



L'impartialité du juge administratif des référés : entre quintessence et portée réelle

[The impartiality of the administrative judge in summary proceedings: between quintessence and real scope]

Ipuka Badje Freddy*

Université de Kinshasa Faculté de Droit, Département de Droit Public Interne, Kinshasa, République
Démocratique du Congo

Résumé

Le développement spectaculaire de la procédure du référé administratif que connaît le droit procédural administratif congolais, avec son lot de décisions sonnantes comme un couperet à la toute-puissance de l'administration ne peut laisser indifférents les commentateurs intéressés, tant que ces dernières (décisions) recentrent le rôle primordial que le juge est appelé à jouer. Étant la pierre angulaire autour de laquelle gravite toute la procédure, le juge doit rassurer aussi bien les parties à l'instance que les tiers qui, voyant la manière dont l'instance est conduite et la justice 'rapide' rendue, puissent avoir le sentiment que les causes sont entendues par un tribunal indépendant et impartial. Cet objectif sera atteint que si le juge intègre certaines valeurs dont l'impartialité faisant l'objet de la présente étude. Dans une approche essentiellement exégétique, soutenue par la doctrine et la jurisprudence, la présente étude a retenu que l'impartialité du juge des référés est tributaire de la mise en œuvre de la contradiction, de la motivation de l'ordonnance ainsi que l'exercice prudente du cumul de fonctions.

Mots clés : Référé administratif, impartialité, motivation des décisions, juge, contentieux administratif.

Abstract

The spectacular development of the administrative summary procedure experienced by Congolese administrative procedural law, with its share of decisions sounding like a cleaver to the omnipotence of the administration cannot leave interested commentators indifferent, if these (decisions) refocus the essential role that the judge is called upon to play. Being the cornerstone around which the entire procedure revolves, the judge must reassure both the parties to the proceedings and third parties who, seeing the way the proceedings are being conducted and the 'quick' justice rendered, may have the feeling that cases are heard by an independent and impartial tribunal. This objective will be achieved only if the judge integrates certain values, including impartiality, which is the subject of this study. In an essentially exegetical approach, supported by doctrine and case law, this study has held that the impartiality of the judge in chambers is dependent on the implementation of the contradiction, the motivation of the order as well as the exercise of cautious about combining functions.

Keywords: Administrative referral, impartiality, motivation of decisions, judge, administrative litigation.

1. Introduction

Pour corriger la lourdeur du contentieux administratif ordinaire, le législateur congolais a introduit la procédure du référé administratif, au nombre d'innovations apportées par la [Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétences et fonctionnement des juridictions de l'ordre administrative](#). Une nouveauté parce que le droit congolais ne l'a jamais véritablement connu

dans le droit processuel. Déjà, [Rubbens \(s.d.\)](#) regrettait que les réformateurs de la procédure de 1960 n'aient pas organisé d'une manière plus générale et plus classique la procédure de référé pour toutes les difficultés d'exécution, plus généralement, pour tous les cas qui requièrent une décision urgente

Le référé peut être considéré comme une procédure consistant, pour le demandeur, à solliciter du juge qu'il ordonne des mesures provisoires mais rapides tendant à préserver l'intérêt public, sa

*Auteur correspondant: Ipuka Badje Freddy (ipukabadje@gmail.com), Tél. : (+243) 898 558 579

Reçu le 21/08/2023; Révisé le 27/09/2023 ; Accepté le 19/10/2023

<https://doi.org/10.59228/rcst.023.v2.i3.48>

Copyright: ©2023 Ipuka. This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

situation (ses droits et libertés) ou les intérêts qu'il entend défendre, dans un temps très court ou relativement court selon le type de référé administratif choisi.

Depuis l'opérationnalisation, essentiellement devant le Conseil d'Etat, Pour le demandeur personne publique, le référé administratif connaît un tel engouement qu'il tend à obscurcir le contentieux de légalité au fond, tellement que la Haute Juridiction est sollicitée en vue d'obtenir rapidement une décision contre des actes ou agissements de l'administration jugés en marge de toute légalité, voire attentatoires aux libertés fondamentales/publiques constitutionnellement et légalement garanties.

Il s'avère que toutes les décisions/ordonnances n'emportent pas toujours la bénédiction du commun de mortel, voire des procéduriers tant ils estiment parfois que le juge ne garantit pas toujours un procès équitable ; mieux, n'assure pas toujours la neutralité voulue. De sorte que l'impartialité de ce dernier est, dans certains cas, mise à rude épreuve. C'est le cas notamment de l'ordonnance dans l'Affaire Fédération des Entreprises du Congo (FEC) qui a fait couler beaucoup d'encre et de salive (CE, ord. Réf., 27 novembre 2020, Fédération des Entreprises du Congo (FEC)).

Cette étude vise d'abord à comprendre la notion d'impartialité et d'en cerner les contours dans l'exercice de la fonction du juge des référés.

Elle vise ensuite à comprendre l'impartialité à travers la mise en œuvre de la contradiction. Encore, elle vise à mettre en exergue le rôle de la motivation des ordonnances dans le respect de l'impartialité. Enfin, elle examine la question du cumul de fonctions par le juge.

Comme ci-dessus indiquée, cette quadruple finalité justifie l'intérêt de la présente étude en même temps qu'elle en constitue l'ossature. Nous allons donc dans un premier temps examiner considérations sur l'impartialité du juge (II) ; ensuite nous indiquerons l'impartialité dans la mise en œuvre de la contradiction (III), l'impartialité dans la motivation des ordonnances de référé (III); et enfin la question de l'impartialité dans le cumul de fonctions (IV).

2. Quelques considérations sur l'impartialité du juge

2.1. Impartialité: une exigence déontologique

Le Robert illustré de 2014 définit la terme impartialité comme le « fait d'être impartial » ; et s'agissant du substantif impartial, il le définit comme

« qui est sans parti pris, ne manifeste aucun parti pris » (Le Robert, 2014). De ce fait, il est demandé au juge administratif des référés d'être impartial, c'est-à-dire de ne manifester aucun parti pris vis-à-vis des parties aussi bien dans la conduite du procès que dans sa prise de position définitive sur l'issue du litige ou du conflit. Et comme le soutient Giltard (sd) [...] « les principes d'indépendance et d'impartialité, qui sont des principes généraux du droit applicables à la fonction de juger. »

Cette notion d'impartialité, quoique d'importance capitale pour la crédibilisation de la fonction de juger, n'apparaît pas expressément dans la loi organique sur les juridictions administratives, ni même dans le statut des magistrats. Il apparaît cependant dans la sous-section 5 de la section 6 du chapitre II, Titre 1er de la Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, ainsi intitulé : « De l'impartialité des membres des Cours et Tribunaux ». En dépit de cette absence textuelle, il ne sera pas surprenant d'affirmer que la valeur de l'impartialité du juge des référés soit l'une des plus hautes de notre ordre juridique administratif. Elle découle cependant, des obligations imposées au juge soit comme devoirs déontologiques soit comme incompatibilités fonctionnelles, lesquels trouvent leur socle dans le serment qu'il prête avant d'entrer en fonction. L'article 5 du statut dispose « Le magistrat n'entre en fonction qu'après avoir prêté verbalement ou par écrit, devant la juridiction à laquelle il est affecté, le serment : « je jure de respecter la Constitution et les lois de la République Démocratique du Congo et de remplir loyalement et fidèlement, avec honneur et dignité, les fonctions qui me sont confiées ».

En effet, du fait de sa qualité de magistrat, Alinéa 2^{ème} de l'article 26 de la Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016, le juge des référés est soumis au Statut régissant ce corps (Loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats). A ce titre, et pour garantir l'absence de parti pris et écarter tout préjugement, il lui est exigé, au titre d'incompatibilités, de n'exercer aucune activité professionnelle, salariée ou non, dans le secteur public ou privé et de n'exercer le commerce quel qu'il soit (articles 65 et 66 de la Loi Organique n° 06/020 du 10 octobre 2006). Sous réserve d'une autorisation expresse pour enseigner dans une Université ou un Institut Supérieur (article 67 statut) ou de sa désignation comme arbitre dans les conditions fixées à l'article 68 du statut.

Il en est de même de l'interdiction faite aux magistrats parents ou alliés jusqu'au troisième degré, en ligne directe ou en ligne collatérale, de siéger dans une même affaire (voir l'article 69 statut). Au titre de devoirs, le juge des référés doit rendre la décision dans le délai prévu de 8 jours en règle générale (article 278 alinéa 3 de la Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016) ou de 48 heures en référé liberté (article 283 alinéa 2 de la Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016) ou tout autre délai prévu ; il doit éviter d'entrer directement ou indirectement en contact avec les parties en cause avant sa décision, de se rendre coupable des tortures ou d'autres traitements cruels, inhumains, dégradants ou encore d'harcèlements et des violences sexuelles pendant l'instruction de la cause (article 27 Loi Organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats) et de violer les termes de son serment. Mais aussi, du devoir pour lui de servir l'Etat avec [...] dignité, [...] et intégrité.

Le droit français, beaucoup plus détaillé, exige des juges notamment de prévenir ou de faire cesser immédiatement toutes les situations de conflit d'intérêts (alinéa 2 de l'article L. 131-3 du code de justice administrative « Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »), et de faire une déclaration d'intérêts, dans les deux mois de leur entrée en fonction, laquelle mentionne les liens et les intérêts détenus de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions, que le déclarant a, ou qu'il a eus pendant les cinq années précédant son affectation ou sa prise de fonctions (L.131-7 du code de justice administrative (CJA)).

Ces incompatibilités et ces devoirs ne visent autre chose que de rassurer les parties tant en ce qui concerne la garantie de leurs droits que pour ce qui rassure l'équité de la procédure enclenchée.

L'impartialité découle aussi des causes pouvant être à la base de la récusation ou du déport du juge, énumérées à l'article 346 de la Loi Organique (Cet article dispose « Tout juge peut être récusé pour l'une des causes énumérées limitativement ci-après: 1. si lui ou son conjoint a un intérêt personnel quelconque dans l'affaire; 2. si lui ou son conjoint est parent ou allié soit en ligne directe, soit en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclusivement de

l'une des parties, de son avocat ou de son mandataire; 3. s'il existe une amitié ou une inimitié entre lui et l'une des parties; 4. s'il existe des liens de dépendance étroite à titre de domestique, de serviteur ou d'employé entre lui et l'une des parties; 5. s'il a déjà donné son avis dans l'affaire; 6. S'il est déjà intervenu dans l'affaire en qualité de juge, d'avocat, de témoin, d'interprète, d'expert ou d'agent de l'administration; 7. s'il est déjà intervenu dans l'affaire en qualité d'officier de police judiciaire ou d'officier du Ministère public; 8. s'il existe dans son chef un ensemble des circonstances qui montrent qu'il ne présente pas les garanties d'impartialité... »., d'une part, et de renvoi de juridiction pour cause de suspicion légitime régi par les dispositions des articles 225 à 227 de la Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif. En effet, lorsque pour des motifs fondés une partie parvient à prouver que les magistrats faisant partie de la composition de la juridiction, pris collectivement, font preuve ou risquent de faire preuve de partialité, elle peut solliciter son renvoi pour suspicion légitime.

2.2. *Appréciation de l'impartialité*

Le juge des référés, pour être impartial, doit, en tout état de cause, simplement jouer un rôle d'orientation en dirigeant les débats autour des points afférents à la procédure engagée ; et ainsi tenter d'aboutir à une solution qui concilie l'intérêt général et l'intérêt particulier du requérant.

Dès l'instant où il reste cadré dans son rôle de l'évidence, de l'incontestable, il ne portera pas atteinte au principe d'impartialité.

Ce faisant, il doit faire preuve de neutralité et d'objectivité qui garantissent sa crédibilité. Ainsi, il doit examiner avec la même attention les éléments favorables ou défavorables à chacune des parties, faute de se verser dans l'arbitraire. In concreto, il (le juge) doit statuer dans le litige qui lui est soumis en fonction des faits du procès, des preuves produites et des règles de droit applicables. La motivation des décisions doit rendre compte de la mise en œuvre de ces principes pour permettre au justiciable, non seulement de comprendre le jugement rendu, mais aussi d'apprécier si une suite doit être donnée au procès par l'exercice d'un recours.

Pour ce qui est du juge des référés, il y aurait aussi partialité si la décision (ordonnance) par lui rendue laisse transparaître, dans son écriture, l'issue ou la solution du litige au fond.

Généralement liée à l'indépendance du juge, l'impartialité se distingue de cette notion pouvant être perçue comme son préalable nécessaire.

Si l'indépendance du tribunal est « un statut » dont l'objet est de préserver le juge de pressions extérieures, son impartialité s'analyse comme « une vertu » en ce qu'elle s'attache à l'état d'esprit du juge qui doit se défendre de tout préjugé dans l'affaire qu'il connaît. Elle évoque, en somme, l'idée de neutralité du juge (Collet, 2016).

Pour invoquer le manque d'impartialité du juge, il ne suffit pas de dire que ce dernier a favorisé telle ou telle autre partie. Il faut des preuves. La difficulté d'apporter des preuves en soutien aux accusations portant sur la partialité a amené les doctrinaires à réfléchir. Des opinions doctrinales proposent de saisir cette notion en distinguant d'une part, l'impartialité personnelle et fonctionnelle et d'autre part, l'impartialité subjective et l'impartialité objective. La première devant s'apprécier à raison des convictions personnelles du juge, tandis que la deuxième au regard de l'exercice même des fonctions du juge, indépendamment de ses convictions personnelles, de son attitude, etc.

De la sorte, l'impartialité personnelle se basera notamment sur la parenté ou l'alliance entre un juge et une partie, d'autres sur la communauté ou la contradiction d'intérêts entre un juge et une partie, l'une sur la connaissance antérieure de la cause, enfin la dernière sur une manifestation de nature à faire suspecter l'impartialité du juge. Objectivement : « *l'approche politique de l'impartialité, qui englobe la vie du juge dans la cité, est nécessaire pour comprendre les causes de récusation invoquées par les justiciables et admises par la jurisprudence : l'engagement associatif du juge, les relations qu'il entretient dans sa vie privée, ses investissements patrimoniaux, peuvent être des éléments objectifs susceptibles de traduire un préjugé dans un litige déterminé* » (Collet, 2016). L'impartialité fonctionnelle tiendrait de la situation du juge dans sa juridiction d'appartenance où il pourrait être appelé à connaître des affaires ayant un lien avec celles dont il a eu précédemment connaissance. Cette dernière hypothèse, à quelques exceptions près comme nous le verrons au sujet du cumul des fonctions, semble dépassée au point de se demander s'il en vaut encore la peine.

3. Impartialité dans la mise en oeuvre de la contradiction

3.1. Principe

Le Professeur Clément (2000) remarquait que « *le principe du contradictoire est une règle*

fondamentale et même élémentaire du procès administratif, et au-delà de tout procès. C'est certainement l'ossature d'un système juridictionnel dans un Etat de droit ». Il est essentiel au droit à un procès équitable. La contradiction est un principe constitutionnel en droit congolais (article 19 de la constitution).

Pour sa part, et au sujet du contentieux public, Hauriou cité par Kalfèche (s.d.) estime, que « *c'est la contradiction qui est un élément central, non pas la présence de parties* », car il était en effet difficile de voir dans l'administration qui défendait son acte une véritable « partie » puisque le recours était considéré comme purement objectif, la défense de la légalité n'est pas personnalisée dans la personne qui a pris l'acte, le contentieux étant objectif.

L'exigence d'impartialité implique notamment un strict respect par le juge du principe du contradictoire, principe de procédure qui exige que les parties échangent leurs pièces et leurs conclusions, et que le juge (des référés) ne puisse fonder sa décision que sur des arguments de fait, de droit et des pièces ayant été échangés ou débattus entre les parties. Ceci permet à chaque partie d'être à même de s'expliquer sur ce qui lui est reproché avant d'être jugée.

L'obligation du respect du principe du contradictoire veut que toute personne soit informée d'une requête dirigée contre elle, et qu'elle soit mise à même de présenter ses observations ou ses répliques en défense.

Et comme le précisait le Conseil d'Etat français dans l'affaire Madame Esclatine, ce principe « *tend à assurer l'égalité des parties devant le juge* » et « *implique la communication à chacune des parties de l'ensemble des pièces du dossier, ainsi que le cas échéant, des moyens relevés d'office ; que ces règles sont applicables à l'ensemble de la procédure d'instruction à laquelle il est procédé sous la direction de la juridiction* » (CE, 29 juillet 1998, Mme Esclatine, n°179635 et 180208).

Ce principe, en référé, est posé notamment à l'article 285 de la Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016 qui dispose la « *procédure des référés est contradictoire, écrite et orale. [...] le juge des référés peut rejeter la demande, sans même communiquer la requête au défendeur ni procéder à la convocation des parties tel que prévu par l'article 289 de la présente loi organique [...]* ». Le droit français prévoit que « *[...] l'instruction des affaires est contradictoire* » et que « *les exigences de la*

contradiction sont adaptées à celle de l'urgence » (article L.5 du Code de Justice Administrative) et que « *le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale* » (article L. 522-1 al1, du Code de Justice Administrative).

De ces dispositions, on peut affirmer sans conteste que le principe du contradictoire, tout en restant tel dans son essence avec obligation pour le juge de le mettre en œuvre, connaît des aménagements voire des glissements qui somme toute le concilie aux exigences de célérité et de l'urgence que requièrent les différentes procédures de référés.

Cette exigence entraîne comme conséquence qu'une affaire ne peut être régulièrement jugée si une partie n'a pas été à même de prendre connaissance, dans un délai suffisamment raisonnable, des mémoires ou documents fournis par la partie adverse ; et surtout, ceux que le juge aura pris en considération pour se déterminer (CE, Sect., 13 janvier 1988, Abina, n°65856). Pour la Haute Juridiction, cette communication doit avoir lieu avant la clôture de l'instruction et pour cela, elle doit se faire par tous.) Toutefois, ce principe doit s'adapter à la célérité et l'urgence dictées par la spécificité du référé comme procédure. C'est ainsi que le législateur congolais prévoit que de *délais plus brefs* soient accordés aux parties (Article 289 de la Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif) pour leur permettre de porter leurs observations aux requêtes ou conclusions. Le droit français des référés prévoit aussi la même exigence à l'article R. 522-4 du code de justice administrative. En tout cas, hormis le cas de la procédure de tri, les délais à accorder doivent être adaptés et suffisants eu égard à la situation en présence. En sus, le législateur poursuit que même en cas d'inobservance desdits délais, la procédure se poursuit sans même faire une mise en demeure (article 289 in fine de la Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif)

Nous avons précédemment souligné que le principe du contradictoire, quoique subissant des aménagements, doit être respecté dans son essence de l'introduction de la requête à la décision du juge.

3.2. *Contradiction par le rejet de la surprise*

La surprise au prétoire consiste à surprendre l'adversaire par l'invocation ou la production d'éléments nouveaux non préalablement communiqués.

Cette attitude peut être considérée en trois hypothèses. La première est celle où le requérant produit de nouveaux éléments lors de l'instruction de l'affaire. La deuxième, celle où le requérant les produits pendant l'audience publique. La troisième, les produits après la clôture de l'instruction.

Dans le premier cas, la jurisprudence française a jugé qu'il ne se pose pas de problèmes particuliers, car le juge estimera qu'étant donné que ces éléments ont trait aux faits qui sont antérieurs aux décisions décriées, ces éléments peuvent valablement être produits pour être débattus de manière contradictoire même s'ils étaient ignorés de l'administration qui a pris la décision: « *Considérant [...] que, dès lors qu'ils portent sur des faits antérieurs aux décisions administratives critiquées, des éléments peuvent utilement être produits devant le juge pour y être contradictoirement débattus, alors même que l'administration n'en avait pas eu connaissance avant de prendre ces décisions ; que M. et Mme Sulaimanov ont ainsi pu apporter au cours de la procédure de référé des précisions sur les risques de persécution auxquels ils sont exposés* » (CE, ord. réf., 25 février 2003, Ministre de l'intérieur, de la sécurité et des libertés locales c/ M et Mme Sulaimanov).

De même : « *Considérant que, si la légalité d'une décision s'apprécie à la date à laquelle elle a été prise, il appartient au juge de tenir compte des justifications apportées devant lui, dès lors qu'elles attestent de faits antérieurs à la décision critiquée, même si ces éléments n'ont pas été portés à la connaissance de l'administration avant qu'elle se prononce ; qu'il ressort des pièces produites par M. Lechevallier devant le juge des référés ainsi que des explications données au cours de l'audience orale [...]; que les indications qui ont ainsi été apportées devant le juge des référés sont de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision de refus d'admission à concourir prise, au vu des pièces qui lui étaient soumises, par la commission de recevabilité des demandes d'admission à concourir* » (CE, ord. réf., 8 novembre 2002, M. Eric Lechevallier, n° 251301).

La deuxième hypothèse ne soulève pas non plus de difficultés car, jusqu'à la clôture des débats (de l'instruction), le juge est tenu de communiquer aux parties, par tous les moyens, même en pleine audience, les pièces et mémoires qui serviront de fondement à sa décision (articles L. 5 et L. 522-1 du

CJA). Le droit congolais fait obligation au juge, en pareil cas, d'ordonner une instruction supplémentaire (Voir l'article 185 alinéa 2 de la Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif). Cependant, l'application du principe du contradictoire peut se révéler difficile d'application par le juge des référés, lorsqu'à l'audience une partie soulève oralement des moyens nouveaux sans pour autant que ceux-ci soient consignés dans un mémoire. A cette préoccupation la Haute Juridiction administrative française a répondu que : « (...) les décisions prises par le juge des référés sur le fondement de ces dispositions sont rendues à la suite d'une procédure particulière qui, tout en étant adaptée à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide, doit garantir le caractère contradictoire de l'instruction ; que, si les parties peuvent présenter en cours d'audience des observations orales à l'appui de leurs écrits, elles doivent, si elles entendent soulever des moyens nouveaux, les consigner dans un mémoire écrit ; que le juge, qui ne saurait accueillir de tels moyens sans avoir mis le défendeur à même de prendre connaissance du mémoire qui les invoque, peut, compte tenu de ces nouveaux éléments, décider que la clôture de l'instruction n'interviendra pas à l'issue de l'audience mais la différer à une date dont il avise les parties par tous moyens ; que, s'il décide de tenir une nouvelle audience, l'instruction est prolongée jusqu'à l'issue de cette dernière (...) » (CE, 19 avril 2013 *commune de Mandelieu-la-Napoule*).

Sur fondement de cette décision, le juge des référés devra décréter l'irrecevabilité des moyens nouveaux produits oralement à l'audience dès lors qu'ils ne sont pas consignés dans un mémoire écrit. Si en revanche un ou plusieurs moyens nouveaux consignés dans un mémoire écrit sont présentés le jour de l'audience, le juge aura la faculté soit de différer la clôture de l'instruction à une date ultérieure, soit de tenir une nouvelle audience afin de permettre au contradicteur de prendre connaissance du mémoire et, le cas échéant, d'y répondre.

S'agissant du troisième cas, en principe les éléments nouveaux produits après la clôture de l'instruction doivent être rejetés. Selon l'article 185 alinéa 1 de la Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016 : « aucun mémoire ou document ne peut être déposé après la clôture de l'instruction », à moins que le juge n'ordonne la réouverture de l'instruction afin de les soumettre aux débats contradictoires, si ceux-ci exercent une influence sur l'issue du procès

(CE, 10 décembre 2001, *Association Gabas nature patrimoine*). Au cas contraire, les moyens nouveaux seront déclarés irrecevables.

3.3. Contradiction par la tenue des audiences publiques

Le contentieux administratif est essentiellement écrit. Ce caractère se fonde sur l'échange des conclusions et pièces, constituées en mémoires, entre les protagonistes. Pour ce qui est des référés, le caractère écrit de la procédure est clairement affirmé à l'alinéa premier de l'article 285 de la loi sur les juridictions de l'ordre administratif qui stipule que la procédure des référés est contradictoire, écrite et orale.

Mais, ce caractère écrit de la procédure n'est pas exclusif de l'organisation d'une audience publique. En effet, pour les demandes relatives aux référés suspension (article 282), référé liberté (article 283) et référé mesures conservatoires (article 284), le législateur prescrit au juge saisi d'informer les parties de la date et l'heure de l'audience. Pour ce qui est des référés-suspension et référés-liberté, la tenue de l'audience est une obligation législative, car aux termes de l'alinéa deuxième de l'article 289 « [...] les parties sont convoquées sans délai et par tous moyens à l'audience ».

La tenue de l'audience permet la réalisation du caractère oral rattaché à la procédure conformément à l'alinéa premier de l'article 285 sus rappelé ; car, l'oralité ne se conçoit que lors de l'audience publique où sont développés les moyens contenus dans les mémoires. Il est aussi exigé en d'irréversibilité de la décision. Pour la Haute Juridiction a, par une motivation rappelant les principes du contradictoire, imposé une nouvelle obligation pour le juge du référé-conservatoire qui est la tenue d'une audience publique lorsque la mesure susceptible d'être prononcée revêt un caractère quasi-irréversible (Piasecki, 2008).

Le législateur français consacre aussi le principe de l'oralité. L'article L. 522-1 du CJA dispose que « le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire écrite ou orale ». Elle constitue donc une possibilité offerte au juge des référés, lequel doit la concilier avec la nécessité de la célérité de la procédure. Possibilité puisque, comme nous l'étudions ci-dessous, le juge peut ne pas y recourir, notamment lorsqu'il s'autorise de rejeter une demande en recourant à la procédure de filtrage/tri des requêtes.

Au-delà du développement des moyens contenus dans les mémoires, l'oralité, qui s'inscrit dans le cadre du principe du contradictoire, permet un échange verbal d'arguments devant le juge d'urgence. Ainsi que l'ont écrit [Nerenhausen & Blanchet \(2007\)](#), « *il importe donc que les avocats aient une parfaite connaissance de leurs dossiers et soient capables de répondre complètement aux interrogations du juge des référés* », « *même s'il faut bien déplorer l'absence trop fréquente des étrangers concernés qui, avec le concours d'un interprète, seraient pourtant les mieux à même de présenter leur situation et par suite sensibiliser le juge à des difficultés parfois très aiguës* ».

En fait, l'oralité représente la contrepartie de la rapidité d'instruction de ces procédures et une garantie de l'effectivité du recours et permet au juge d'aborder des zones d'ombres apparaissant à la lecture du dossier ([Piasecki, 2008](#)). Elle contribue de la sorte au renforcement du caractère contradictoire de la procédure de référé. Ce renforcement tiendrait face à l'assouplissement du principe du contradictoire que nous avons souligné ci-haut ; assouplissement lié à l'exigence faite au juge d'adapter le contradictoire à l'urgence.

La prise de parole traduisant l'oralité est de ce point de vue bénéfique pour toutes les parties prenantes. Les requérants ou leurs conseils pourront trouver l'occasion d'apporter des compléments d'argumentaires de manière à expliciter ce qui est souvent rédigé de manière sommaire dans les mémoires du fait de la saisine urgente du juge. Ce dernier trouvera, lors de l'audience, l'opportunité de s'adresser directement aux parties afin de se faire éclairer tel ou tel autre point, jouant ainsi un rôle plus actif ; étant toutefois entendu que le juge ne doit en aucune manière laisser apparaître son opinion sur l'issue envisagée du conflit.

L'exigence de la tenue des audiences dans ces procédures n'implique cependant pas l'obligation pour le juge de prononcer sa décision publiquement. En effet, l'[alinéa 3 de l'article 293](#) stipule qu'« *elle (l'ordonnance) n'est pas prononcée en audience publique* ». Mais, le juge des référés a aussi la possibilité de rejeter unilatéralement la requête.

3.4. Effritement légal du contradictoire par la procédure de « tri » / « filtrage » des requêtes?

La procédure appelée « *tri ou filtrage des requêtes* » permet au juge des référés de rejeter

unilatéralement les requêtes sans être obligé de mener à son terme la procédure de manière contradictoire. Pour ce faire, le juge doit rechercher les motifs qui, de façon manifeste, lui permettront de rejeter une demande de référé par ordonnance sans qu'il ait à appeler les parties, ni leur communiquer les requêtes. Elle est régie en droit congolais par l'[article 286 de la Loi Organique](#) qui dispose : « *Lorsqu'il apparaît, au vu de la requête, que la demande est dépourvue de caractère d'urgence ou ne relève manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou non fondée, le juge des référés peut rejeter la demande, sans même communiquer la requête au défendeur ni procéder à la convocation des parties tel que prévu par l'article 289 de la présente loi organique. Le juge des référés qui entend décliner sa compétence rejette la demande dont il est saisi par une ordonnance* ».

Ces dispositions reconnaissent au juge le pouvoir de rejeter, sans communication préalable de la requête, les demandes dépourvues du caractère d'urgence, qui seraient manifestement irrecevables ou mal fondées, ou ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative.

Telle option législative trouverait fondement dans le souci de désengorger les juridictions administratives des requêtes « fantaisistes ».

Cette possibilité constitue une dérogation à la procédure contentieuse administrative ordinaire s'agissant du fond.

En effet, contrairement par exemple au contentieux administratif français où le juge peut rejeter les requêtes au fond soit lorsque celles-ci sont manifestement irrecevables ou manifestement mal fondées ([article R. 222-1 du CJA](#)), soit en cas d'absence de conclusions, soit encore dans le cadre d'un désistement ou bien d'un non-lieu à statuer, le droit congolais prévoit la contradiction lors d'une audience à l'issue de laquelle la décision de rejet doit être prise. En effet, selon l'[article 177 alinéa 2](#) : « *Si le recours est manifestement irrecevable, ou si la cause ne relève pas, de façon évidente, de la compétence de la juridiction, le chef de la juridiction communique le dossier à la chambre pour examen avant de fixer la date à laquelle l'affaire sera appelée. Notification de cette date est faite au demandeur et au ministère public* ». Que si telle audience n'est pas organisée, la procédure doit suivre son cours normal ([article 177 alinéa 3 de la Loi](#)

organique sur les juridictions de l'ordre administratif Loi Organique). Il en est de même concernant les conclusions (article 178 de la Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif) et aussi du désistement qui doit être accepté par la partie adverse (article 216 de la Loi organique sur les juridictions de l'ordre administratif).

En droit congolais des référés, le rejet de la demande sans contradiction peut se réaliser pour non-lieu, notamment lorsque le recours perd d'objet à la suite de l'exécution consommée ou de l'annulation de la décision attaquée ; car, lorsque la décision est totalement exécutée, la demande est sans objet (CE, M'Bow, 30 juillet 2003). Il est encore possible qu'une ordonnance en ce sens intervienne pour non-production de la décision attaquée, notamment en référé-suspension en considération de l'hypothèse de l'inexistence de la décision décriée, la production de la copie de la décision attaquée ainsi que de la requête en annulation ou en réformation au principal constituant des conditions de recevabilité de ce référé (article 287 de la Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016).

Enfin, le juge des référés, statuant comme juge de cassation, peut aussi appliquer cette procédure notamment lorsque la requête en pourvoi dont il est saisi, est dirigée contre une ordonnance n'ayant pas statué en appel ou en premier et dernier ressort. Mais aussi, en application du principe selon lequel « *le criminel tient le civil en état* », lorsque courant requête, une condamnation du requérant par une décision juridictionnelle répressive impacte la procédure, cette décision s'imposant *erga omnes*.

A ce propos, Piasecki (2008) estime, pour ce qui est du droit français, qu'en matière de droit de préemption par exemple, le manque d'urgence de la requête émanant de l'acquéreur évincé ne peut être retenu pour rejeter la demande par voie de tri. Qu'en effet, le juge doit recourir à la communication de la requête à la défense pour procéder à une appréciation globale des circonstances de l'affaire. Toutefois, le recours au tri sera valable si le fondement du rejet est autre motif que le défaut d'urgence. Aussi, la jurisprudence française admet que « *exceptionnellement, le juge des référés pourra statuer sans avoir communiqué au requérant le mémoire du défendeur, dès lors que ce mémoire ne comporte pas d'éléments nouveaux susceptibles d'exercer une influence sur sa décision* ». En matière d'appel dans le cadre d'une procédure de référé-provision (CE, 2 avril 2004, Société SOGEA,

n°257599). « *De même, une ordonnance ne sera pas considérée comme irrégulière si le juge des référés a omis de mentionner dans le visa un mémoire seulement si celui-ci ne comporte pas de conclusions nouvelles* » (CE, Société immobilière du commerce et de l'industrie, 21 mars 2008).

La procédure de tri des requêtes, en référés, se distance de la sorte de la procédure au fond. Il faut cependant relever que dans la pratique, alors qu'il en avait l'occasion, le Conseil d'Etat congolais n'a pas pu se faire approprier cette procédure de « tri ». En effet, sous ROR 074 en référé-liberté, la Haute juridiction était manifestement incompétente *ratione materiae* puisque la « *requête était dirigée contre les décisions ou actes accomplis par l'Assemblée provinciale de Kinshasa qui n'est ni une autorité administrative centrale encore moins un organisme public placé sous tutelle d'une autorité administrative centrale ou un organe national des ordres professionnels* », lesquels sont les seuls justiciables devant elle en vertu des articles 155 alinéa 1 de la Constitution et 85 alinéa 2 de la loi organique n°16/027 du 15 octobre 2016 sur les juridictions de l'ordre administratif. Aussi, sous ROR 017/RA1587, la Haute juridiction s'est déclarée incompétente matériellement parce que la requête en référé suspension était « *[...] dirigée contre une décision du Conseil National de l'ordre, deuxième organe de l'ordre national des avocats après l'Assemblée Générale, prise au second degré en chambre disciplinaire, acte juridictionnel échappant à la censure du juge administratif chargé du contrôle de la légalité quant au fond du litige. Cette décision n'est pas une décision administrative au sens de la loi, mais plutôt une décision disciplinaire sanctionnant un avocat indélicat* ».

Certes, dans ces espèces, la Haute juridiction a bien dit le droit en rejetant les demandes. Mais, elle l'a fait après avoir communiqué des requêtes aux défendeurs et organisé des audiences publiques, alors même qu'elle pouvait, par le filtrage préalable, rendre des ordonnances de rejet sans qu'il n'ait été nécessaire de se soucier de la contradiction, les requêtes dans ces affaires ayant été manifestement irrecevables.

Il faut signaler que cette procédure opère aussi devant le juge d'appel, ainsi qu'en a décidé le Conseil d'Etat français. En effet, selon cette Haute juridiction : « *le juge d'appel de référé-liberté pourra écarter le pourvoi sur le fondement de cette procédure alors même que le juge de première*

instance n'en a pas fait application. Dans cette hypothèse, le juge d'appel prendra en compte les éléments que le juge du premier degré avait recueillis dans le cadre de la procédure diligentée » (CE, 9 février 2001, Fauvet, n° 230136).

Considérant que si l'article L. 522-1 du même code énonce dans son premier alinéa que "le juge des référés statue au terme d'une procédure contradictoire..." et prévoit dans son deuxième alinéa qu'une audience publique est tenue lorsqu'il est demandé au juge de prononcer les mesures visées à l'article L.521-2, il est spécifié à l'article L.522-3 que ces formalités ne sont pas exigées notamment quand il "apparaît manifeste" que la demande est "mal fondée" ; que l'appréciation à porter sur ce point est fonction de la nature des éléments de droit et de fait dont le juge des référés a connaissance ; qu'à cet égard, il appartient au juge d'appel de prendre en compte les éléments recueillis par le juge du premier degré dans le cadre de la procédure qu'il a diligentée. Pour ce faire, le juge d'appel devra s'assurer que les conditions de rejet sont remplies comme le ferait le juge du premier degré, étant toutefois entendu que celles-ci doivent être adaptées à la procédure d'appel, notamment en se fondant sur la requête d'appel. Elle a aussi statué « [...] que le juge des référés statuant en appel ne peut se dispenser de l'exigence de la tenue d'une audience que lorsqu'il statue sans procédure contradictoire en application des dispositions sus rappelées de l'article L. 522-3 ». Cet article dispose :

Lorsque la demande ne présente pas un caractère d'urgence ou lorsqu'il apparaît manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée, le juge des référés peut la rejeter par une ordonnance motivée sans qu'il y ait lieu d'appliquer les deux premiers alinéas de l'article L. 522-1 », en raison de l'incompétence de la juridiction administrative ou du caractère irrecevable ou mal fondé de la requête d'appel qui lui est présentée, que cette dernière émane du demandeur ou du défendeur en première instance [...] (CE, 23 avril 2003, Commune DE Y... X... MARTIN/Préfet des Alpes-Maritimes, requête n°251946).

Aussi, « *Que toutefois, lorsqu'au vu de la requête dont il est saisi le juge des référés a estimé qu'il y*

avait lieu, non de la rejeter en l'état pour l'un des motifs mentionnés à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, mais d'engager la procédure prévue à l'article L. 522-1, il lui incombe de poursuivre cette procédure et, notamment, de tenir une audience publique » (CE, 23 avril 2003, Commune DE Y... X... MARTIN/Préfet des Alpes-Maritimes, requête n°251946).

Il découle de tous ces développements que, quoiqu'il soit constitutionnel, la contradiction, en matière de référé, n'est pas un principe absolu. Il subit des aménagements voulus par le législateur ; car, « *l'instruction du dossier implique seulement un respect minimal du principe du caractère contradictoire de la procédure* » (Huglo, 1993) et que la procédure de référé était « *une procédure particulière adaptée à la nature de la demande et nécessitant d'assurer une décision rapide* » (CE, 19 avril 1972, Département de la Haute-Haute-Loire).

4. Impartialité dans la décision de motivation

4.1. Motivation

La motivation des décisions de justice est une exigence, parce qu'elle permet de jauger le respect du principe d'impartialité. Elle peut être considérée comme « *l'ensemble des motifs d'un jugement* » ou encore « *l'ensemble des justifications de toute nature qui fonde la décision d'un juge* » (Mission de recherche Droit et Justice, s.d.).

Elle constitue une garantie contre l'arbitraire, et permet à toute personne, partie à un procès, d'exercer éventuellement une voie de recours ; mais également, d'asseoir l'autorité de la décision. En toute hypothèse, la motivation doit être explicite et suffisante. Cette exigence a pour objectif de permettre au juge éventuellement saisi du recours (appel ou de cassation) d'assurer le contrôle dont il a la charge.

Le Professeur Chapus (2008) estime quant à lui que « *tout jugement doit, effectivement, rendre compte de la solution donnée au litige et la justifier en exposant les raisons, sous la forme de considérants* ».

En droit congolais, cette exigence est d'origine constitutionnelle et légale. Elle découle de l'obligation générale faite par la Constitution aux juridictions de rendre des jugements écrits et motivés posée à l'article 21. Elle est renforcée par l'article 6 alinéa 2 de la Loi Organique sur les juridictions de

l'ordre administratif qui prévoit que « les arrêts et jugements sont motivés ». En droit judiciaire, les articles 23 Code de Procédure Civile et 87 Code de Procédure Pénale en font une exigence.

En effet, l'article 6 la Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016 sur les juridictions de l'ordre administratif dont dépend le juge de référés en droit congolais fait de la motivation des arrêts et jugements une exigence d'ordre général. Que, même si les dispositions constitutionnelles et légales mentionnent les termes « arrêts et jugement », ceux-ci doivent être interprétés de manière générale et couvrir toute décision juridictionnelle tranchant un litige ou ordonnant des mesures se rapportant à un procès en cours. Aussi, puisque l'obligation de motivation est constitutionnelle, nul ne doute que cette exigence est rigoureusement de mise pour les ordonnances des juges des référés.

Trouvant fondement de la motivation des ordonnances de référé sur pied de l'article L. 9 du CJA, la doctrine française est aussi d'avis que même si cet article mentionne uniquement les jugements, ce dernier terme doit être d'interprétation générale et doit s'entendre comme comprenant l'ensemble des décisions prises par la juridiction administrative, dès lors que l'application dudit Code est effective, ce qui n'est pas le cas devant les juridictions spécialisées. L'obligation dégagée par cet article est par conséquent pleinement applicable en matière de référés et ce quelle que soit la procédure envisagée par le Livre V du Code de justice administrative (Piasecki, 2008).

Comme pour insister sur cette exigence, le Conseil d'Etat français a rappelé qu'il appartient au juge des référés, afin, notamment, de mettre le juge de cassation en mesure d'exercer son contrôle, de faire apparaître les raisons de droit et de fait pour lesquelles, soit il considère que l'urgence justifie la suspension de l'acte attaqué, soit il estime qu'elle ne la justifie pas [...]. Et de constater que dès que l'ordonnance de référé est contestée sur la question de sa motivation, le juge supérieur – d'appel ou de cassation – usera de cette formalité afin de valider ou de censurer la motivation du juge de première instance (Piasecki, 2008).

De la sorte, le constituant, on peut l'affirmer, fait du droit de recours un corollaire de la motivation du jugement puisqu'il traite les deux questions dans le même article 21. A contrario, l'absence ou l'insuffisance de motivation constitue un motif de

rétractation voire d'annulation du jugement qui en fait l'objet.

La jurisprudence congolaise constante abonde dans ce sens. C'est ainsi que la Cour Suprême de Justice, notamment, a cassé des jugements ou arrêts des juridictions inférieures soit pour absence de motivation (Arrêt RP.628 du 11/12/1985 et Arrêt RP.121/1232 du 31/01/1989), soit pour contradiction dans la motivation entraînant défaut de logique dans le raisonnement du juge (Arrêt RC.421 du 10/12/1986), soit pour défaut de démonstration des faits ayant conduit à la conviction du juge (Arrêt RC. 572 du 26 août 1987). Cette Haute juridiction a de fois soulevé ce moyen d'office (Arrêt RC. 572 du 26 août 1987).

Comme exigence, la motivation permet de rendre compte de la solution donnée au litige et de la justifier. L'on admet qu'en matière de référé, le juge fait généralement preuve d'une certaine concision dans la rédaction de ses ordonnances. Cette concision peut être vue comme le reflet de la prise en compte des moyens soulevés par les parties dans leurs conclusions ; et ainsi apparaître comme un gage d'impartialité du juge considéré comme la bouche de la loi. La motivation de ce fait met en vedette la justification de la décision au regard du droit en vigueur, sans pour autant que l'ordonnance du référé ne serve de fondement à la solution de la demande au fond.

Enfin, la motivation se positionne de la sorte comme l'un des éléments pouvant permettre l'éclairage d'une possible violation du principe d'impartialité par le juge des référés. Une motivation indépendante peut prouver l'impartialité ou pas. Mais cela peut ne pas suffire. Ainsi, faudrait-il encore examiner les mesures ordonnées pour juger de l'impartialité. Car, les mesures ordonnées peuvent aussi être le reflet du comportement impartial ou non du juge des référés.

4.2. Relativité pratique de l'exigence en procédure de référé

Ainsi qu'il est précédemment affirmé, le juge des référés doit, dans la motivation, toujours désigner avec précision celui ou ceux de ces moyens sur le(s)quel(s) il se fonde pour asseoir sa décision ; et qu'en l'absence de telle précision son œuvre pourrait être considérée comme entachée d'une insuffisance de motivation.

Il se pose cependant la question de savoir comment concilier l'impératif de motivation avec l'exigence de célérité que requiert la procédure de

référé ? Une trop large motivation ne serait-elle pas de nature à écorner le fond au principal.

Il a été précédemment souligné les fondements constitutionnel et légal de l'obligation de motivation des ordonnances. Mais la praticabilité de cette exigence est prévue à l'article 293 de la Loi Organique qui dispose que : « l'ordonnance rendue en matière des référés mentionne [...], l'analyse sommaire des conclusions ainsi que les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont il est fait application [...] ».

La jurisprudence et la doctrine s'accordent sur le fait que l'obligation de motivation n'a pas pour effet d'imposer au juge (des référés) d'analyser ou de viser, dans sa décision, les moyens développés par les parties dans leurs conclusions/mémoires. Mais, que celui-ci a plutôt l'obligation d'y répondre, en tant que besoin, au titre de la motivation des jugements/ordonnances, sous peine de sanction pour insuffisance ou défaut de motivation.

En somme, en tant qu'il est juge de l'évidence, le juge des référés ne devra fonder sa décision que sur les éléments qui sont versés au dossier et sur la motivation des demandes ; étant donné que l'examen approfondi du dossier relève de la compétence du juge de fond lequel exercera ultérieurement sa juridiction.

Se fondant sur le caractère sommaire de l'analyse des moyens des parties contenus dans leurs conclusions/mémoires, le juge congolais des référés a souvent fait preuve de concision dans ses ordonnances. S'il est vrai que la concision ne peut pas à elle seule constituer l'élément viciant la décision ainsi rendue, elle peut, néanmoins, laisser les protagonistes perplexes sur la valeur intrinsèque de l'ordonnance ; car, cette concision a parfois poussé le juge à ne pas expliquer par exemple que la condition d'urgence, de mise pour les référés dits d'urgence, était remplie en l'espèce. En droit français, en tout état de cause des procédures de référé et les appels ou pourvois exercés, le Conseil d'Etat a pu définir avec précision le contenu des conditions d'octroi de ces différentes procédures, que ce soit l'urgence qui fut défini au travers des célèbres arrêts de principe que sont *Confédération nationale des radios libres*, sur l'appréciation concrète de l'urgence, *Préfet des Alpes-Maritimes et Société Sud-Est Assainissement*, sur l'appréciation globale de l'urgence ou encore *l'ordonnance Commune de Pertuis*, sur l'appréciation

finaliste de l'urgence, ou également la notion de doute sérieux avec l'arrêt *Communauté d'agglomération de Saint-Étienne Métropole*, ou celle d'atteinte grave et manifestement illégale précisée par l'arrêt Mme *Tliba*, voire aussi l'arrêt *Elissondo Labat* sur le référé-conservatoire. C'est le cas de l'ordonnance sous ROR.010. En effet, après avoir rappelé les prescrits de l'alinéa 1^{er} de l'article 283 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre administratif qui dispose : « Lorsqu'une décision administrative porte gravement atteinte et de manière manifestement illégale à une liberté publique et/ou fondamentale, le juge des référés saisi par une demande en référé-liberté peut ordonner toute mesure nécessaire à la sauvegarde de la liberté ». Le juge n'a mentionné qu'un seul considérant ainsi libellé : Il s'avère que les décisions n°036/CENI/BUR/19 du 12 mars 2019 et n°038/CENI/BUR/19 du 22 mars 2019 de la Commission Électorale Nationale Indépendante, CENI en sigle, sont à n'en point douter des décisions émanant d'une autorité administrative en l'occurrence Commission Électorale Nationale Indépendante, CENI en sigle et qu'elles sont des décisions administratives.

Il s'avère surtout que ces deux décisions portent gravement et de manière manifestement illégale atteinte aux libertés fondamentales que sont le droit d'être candidat et donc éligible au poste de Gouverneur dans la province du SANKURU. Ces décisions privent le demandeur de son droit le plus légitime de participer au jeu démocratique avant d'ordonner la suspension de ces décisions décriées. Cette décision ne nous paraît pas suffisamment motivée. En effet, autant l'atteinte, la gravité de l'atteinte, l'origine administrative de l'atteinte, l'illégalité manifeste de l'atteinte sont des conditions, autant l'urgence de l'atteinte est une condition essentielle cumulative avec les précédentes pour l'octroi d'une ordonnance en référé-liberté. Pour plus de détails sur les conditions d'octroi des mesures en référés d'urgence, lire notamment [Caille \(2017\)](#). Le juge saisi doit justifier « [...] que les circonstances rendent l'urgence pressante et son intervention immédiate indispensable » de telle sorte que la demande du requérant ne doit souffrir d'aucune attente ([Vandermeeren, 2000](#)). Aussi, que la condition d'urgence posée à l'article L. 521-2 du

code de justice administrative « *n'est remplie qu'à partir du moment où les faits justifient que le juge des référés se prononce en 48 heures* » (CE, 28 févr. 2003, Commune de Pertuis, requête numéro 254411), « [...] que la liberté en cause ne puisse être protégée que par une mesure urgente » (CE, Ord. réf., 23 mars 2001, Société. LIDL). Car, l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale par l'administration n'est pas admissible en référé-liberté si elle ne présente pas le caractère urgent, le demandeur disposant d'autres voies pour attaquer l'acte administratif décrié. Le même reproche est aussi fait pour la cause sous ROR.011 où le juge a fait le copier-coller de l'unique considérant sous ROR.010 ; mais aussi dans plusieurs autres affaires comme celle sous ROR. 019.

Toutefois, dans d'autres causes, le CE a reconnu et argumenté sur l'urgence des mesures sollicitées. Il en est par exemple des causes sous ROR.022 et ROR.023. Dans cette cause sous ROR.023, le juge a défini l'urgence en disant qu'elle suppose que tout retard entraînerait un grave préjudice pour celui qui s'en prévaut. Toujours dans la cause sous ROR.023, le juge a entre autre rejeté la demande pour manque d'urgence en ce que pour le demandeur, l'urgence consiste en « [...] la levée de l'équivoque entretenue par l'administration centrale qui, à travers le Vice-Premier Ministre, Ministre de l'Intérieur de l'époque, -auteur de l'acte contesté, aurait ignoré le statut juridique de l'entité territoriale des BAKISI dont il est originaire, alors qu'il entend compatir en qualité de chef de secteur, lors du prochain scrutin local fixé par la centrale électorale ». Bien entendu, le juge des référés a bien dit le droit, car cet argumentaire du demandeur n'emporte nullement urgence ; il a la possibilité d'attaquer l'acte qu'il conteste en excès de pouvoir au fond.

Nous pensons que pour besoin de création et d'harmonisation jurisprudentielle, il importe que les ordonnances soient suffisamment motivées. Par ailleurs, il y a lieu de constater que le juge des référés congolais, en tout cas dans la quasi-totalité de ses décisions, si pas toutes, ne se soucie guère de faire figurer dans les visas la jurisprudence antérieure, alors même qu'une telle référence mettrait en vedette la continuité de l'action jurisprudentielle administrative des référés. Laquelle continuité pourrait lui épargner des soupçons de partialité, et ferait en sorte que sa position soit comprise et son œuvre crédibilisée de manière à favoriser son acceptation.

Car, il est lié par la jurisprudence antérieure qui détermine et fixe l'état du droit, étant donné qu'à la différence de juge fond, il n'a pas pouvoir de créer le droit.

Pour davantage renforcer son crédit, il est important que le juge des référés fasse mention de la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle ayant abordé et éclairci un point de droit dont il est saisi, même si cette Haute juridiction ne relève pas de l'ordre administratif. Il en est ainsi, par exemple, de l'Arrêt RCA.0001 du 15 janvier 2021 dans laquelle la Cour Constitutionnelle a précisé qu'une organisation syndicale, constituée sous forme d'une association sans but lucratif conformément à la Loi n°004/2001 du 20 juillet 2021 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et établissements d'utilité publique, n'était pas un ordre professionnel pouvant relever de la compétence d'une juridiction administrative (en l'occurrence le Conseil d'Etat), mais plutôt du juge judiciaire ; et que le contentieux des délibérations et élections des organes de telle association relèvent du droit privé parce que se rapportant à son organisation et à son fonctionnement échappant de la sorte à la censure du juge administratif des référés libertés (Cour Constitutionnelle, 15/01/2021, Arrêt RCA.0001, Mr YUMA MULIMBI c/Conseil d'Etat, conflit d'attribution de litige aux juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif).

Ainsi, le juge des référés qui, en droit congolais, ferait mention d'une telle décision dans son ordonnance déclinatoire de compétence contre une demande dirigée contre une décision d'une association sans but lucratif liée à son organisation renforcerait sa crédibilité.

L'article 278 de la Loi Organique prévoit que « le juge des référés statue/rend des mesures provisoire(s) » et qu'il « n'est pas saisi du principal ». Le caractère provisoire des mesures à ordonner en procédure des référés reste l'un des aspects essentiels desdites procédures, car il implique que le juge des référés ne peut pas entamer l'issue de la cause au principal. Ainsi, par exemple, le juge des référés qui prononcera des mesures définitives ou qui, lors de l'instruction ou de la rédaction de son ordonnance, abordera le fond de l'affaire violerait le principe d'impartialité, puisqu'il irait *ultra petita*. Dans ce sens et indubitablement, il aura violé sa propre juridiction et préjugé du fond.

En sus, les mesures ordonnées doivent faire l'objet de justification découlant d'une motivation logique. Si en revanche elles découlent des prémisses fausses ou non justifiées, elles peuvent contrarier l'impartialité du juge. Ces mesures doivent être en principe provisoires par principe sans écorner le fond. Nonobstant leur caractère provisoire, elles sont obligatoires et exécutoires. En effet, « *elle (l'ordonnance) prend effet à compter de la notification faite à la partie qui doit s'y conformer* » (article 294 de la Loi organique sur les juridictions de l'ordre administratif) ; « *par dérogation, le juge des référés peut décider de rendre exécutoire l'ordonnance aussitôt rendue* » (idem) ; « *l'ordonnance en référé-provision confère un caractère exécutoire à la créance* » (article 302 de la Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif). De l'effet combiné de toutes ces dispositions légales, nul doute que les ordonnances rendues en matière des référés sont obligatoires et exécutoires en tant que décisions juridictionnelles administratives (articles 6 et 250 de la Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif).

Toutefois, la question de la violation de l'exigence d'impartialité doit être nuancée au regard de certains référés dont le référé précontractuel des marchés publics où la mesure ordonnant que cesse la violation des règles de transparence, de publicité et de mise en concurrence à l'occasion de la passation des marchés publics, des contrats de partenariats et de délégation de service public, comme nous verrons, peut être définitive.

5. Impartialité et cumul des fonctions

Il est possible que dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, un juge soit appelé à connaître en jugement des faits successifs pouvant faire en sorte qu'il soit présent au moment de l'instruction d'un premier dossier qui pourra être le début d'un acte procédural qui soit plus ou moins complexe ou qui durerait dans le temps. En cela, il peut être désigné pour connaître des causes dont il a eu connaissance à un moment qui soit au sein de sa juridiction d'appartenance. Peut-il alors cumuler ces fonctions sans que son impartialité ne soit remise en question ?

5.1. Cumul de fonctions en référé et au principal en annulation/réformation

La Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016 impose au juge se trouvant dans l'une des causes

pouvant mettre en jeu son impartialité de pouvoir se déporter, au cas contraire, il peut être récusé (article 346. Il est donc interdit au juge de siéger dans une cause, notamment : [...] *s'il a déjà donné son avis dans l'affaire* (article 346 point 5), *s'il est déjà intervenu dans l'affaire en qualité de juge, d'avocat, de témoin, d'interprète, d'expert ou d'agent de l'administration* (article 346 point 6) *et s'il existe dans son chef un ensemble des circonstances qui montrent qu'il ne présente pas les garanties d'impartialité* (article 346 point 8). Ces dispositions font interdiction au juge administratif qui a déjà opiné ou avisé dans une affaire, en tout état de cause, de cumuler les fonctions. Cette interdiction est même assortie de menaces des sanctions disciplinaires (article 343) en cas de non-respect.

En droit judiciaire congolais, ces exigences de déport et de récusation sont aussi posées (article 49 de la Loi organique n° 13-011 B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire). Mais, il arrive de fois qu'une affaire introduite contienne une demande d'octroi des mesures provisoires avant tout examen du fond. Il faut néanmoins préciser que ces demandes n'ont rien à avoir avec le référé. Telle demande est généralement plaidée dès l'audience introductive.

Il s'observe quelques fois que les juges qui se sont prononcés sur cette demande fassent partie de la composition appelée à statuer au fond, sans que cela ne soulève *systématiquement* l'objection des plaideurs. Cette situation peut se justifier par le fait que ceux-ci (les plaideurs) n'y accordent pas trop d'importance. Et aussi à ce stade, nous n'avons pas pu trouver une jurisprudence tranchée qui sanctionne une œuvre au motif pris que l'un ou l'autre des membres ayant siégé au fond a fait partie de la composition qui a ordonné la mesure provisoire (c'est possible qu'il en existe).

Piasecki (2008) pense, au sujet du référé administratif, que le défaut d'impartialité ne sera avéré qu'à deux conditions cumulatives, à savoir : l'identité de litiges sur les faits et le droit, et l'examen de la première affaire ayant débouché sur une prise de position pouvant influencer sur l'issue de la seconde. Ces conditions devront être vérifiées lors des litiges au cours desquels un juge a eu à se prononcer à la fois et de manière successive aussi bien au provisoire qu'au fond.

L'on admet généralement que lorsqu'un juge ne prend pas position sur le fond du droit, il peut, après avoir statué en référé, siéger dans l'examen de l'affaire en principal. La jurisprudence aussi est dans le même sens. En effet, « *Eu égard à la nature de l'office ainsi attribué au juge des référés - et sous réserve du cas où il apparaîtrait, compte tenu notamment des termes mêmes de l'ordonnance, qu'allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige - la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge du principal* » (CE, Avis cont., 12 mai 2004, Commune de Rogerville, n° 265184).

En considération de cela, la jurisprudence française retient que le cumul des fonctions en référé et au principal peut opérer, notamment, pour les référés-suspension, référés-instruction, référés-provision et référés-précontractuel des marchés publics. Ainsi, en *référé-suspension*, le juge des référés, qui a publiquement pris position sur la validité des moyens susceptibles de justifier la suspension de l'exécution d'une décision administrative peut participer à la formation de jugement appelée à statuer sur la légalité de cette décision au fond (CE, Sect. Avis, 12 mai 2004, Commune de Rogerville) la Haute juridiction ayant estimé que le « *doute sérieux quant à la légalité* » ne s'appréhende qu'au regard des moyens invoqués dans la requête de référé, et non par rapport à ceux figurant dans le recours au fond. Et qu'il ne se détermine sur le bien-fondé de la demande « *qu'en l'état de la jurisprudence* » (CE, ord. réf., 9 mai 2001, Soussan, requête n°232496).

En *référé-provision* le juge peut aussi cumuler puisqu'il ne statue qu'au vu des éléments lui présentés « *en l'état de l'instruction* ». En *référé-instruction*, le cumul est aussi possible car le juge se borne à vérifier l'exigence du caractère utile de la mesure sollicitée et en aucun cas il ne sera saisi de la même question qui sera débattue devant les juges du fond, faisant ainsi prévaloir le critère de « *l'objectivité concrète* » (CAA Nancy, 24 février 2005, R. c/ Centre hospitalier général de Morez, n°00NC01107).

En *référé-précontractuel*, le juge peut cumuler dès l'instant où en référé, il n'a pas prononcé la suspension de la signature de la convention et que

donc il n'a pas pris parti sur la légalité de la décision de signer. Il en serait autrement s'il avait ordonné la suspension auquel cas il aurait forgé son opinion sur la légalité et partant, le principe d'impartialité serait violé s'il venait siéger au fond (CAA Lyon, 8 février 2007, Communauté Urbaine de Lyon et Société Dalkia France, n°06LY00183).

En revanche, le cumul ne sera pas possible parce qu'il heurterait le principe d'impartialité: si en *référé-provision* le juge avait rejeté la demande car l'on estime qu'en ce moment il y a un préjugement dans son chef, sauf si au fond il y a des éléments nouveaux ignorés par lui (CA Versailles, 7 octobre 1999) ; et si en *référé-précontractuel* il avait ordonné la suspension auquel cas, on pense qu'il aurait déjà forgé son opinion sur la légalité (CAA Lyon, 8 février 2007, Communauté Urbaine de Lyon et Société Dalkia France, précité). Dans ces hypothèses, on estime que le juge en référé avait opiné en portant une appréciation des faits et partant, le principe d'impartialité serait violé s'il venait à siéger au fond.

Par ailleurs, il est aussi admis qu'un juge, ayant participé à une formation collégiale sur l'annulation ou la réformation d'une décision administrative, siège comme juge des référés en suspension de l'exécution de l'arrêt ou du jugement, lorsque ceux-ci connaissent des difficultés quant à leurs exécutions. Même dans cette hypothèse, le principe d'impartialité serait violé si l'arrêt ou le jugement dont question avaient eux-mêmes déjà prévu la difficulté dans leur exécution.

Ces positions doctrinales et jurisprudentielles françaises sont soutenables parce que de bon sens. Mais, il appartient opportunément au Conseil d'Etat de la RDC d'en fixer les principes et contours de manière à rassurer le juge congolais «menacé» des sanctions disciplinaires.

5.2. Cumul successif de fonctions en référé

Trois hypothèses peuvent être mises en exergue ici. Il s'agit d'une part du cas de référé-réexamen prévu aux articles L. 521-4 du CJA et 281 de la Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif qui permettent au juge des référés de modifier, par ordonnance, des mesures qu'il a prises précédemment lorsque les parties présentent des « *éléments nouveaux* » du cas d'une demande connexe à une première sur laquelle le juge s'était déjà prononcé, et du cas d'un juge siégeant en recours (appel ou cassation) après s'être prononcé en première instance.

Dans la première hypothèse, nous pensons que, sauf s'il y a eu préjugement, le même juge des référés qui a pris une ordonnance, peut valablement se prononcer à nouveau sur la même demande dès l'instant où il y a des éléments nouveaux apportés par les parties. Cette solution se justifierait par le fait que lors du précédent prononcé, il avait décidé en « *l'état l'instruction* ». Et qu'au regard d'éléments nouveaux, sa décision pourra être maintenue ou revue.

Si dans l'entre deux instances le juge des référés connaît une promotion qui l'amène à se prononcer à nouveau dans une même affaire, cette fois en recours, le principe doit rester le même. Tant qu'il restera sur le constat de l'évidence dans l'examen de la demande, le cumul est possible. A contrario, s'il avait porté une appréciation sur les faits, l'impartialité serait mise en mal. Ce dernier n'aura d'autre choix que de se déporter.

Dans le cas de connexité, la situation est aussi la même et les mêmes principes jouent. Le juge ne peut, par exemple dans son ordonnance, donner des indications au requérant sur des moyens nouveaux ou sur un autre recours à exercer afin d'obtenir gain de cause sans heurter son impartialité. Mais existe-il d'autres cas de cumul possible pour le juge des référés?

Comme on peut s'en rendre compte, au vu des développements ci-dessus, la question du cumul des fonctions est délicate et doit s'apprécier au plus près pour savoir si le juge a violé le principe de l'impartialité qui est exigé de la fonction du juge administratif. Aussi, que l'importance de ce principe renforce la confiance dans le travail du juge des référés. Car, le non-respect de celui-ci peut être soulevé comme moyen pouvant conduire à la sanction de l'œuvre du juge en cas de recours. Respecté, ce principe contribue à la bonne administration de la justice et à la crédibilisation de l'œuvre du juge des référés.

6. Conclusion

L'exigence d'impartialité est à la fois un principe général de droit et une exigence déontologique s'imposant à tout juge, et au juge des référés particulièrement. Elle impose à ce juge de ne jamais faillir dans l'apparence qu'il donne de son absence de préjugés, de partialité. Elle impose également au juge de garder un comportement réservé, un comportement 'mystique' face aux prétentions et argumentaires présentés devant lui.

Elle se traduit dans la pratique par une attitude de neutralité se comprenant comme la non-interférence des opinions personnelles du juge dans l'exercice de ses fonctions.

Nous nous accordons avec la doctrine qui distingue entre « l'impartialité personnelle » et « l'impartialité fonctionnelle » ; la première renvoyant, par exemple, au comportement ou aux déclarations du juge manifestant un parti pris, tandis que la deuxième tendant à vérifier la connaissance que le juge a déjà pu avoir de l'affaire dans laquelle il se prononce en raison de fonctions antérieures.

Ce principe d'impartialité va au-delà du cadre de l'audience, pour s'imposer au juge comme devoirs et/ou incompatibilités. Devoirs puisque le juge doit organiser la contradiction depuis la requête introduite, en la communiquant à la partie défenderesse ainsi que les pièces en soutien à la demande, et en organisant des audiences s'il échet ; sous réserve de motiver le rejet de celle-ci lorsqu'elle est manifestement irrecevable ou mal fondée. Il doit aussi motiver ses décisions. Incompatibilités puisqu'il lui est interdit de s'afficher autrement de manière à entacher la réserve que lui impose sa fonction.

Il demeure que l'acceptation des décisions du juge en général et du juge administratif en particulier repose sur le crédit que les protagonistes y accordent, et leur crédibilisation trouve fondement sur un certain nombre de valeurs mieux d'exigences sans lesquelles l'œuvre de justice manquera de légitimation laquelle contrarierait son exécution ; alors même que le caractère exécutoire des jugements qui donne toute son efficacité au jugement est une des garanties du procès équitable. Il n'en demeure pas moins que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles.

Références bibliographiques

- Blanchet, B. & Nerenhausen, P. (2007). Faut-il guérir le procès administratif de sa taciturnité chronique? *Actualité juridique. Edition droit administratif*, (35), 1912-1917.
- CAA Nancy, 24 février 2005, *R. c/ Centre hospitalier général de Morez*, n°00NC01107, Légifrance.
- CAA Lyon, 8 février 2007, *Communauté Urbaine de Lyon et Société Dalkia France*, n°06LY00183 ; Contrats et Marchés publics, 2007, Légifrance

- Caille, P. (2017). Contentieux administratif – Deuxième Partie – Titre II – Chapitre I- Les référés urgence. *Revue générale du droit online*, 28668, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=28668.
- Caille, P. (2017). Contentieux administratif – Deuxième Partie – Titre II – Chapitre I- Les référés ordinaires. *Revue générale du droit online*, 28566, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=28566.
- CC, 15 janvier 2021, Arrêt RCA.0001
- CE, 24 juin 2019, ord. Réf., ROR.023
- CE, 09 avril 2019, ord. Réf., ROR.010
- CE, 09 avril 2019, ord. Réf., ROR.011
- CE, 10 juin 2019, ord. Réf., ROR.019
- CE, 28 févr. 2003, Commune de Pertuis, requête numéro 254411, Légifrance
- CE, Ord. réf., 23 mars 2001, Soc. LIDL, Légifrance
- CE, Avis cont., 12 mai 2004, Commune de Rogerville, n° 265184, Légifrance
- CE, Sect. Avis, 12 mai 2004, *Commune de Rogerville*, Légifrance
- CE, ord. réf., 9 mai 2001, *Soussan*, n°232496, Légifrance
- CE, 30 juillet 2003, *M'Bow*, Légifrance.
- CE, 2 avril 2004, *Société SOGEA*, n°257599, Légifrance
- CE, 21 mars 2008, *Société immobilière du commerce et de l'industrie*, Légifrance.
- CE, 9 février 2001, *Fauvet*, n° 230136, Légifrance
- CE, 29 juillet 1998, *Mme Esclatine*, n°179635 et 180208, Légifrance.
- CE, Sect., 13 janvier 1988, *Abina*, n°65856, Légifrance.
- CE, ord. réf., 25 février 2003, *ministre de l'Intérieur, de la sécurité et des libertés locales c/ M et Mme Sulaimanov*, Légifrance.
- CE, ord. réf., 8 novembre 2002, *M. Eric Lechevallier*, n° 251301, Légifrance.
- CE, 19 avril 2013 *commune de Mandelieu-la-Napoule*, requête n° 365617, Légifrance.
- CE, 10 décembre 2001, *Association Gabas nature patrimoine*, Légifrance.
- CE, 19 avril 2013 *commune de Mandelieu-la-Napoule*, requête n° 365617, Légifrance.
- CE, 19 avril 1972, *Département de la Haute-Haute-Loire*, Légifrance.
- CE, 29 mars 1985, *Commune de Sisteron*, Légifrance.
- Chapus, R. (2008). *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Lextenso éditions.
- Piasecki, J. (2008). *L'office du juge administratif des référés: entre mutations et continuité jurisprudentielle* [Thèse de Doctorat, Université du Sud Toulon Var].
- Clement, C. (2000). Le juge administratif des référés : un véritable juge de l'urgence après la loi du 30 juin 2000, in LPA, 10 août 2000, n°159, pp. 6-10.
- Code de Justice Administrative
- Collet, P. (2016). La conception de l'impartialité du juge par la chambre criminelle de la Cour de cassation. *RSC*, (3), 485-504. <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penalcompare-2016-3-page-485.ht>
- Constitution de la République Démocratique du Congo telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, *J.O.R.D.C.*, 52^{ème} année, numéro spécial du 5 février 2011.
- CSJ, Arrêt RP.628 du 11/12/1985, RP.121/1232 du 31/01/1989.
- CSJ, Arrêt RC.421 du 10/12/1986.
- CSJ, Arrêt RC. 572 du 26 août 1987.
- Giltard, D. (2014). Les principes directeurs du procès administratif. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 51(2), 277-288. https://scholar.google.com/scholar?hl=fr&as_dt=0%2C5&q=Giltard%2C+D.+%C2%AB+L+es+principes+directeurs+du+proc%C3%A8s+administratif+%C2%BB%2C+&btnG=
- Huglo, C. (1993). *La Pratique des référés administratifs: devant le tribunal administratif, la Cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat: référés constat d'urgence, référé fiscal, référé contractuel et référés spéciaux*. Gazette du Palais.
- Kalfflèche, G. (2011). *La notion de contentieux, une spécificité du droit public?* Consulté le 5/07/2022, sur <http://www.openedition.org/6540>
- Loi Organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétences et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *J.O.R.D.C.*, 54^{ème} année, numéro spécial du 18 octobre 2016.
- Loi Organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.
- Loi Organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.

Mission de recherche Droit et Justice. (sd). *La motivation des décisions de justice*. Consulté le 13 mars 2022, sur www.gip-recherche-justice.fr

Vandermeeren, R. (2000). La réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif. *Actualité juridique. Edition droit administratif*, (9), 706-720. https://scholar.google.com/scholar?hl=fr&as_sdt=0%2C5&q=Vandermeeren%2C+R.+%282000%29.+%C2%AB+La+r%C3%A9+forme+d+es+proc%C3%A9+dures+d%E2%80%99+urgence+devant+le+juge+administratif+%C2%BB%2C+in+A.J.D.A.%2C+septembre+2000%2C+consult%C3%A9+en+ligne+le+10+ao%C3%BBt+2022&btnG=

Rubbens, A. (sd). *Droit judiciaire congolais, Tome I, le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*.