arbitres rapporteurs……
112. Le serment litisdécisoire……

113. Le serment supplétoire…….

Section 4- LE DEBAT JURIDIQUE……..117

114. La nature des débats judiciaires……
115. Les conclusions des parties……..
116. Les plaidoiries…….
117. L'avis du ministère public……..
118. La clôture des débats……..
119. La réouverture des débats……..

CHAPITRE VI : LES JUGEMENTS CONTRADICTOIRES

Section 1.- LE DELIBERE……..

120. La notion du délibéré…….
121. Le dossier……
122. L'objet du délibéré…….
123. La procédure du délibéré……

Section 2- LE JUGEMENT…….

124. Le prononcé du jugement……
125. Le contenu du jugement……...
126. Les jugements définitifs vidant le Fond du litige……..
127. Les jugements définitifs sur incident……..
128. Les jugements d'expédient……..
129. Les jugements avant dire droit……..
130. Les disjonctions des chefs de demande…….
131. Les jugements provisionnels…….
132. Les mesures conservatoires et provisoires……

Section 3- LES EFFETS DU JUGEMENT……

133. Le dessaisissement du tribunal…….
134. L'autorité de la chose jugée……
135. La force exécutoire…….
136. L'ouverture des voies de recours……
137. Signification, commandement, exécution forcée (renvoi)……

CHAPITRE VII : LA PROCEDURE PAR DEFAUT……

Section 1- LE DEFAUT D'AUDIENCE ……

138. La notion de défaut……..
139. Le droit de faire défaut……
140. quand y a-t-il défaut ?.....
141. Le défaut du demandeur……
142. Le défaut du défendeur…….
143. Le rabat du défaut……..
144. La dérobade d'une partie après Comparution……..

Section 2- LA PROCEDURE PAR DEFAUT…….

145. La saisine du trbunal……
146. L'instruction par défaut……
147. La communication au Ministère public…….

148. Le délibéré des causes par défaut……

Section 3- LE JUGEMENT PAR DEFAUT……..

149. La forme du jugement par défaut……..
150. Les effets du jugement par défaut…….

CHAPITRE VIII : LA PROCEDURE DEVANT LES JURIDICTIONS TRADITIONNELLES ……..

151. Le régime procédural…….
152. La plainte……..
153. Les audiences……..
154. Les jugements……..
155. Les effets du jugement du tribunal traditionnel……
156. L'évocation……
157. Le renvoi……

CHAPITRE IX : LES RECOURS ORDINAIRES……..

Section 1- LA NOTION DE RECOURS…….

158. La philosophie du recours……
159. Les recours dans le droit traditionnel……..
160. Les recours dans le droit actuel du Congo…….
161. La classification des recours……
162. Le désistement et la renonciation aux recours……

Section 2-L'OPPOSITION……..

163. Les conditions d'exercice de l'action en opposition……..
164. L'acte d'opposition……
165. L'assignation en opposition……..
166. Les délais d'opposition…….
167. Les effets de l'opposition…….
168. L'objet du jugement sur opposition…….
169. La forme du jugement sur opposition……..
170. Les effets du jugement rendu sur opposition…….

Section 3- L'APPEL DU RECOURS EN APPEL…….

171. L'objet du recours en appel……..
172. Appel principal, appel incident et
Appel provoqué…….
173. L'appel limité……
174. L'appel voie de nullité…….
175. Les jugements susceptibles d'appel……..
176. Les jugements dont l'appel n'est pas recevable……..
177. Suspension du recours contre certains jugements……
178. Qui peut interjeter appel ?.....
179. Qui peut former appel incident ?.....
180. L'intervention au degré d'appel……..
181. Qui peut être intimé dans l'instance d'appel ?.....

Section 4- LA SAISINE DE LA JURIDICTION D'APPEL……

182. Les formes de l'appel principal……..
183. Les formes de l'appel incident…….
184. Les délais d'appel principal……..
185. Les délais de l'appel incident……
186. L'assignation à comparaître devant la

Juridiction d'appel……..

Section 5- LES EFFETS DE L'APPEL…….

187. L'effet relatif de l'appel…….
188. L'effet suspensif d'exécution……
189. Le pouvoir de la juridiction d'appel de Suspendre ou d'ordonner l'exécution Provisoire……
190. L'effet suspensif d'instance……
191. L'effet dévolutif…….

Section 6- L'ETENDUE DE LA SAISINE DE LA JURIDICTION D'APPEL……

192. L'étendue du pouvoir juridictionnel Des juridictions d'appel……
193. L'évocation……
194. Les demandes nouvelles reçues au degré d'appel……..
195. La saisine d'office……..

Section 7- L'AUDIENCE D'APPEL…….

196. La comparution des parties…….
197. Le défaut au degré d'appel…….
198. La production de l'expédition……
199. L'instruction devant la juridiction d'appel……
200. Le débat devant la juridiction d'appel……..
201. Le jugement (arrêt) d'appel……..
202. Les effets du jugement (arrêt) d'appel……..

Section 8- LA REVISION…….

203. La nature de la voie de la révision…….
204. Les formes et la procédure en révision…….
205. Les effets de la révision……

CHAPITRE X : LES RECOURS EXTRAORDINAIRES……..

Section 1- NOMENCLATURE DES RECOURS EXTRAORDINAIRES…….

206. Les recours extraordinaires…….
207. Les voies de recours extraordinaires Organisées en droit congolais……

Section 2- LA TIERCE OPPOSITION……..

208. Historique de la tierce opposition en Droit congolais……..
209. Objet de la tierce opposition……
210. Quels griefs donnent ouverture à la Tierce opposition…….
211. Qui dispose de l'action ?.....
212. Contre qui l'action doit-elle être dirigée ?.....
213. La juridiction compétente…….
214. Les formes de l'action en tierce opposition ?.....
215. Les effets de la procédure en tierce opposition……..
216. L'effet du jugement sur tierce opposition……..
217. Les recours contre les jugements sur tierce opposition……..

Section 3- LA REQUETE CIVILE……

218. Historique- La nature du recours…….
219. Les conditions d'ouverture de la requête civile……..
220. Les conditions de forme et de délais pour
L'introduction de la requête civile……
221. La procédure……
222. Les effets de la requête civile……..
223. Les recours……..

Section 4- L'ANNULATION……
224. Historique- Le régime transitoire en vigueur……
225. Les moyens d'annulation……
226. La procédure d'annulation……..

Section 5- LA CASSATION……
227. Historique……
228. Décisions susceptibles d'être entreprises par
Un pourvoi……
229. Les sujets de l'action en cassation……
230. Les ouvertures à cassation……
A) L'incompétence……
B) Les excès de pouvoir……
C) La fausse application ou la fausse interprétation
De la loi……..
D) La fausse application ou la fausse interprétation
De la coutume……
E) La non-conformité aux lois de coutumes…….
F) La non-conformité à l'ordre public……
G) La violation des formes…….
231. La connaissance des faits……
232. Les formes et délais du pourvoi……
233. Les effets du pourvoi……
234. La mise en état de la cause……..
235. La saisine de la Cour……
236. L'audience de la Cour suprême de Justice……..
237. Les incidents devant la juridiction de cassation……..
238. Le délibéré de la Cour de cassation…….
239. l'arrêt de la juridiction de cassation…….
240. Les effets de l'arrêt de la juridiction de cassation……..

Section 6- LA PRISE A PARTIE…….
241. L'historique……
242. La nature du recours……..
243. Qui peut être pris à partie ?.....
244. Les ouvertures à la prise à partie……
245. La juridiction compétente……
246. Les effets de la prise à partie……
247. La procédure……..
248. L'arrêt rendu sur prise à partie…….

DEUXIEME PARTIE : L'ARBITRAGE ET LA CLAUSE COMPROMISSOIRE……

CHAPITRE XI : LE COMPROMIS D'ARBITRAGE……
249. La nature de l'arbitrage……
250. Le contrat de compromis……

251. la formation du tribunal arbitral……..
252. La procédure arbitrale…….
253. La sentence arbitrale……
254. L'exequatur…….
255. Les recours…….
256. Le compromis sur l'appel d'un jugement……..
257. L'annulation des sentences……..
258. La cassation……
259. La requête civile……

CHAPITRE XII : LA CLAUSE COMPROMISSOIRE……
260. La clause compromissoire……
260. bis. – La désignation des arbitres……
261. L'élaboration du compromis en exécution
D'une clause compromissoire……..

TROISIEME PARTIE : LA PROCEDURE DES ORDONNANCES DU PRESIDENT DE JURIDICTION

CHAPITRE XIII : LES ORDONNANCES SUR REQUETE……
262. La nature des ordonnances sur requête…….
263. La forme de la requête…….
264. La communication au ministère public……
265. La forme et l'objet de l'ordonnance……
266. Le caractère exécutoire des ordonnances sur requête……..
267. Les recours contre les ordonnances sur requête……

CHAPITRE XIV : LES REFERES…….
268. Le référé……

QUATRIEME PARTIE : LES VOIES D'EXECUTION……..

CHAPITRE XV : LE DROIT A L'EXECUTION……..
269. La notion du droit à l'exécution……..
270. Les actes exécutoires……..
271. Le caractère exécutoire des jugements…….
272. La grosse du jugement…….
273. La formule exécutoire……..
274. La signification du jugement……..
275. Le commandement……..
276. Les défenses à l'exécution…….
277. L'exécution abusive…….

CHAPITRE XVI : LES PROCEDURES D'EXECUTION FORCEE……..
278. Les modes d'exécution forcée……
279. La contrainte par corps……
280. L'exécution en nature…….
281. L'exécution par équivalent……
282. L'astreinte…….
283. La saisie-arrêt……
284. La saisie mobilière……..
285. La saisie immobilière……..

CHAPITRE XVII : LA DISTRIBUTION…….

286. Le concours de plusieurs créanciers sur
Une même saisie……
287. La distribution du produit des saisies
Immobilières……..
288. La distribution du produit des saisies
Mobilières……
289. La distribution des fonds en cas de
Saisies-arrêt concurrente……

CINQUIEME PARTIE : LES FRAIS ET LES DROITS DE JUSTICE……

CHAPITRE XVIII : LES FRAIS ET DROITS EN MATIERS CONTENTIEUSE……

290. Le caractère fiscal des frais et droits…….
291. Le tarif des frais de justice en matière contentieuse……..
292. Les taxes……
293. Les honoraires……..
294. Les dépens…….
295. Les frais au degré d'appel……..
296. Les frais du pourvoi en cassation……..
297. Les droits proportionnels……...

CHAPITRE XIX : L'IMPUTATION ET LE RECOUVREMENT DES FRAIS EN MATIERE CONTENTIEUSE ……

298. Le moment de l'imputation des frais……..
299. L'état des frais……..
300. L'imputation des dépens…….
301. La consignation de la provision pour frais……..
302. La dispense de consignation……..
303. Le recouvrement des frais…….
304. Le recouvrement des droits proportionnels……..

CHAPITRE XX : LES FRAIS EN MATIERE NON CONTENTIEUSE……

305. La définition fiscale des matières non contentieuse…….
306. La perception des frais en matière non
Contentieuse……
307. Les frais de justice en matière d'arbitrage……..
308. Les frais et droits de l'exequatur des
Jugements étrangers…….

Principaux ouvrages consultés ou cités……
Index des matières……..