

**AUDIENCE SOLENNELLE
DE RENTREE DES COURS ET TRIBUNAUX**
Mercredi 11 janvier 2012

-----∞-∞-∞-∞-∞-∞-----

-----∞-∞-∞-∞-----

-----∞-∞-----

THEME :

La liberté du travail

ALLOCATION

DE

MONSIEUR ABDOULAYE GAYE

**PROCUREUR GENERAL
PRES LA COUR SUPREME**

ANNÉE JUDICIAIRE 2011-2012

Honorables invités, Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi de vous souhaiter, au nom de Monsieur le Président de la République, Monsieur le Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, Monsieur le Premier président de la Cour suprême, de mes collègues et à mon nom personnel, la bienvenue et de vous remercier, d'avoir bien voulu cette année encore répondre à notre invitation.

Que le Tout-Puissant qui nous permet de nous retrouver de nouveau, pour célébrer l'ouverture officielle de l'année judiciaire soit loué.

L'on ne peut guère manquer d'avoir en un moment aussi solennel, une pensée pieuse pour nos collègues, collaborateurs et autres chers disparus, décédés durant l'année qui s'achève. Puissent-ils connaître la béatitude éternelle.

Pour nous autres qui continuons à vivre sur cette terre, espérons que l'année 2012 soit une bonne et heureuse année, génératrice de plein épanouissement physique, intellectuel et spirituel, dans la paix.

***Monsieur le Président de la République,
Président du Conseil Supérieur de la Magistrature,***

L'audience civile qui nous réunit ce matin, exceptionnellement sous votre présidence, est toujours pour moi l'occasion de magnifier votre détermination particulièrement efficiente, en votre qualité de « garant du fonctionnement régulier des Institutions », à l'endroit de la justice, cette clé de voute de l'état de droit. En effet les avancées réalisées dans ce cadre sous votre impulsion, sont importantes et nombreuses. Je crois que la magistrature pour sa part en tire une légitime fierté.

Soyez-en respectueusement et vivement remercié.

Au demeurant nous devons constater pour nous en féliciter, que la volonté politique que voilà est largement partagée par les personnalités qui incarnent nos Institutions républicaines. Aussi est-ce avec plaisir et reconnaissance, que je voudrais saluer la présence à cette cérémonie solennelle de,

***Monsieur le Président de l'Assemblée nationale,
Monsieur le Premier Ministre.***

Monsieur le Président du Conseil constitutionnel,

2012 est une année d'élection présidentielle. Vous venez d'être porté il y a quelques temps, à la tête de la prestigieuse Institution en charge du contentieux

électoral et de la proclamation des résultats définitifs de l'élection. Nous mesurons toute l'importance des responsabilités qui incombent au Président et aux membres du Conseil constitutionnel. Nous avons bon espoir qu'elles seront assumées avec bonheur. Permettez-moi de vous assurer de notre cordial soutien, à vous et à nos autres collègues du Conseil constitutionnel.

*Monsieur le Ministre d'Etat, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice,
Vice Président du Conseil Supérieur de la Magistrature,*

En tant qu'interlocuteur privilégié de Monsieur le Président de la République, en matière judiciaire, vous êtes évidemment au cœur de la mise en œuvre de la volonté politique que j'ai rappelée plus haut. Merci pour votre bienveillante disponibilité et votre haute capacité opérationnelle.

*Mesdames, Messieurs les Ministres d'Etat,
Mesdames, Messieurs les Ministres,
Mesdames, Messieurs les Sénateurs,
Mesdames, Messieurs les députés,
Monsieur le Président de la Cour des comptes,
Monsieur le Président de la Commission Electorale Nationale,
Mesdames, Messieurs les Représentants diplomatiques et consulaires,
Monsieur le Médiateur de la République,
Messieurs les Officiers généraux,
Messieurs les Recteurs, Messieurs les Doyens et Professeurs représentant
la communauté universitaire,
Messieurs les Dignitaires religieux et coutumiers,
Messieurs les anciens Chefs ou membres de juridiction suprême,
Monsieur le Bâtonnier de l'ordre des avocats,
Mesdames, Messieurs les Avocats,
Mesdames, Messieurs les Officiers ministériels et Auxiliaires de justice,
Mesdames, Messieurs,*

La réflexion sur un thème aussi riche que celui de « la liberté du travail », commence souvent par la question de savoir par quel bout la prendre. Peut-être qu'il serait plus simple, de commencer par tenter d'en cerner le sens dans un style plutôt ramassé. On pourrait considérer alors que la liberté de travail consiste à exercer la

profession de son choix ou à opter pour l'inactivité professionnelle. A en juger par la littérature juridique disponible en la matière, il semble que les problématiques les plus complexes en matière de liberté du travail, soient soulevées dans le domaine du travail salarié, où cette liberté se déploie dans le cadre de rapports entre employeurs et salariés. En effet tout travail ne fait pas naître un rapport. Ce rapport n'existe pas par exemple dans le cas du travailleur indépendant, comme le paysan qui cultive lui-même sa parcelle de terre. Quoiqu'il en soit, l'on observe que la liberté du travail est le plus souvent, analysée par les juristes dans le cadre du travail salarié. Le professeur Jean PELISSIER écrit à ce sujet, dans un article intitulé « la liberté du travail », « chacun a le droit de travailler comme il l'entend, là où il veut, pour le compte de qui il veut, dans les conditions qu'il a bien voulu accepter ; chacun a également le droit de refuser un travail pour des motifs dont il n'a pas à rendre compte ».

Le discours d'usage prononcé par notre jeune collègue Alioune Niokhor DIOUF, Président du Tribunal départemental de Thiès, s'articule essentiellement autour de ce double face de la liberté du travail. L'une des idées essentielles, qui émergent des développements intéressants qu'il vient de nous délivrer est, que la liberté du travail du salarié doit être conciliée, avec la liberté d'engager ou non le personnel de son choix, dont est titulaire l'employeur, propriétaire de l'outil de travail qu'est l'entreprise ; et pour cause, la vocation première de cette dernière est en principe la rentabilité. Cette conciliation est l'affaire du législateur principalement, du juge accessoirement, qui ont dès lors pour rôle entre autres, de réagir contre les entraves à la liberté du travail du fait de l'employeur essentiellement mû par l'intérêt de son entreprise.

Le siècle dernier comme celui qui commence présentement, sont caractérisés aussi bien au plan national qu'au plan international, avec la montée en puissance de l'Organisation Internationale du Travail (O.I.T.), par une volonté remarquable de protéger la liberté du travail.

L'examen de notre Constitution, de nos lois comme le Code du travail, complété par celui de la jurisprudence sénégalaise, permet comme l'a si bien fait notre collègue DIOUF, de mettre en relief bon nombre d'illustrations de cette volonté.

Qu'il me soit permis de le féliciter.

Au demeurant, on se rend bien compte que malgré les vastes progrès technologiques et économiques, la lutte contre l'exploitation du plus faible économiquement par le plus fort est de plus en plus complexe, singulièrement dans un contexte d'exclusion d'une fraction croissante de la population, avec le chômage qui ne cesse d'augmenter.

Prenons par exemple la modalité de la liberté du travail dite « la liberté dans le travail ». Pour le Professeur Jean SAVATIER, « la liberté dans le travail tel que nous l'entendons présente donc deux aspects : d'une part, la subordination du travailleur est limitée à la prestation de travail ; d'autre part, même dans le travail le salarié peut se prévaloir des libertés inaliénables ». Sous cet éclairage intéressons-nous aux données personnelles informatisées, utilisées en matière d'emploi. Il s'agit d'une méthode destinée à évaluer la personnalité des candidats à l'emploi ou des salariés, avec des questionnaires d'embauche et des logiciels d'évaluation. Ces derniers sont utilisés pour l'embauche, la formation, les mutations les reclassements ou les licenciements et permettent de déterminer, les points forts et les points faibles de l'intéressé, en fonction du « profil idéal ». Dans ces domaines les entreprises jouissent d'une totale liberté et font prévaloir essentiellement leur intérêt. Mais quid du point de vue du chercheur d'emploi ou du salarié par rapport à l'exploitation de ces données personnelles informatisées, concernant souvent sa vie privée, donc les aspects les plus intimes de ses droits et libertés ?

Qu'en-est-il de la protection de ces données par rapport à une éventuelle gestion irresponsable ou même une utilisation malveillante ?

Le Sénégal à l'instar d'autre pays, s'est doté de la loi 2008/12 du 25 janvier 2008, portant sur la protection des données à caractère personnel. C'est un texte de portée générale qui traite des questions de protection des données à caractère personnel, aussi bien dans le secteur public que dans le secteur privé.

Cette loi prévoit notamment, la mise en place d'une commission de protection des données personnelles, chargée de ce qu'on pourrait considérer comme la police du traitement de ces données ainsi que, des obligations de confidentialité et de sécurité à la charge du responsable du traitement des données, assorties de sanctions pénales. Ce dispositif comporte également, des droits conférés pour sa protection, à la personne dont les données font l'objet d'un traitement.

Cependant, il convient de garder présent à l'esprit que pour l'effectivité de la liberté du travail dans sa manifestation positive qu'est « le droit au travail » consacré par notre Constitution, aussi bien le législateur que le juge dans certains cas, ne peuvent pas ignorer l'intérêt de l'entreprise puisque c'est elle qui génère les emplois.

Notre collègue auteur du discours d'usage a notamment mis l'accent, au niveau des mécanismes de notre droit positif tendant à protéger la liberté du travail, sur la préférence du contrat de travail à durée indéterminée au contrat à durée déterminée.

Pourtant de plus en plus de voix s'élèvent pour soutenir, que pour les besoins de la compétitivité des entreprises privées et de leur capacité à générer des emplois, une flexibilité plus grande dans la rupture des contrats de travail serait souhaitable, dans le contexte de conjoncture économique difficile qui prévaut actuellement. Cette thèse est cependant très critiquée, parce qu'il semble que les preuves économiques du lien entre cette flexibilité et la création d'emploi soient plutôt ténues. En tout cas au Sénégal, deux instruments législatifs dérogent à la préférence du contrat à durée indéterminée au contrat à durée déterminée ci-dessus rappelée.

La loi N° 2007-16 du 19 février 2007 relative à la zone économique spéciale intégrée et son décret d'application prévoit que les entreprises exonérées ont le droit d'employer du personnel sénégalais, sur la base de contrat à durée déterminée pour une durée maximale de cinq (05) ans. A l'expiration de ces délais, ces entreprises sont alors soumises au Code du travail.

La loi N° 2004-06 du 06 février 2004 portant Code des investissements, prévoit une dérogation identique pour les entreprises éligibles au régime privilégié. Il serait intéressant de pouvoir évaluer sur le plan pratique, l'impact de ces dispositions dérogatoire sur l'évolution de l'emploi.

Quant à la liberté du travail dans sa manifestation négative consistant en l'option pour l'inactivité professionnelle il me semble qu'elle pourrait éventuellement s'avérer d'une délicate compatibilité avec une autre notion à laquelle se réfère notre dispositif institutionnel. Il s'agit du « devoir de travailler ».

Certes, aucune disposition dans notre droit interne ne mentionne expressément ce « devoir de travailler ». Il fait cependant partie des devoirs de l'individu, prévus à la première partie et au chapitre 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, à laquelle le Sénégal est partie, Charte que vise d'ailleurs notre Constitution dans son préambule. Pour la Charte africaine, l'individu a le « devoir de travailler, dans la mesure de ses capacités et de ses possibilités ». Ce devoir s'explique certainement, par l'idée que l'individu ne doit pas être simplement une charge, pour la communauté à laquelle il appartient. Il doit participer aux activités laborieuses qui garantissent le progrès collectif.

Il me paraît intéressant de rappeler que le préambule de la Constitution française de 1946 est par la suite celui de la Constitution de 1958, prévoient que, « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi ».

La question se pose tout naturellement de savoir quelle est la portée de cette notion. S'agit-il d'une obligation au sens juridique donc susceptible de sanction, ou simplement d'une obligation morale ne pouvant faire l'objet d'une sanction ?

Si c'est une obligation au sens juridique quelle sanction devrait-elle appeler ?

Le juge Kéba MBAYE dans son ouvrage sur les droits de l'homme en Afrique et à propos de la Charte africaine, écrit : « Il est certain que les dispositions relatives aux devoirs ne peuvent avoir qu'une portée limitée. D'ailleurs, la généralité avec laquelle les devoirs sont spécifiés montre bien, que le législateur a voulu plutôt insister sur une philosophie que prescrire des règles strictes qui doivent être appliquées avec rigueur. »

Certains tenants de la doctrine française, analysant le passage du préambule constitutionnel français précité, considèrent que la liberté du travail n'implique pas la liberté de n'avoir aucune activité professionnelle. Aussi dans cette perspective, le chômage est-il considéré comme subsidiaire, exceptionnel et temporaire. Au soutien de cette position, tels sont les éléments du système français invoqués :

- D'abord la recherche d'emploi est dans ce cadre obligatoire et elle est satisfaite, par l'inscription comme demandeur d'emploi et l'accomplissement d'actes positifs de recherche d'emploi. Le service de l'emploi est tenu d'aider le chômeur à trouver un emploi.

- Ensuite ces diligences conditionnent le bénéfice du revenu de remplacement et de tous les autres avantages accordés, au nom de la solidarité de la collectivité nationale, aux individus sans emploi.
- Enfin le refus sans motif légitime d'un emploi offert, peut motiver une radiation de la liste des demandeurs d'emploi et une perte de tous les avantages liée à cette qualité. Ces sanctions susceptibles d'être appliquées en France, sont impraticables au Sénégal, où il n'existe pas encore les mêmes mécanismes de solidarité.

L'article 228 de notre Code du travail dispose en son alinéa 1 que « tout travailleur à la recherche d'un emploi est tenu de s'inscrire en qualité de demandeur d'emploi auprès du service de l'emploi ». L'alinéa 4 in fine du même article prescrit que, « aucun travailleur n'est tenu d'accepter l'emploi qui lui est proposé par ledit service. Toutefois, le refus doit faire l'objet d'une déclaration auprès dudit service. » Il semble qu'en conséquence, au Sénégal la recherche d'emploi ne soit pas obligatoire.

La conception inverse, c'est-à-dire celle du « devoir de travailler » comme obligation juridique, ne serait pas facile à concilier avec l'interdiction du travail forcé ou obligatoire, et son érection en infraction pénale par notre Code du travail, même si la liberté de ne pas travailler est souvent dans la pratique, plus ou moins fictive, bon nombre de personnes travaillant parfois dans des conditions pénibles, sous la contrainte d'une sorte d' « état de nécessité ». Dans certains pays d'ailleurs, ont été relevés des formes très subtiles de travail quasi obligatoire comme par exemple, les Etats où le salarié ne peut démissionner que quand il se trouve dans certains cas.

Sur un autre plan, la lutte pour la protection de la liberté du travail donc contre le travail forcé ou obligatoire, souvent stigmatisée en terme de formes modernes d'esclavage, connaît depuis un bon nombre d'années déjà, de nouveaux développements très importants, résultant des phénomènes migratoires internationaux. Les individus ont de plus en plus tendance à se déplacer pour changer de pays, pour des raisons économiques ou pour leur sécurité. Il semble que le nombre de migrants internationaux se situent entre cent quatre vingt cinq (185) et cent quatre vingt douze (192) millions de personnes. La protection de ces migrants qu'ils soient réguliers ou clandestins est devenue capitale.

Ce n'est pas pour rien qu'en 1998, la conférence internationale du travail a adopté la Déclaration de l'O.I.T. relative aux principes et droits fondamentaux au travail, par laquelle a été réaffirmé l'engagement des Etats membres de l'organisation à respecter, promouvoir et réaliser de façon universelle, les principes concernant les quatre droits fondamentaux, parmi lesquels figurent, l'élimination de toute forme de travail forcé et obligatoire et l'élimination de la discrimination, en matière d'emploi et de profession. Avant cela l'O.I.T. avait élaboré en 1949 puis en 1975, les conventions 97 et 143 ayant de manière plus spécifique pour but, la protection des travailleurs migrants. En décembre 1990, l'assemblée générale des Nations Unies a adopté, la Convention internationale sur le droit de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Cette Convention internationale n'a pas créé de nouveaux droits, mais tend à garantir l'égalité de traitement entre les migrants et les nationaux et implique notamment, la lutte contre les conditions de vie et de travail inhumaines, dans lesquelles se trouvent souvent les migrants, sans possibilité de retourner dans leur pays d'origine. Il est allégué par exemple que dans certains pays, les documents personnels du salarié étranger lui sont retirés et ses déplacements strictement réglementés.

Il est regrettable que jusqu'à présent, les pays d'immigration les plus importants en Europe, en Amérique du Nord et aux Proche et Extrême Orient, n'aient pas ratifié la Convention, qui a été ratifiée par le Sénégal.

Je vous remercie de votre aimable attention.