

Annexe B13 Publique : Copie des références doctrinales

**MEMOIRE D'APPEL DE LA DEFENSE DE M. FIDELE BABALA WANDU
CONTRE LA SENTENCE PRONONCEE PAR LA CHAMBRE DE PREMIERE
INSTANCE VII (ICC-01/05-01/13-2123-Corr)**

KONRAD ADENAUER STIFTUNG

LIBRAIRIE AFRICAINE D'ETUDES JURIDIQUES

Volume 6

Edité par Hartmut Hamann et Jean-Michel Kumbu

Hartmut Hamann, associé du cabinet d'avocats CMS Hasche Sigle, focalise son attention sur des grands projets internationaux et sur des affaires d'arbitrage. Il est professeur à la Freie Universität Berlin et à Technische Universität Chemnitz. Il y enseigne le droit international public et la résolution des conflits de droit. M. Hamann travaille souvent en Afrique.

Jean-Michel Kumbu est professeur de droit du travail et de législation économique à l'Université de Kinshasa et dans d'autres universités en République démocratique du Congo. Il est avocat d'affaires et expert en gouvernance démocratique dans le Programme des Nations Unies pour le Développement à Kinshasa.



Konrad
Adenauer
Stiftung

©June 2011

Published By:

Rule of Law Program for Sub-Saharan Africa



Office : Mbaruk Road, Hse, No. 27
P.O. Box 66471-00800
Westlands, Nairobi, Kenya
Tel: 254 20 272 59 57, 261 0021, 261 0022
Fax: 254 20 261 0023
Email: info.nairobi@kas.de

Head Office: Klingelhöferstr. 23 D-10785 Berlin
Tel.: 030/269 96-0
Fax: 030/269 96-3217
www.kas.de

© Konrad Adenauer Stiftung & Authors, June 2011
ISBN: 978-9966-021-02-1

Typeset & Printing by:-
LINO TYPESETTERS (K) LTD
P.O. Box 44876-00100 GPO
Email: info@linotype.co.ke
Nairobi-Kenya

All rights reserved. No reproduction, copy or transmission of this publication may be made without written permission by the publisher. No paragraph of this publication may be reproduced, copied or transmitted save with written permission. Any person who does any unauthorised act in relation to this publication may be liable to criminal prosecution and civil claims for damages.

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS i

L'ORIGINALITE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE CONGOLAISE : SON ORGANISATION ET SES COMPETENCES

Par **Balingene KAHOMBO**

1

LA COUR SUPREME DE JUSTICE FAISANT OFFICE DE COUR CONSTITUTIONNELLE.
ESQUISSE DU BILAN DE PRES DE CINQ ANS SOUS L'EMPIRE DE LA CONSTITUTION
CONGOLAISE DU 18 FEVRIER 2006

Par **Balingene KAHOMBO**

27

ANALYSE COMPARATIVE DE L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE EN
REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO ET EN REPUBLIQUE DU CONGO.

Par **Camille NGOMA KHUABI**

51

PROBLEMATIQUE DE LA CONFORMITE A LA CONSTITUTION DE LA LOI
ORGANIQUE SUR LES ENTITES TERRITORIALES DECENTRALISEES EN
REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO. REGARD SUR LA COMMUNE DE
MONT-NGAFULA DANS LA VILLE DE KINSHASA

Par **Paulin PUNGA KUMAKINGA**

93

REFORME DES FORCES ARMEES DE LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO
(FARDC). REFLEXIONS SUR LE ROLE DES PARTENAIRES INTERNATIONAUX

Par **Joseph CIHUNDA HENGELELA**

107

LA REFORME DE LA POLICE NATIONALE CONGOLAISE ET LA CONTRIBUTION DES PARTENAIRES INTERNATIONAUX

Par **Anne-Marie NSAKA-KABUNDA**

137

LA POURSUITE PENALE DES CRIMES COMMIS PAR LES ARMEES EN PERIODE DE CONFLIT : CAS DE PILLAGES DES BIENS ET VIOLS

Par **De Gaulle MABIALA NKANGU**

151

LES MANIFESTATIONS DE L'EFFET MATTHIEU DANS LE REGIME FISCAL DE LA REMUNERATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Par **Yves-Junior MANZANZA LUMINGU**

173

KONRAD ADENAUER STIFTUNG LIBRAIRIE D'ETUDES JURIDIQUES AFRICAINES

VOLUME 6

AVANT-PROPOS

Le sixième volume de la „Librairie d'études juridiques africaines“ regroupe les travaux élaborés par des assistants et doctorants de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa qui participent depuis le 18 novembre 2008, date de l'inauguration, à une série de séminaires sur les questions de la réalisation des structures d'un Etat de droit en République démocratique du Congo et s'inscrit dans le cadre de la continuation. Ces séminaires sont organisés dans le cadre du programme « Etat de droit en Afrique subsaharienne » de la Fondation Konrad Adenauer, basé à Nairobi. Le séminaire au cours duquel les contributions scientifiques de différents chercheurs ont été présentées et débattues s'est déroulé à Kinshasa au siège de la Fondation Konrad Adenauer en République démocratique du Congo le 2 décembre 2010 en présence de l'attaché culturel de l'Ambassade allemande à Kinshasa, du Représentant résident de la Fondation Konrad Adenauer et de deux encadreurs des chercheurs, à savoir le Vice-Doyen de la Faculté de Droit en charge de la recherche et du représentant de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Berlin.

Les différents travaux ont fait l'objet d'une deuxième présentation suivie des débats en ateliers et en séance plénière au cours du séminaire régional sur la décentralisation et l'intégration régionale tenu à Butare du 4 au 5 décembre 2010 avec la participation de jeunes chercheurs assistants de l'Université de Kinshasa, de l'Université de Lubumbashi, de l'Université du Burundi, de l'Université nationale du Rwanda, tous accompagnés de leurs encadreurs respectifs. Il convient de mentionner la présence à ces assises d'un représentant de la Fondation Konrad Adenauer de Nairobi, de deux représentantes de la GTZ/Rwanda ainsi que d'un invité spécial en la personne du Professeur Ntumba Luaba Lumu, en sa qualité de Secrétaire Exécutif Adjoint Chargé des Programmes de la CEPGL.

L'Etat de droit peut être défini comme l'Etat dans le quel le pouvoir politique est institutionnalisé, où les relations aussi bien entre particuliers qu'entre gouvernants et gouvernés sont régies par des règles juridiques impersonnelles légitimement édictées par un pouvoir démocratiquement élu. C'est donc la soumission de tous, y compris les organes et agents de l'Etat, au droit.

L'un des fondements d'un Etat de droit démocratique est une justice indépendante, véritable soupape de sûreté qui garantit les droits des citoyens et qui est en mesure de sanctionner avec impartialité et efficacité des infractions contre les lois en vigueur. La construction d'une justice performante et indépendante peut donc contribuer décisivement au développement d'un pays. C'est pour cela que quatre travaux faisant partie de ce volume se consacrent aux aspects pratiques du système judiciaire congolais.

Deux travaux se consacrent à la réforme de l'armée et de la police qui doivent, dans un Etat de droit démocratique, demeurer des services de l'Etat et non du parti au pouvoir.

Parce qu'aucun Etat ne peut fonctionner sans la contribution de sa population aux charges publiques, le dernier travail rappelle le principe d'égalité de tous les citoyens devant l'impôt. Nous remercions les autorités de l'Université de Kinshasa d'avoir rendu possible le projet du séminaire orienté vers une collaboration durable. Nous remercions également l'Ambassade allemande à Kinshasa, l'Université Libre de Berlin et surtout la Fondation Konrad Adenauer qui a intégré le projet dans le cadre de son Rule of Law Program for Sub-Saharan Africa.

Nous devons notre gratitude particulière aux participants pour leur engagement. Comme d'habitude les points de vue exprimés dans les travaux publiés sont ceux des auteurs, pas nécessairement les nôtres ou ceux de la Fondation.

Prof. Dr. Hartmut Hamann

Prof. Dr. Jean-Michel Kumbu

L'ORIGINALITÉ DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE CONGOLAISE : SON ORGANISATION ET SES COMPÉTENCES

Par **BALINGENE KAHOMBO***

INTRODUCTION

La Cour constitutionnelle, instituée par la Constitution congolaise du 18 février 2006, ne paraît pas du tout une innovation en soi. C'est une institution bien connue dans l'histoire constitutionnelle de la République démocratique du Congo (RDC).

La Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, aussi bien que la Constitution de Luluabourg du 1^{er} août 1964 l'avaient tour à tour prévue, mais à un degré d'organisation suffisamment varié. Plus précisément, la Loi fondamentale avait provisoirement confié ses attributions au Conseil d'Etat belge¹. Il s'agit là d'un problème d'assimilation judiciaire entre la Belgique et son ancienne colonie et dont l'origine remonte à la Loi belge du 15 avril 1924². Ce problème ne fut définitivement résolu qu'à travers la Constitution de Luluabourg, qui confia l'exercice transitoire des compétences de la Cour constitutionnelle à la Cour d'appel de Léopoldville (article 196).

Toutefois, bien que prévue, la Cour constitutionnelle ne fonctionna pas ; d'abord, parce que son installation projetée ne fut pas réalisée. Ensuite, les mécanismes transitoires mis en place se sont avérés inopérants.

Sous la Loi fondamentale, cette situation s'explique, d'une part, par la dégradation des relations diplomatiques entre le jeune Etat du Congo et la Belgique³ ; d'autre part, à en croire le professeur Vunduawe, le Conseil d'Etat belge avait décidé, dans l'arrêt Mahamba concernant un cas de succession au pouvoir coutumier survenu dans le territoire de Walikale (Nord-kivu), qu'il était incompétent pour rendre une décision judiciaire au compte d'un Etat étranger indépendant⁴.

*Assistant à l'Université de Goma ; doctorant en droit public à l'Université de Kinshasa ; magistrat nommé au grade de substitut du Procureur de la République. Tél. : +243994194466 ; e-mail : internationaliste82@yahoo.fr

¹ Compétence dévolue à la plus haute juridiction administrative belge, car, à cette époque, la Belgique n'avait pas de juridiction constitutionnelle spécialisée. Celle-ci fut instituée, sous l'appellation «**Cour d'arbitrage**», seulement en 1989, et organisée sur la base de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Mais, suite à la révision constitutionnelle du 7 mai 2007, la dénomination «**Cour d'arbitrage**» a été remplacée par «**Cour constitutionnelle**».

² C'est cette loi qui étendit, après que le décret du 2 mars 1922 ait supprimé le **Conseil supérieur colonial** (lui-même créé par le décret du 16 avril 1889) en sa qualité de Cour suprême pour la colonie et dont le siège était établi à Bruxelles, la compétence de la Cour de cassation belge au Congo-belge. Lire sur ce point KATUALA KABA KASHALA et YENYI OLUNGU, *Cour suprême de Justice et textes annotés de procédure*, Kinshasa, Ed. Batena Ntambua, 2000, p.12. De même, la loi belge du 15 avril 1958 étendit la compétence territoriale du Conseil d'Etat belge, créé par la loi du 23 décembre 1946, à la colonie. Cette assimilation judiciaire reconduite par la Loi fondamentale relative aux structures du Congo fut abolie pour la première fois par la Loi constitutionnelle du 18 juillet 1963 et l'abolition fut définitivement acquise dans la Constitution de Luluabourg du 1^{er} août 1964. Voir F. VUNDUAWE te PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2007, p.849.

³ F. VUNDUAWE te PEMAKO, *idem*, p.851.

⁴ *Ibidem*.

Quant à la Constitution de Luluabourg⁵, elle ne fit pas long feu. L'ordre juridique qu'elle avait établi fût bouleversé, un peu plus d'une année après sa mise en application, par la «*Proclamation du Haut-Commandement de l'Armée nationale congolaise*» du 24 novembre 1965, par laquelle l'ANC décida de porter au pouvoir son Commandant en chef, le Lieutenant-Général Joseph Désiré Mobutu.

En dépit de ce coup d'Etat militaire, la Constitution du 24 juin 1967 reprit l'institution de la Cour constitutionnelle, à côté d'une Cour suprême de Justice (article 59), comme ce fut le cas de la Constitution de Luluabourg. Mais, à l'instar de ses prédécesseurs, cette Cour de 1967 ne fut pas non plus installée. Seules deux ordonnances-lois furent adoptées suite à la réforme judiciaire induite par la Constitution dite «*révolutionnaire*» : l'Ordonnance-loi n°68-248 du 10 juillet 1968 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires (COCJ) et celle n°69/2 du 8 janvier 1969 relative à la procédure devant la Cour suprême de Justice (CSJ).

N'ayant pas été organisée, la Cour constitutionnelle dut être supprimée, en pleine crise économique internationale⁶, lors de la révision constitutionnelle du 15 août 1974⁷ et ses compétences furent dévolues à la CSJ (article 70, alinéa 2). Avec ses nouvelles compétences et leur élargissement au contentieux électoral, suite à la révision constitutionnelle du 15 février 1978 (article 101)⁸, il fallait réaménager les modes de fonctionnement de la plus haute juridiction du pays. Il s'en suit l'adoption, d'une part, de l'Ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant le nouveau COCJ⁹ et, d'autre part, de l'Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la CSJ rénovée.

La révision constitutionnelle de 1974 consacra ainsi une première métamorphose de la justice constitutionnelle congolaise. Il ne s'agissait plus d'une justice spécialisée, inspirée du modèle européen de justice constitutionnelle¹⁰. Ce fut désormais une justice que devait rendre une juridiction judiciaire, un peu comme dans le système américain d'une puissante Cour suprême de Justice. Mais, à la différence de celui-ci, le modèle congolais ne correspondait pas à un «*système de contrôle diffus de constitutionnalité*»¹¹, car, bien qu'étant une juridiction de l'ordre judiciaire, la CSJ disposait formellement du monopole d'administration de la justice constitutionnelle¹². Autant dire donc que le modèle congolais présentait un caractère mixte, tirant parti des éléments du modèle européen et du système américain.

C'est ce modèle qui a prévalu, de manière inchangée, jusqu'à la promulgation de la Constitution du 18 février 2006. Celle-ci consacre, en ses articles 149 (alinéa 2) et 157, la résurrection de la Cour constitutionnelle en RDC, alors que d'autres pays comme le Sénégal ont résolu d'abandonner, pour des raisons essentiellement budgétaires, cette formule de juridiction spécialisée et de faire le retour à la formule classique américaine d'une Cour suprême de Justice¹³.

⁵ L'économie générale de ce texte constitutionnel est fournie par BALINGENE KAHOMBO, «*L'expérience congolaise de l'Etat fédéral : la Constitution de Luluabourg revisitée*», <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 24 mai 2010.

⁶ Ce qui présage des motifs d'ordre budgétaire pour l'Etat congolais.

⁷ Révision portée par la Loi n° 74-020 du 15 août 1974.

⁸ Révision portée par la Loi n°078-010 du 15 février 1978.

⁹ Cette Ordonnance-loi a été modifiée et complétée par celle n°83-009 du 29 mars 1983.

¹⁰ Ce modèle de justice constitutionnelle est né en Autriche par la création de la Haute Cour constitutionnelle en 1919 et dont le premier Président était Hans Kelsen. Il s'est alors généralisé dans les pays européens de tradition juridique romano-germanique. Lire G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, p.36 et Ch. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928.

¹¹ G. DRAGO, *ibidem*. L'auteur explique que ce système de contrôle est celui en vogue aux Etats-Unis d'Amérique où chaque juridiction peut être saisie d'une exception de constitutionnalité et la régler dans le cadre du traitement du litige principal au fond.

¹² Sauf en ce qui concerne le recours en inconstitutionnalité des actes réglementaires, qui relevait de la compétence de juridictions administratives.

¹³ St. BOLLE, «*Projet de révision constitutionnelle au Sénégal: la renaissance de la Cour suprême*», <http://www.la->

Pour le constituant, son œuvre est fondée sur trois objectifs : la recherche de l'efficacité, de la spécialité et de la célérité dans le traitement des dossiers¹⁴. Par conséquent, il vient de donner un écho favorable aux propositions doctrinales en faveur de la déconcentration du contentieux juridique congolais¹⁵. Il vient aussi et surtout d'induire une seconde métamorphose de la justice constitutionnelle congolaise, parce que la Cour qu'il met en place est une juridiction dotée, dans son organisation et concernant ses compétences, d'une originalité propre, qui la différencie du système européen et du modèle congolais antérieur de justice constitutionnelle. Et c'est bien cette originalité qui constitue l'objet à démontrer de notre analyse.

Ainsi, la Cour constitutionnelle est appelée à fonctionner à côté de deux autres ordres juridictionnels distincts : celui des juridictions administratives au sommet duquel se trouve le Conseil d'Etat et l'ordre des juridictions judiciaires coiffées par la Cour de cassation. Néanmoins, ladite Cour n'est pas encore opérationnelle. Il appartient à l'actuelle CSJ d'exercer transitoirement ses compétences¹⁶. En plus, elle n'est pas non plus entièrement régie sur le plan normatif. Outre la Constitution, il est prévu qu'elle soit régie par une loi organique, déterminant son organisation et son fonctionnement. Cependant, ce texte n'étant pas encore adopté et promulgué, l'on se référera, pour le besoin de notre analyse, à la proposition de Loi organique, initiée par l'honorable député Mohamed Bule, telle qu'amendée en juin 2008 par la Commission politique, administrative et judiciaire (Commission PAJ) de l'Assemblée nationale.

Il résulte de l'ensemble de ces textes que la Cour constitutionnelle congolaise sera dotée d'une composition hétéroclite (I), avec des animateurs aux fonctions et au statut controversés, et que la complexité des compétences lui conférées par le constituant donne lieu à une ouverture très étendue au droit de recours constitutionnel (II).

I. LA COMPOSITION HETEROCLITE D'UNE COUR RESSUSCITEE

Conformément à l'article 149 de la Constitution du 18 février 2006, la Cour constitutionnelle fait partie intégrante du pouvoir judiciaire. Ceci est une innovation parce que les autres constitutions passées en faisaient plutôt un organe juridictionnel à part entière¹⁷, comme c'est le cas dans le système européen de justice constitutionnelle. Dans ce système, les cours constitutionnelles sont composées d'une seule catégorie de membres. Cependant, la Cour congolaise est composée de deux catégories de magistrats auxquels seront associés, en plus, de nombreux collaborateurs directs.

constitution-en-afrique.org/, 23 mars 2008.

¹⁴ Exposé des motifs de la Constitution du 18 février 2006, point 3.

¹⁵ Lire B.B. MBOYO EMPENGE EA LONGILA, «La mégarde des modèles de constitutions euro-occidentales et l'élaboration d'une constitution zaïroise de développement véritablement intériste», *Annales de la Faculté de Droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996, p. 172 ; KABANGE NTABALA, «Quelle constitution pour la Troisième République face aux réalités zaïroises ? », *Annales de la Faculté de Droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996, pp.98-99.

¹⁶ Cette période transitoire a commencé en 2006, mais on ne sait pas quel pourra être son *terminus ad quem*, tant des questions d'ordre politique et d'ordre matériel semblent se poser. Politique d'abord, étant donné la nécessité de l'adoption et la promulgation de la Loi organique de la Cour ressuscitée, ainsi que le mode politisé de la désignation de ses neuf membres proprement dits. Matériel par la suite, car la mise en place d'une si éminente institution juridictionnelle exige une infrastructure adéquate et des moyens financiers conséquents.

¹⁷ KABANGE NTABALA, «Les innovations projetées dans l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle», *communication lors de Journées des réflexions sur la mise en place des ordres juridictionnels prévus par la Constitution du 18 février 2006*, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, du 29 au 31 janvier 2009, inédit, p.3.

1.1. Les deux catégories de magistrats constitutionnels pour quoi faire ?

Le constituant a fait la part des choses entre les membres proprement dits de la Cour constitutionnelle et les magistrats du Parquet général près celle-ci. Il faut dire qu'une telle composition bipartite de la Cour au niveau des magistrats est une originalité congolaise, car aucun autre pays de tradition romano-germanique n'a institué un Ministère public constitutionnel¹⁸. Quel dosage juridique est-il fait dans l'organisation de ces magistrats constitutionnels pour ne pas compromettre l'indépendance due à toute institution juridictionnelle et, partant, son efficacité ? Pour y répondre, il convient de voir, tour à tour, les membres proprement dits de la Cour constitutionnelle ainsi que les magistrats affectés à son Parquet général.

1.1.1. Les membres proprement dits de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle congolaise est à coloration politique. Ses membres procèdent d'une combinaison de juristes et de non-juristes. Au total, ils doivent être au nombre de neuf, les seuls à avoir le pouvoir de dire le droit pour le compte de la Cour.

A ce propos, Hans Kelsen considérerait, en effet, qu'« *Il est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession* », sans exclure « *la collaboration des membres appelés à la défense des intérêts proprement politiques* »¹⁹. C'est cette combinaison qui ressort des articles 158 et 159 de la Constitution : les 2/3 des membres de la Cour doivent être des juristes ; et nul ne peut être nommé à la Cour s'il ne justifie d'une « *expérience éprouvée de quinze ans dans les domaines juridique ou politique* »²⁰. Les critères pour devenir membres de la Cour constitutionnelle sont ainsi variés en fonction de la distinction établie par le constituant entre les membres nommés en raison de leur qualité de juristes et les autres.

Concernant la première composante, en plus d'être juristes, la Constitution exige que les 2/3 des membres de la Cour proviennent de trois horizons différents : la magistrature, le barreau ou l'enseignement universitaire (article 158, alinéa 2). Par contre, s'agissant de la seconde composante, c'est-à-dire les autres membres de la Cour, ils n'ont pas besoin d'être des juristes et s'ils le sont, il faut qu'ils aient une expérience dans le domaine politique. Ce qui signifie que la Constitution ne semble pas exclure l'hypothèse où la Cour ne serait composée que de juristes, dans la mesure où les politiciens appelés à siéger en son sein peuvent également avoir des compétences avérées en droit. Le nombre de 2/3 ci-dessus semble donc être un minimum en-deçà duquel il est interdit de descendre.

Malheureusement, ni la proposition du député Bule ni le rapport de la Commission PAJ de l'Assemblée nationale ne précise pas, de manière détaillée, le niveau de fonctions

¹⁸ Voir St. BOLLE, «Vers une Cour constitutionnelle à la congolaise», <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 24 septembre 2008.

¹⁹ H. KELSEN « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, p. 227.

²⁰ L'article 3, alinéa 2, de la proposition de Loi organique telle qu'amendée par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale ajoute un critère à ceux prévus par la Constitution : la Commission recommande d'exclure les parents ou alliés jusqu'au troisième degré d'être au même moment membres de la Cour « *afin de renforcer l'indépendance de cette dernière, en la mettant à l'abri du tribalisme, du clientélisme et du népotisme* ». Cet ostracisme peut paraître bienvenu. Seulement, souligne Stéphane Bolle, sa constitutionnalité est douteuse, au regard de l'article 169 de la Constitution de 2006 qui habilite le législateur organique à fixer l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle. C'est la leçon que l'on peut tirer de la jurisprudence constitutionnelle béninoise et, en dernier lieu, de la Décision DCC 05-069 du 27 juillet 2005 de censure d'une loi électorale ajoutant une condition d'accès à la compétition présidentielle.

juridiques ou politiques qu'il convient de prendre en considération²¹. Les deux textes se bornent simplement à recopier la Constitution. Pourtant, le rôle du législateur organique est de compléter l'œuvre du constituant. Ainsi, on ne peut pas savoir si l'appartenance à l'enseignement universitaire signifierait que les personnes concernées doivent être ou des professeurs ou des chefs de travaux et de n'importe quel domaine juridique, comme le droit économique et social.

Le même problème se pose en ce qui concerne les fonctions politiques. Celles-ci impliqueraient-elles même des fonctions exercées uniquement dans un parti politique ou, au contraire, s'agirait-il uniquement des fonctions ministérielles ou fondées sur un mandat électif²² et à quel niveau du pouvoir d'Etat? Tout ceci mérite une attention particulière si l'on veut avoir une Cour efficace qui traite les dossiers avec spécialité.

Par ailleurs, la compétence de désignation des membres de la Cour constitutionnelle est partagée entre le Président de la République, le Parlement et le Conseil supérieur de la Magistrature, qui choisissent chacun trois membres. Aux termes de l'article 3, alinéa 2, de la proposition de Loi organique, « Deux membres désignés par le Président de la République et un membre désigné par le Parlement doivent être issus du barreau ou de l'enseignement supérieur ». Ce sont eux qui, avec les trois autres qui seront issus de la magistrature, constitueront les 2/3 de membres juristes exigés à l'article 158 de la Constitution. La question que l'on peut se poser ici est de savoir quelle serait le degré d'indépendance de la Cour vis-à-vis du pouvoir exécutif et législatif si, surtout, le Parlement relevait majoritairement de la mouvance présidentielle. Inéluctablement, on risque d'avoir une Cour dans le giron des partis de gouvernement, à la solde de la mouvance présidentielle, en dépit de la mise en place d'un régime des incompatibilités assez rigide (articles 24-29 de la proposition de Loi organique). Une fois désignés, tous les membres de la Cour sont, en fin de compte, nommés par ordonnance présidentielle pour un mandat de neuf ans non renouvelable. Ils élisent parmi eux le Président de la Cour pour un mandat de trois ans renouvelable une seule fois, au scrutin majoritaire à deux tours au bulletin secret (article 7 de la proposition de Loi organique amendée par la Commission PAJ). Ses fonctions sont de nature administrative : administration de la Cour et de son personnel. Il est également le Président du Conseil supérieur de la Magistrature (CSM)²³. Sachant que le Président de la Cour constitutionnelle peut être, puisqu'aucun texte ne l'interdit, un non-juriste, il est curieux de relever que le CSM soit placé sous la présidence d'un politicien. Et compte tenu du mode de désignation des membres de la Cour constitutionnelle, il y a lieu de voir dans une telle présidence la main invisible soit du chef du pouvoir exécutif (Président de la République) soit du Parlement, enfrenant ainsi, quoique implicitement, la volonté du constituant qui a institué un système d'autogestion du pouvoir judiciaire.

1.1.2. Les magistrats du Parquet général près la Cour constitutionnelle

L'institution d'un Parquet général près la Cour constitutionnelle, exerçant «les fonctions de Ministère public près cette Cour »²⁴ peut paraître incongrue²⁵. Le texte de la Commission PAJ

²¹ L'article 34 de la Loi spéciale belge sur la Cour constitutionnelle aurait pourtant servi partiellement de modèle quant aux fonctions à prendre en considération. Par exemple pour les juges recrutés dans l'enseignement universitaire, ils doivent avoir le grade de professeur ordinaire, de professeur extraordinaire, de professeur ou de professeur associé de droit dans une université belge.

²² St. BOLLE, «Vers une Cour constitutionnelle », *op.cit.*

²³ Article 18 de la Loi organique n°08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature.

²⁴ Article 11 de la proposition de Loi organique du député Bule, telle qu'amendée par la Commission PAJ.

²⁵ St. BOLLE, «Vers une Cour constitutionnelle », *op.cit.*

de l'Assemblée nationale propose, ainsi, d'assimiler ce Parquet aux autres ministères publics près les juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif.

Il faut rappeler que ce choix n'a été fait en droit positif par aucun des pays se rattachant au modèle kelsénien ou européen de justice constitutionnelle. La Constitution de 2006, en son article 149, alinéa 2, prévoit expressément que la Cour constitutionnelle, composante du pouvoir judiciaire « *indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif* » (article 149, alinéa 1), est dotée, à l'instar des autres juridictions, d'un parquet, à charge pour le législateur organique de régler le statut de ses membres et de circonscrire leurs fonctions.

Ce Parquet sera composé d'un Procureur général, du Premier Avocat général et de deux avocats généraux près la Cour constitutionnelle²⁶. Le Président de la République les nommera, parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ayant au moins quinze ans d'expérience²⁷, conformément au statut²⁸ des magistrats du 10 octobre 2006, sur proposition du CSM pour un mandat de 6 ans, renouvelable étant donné le silence du texte. Dès lors, quelques difficultés surgissent²⁹.

Premièrement, le Procureur général près la Cour constitutionnelle est membre du CSM³⁰ et dont il est le Premier Vice-président³¹. Dès lors, un mandat de 6 ans sans autre précision paraît-il indiqué dans ces conditions ? Le Procureur général près la Cour constitutionnelle se déportera-t-il alors même qu'aucune règle écrite ne semble l'y contraindre ? De même, le Président de la République pourrait fort bien repousser la proposition de reconduction du haut magistrat sortant que formulerait le CSM. Dans tous les cas, un tel magistrat perdrait son indépendance dans la mesure où il serait amené à se mettre sous le « *protectorat* » du Président de la République en vue de s'assurer un renouvellement aisé de son mandat. C'est pourquoi un mandat valable jusqu'à la mise à la retraite ou un mandat non renouvelable, comme ce fut déjà prévu dans la proposition initiale de l'honorable député Bule³², serait plus approprié.

En second lieu, faute d'indication textuelle contraire, il apparaît que les magistrats du Parquet général près la Cour constitutionnelle, contrairement aux membres proprement dits de celle-ci, seront soumis, en ce qui concerne leurs droits et devoirs, au statut des magistrats de 2006. Cette soumission au statut des magistrats est-elle compatible avec leur éminente position institutionnelle ? Comment peut-on comprendre, sans remettre en cause la crédibilité et l'indépendance de la Cour constitutionnelle, qu'ils fassent l'objet de poursuites disciplinaires et être, le cas échéant, révoqués par le Président de la République ? Et pourtant, la Cour constitutionnelle auprès de laquelle ils exerceraient leurs fonctions n'est pas une juridiction comme les autres, car, d'une part, elle contrôle l'action des institutions politiques de l'Etat et, d'autre part, elle jouit d'une suprématie constitutionnelle sur les ordres de juridictions administratives et judiciaires³³.

²⁶ Article 13, alinéa 1, de la proposition de Loi organique du député Bule, telle qu'amendée par la Commission PAJ.

²⁷ *Idem*, article 13, alinéa 2.

²⁸ Loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.

²⁹ Voir aussi dans ce sens St. BOLLE, « Vers une Cour constitutionnelle », *op.cit.*

³⁰ Article 152, alinéa 2, point 2, de la Constitution du 18 février 2006.

³¹ Article 19, alinéa 1, point 1 de la Loi organique du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature.

³² Article 12, alinéa 2, de la proposition initiale de la Loi organique du député Bule sur la Cour constitutionnelle. Cet article prévoit un mandat de neuf ans non renouvelables.

³³ C. WASENDA-N'SONGO, « Rapport entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de légalité : pour quelle relation entre la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat », *communication lors de Journées des réflexions sur la mise en place des ordres juridictionnels prévus par la Constitution du 18 février 2006*, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, du 29 au 31 janvier 2009, inédit, p.10.

Les missions du Parquet général près la Cour constitutionnelle seraient essentiellement de quatre types : assurer le rôle du Ministère public dans toutes les affaires pénales relevant de la compétence de la Cour, saisir la Cour en inconstitutionnalité pour la protection des droits fondamentaux de la personne humaine³⁴, assister à toutes ses audiences avec la faculté de faire des observations orales, recevoir communication du dossier de procédure en vue de formuler, dans un délai de 15 jours francs, un avis, après les conclusions des parties et avant l'intervention du Rapporteur³⁵. Et bien que cette procédure semble emprunter au droit privé et suscite déjà des critiques en doctrine, notamment celles du professeur Mampuya³⁶, c'est bien après cet avis du Ministère public que le Président de la Cour constitutionnelle confiera le dossier à un membre de la Cour pour rapport³⁷. Il s'agit là des fonctions assez délicates, mais pour l'exercice desquelles les magistrats du Parquet général près la Cour constitutionnelle, aussi bien que les membres proprement dits de celle-ci, sont secondés par un certain nombre des collaborateurs directs.

I.2. Les collaborateurs directs des magistrats constitutionnels

A ce sujet, la proposition de Loi organique sur la Cour constitutionnelle, telle qu'amendée par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale, a institué trois sortes de collaborateurs : les conseillers référendaires ainsi que le Greffier et le Secrétaire qui tiennent respectivement le Greffe de la Cour constitutionnelle et le Secrétariat de son Parquet général.

I.2.1. Les conseillers référendaires ³⁸

Le texte rapporté par la Commission PAJ préconise la création, sur le modèle belge³⁹, d'un corps de conseillers référendaires, placé sous l'autorité du Président de la Cour constitutionnelle⁴⁰. Leur nombre ne peut dépasser soixante membres, alors qu'en Belgique le *numerus clausus* est fixé seulement à vingt-quatre (article 36 de la Loi spéciale belge sur la Cour constitutionnelle).

Aux termes de l'article 21 nouveau de la proposition de loi organique amendée par la Commission PAJ, l'accès à ce corps des conseillers référendaires se fera sur concours réservé aux « porteurs d'un diplôme de licence », sans autre précision. Faut-il en déduire qu'un licencié en lettres, en histoire, en sociologie ou encore en sciences économiques pourra devenir conseiller référendaire ? La réponse semble devoir être affirmative puisque le même article précise que les trois quarts des conseillers référendaires devront être « des juristes, justifiant d'une expérience d'au moins quinze ans ». Quid du quart restant ? Quelle valeur ajoutée pour une bonne administration de la justice constitutionnelle peut-elle être attendue de non juristes. Si les non-juristes sont admis à concourir, quel genre d'épreuve les candidats devront-ils passer ? Le texte est muet sur ce point ; et il ne précise pas davantage la composition du jury qui devra départager les candidats.

³⁴ Art 58 nouveau de la proposition de Loi organique de la Cour constitutionnelle, amendée par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale.

³⁵ Article 36 nouveau du même texte.

³⁶ A. MAMPUYA KANUK'A TSHIABO, « A propos du projet de Loi organique sur la Cour constitutionnelle », *Quotidien «Le Phare» du 9 avril 2008* ; article rapporté par St. BOLLE, «Quelle Cour constitutionnelle en RD du Congo? », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 16 avril 2008.

³⁷ Article 38 nouveau de la proposition de Loi organique de la Cour constitutionnelle, amendée par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale.

³⁸ Nous reprenons ici, presque intégralement, les propos de Stéphane Bolle, qui a fait une critique préliminaire, et à mon avis fondée, sur ce que pourraient devenir les conseillers référendaires congolais. Lire St. BOLLE, «Vers une Cour constitutionnelle », *op.cit.*

³⁹ Titre II, chapitre 2, articles 35 à 39 de la Loi spéciale belge sur la Cour constitutionnelle, adoptée le 6 janvier 1989.

⁴⁰ Article 19 amendé, alinéa 1, de la proposition de Loi organique précitée.

Pourtant, la Loi spéciale belge qui a inspiré le législateur congolais semble plus précise (article 36, alinéa 1). D'une part, les vingt-quatre référendaires belges doivent être soit docteurs soit licenciés en droit ; d'autre part, au lieu d'imposer comme en RDC une expérience de quinze ans- et on ne sait dans quel domaine- aux seuls candidats juristes aux fonctions référendaires, elle fixe plutôt l'âge d'accès à celles-ci à vingt-cinq ans au moins. Pourquoi le législateur congolais voudrait exiger le même temps d'expérience aux magistrats constitutionnels et aux conseillers référendaires, alors que, selon toute vraisemblance, leurs charges sont fondamentalement différentes ?

Il faut aussi déplorer que la Commission PAJ de l'Assemblée nationale ait omis de reprendre l'article 20 de la proposition de Loi organique du député Bule, article chargeant les conseillers référendaires « *d'assister la Cour dans l'étude et la préparation technique des questions lui soumises* ». La Commission aurait dû non seulement corriger une malfaçon rédactionnelle flagrante, mais encore détailler le rôle exact que joueront les conseillers référendaires. Ce manque de clarté est d'autant plus regrettable que leur intervention éventuelle, à un stade quelconque de la procédure devant la Cour constitutionnelle, n'est mentionnée nulle part. A quoi donc serviront les 60 conseillers référendaires auprès de neuf membres de la Cour constitutionnelle, sachant aussi que le texte prévoit expressément le recours à l'expertise externe⁴¹, qu'elle soit nationale ou internationale ? Seront-ils des assistants rattachés aux membres de la Cour, à l'instar des assistants parlementaires, ou des juges constitutionnels de second rang, délestant les membres de la Cour des tâches les plus fastidieuses ? Il serait sage que le législateur organique tranche définitivement.

1.2.2. Le Greffe de la Cour constitutionnelle et le Secrétariat de son Parquet général

Le Greffe de la Cour a été institué aux termes de l'article 18 amendé de la proposition de Loi organique du député Bule. Il sera dirigé par un greffier en chef ayant le rang de Secrétaire général de l'Administration publique et nommée, en conséquence, par le Président de la République. De même, le Secrétariat du Parquet près la Cour constitutionnelle sera dirigé par un premier Secrétaire ayant le même rang et nommé, lui aussi, par ordonnance du Président de la République (article 12 nouveau de la proposition amendée de Loi organique). Malheureusement, le texte amendé de la Commission PAJ ne précise pas sur proposition de quelle autorité se feront ces nominations, ni le titulaire du pouvoir de nomination des autres membres du Greffe ou du Secrétariat. Peut-être ce pouvoir appartiendrait au Premier Ministre, du moins en ce qui concerne les greffiers et secrétaires dont les grades sont inférieurs à ceux requis pour les postes de commandement dans l'Administration publique⁴². C'est par ailleurs le Premier Ministre qui fixera par décret délibéré en Conseil des ministres l'organisation et le fonctionnement du Greffe et du Secrétariat. Pourtant, du fait de la volonté du constituant⁴³, il eut fallu que tout ceci soit prévu par la Loi organique, de manière que les tâches respectives des greffiers de la Cour et des différents secrétaires de son Parquet général soient d'ores et déjà connues, au lieu de les déterminer dans un texte à part entière.

Cependant, quelques fonctions du Greffe sont indiquées à l'article 36 nouveau de la Loi organique. C'est, en effet, auprès du Greffe que seront déposées les requêtes adressées à la Cour. Par la suite, le Greffier les enregistre et attribue des numéros d'ordre aux différents

⁴¹ Article 22 amendé de la proposition de Loi organique précitée.

⁴² Pour ceux-ci, la compétence de nomination appartient au Président de la République (article 81, alinéa 1, point 4 de la Constitution).

⁴³ Art. 168 de la Constitution du 18 février 2006 : « L'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle sont fixés par une loi organique ».

dossiers. C'est également lui qui procèdera à la signification desdites requêtes aux parties intéressées et, à l'audience de la Cour, il tiendra le plume ou le procès-verbal de l'audience. Dans ce cas, il s'agit du greffier du siège qui signe aussi, avec les juges constitutionnels faisant partie de la composition (en l'occurrence sept juges au moins ; article 41 amendé la proposition de Loi organique), les arrêts de la Cour constitutionnelle.

Toutes ces fonctions sont analogues à celles qu'exercent les greffiers au sein des juridictions judiciaires. Partant, il faudrait également, peut-être, assimiler les secrétaires du Parquet général près la Cour constitutionnelle à leurs homologues de l'ordre judiciaire. Ainsi, la Cour aurait une structure et, on l'a déjà stigmatisé, une procédure convenables aux privatistes, alors qu'elle est appelée à statuer sur des recours constitutionnels, véritable matière de droit public. Quoi de plus regrettable!

II. L'OUVERTURE TRES ETENDUE AU DROIT DE RECOURS CONSTITUTIONNEL

Quelles sont les matières qui relèvent de la compétence d'attribution de la Cour constitutionnelle ? Suivant quelles modalités la Cour doit-elle exercer cette compétence ? Telles sont les questions essentielles auxquelles on essaiera de répondre en deux points distincts : les cas d'ouverture au droit de recours devant la Cour constitutionnelle et les conditions d'exercice par celle-ci de sa compétence d'attribution.

II.1. Les cas d'ouverture au droit de recours devant la Cour constitutionnelle

Il faut entendre ici par «*cas d'ouverture au droit de recours constitutionnel*», les différentes matières rentrant dans la compétence d'attribution de la Cour et qui sont, juridiquement, le fondement constitutionnel de sa saisine par toute partie qui a qualité pour ce faire. A ce propos, la Constitution de 2006 a conféré à la Cour une compétence très large, que très peu de constituants, à travers le monde, acceptent de conférer à leur juridiction constitutionnelle⁴⁴. Aussi est-il nécessaire de voir les chefs de compétence de la Cour ou cas d'ouverture au droit de recours constitutionnel, avant de nous pencher sur un problème bien particulier, celui du contrôle juridictionnel du pouvoir constituant dérivé.

II.1.1. L'inventaire des cas d'ouverture au droit de recours constitutionnel

La Cour constitutionnelle peut être saisie pour exercer trois catégories de compétences. Elle intervient⁴⁵ soit comme une autorité constitutionnelle, soit comme un juge pénal soit à titre d'un véritable juge constitutionnel.

En tant qu'autorité constitutionnelle, la Cour ne vient pas organiser un procès constitutionnel visant à vider un litige d'application ou d'interprétation d'une disposition contenue dans la Constitution. Simplement, elle accomplit un certain nombre d'activités nécessaires au bon fonctionnement d'un Etat de droit démocratique. Ces activités limitativement énumérées sont :

- la prorogation du délai électoral en cas de force majeure (article 76, alinéa 4 de la Constitution) ;

⁴⁴ NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, « De l'organisation de la Cour constitutionnelle congolaise : le Constituant de 2006 induit-il le principe d'une organisation décentralisée de la nouvelle juridiction constitutionnelle », *communication lors de Journées des réflexions sur la mise en place des ordres juridictionnels prévus par la Constitution du 18 février 2006*, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, du 29 au 31 janvier 2009, inédit, p.4.

⁴⁵ Cette classification est partiellement empruntée à P. PACTET et F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 25^{ème} édition à jour, Paris, Sirey, août 2006, pp.505-507.

- la proclamation des résultats des élections présidentielles et législatives nationales (article 72 de la Loi électorale du 09 mars 2006) ;
- la réception du serment du Président de la République (article 74 de la Constitution) et des membres du Bureau de la Commission électorale nationale indépendante (CENI)⁴⁶;
- la réception de la déclaration écrite du patrimoine familiale du Président de la République, des membres du Gouvernement (article 99 de la Constitution) et des membres du Bureau de la CENI⁴⁷, et sa communication à l'Administration fiscale;
- la déclaration de vacance à la Présidence de la République pour cause d'empêchement définitif du Président de la République (article 76, alinéa 1 de la Constitution) ;
- la proclamation, en cas de condamnation pénale, de la déchéance du Président de la République ou du Premier ministre (article 167, alinéa 1 de la Constitution).

Comme juge pénal, la Cour constitutionnelle organise un véritable procès au sens privatiste du terme, réglé essentiellement par le droit privé judiciaire. Elle juge ainsi, en premier et dernier ressort, le Président de la République et le Premier ministre⁴⁸, ainsi que leurs co-auteurs et complices.

En sa qualité de véritable juge constitutionnel, la Cour statue d'abord sur **le contentieux électoral** (article 161, alinéa 2 de la Constitution). Compte tenu de la variabilité de ce contentieux, la Cour constitutionnelle agit es qualité en tant que juge électoral. Elle ne détient pas le monopole de compétence dans ce domaine, car d'autres juges électoraux se situent à différents degrés du pouvoir judiciaire. Cinq types de contentieux électoraux doivent être distingués : le contentieux référendaire, celui de l'inscription sur les listes électorales⁴⁹, le contentieux des candidatures⁵⁰, celui des résultats⁵¹ et le contentieux répressif⁵². Ce dernier a précisément pour objet la répression des infractions pénales commises en relation avec la tenue du processus électoral. En tant qu'il est soumis aux règles et principes de droit pénal, il échappe normalement à la compétence de la Cour constitutionnelle. Il en est de même du contentieux de l'inscription sur les listes électorales, qui relève des attributions du Président du Tribunal de paix ou du Tribunal coutumier du ressort. Cependant, la Cour constitutionnelle peut statuer sur les autres types de contentieux. Elle a même le monopole du contentieux référendaire (article 161, alinéa 2 *in fine* de la Constitution) ; en revanche, elle statue en partie sur les contentieux des candidatures et des résultats, sa compétence étant limitée à l'examen des litiges liés à la déclaration de candidature et à la contestation des résultats pour les élections présidentielles et législatives (députation nationale et sénat). La Cour statue ensuite sur **les conflits de compétences** entre le pouvoir législatif et le pouvoir législatif ainsi qu'entre l'Etat⁵³ et les provinces (article 161, alinéa 3 de la Constitution). Peut se rattacher à ce type de conflits, le conflit d'attribution entre les juridictions de l'ordre

⁴⁶ Article 20 de la Loi organique n°10/013 du 28 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement de la Commission électorale nationale indépendante.

⁴⁷ Article 21 de la même Loi.

⁴⁸ Sur le statut pénal de ces deux autorités politiques, lire NYABIRUNGU Mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2007, pp.237-242.

⁴⁹ Articles 40 à 44 de la Loi n°04/028 du 24 décembre 2004 portant identification et enrôlement des électeurs en République démocratique du Congo.

⁵⁰ Articles 26-27 de la Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales.

⁵¹ Articles 73 à 76 de la même Loi.

⁵² Articles 45 à 55 Loi n°04/028 du 24 décembre 2004 portant identification et enrôlement des électeurs en RDC ; articles 79 à 99 de la Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales.

⁵³ En réalité, il ne s'agit de l'Etat au sens technique du terme et dont les provinces font partie intégrante, mais du pouvoir central (en l'occurrence l'Exécutif et le Parlement nationaux) opposé à ces dernières.

judiciaire et celles de l'ordre administratif. En ce cas, le rôle de la Cour constitutionnelle est comparable à celui du Tribunal des conflits en France. Elle connaît dès lors des recours contre les arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat en tant qu'ils se prononcent sur l'attribution du litige aux juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif.

La Cour constitutionnelle est également **juge de l'interprétation de la Constitution** (article 161, alinéa 1 de la Constitution). A cette compétence générale se rattachent deux pouvoirs spécifiques. En effet, il appartient à la Cour de déclarer, d'une part, si une matière est ou non de caractère réglementaire (article 128, alinéa 2 de la Constitution) ou du domaine de la loi (articles 122 et 123 de la Constitution), et, d'autre part, si l'ordonnance du Président de la République prise en période exceptionnelle (état d'urgence ou état de siège) déroge ou non à la Constitution (article 145 *in fine* de la Constitution).

Enfin, la Cour statue sur **le conflit des normes**. Sur ce point, la Constitution distingue :

- ✓ le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux (article 216), des lois nationales et actes ayant force de loi (articles 124, 139 et 160, alinéa 1, 2 et 3), des règlements intérieurs des chambres parlementaires, du Congrès, de la Commission électorale nationale indépendante (CENI) ainsi que du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (CONSAC) (article 160, alinéa 2). Il convient d'ajouter à ces actes les édits provinciaux, conformément à l'article 73 de la Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, bien que ce contrôle pose ici, on le verra, un véritable problème d'existence juridique effective.

Concernant particulièrement les lois nationales, il s'agit évidemment des lois ordinaires et des lois organiques. Mais on peut se demander si le constituant a organisé, même implicitement, un contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles adoptées conformément à l'article 118 *in fine* de la Constitution. Ce problème présente un aspect technique très élevé et, en raison de sa particularité, il sera abordé ultérieurement.

- ✓ Le recours en inconstitutionnalité des actes législatifs ou réglementaires, tel que prévu à l'article 162, alinéa 2, de la Constitution.

Il faut noter l'importance de l'expression « *actes législatifs ou réglementaires* », qui est reprise à l'article 121 de la même Constitution en tant que « *textes législatifs et réglementaires* ». Les deux dispositions constitutionnelles rappellent aussi deux autres textes juridiques antérieurs. D'une part, l'article 6 de l'Ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, qui dispose : « *Le Ministère public surveille l'exécution des actes législatifs, des actes réglementaires et des jugements* » ; d'autre part, l'article 115 de l'Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la Procédure devant la CSJ, qui prévoit : « *La section de législation de la Cour suprême de Justice est saisie par requête de l'autorité habilitée à prendre l'acte législatif ou réglementaire* » ; voire l'article 87, alinéa 3 de la même Ordonnance-loi, aux termes duquel « *La Cour[section administrative] ne contrôle pas les actes législatifs* ».

Cependant, la Constitution- et aucun autre texte antérieur- n'a pas défini ces actes.

S'agissant de l'expression « *acte réglementaire* », il n'est pas difficile à appréhender. Il s'agit de toute décision de l'Administration, intervenue en dehors du domaine de la loi⁵⁴ et de l'édit provincial⁵⁵, faisant grief, c'est-à-dire portant atteinte aux droits et devoirs des particuliers,

⁵⁴ Articles 122 et 123 de la Constitution du 18 février 2006.

⁵⁵ Articles 203 et 204 de la même Constitution ainsi que les articles 35 et 36 de la Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces.

et ayant une portée générale et impersonnelle⁵⁶. Avec le recours en inconstitutionnalité des règlements, le constituant de 2006 a ainsi innové, parce que ce recours relevait, auparavant, de la compétence exclusive du juge administratif par voie d'action et par voie d'exception. On peut donc dire que le juge constitutionnel est devenu le deuxième juge de l'Administration, à côté de son collègue administratif.

En revanche, l'« acte législatif » est difficile à cerner, tant il est vrai qu'une vive controverse a été suscitée à ce sujet par la doctrine et la jurisprudence constante de la Cour suprême de Justice.

En effet, pour le professeur Vunduaawe⁵⁷, par actes législatifs, on entend toutes déclarations de volonté émanant du législateur- *dans sa fonction de légiférer et non de contrôle du pouvoir exécutif, des entreprises, établissements et services publics*⁵⁸- et destinées à produire des effets juridiques. Selon lui, cette catégorie d'actes regroupe non seulement les lois organiques et les lois ordinaires, mais encore les actes de l'exécutif ayant force de loi (ordonnances-lois)⁵⁹. Par contre, Marcel Wetsh'okonda, à notre sens, épousant partiellement le point de vue du professeur Vunduaawe, souligne que « *les actes législatifs s'entendent des lois au sens strict, des ordonnances-lois autrement appelées actes ayant force de loi ainsi que des règlements intérieurs des Chambres, du Congrès et des institutions d'appui à la démocratie prévues dans la Constitution, bref des actes juridiques susceptibles du contrôle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle* »⁶⁰.

Dans tous les deux cas, il convient d'observer que l'énumération n'est pas exhaustive, car elle ne fait pas mention d'une autre catégorie d'acte législatif important que l'on a déjà rencontrée dans la configuration politique actuelle de la RDC : les édits élaborés par les assemblées provinciales. De plus, on peut se demander en quoi les règlements intérieurs de la CENI ainsi que du CONSAC seraient des actes législatifs. N'est-on pas là en dehors du cadre précis, c'est-à-dire le Parlement et les assemblées provinciales, où ces derniers sont censés être élaborés conformément aux articles 100, alinéa 2 et 197, alinéa 2 de la Constitution⁶¹ ?

Pour sa part, la CSJ, faisant office de Cour constitutionnelle, a établi une liste assez étendue, couvrant l'expression « *actes législatifs* », dans son **Arrêt R.CONST.051/TSR du 31 juillet 2007** rendu en l'affaire Trésor Kapuku Ngoy. Cet arrêt de principe rappelle la position jadis exprimée par la même Cour, siégeant en matière administrative, dans son **Arrêt R.A. 320 du 21 août 1996** prononcé en l'affaire de l'investiture du Premier Ministre Kengo Wa Dondo.

Dans ce dernier arrêt, la CSJ avait statué sur un litige né de l'application de l'article 78 de l'Acte constitutionnel de la Transition (ACT) du 9 avril 1994, qui prévoyait : « *Le Premier*

⁵⁶ CSJ, 20 janvier 2004, RL09, avis sur les difficultés d'interprétation des articles 76 et 94 de la Constitution de la transition, *inédit*, pp.3-4 ; la Cour distingue les actes réglementaires des actes individuels qui, quoiqu'étant des décisions administratives, n'affectent que, selon les termes de la Cour, « la situation subjective des individus ». Sur cette définition, lire aussi F. VUNDUAWE te PEMAKO, *op.cit.*, Bruxelles, Afrique éditions, De Boeck et Larcier, 2007, pp. 303-304 et 667.

⁵⁷ F. VUNDUAWE te PEMAKO, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005) », in Liber Amicorum Marcel Antoine Lihau, *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise*, Bruxelles, Bruylant et Presse de l'Université de Kinshasa, 2006, pp.272.

⁵⁸ C'est nous qui l'ajoutons.

⁵⁹ F. VUNDUAWE te PEMAKO, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi... », *op.cit.*, p.272 ; F. VUNDUAWE te PEMAKO, *Traité de droit...op.cit.*, p.857.

⁶⁰ Article 100, alinéa 2 : « Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution, le Parlement vote les lois » ; article 197, alinéa 2 : « Elle [L'Assemblée provinciale] légifère par voie d'édit ».

⁶¹ Article 100, alinéa 2 : « Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution, le Parlement vote les lois » ; article 197, alinéa 2 : « Elle [L'Assemblée provinciale] légifère par voie d'édit ».

Ministre est le Chef du Gouvernement. Il est présenté, après concertation avec la classe politique, par la famille politique à laquelle n'appartient pas le Chef de l'Etat, dans les dix jours à compter de la promulgation du présent Acte. Passé ce délai, le Haut Conseil de la République- Parlement de Transition [HCR-PT] se saisit du dossier ».

Se fondant sur cette disposition, le HCR-PT procéda au vote qui aboutit à l'élection de Léon Kengo Wa Dondo en qualité de Premier Ministre. Le Président de la République procéda par la suite, constitutionnellement, à l'investiture du nouveau Premier Ministre par ordonnance n°94/039 du 16 juin 1994 ainsi que de son équipe gouvernementale par ordonnance n°94/042 du 06 juillet 1994. Ce que contestèrent Monsieur Etienne Tshisekedi Wa Mulumba et les partis politiques membres de l'Union sacrée de l'opposition radicale (USOR et alliés), puisque, selon eux, ils avaient déposé le dossier de leur candidat dans le délai constitutionnel imparti. Ils saisirent la CSJ en annulation de ces ordonnances pour illégalité. Plus précisément, il leur était reproché d'avoir entériné les illégalités commises par le HCR-PT, en ce qu'il avait élu et présenté à l'investiture du Président de la République une personne autre que celle qui devait l'être et que l'élection intervenue n'était pas prévue par l'article 78 de l'ACT ; qu'en procédant ainsi, le HCR-PT s'était permis d'interpréter l'ACT, alors qu'il n'était pas investi d'un tel pouvoir ; pendant que le Président de la République dont la compétence en l'espèce était liée, en signant les ordonnances mis en cause, avait commis un excès et un détournement de pouvoir⁶².

Sans avoir eu à examiner le fond de l'affaire, la CSJ, section administrative, s'était déclarée incompétente pour y statuer, ce pour deux raisons. D'une part, elle considéra que les ordonnances mises en cause étaient des actes de gouvernement, lesquels échappent à son contrôle⁶³ ; d'autre part, elle estima qu'elle ne pouvait pas examiner la légalité de ces ordonnances sans statuer au préalable sur la régularité des actes du HCR-PT en vertu desquels elles avaient été prises. Or, dit-elle, ces actes étant des actes législatifs, ils échappaient aussi à son contrôle par voie d'un recours en annulation (article 87, alinéa 3 de l'Ordonnance-loi précitée relative à la Procédure devant la CSJ), ce en vertu du principe de la séparation des pouvoirs⁶⁴. Il eut fallu donc, pour ne pas perdre la cause à ce stade de la forme, saisir la Cour par une requête en inconstitutionnalité.

Pour la Cour, « le vocable *actes législatifs* dont le contrôle est proscrit couvre non seulement les lois stricto sensu ou les textes ayant valeur de loi, mais également **tout document ou acte émanant ou accompli dans l'exercice du pouvoir législatif** »⁶⁵.

C'est cette définition que la même Cour a réitérée, cette fois-ci faisant office de Cour constitutionnelle, dans son **Arrêt R.CONST.051/TSR du 31 juillet 2007**. Elle brille cependant par l'illustration qu'elle donne de sa propre définition, en y incluant la motion de défiance votée par l'Assemblée provinciale du Kasaï oriental contre le Gouverneur Trésor Kapuku Ngoy. Sur cette base, la Cour s'est en conséquence déclarée compétente- même si elle confond sa compétence contestée en l'espèce avec la recevabilité de la requête dont elle était saisie par le Gouverneur défié- pour statuer sur la constitutionnalité de ladite motion en tant qu'acte législatif au sens de l'article 162, alinéa 2, de la Constitution. Cet arrêt a

⁶² Objet du litige tel que rapporté par la CSJ. Lire CSJ, 21 août 1996, R.A.320, *Bulletin des arrêts de la Cour suprême de Justice*, années 1990 à 1999, Kinshasa, Editions du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, 2003, pp.159-160.

⁶³ Conformément à l'article 87, alinéa 2 de l'Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la Procédure devant la Cour suprême de Justice.

⁶⁴ CSJ, 21 août 1996, R.A.320, *op.cit.*, p.161.

⁶⁵ Idem, pp.161-162.

servi de précédents à deux autres, intervenus suite aux affaires analogues de destitution des gouverneurs de provinces par leurs assemblées provinciales respectives. Il s'agit d'abord de l'**Arrêt R.CONST.062/TSR du 26 décembre 2007**, prononcé dans l'affaire Célestin Cibalonza Byaterana, Gouverneur de la Province, démis de ses fonctions et avec son gouvernement par la motion de censure votée contre lui par l'Assemblée provinciale du Sud-Kivu en date du 12 novembre 2007. Il s'agit aussi de l'**Arrêt R.CONST.078/TSR du 04 mai 2009**, rendu en l'affaire José Makila Sumanda, Gouverneur de Province, contre qui l'Assemblée provinciale de l'Equateur avait adopté une motion de défiance en date du 24 janvier 2009.

En somme, il faut relever que la définition de l'expression « *actes législatifs* », contenue dans la jurisprudence de la CSJ, paraît sans frontière. Elle couvrirait, outre les lois *stricto sensu* et les actes ayant force de loi, des actes de portée obligatoire (règlements intérieurs de l'Assemblée nationale, du Sénat, du Congrès et des assemblées provinciales, motion de censure et de défiance, décision de mise en accusation des membres du pouvoir exécutif, décision de validation ou d'invalidation des mandats parlementaires, décisions portant élection des membres des bureaux des chambres parlementaires, avis conformes sollicités par un gouvernement provincial à l'assemblée provinciale, etc.) et ceux non-liants (recommandations adressées au gouvernement et diverses autres résolutions apparentées, etc.) en raison simplement de la nature de l'organe qui les adopte, à savoir le pouvoir législatif, qu'il soit national (Parlement) ou provincial (Assemblée provinciale). Pourtant, si l'on admet que les compétences de la Cour constitutionnelle sont d'attribution et leur compréhension de stricte interprétation, il est difficile d'accepter l'extension audacieuse qu'en donne la CSJ.

C'est pourquoi, de notre point de vue, les seuls actes législatifs, à l'état actuel du droit congolais, sont les lois organiques, les lois ordinaires, les actes ayant force de loi et les édits provinciaux. Ces actes sont les seuls par lesquels le pouvoir législatif exerce sa compétence de légiférer pour mériter d'être qualifiés d'« *actes législatifs* ». Cette compétence ne doit être confondue ni avec le pouvoir de contrôle que détiennent les organes législatifs sur les organes exécutifs, les entreprises, établissements et services publics, ni avec leur compétence à réguler leur propre organisation interne. Les actes adoptés par le pouvoir législatif dans ce cadre sont, non des actes législatifs, mais des actes d'assemblée. Lorsque ces derniers sont non-liants, il est vraiment péremptoire qu'ils échappent, faute d'intérêt, au mécanisme de recours en inconstitutionnalité prévu à l'article 162, alinéa 2 précité de la Constitution. Par contre, s'agissant des actes d'assemblée de portée obligatoire, certains sont admissibles au contrôle de constitutionnalité (règlements intérieurs des chambres parlementaires et du Congrès), mais non au recours en inconstitutionnalité ; d'autres échappent au pouvoir de la Cour constitutionnelle à ces deux titres à la fois. Seule une révision constitutionnelle permettra d'inverser valablement cette situation afin que « *le juge constitutionnel s'occupe de tout acte d'assemblée lorsqu'il est établi que celui-ci a visiblement violé les droits et libertés publiques garantis ou porte atteinte à ce que le constituant a considéré comme matière protégée*⁶⁶ ». Sinon, la jurisprudence audacieuse, mais infondée, de la CSJ risque fort bien de se pérenniser.

II.1.2. L'éventuel contrôle juridictionnel du pouvoir constituant dérivé congolais

On vient de voir que le constituant congolais a organisé un contrôle de constitutionnalité des lois organiques et des lois ordinaires. La Cour constitutionnelle est-elle aussi compétente

⁶⁶ O. NYEMBO-Ya-LUMBU, La Constitution de la Troisième République est fédérale. Regard critique sur la "décentralisation", Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2009, p.132.

pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois de révision constitutionnelle, adoptées conformément à l'article 218 *in fine* de la Constitution ?

Cette problématique est capitale à un moment où la République fait face aux premières velléités de révision de sa jeune Constitution⁶⁷. Et on peut bien penser que la Cour soit attendue sur ce point comme le dernier rempart contre une éventuelle « *dérive de la majorité parlementaire* », enclin à adopter n'importe quelle révision constitutionnelle, pourvu qu'elle maintienne, ou mieux qu'elle confisque, *ad vitam aeternam*, le pouvoir d'Etat.

En droit comparé africain, la jurisprudence constitutionnelle est divergente. Certaines juridictions constitutionnelles déclarent leur incompétence à contrôler la conformité à la constitution des lois de révision constitutionnelle. Tel est le cas notamment de la Cour constitutionnelle de l'Union des Comores dans son **Arrêt n°09-009/CC du 6 mai 2009** et dans **celui n°09-012/CC du 19 mai 2009**. Le Conseil constitutionnel sénégalais a eu également à adopter la même position dans plusieurs de ses décisions, en particulier celles du 9 octobre 1998 et du 18 janvier 2006⁶⁸. Très récemment encore, il a réaffirmé sa jurisprudence dans la **Décision n°2-C-2009 du 18 juin 2009**.

Au total, il se dégage que la déclaration d'incompétence de ces juridictions constitutionnelles est fondée sur une interprétation stricte littérale, voire restrictive, des textes attributifs de leurs compétences. En d'autres mots, il n'est pas question de soumettre le constituant au contrôle des organes dont l'existence juridique découle même de l'expression de sa volonté. En plus, il est souverain, sauf lorsqu'il a voulu expressément s'autolimiter.

C'est pourquoi, dans ses deux arrêts du 6 mai et du 19 mai 2009, la Cour constitutionnelle comorienne n'hésite pas de dire constamment que « *la Constitution de l'Union des Comores*

⁶⁷ Voir St. BOLLE, « RD Congo. Faut-il déjà réviser la Constitution de 2006 », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 27 novembre 2007. L'auteur rapporte des propos édifiants que nous citons in extenso: Le député Tshibangu Kalala a déposé, le 5 novembre 2007, sur le Bureau de l'Assemblée nationale une proposition de loi constitutionnelle portant révision des articles 110, 152 et 197 de ladite Constitution. Une pétition, signée par 310 députés de l'Alliance pour la Majorité Présidentielle (AMP), est venue appuyer la proposition qui a un triple objet : 1) revoir le régime des incompatibilités parlementaires : comme cela est envisagé par Nicolas Sarkozy en France, un député ou un sénateur, nommé à une fonction incompatible avec son mandat, serait temporairement remplacé et, après cessation de cette fonction, retrouverait automatiquement son siège ; 2) réformer la composition du Conseil Supérieur de la Magistrature, dont la présidence serait confiée au Chef de l'Etat, au moment même où la France s'apprête à supprimer cette prérogative ; 3) étendre aux députés provinciaux le régime des immunités, réservé jusque-là aux députés nationaux.

Dans son exposé des motifs, l'auteur de la proposition de loi constitutionnelle soutient que la révision permettra « le renforcement et la consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit ». L'argumentaire n'a guère convaincu en dehors de la mouvance présidentielle. Les antirévisionnistes ont bruyamment marqué leur désapprobation : les parlementaires de l'opposition entendent défendre la séparation des pouvoirs mise à mal par la proposition de révision ; le syndicat des magistrats proteste contre une « dictature parlementaire ou une dictature de l'exécutif » qui ruinerait l'indépendance du pouvoir judiciaire, que l'article 220 de la Constitution déclare intangible ; plus de 30 000 citoyens auraient signé une pétition, lancée le 18 novembre 2007 par trois journalistes de la chaîne privée de télévision CEBS, pour s'opposer à une révision précoce qui « menace la survie de la République ».

Déjà, à l'époque, le Professeur Auguste Mampuya a estimé que pareille proposition de révision constitutionnelle était non seulement immorale, mais également et surtout anticonstitutionnelle, pour violation des articles 149 (« le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ») et 220 (l'indépendance du pouvoir judiciaire « ne peut faire l'objet d'aucune révision constitutionnelle ») de la Constitution de 2006. Lire A. MAMPUYA KANUNK'A TSHIABO, Entretien Journal Le Phare, novembre 2007, cité par St. BOLLE, « RD Congo. Faut-il déjà révisé, ... », *ibidem*. Lire aussi Le Potentiel, Congo-Kinshasa: controverse autour de la révision constitutionnelle après le dépôt d'une pétition à l'Assemblée nationale, 7 novembre 2007. En 2010, la volonté de réviser la Constitution de 2006 s'est amplement incrustée. Une commission interinstitutionnelle a été constituée à cet effet pour faire l'évaluation de l'application de la Constitution de 2006. Et sur la base de ses travaux, la révision constitutionnelle projetée porterait désormais sur de nouvelles matières comme la décentralisation, le mode de scrutin pour l'élection du Président de la République et des gouverneurs des provinces ainsi que sur le nombre et la durée du mandat présidentiel.

⁶⁸ CENTRE POUR LA GOUVERNANCE DEMOCRATIQUE BURKINA FASO, Constitutionnalisme et révision constitutionnelle en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin, du Burkina Faso et du Sénégal, rapport de recherche 2009, p.16.

en son article 31 et la loi organique n°04-001/AU du 30 juin 2004 relative à l'organisation et aux compétences de la Cour constitutionnelle prise en application de l'article 34 du titre IV de la Constitution de l'Union ont **strictement délimité** la compétence de la Cour constitutionnelle »⁶⁹ et « Qu'elle ne saurait être appelée à statuer que **dans les cas et suivant les modalités que les textes susmentionnés ont fixé** »⁷⁰. De son côté, le Conseil constitutionnel sénégalais emploie pratiquement presque les mêmes termes, dans sa décision du 18 juin 2009, lorsqu'il dit : « la compétence du Conseil constitutionnel est **strictement délimitée** par la Constitution ; qu'elle n'est susceptible d'être précisée et complétée que par la Constitution ou par une loi organique qui lui est conforme ; que le Conseil constitutionnel ne saurait être appelé à se prononcer **dans d'autres cas que ceux qui sont expressément fixés par ces textes** »⁷¹.

Quant aux cas expressément fixés par les textes, les deux juridictions sont catégoriques. Pour la Cour constitutionnelle comorienne, « les lois que la Constitution de l'Union des Comores a visé dans ses articles 26 et 31 sont les lois, **organique et ordinaire** votées par l'Assemblée de l'Union, ainsi que celles des Assemblées des Iles Autonomes » ; tandis que le Conseil constitutionnel sénégalais considère que « l'alinéa premier de l'article 92 de la Constitution et l'article premier de la loi organique susmentionnée donnent compétence au Conseil constitutionnel pour connaître de la constitutionnalité **des lois et des lois organiques** ; que le Conseil constitutionnel ne tient ni de ces textes ni d'aucune autre disposition de la Constitution et de la loi organique le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle »⁷².

En revanche, il est arrivé à la Cour constitutionnelle du Bénin d'invalidier une loi de révision de la Constitution. Pour s'en rendre compte, il y a lieu de se souvenir de la décision qu'elle a rendue le 8 juillet 2006, par laquelle elle invalide une loi constitutionnelle modifiant de quatre à cinq ans la durée du mandat parlementaire et que les députés béninois tentaient d'appliquer à leur mandat en cours⁷³.

La Cour constitutionnelle du Mali a aussi fait œuvre de jurisprudence dans son **Arrêt n°01-128 du 12 décembre 2001**⁷⁴. En effet, elle a procédé à une interprétation *a contrario*, et partant extensive, de l'article 88 de la Constitution de 1992, aux termes duquel :

« Les lois organiques sont soumises par le premier ministre à la Cour constitutionnelle avant leur promulgation.

Les autres catégories de lois, avant leur promulgation, peuvent être déférées à la Cour constitutionnelle soit par le président de la République, soit par le premier ministre, soit par le président de l'Assemblée nationale ou un dixième des députés, soit par le président du Haut Conseil des Collectivités ou un dixième des conseillers nationaux, soit par le président de la Cour suprême ». Pour la Cour malienne, la loi de révision constitutionnelle attaquée n'étant pas une loi organique, elle doit être regardée comme faisant partie des « autres catégories de lois » et, par conséquent, susceptible d'un contrôle en conformité à la Constitution du pays⁷⁵.

⁶⁹ Arrêt du 6 mai 2009, considérant sur le contrôle de conformité à la Constitution du projet de loi référendaire portant révision de certaines dispositions de la Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001 ; arrêt du 19 mai 2009, considérant sur le contrôle de conformité à la Constitution du projet de loi référendaire et de la loi référendaire sur la révision de l'Union des Comores.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Voir 2ème considérant de cette décision.

⁷² Lire 3ème considérant de la décision du 18 juin 2009.

⁷³ CENTRE POUR LA GOUVERNANCE DEMOCRATIQUE BURKINA FASO, op.cit., p.15.

⁷⁴ Voir l'intégralité de cet arrêt dans St. BOLLE, «La Cour Constitutionnelle du Mali invalide en 2001 une loi de révision ad referendum », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 17 décembre 2007.

⁷⁵ 10ème considérant de l'arrêt du 12 décembre 2001.

Est-il juridiquement fondé d'adopter le même raisonnement quant à l'interprétation de la Constitution congolaise ?

Bien entendu, comme la Constitution du Mali, la Constitution congolaise distingue le contrôle de constitutionnalité des lois organiques (article 124 et article 160, alinéa 2) et celui des lois (article 139 et article 160, alinéa 3) sans aucune autre précision. C'est ainsi qu'on peut soutenir que ces dispositions ne semblent pas, en réalité, exclure du champ du contrôle de constitutionnalité les lois constitutionnelles.

Dans tous les cas, la Cour constitutionnelle congolaise est désormais avertie sur le problème qui l'attend. Elle aura le choix, soit de suivre les décisions d'incompétence des juges constitutionnels comoriens et sénégalais, avec le risque de laisser libre cours à une frénésie des révisions constitutionnelles, soit de faire un exercice audacieux de sa fonction juridictionnelle, à l'instar des juges constitutionnels béninois et maliens, pour décourager des tentatives révisionnistes, parfois inopportunes et concoctées aux dépens de la démocratie et de l'Etat de droit. L'audace de la Cour se justifie d'ailleurs ici, contrairement à celle dont elle a fait montre concernant la définition des « *actes législatifs* », compte tenu surtout de la brèche ouverte par la Constitution pour une interprétation extensive du contrôle de constitutionnalité des lois. Il faut donc espérer qu'elle exerce judicieusement ses compétences, selon les conditions imposées par le constituant.

II.2. Les conditions d'exercice des compétences d'attribution de la Cour constitutionnelle

Deux problèmes méritent d'être traités à ce niveau : celui de l'élargissement du droit de recours direct devant le juge constitutionnel et le problème particulier de la qualité de requérant pour exercer un recours en appréciation de la constitutionnalité.

II.2.1. L'élargissement du droit de recours direct devant la juridiction constitutionnelle

Depuis que la Cour suprême de Justice a hérité, en 1974, des compétences dévolues à la défunte Cour constitutionnelle fondée sur la Constitution du 24 juin 1967, il est symptomatique de relever qu'elle n'a rendu aucun arrêt en tant que juridiction constitutionnelle. Plusieurs raisons expliquent cette situation.

D'abord, la procédure constitutionnelle devant la CSJ n'a été organisée, avec retard, qu'à travers l'Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982. C'est que, normalement, entre 1967 et 1982, la justice constitutionnelle est inorganisée ou, sinon, dans un total dysfonctionnement⁷⁶. La situation n'est toutefois pas inédite, car, depuis 1960, la RDC n'est véritablement pas dotée d'une juridiction constitutionnelle effective.

Ensuite, de 1982 à 1997, la doctrine dénonce la léthargie de la justice constitutionnelle congolaise⁷⁷. Même « *la contractualisation du pouvoir d'Etat* »⁷⁸, du fait des accords politiques

⁷⁶ KENGO Wa DONDO, L'évolution jurisprudentielle de la Cour suprême de Justice au Zaïre (1968-1979), *Mercuriale* du 4 novembre 1978, Kinshasa, CSJ, 1979, p.135.

⁷⁷ MABANGA MONGA MABANGA, *Le contentieux constitutionnel congolais*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 1999, p.76.

⁷⁸ D. KALUBA DIBWA, « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale à la démocratie constitutionnelle », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 26 juillet 2010. Il s'agit d'une contribution présentée lors de Journée scientifiques de la Faculté de droit sur le thème général : cinquante ans de constitutionnalisme en RDC, du 24 au 26 juin 2010.

conclus sous l'empire de la transition allant de 1990 à 1997, n'a pas occasionné l'éclosion d'une véritable jurisprudence constitutionnelle. Il eut simplement des incursions occasionnelles du juge administratif dans le contentieux constitutionnel.

A ce propos, on a déjà rencontré l'affaire de l'investiture du Premier Ministre Kengo Wa Dondo, qui fut close sur la base d'un arrêt d'incompétence de la CSJ, section administrative. Il faut y ajouter plusieurs autres arrêts analogues rendus par la même Cour, notamment l'**Arrêt R.A.266 du 08 janvier 1993**, intervenu dans l'affaire « *Les Témoins de Jéhovah* ». Cette association confessionnelle eut gain de cause en obtenant de la CSJ l'annulation de l'ordonnance n°86-086 du 12 mars 1986 par laquelle le Président de la République avait procédé à sa dissolution. Mais l'arrêt fut l'objet de nombreuses critiques en doctrine⁷⁹, en particulier sur le point de savoir si la Cour, section administrative, avait la compétence d'interpréter la Constitution et, chemin faisant, de se prononcer sur la validité de deux textes constitutionnels- la Constitution de 1967 telle que révisée et l'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition du 04 août 1992- sur lesquels la classe politique de l'époque était profondément divisée.

La doctrine invoque deux raisons fondamentales à la base de cette léthargie. La première, d'ordre politique, est tirée de la nature dictatoriale du régime politique en vogue à cette période-là. Le Chef de l'Etat était le cœur de tout l'appareil étatique et, pratiquement, le seul à pouvoir légiférer dans le pays par voie d'ordonnance-loi. Pour cela, il était politiquement impossible, voire dangereux, de contester, par le mécanisme du contrôle de constitutionnalité ou du recours en inconstitutionnalité, les actes du Président de la République, au risque de s'exposer à l'injustice d'une prétendue rigueur de la loi pour motif de subversion⁸⁰. La seconde raison est d'ordre technique. Elle résulte du monopole du droit de recours constitutionnel conféré, par l'Ordonnance-loi relative à la procédure devant la CSJ (articles 131, 132 et 133, alinéa 4), au Procureur général de la République (PGR), agissant soit d'office soit sur demande du Président de la République, soit du Bureau de l'ancien Conseil législatif⁸¹, soit encore à l'initiative d'une juridiction saisie d'une exception d'inconstitutionnalité.

Ceci explique aussi pourquoi le tout premier arrêt rendu par la CSJ en tant que juridiction constitutionnelle⁸², à savoir l'**Arrêt R.C.E.001/96 du 04 février 1997**⁸³, se rapporte à un cas de contestation électorale. Car, dans cette matière, l'Ordonnance-loi précitée (article 144) ouvre, au bénéfice de l'intéressé, une brèche pour saisir directement la Cour d'un recours contre les actes du Parlement refusant la validation des pouvoirs ou constatant la démission d'office d'un de ses membres.

L'interrègne de Laurent Désiré Kabila d'abord (1997-2001), puis de Joseph Kabila (2001-2003), n'a guère changé la situation. Bien au contraire, le Président de la République était

⁷⁹ Lire F. VUNDUAWE et PEMAKO, « Réflexion sur la validité de l'Acte constitutionnel de la transition au regard du compromis politique global et de l'Arrêt R.A. 226 de la Cour suprême de Justice », *Le Soft de Finance*, n°127, 2 mars 1993; MABANGA MONGA MABANGA, *op.cit.*, pp.69-71.

⁸⁰ E. MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois sous l'Acte constitutionnel de la Transition du 9 avril 1994 », *Annales de la Faculté de droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996, pp.321-355 ; MABANGA MONGA MABANGA, *op.cit.*, p.77 ; D. KALUBA DIBWA, « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale... », *op.cit.*

⁸¹ L'équivalent aujourd'hui du Parlement national.

⁸² MABANGA MONGA MABANGA, *op.cit.*, p. 67 ; MATADIWAMBA KAMBA MUTU, « De l'originalité du procès en cassation », *Justice, science et paix*, numéro spécial, Kinshasa, juin 2004, p.66.

⁸³ Arrêt rendu dans l'affaire concernant Mutiri Muyongo. La CSJ dut annuler la décision du HCR-PT portant invalidation du mandat du député concerné pour violation des articles 11 et 63 de l'Acte constitutionnel de la transition, surtout car un critère de perte de mandat de député venait d'être introduit par le HCR-PT, à savoir la notion de « nationalité douteuse ».

revêtu de trois qualités : constituant originaire et dérivé, chef de l'exécutif et législateur du pays par décret-loi. Cette confusion des pouvoirs était, par nature, antinomique avec un quelconque mécanisme de limitation des prérogatives présidentielles, bien que le Décret-loi constitutionnel n°003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo ne semblait pas formellement s'y opposer. Aussi le rôle d'une juridiction constitutionnelle, chargée de censurer les actes du Chef de l'Etat, était-il pratiquement devenu illusoire.

Le retour en force de la CSJ s'est réalisé au cours de la transition de 2003 à 2006. En effet, après une longue guerre de plus de dix ans, les belligérants sont tombés d'accord pour gouverner le pays d'une manière consensuelle, d'autant que nul d'entre eux n'a pu réussir à prendre le dessus sur les autres par les armes. Devenus ainsi des partenaires politiques, les anciens belligérants se sont de plus en plus servis de l'argumentation juridique, de telle manière que le droit constitutionnel a dû recouvrer une place de choix dans la dynamique de l'ordre politique établi⁸⁴ par la Constitution du 04 avril 2003. Et, grâce à l'élargissement du droit de recours direct au juge constitutionnel, la CSJ a été de plus en plus sollicitée. Ainsi, remarque-t-on, le Chef de l'Etat l'a saisie presque pour tout⁸⁵. Le Président de l'Assemblée nationale a même requis l'interprétation des concepts juridiques avant que les textes législatifs aient été adoptés⁸⁶. A cela s'ajoute l'institution par la Constitution de la transition du caractère obligatoire du contrôle de constitutionnalité des lois organiques (article 121), des règlements intérieurs de l'Assemblée nationale (article 103, alinéa 3) et du Sénat (article 109, alinéa 3). Il en a résulté le déclic de la jurisprudence constitutionnelle.

De son côté, la Constitution du 18 février 2006 est venue doper cette tendance de l'extension du droit de recours direct à la juridiction constitutionnelle, consolidant par là même, sur ce point précis de l'accès à la justice⁸⁷, l'émergence d'un Etat de droit.

La CSJ en fait désormais une abondante application. On relèvera seulement, parmi tant d'autres décisions, son historique **Arrêt R.CONST.112/TSR du 05 février 2010**, par lequel elle vient d'admettre, pour une matière dont elle est saisie pour la première fois de son histoire⁸⁸, l'accès direct d'une autorité politique au juge constitutionnel, sans passer par l'office du PGR. En effet, saisie par une requête en contrôle de constitutionnalité d'un traité international, la Cour a été appelée à dire si l'adhésion de la RDC au Traité instituant l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) est ou non conforme à la Constitution. Mais, elle a eu à faire face à la résistance du PGR qui a soulevé, sur la base de son prétendu monopole de saisine de la juridiction constitutionnelle, l'irrecevabilité de la requête du Président de la République.

⁸⁴ D. KALUBA DIBWA, « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale... », op.cit.

⁸⁵ Voir D.KALUBA DIBWA, La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit public congolais : lecture critique de certaines décisions de la Cour suprême de Justice d'avant la Constitution du 18 février 2006, Kinshasa, éditions Eucalyptus, 2007, pp.70-81, cité par D. KALUBA DIBWA, « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale... », op.cit.

⁸⁶ M. WETSH'OKONDA KOSO SENG, « L'avis consultatif de la Cour suprême de Justice n° RL 10 du 13 décembre 2005 sur l'infraction politique : interprétation ou réécriture de la loi ? », Les Analyses Juridiques, Lubumbashi, n° 8/2006, janvier-avril, 2006, pp.4-26, cité par D. KALUBA DIBWA, « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale... », op.cit.

⁸⁷ C'est un droit de l'homme qui, partant, n'était véritablement garanti par les textes juridiques congolais, ce en contradiction flagrante avec le droit international. Sur la substance de ce droit, lire B. BIBOMBE MUAMBA, « Le droit à la justice et à un procès équitable, à travers la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », Annales de la Faculté de droit, édition spéciale, droits de l'homme, commémoration du 59ème anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, Presses de l'Université de Kinshasa, décembre 2007, pp.191-213.

⁸⁸ Lire M. WETSH'OKONDA KOSO SENG, « L'arrêt de la Cour suprême de Justice n°R.CONST.112/TSR du 5 février 2010 sur l'OHADA », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 04 avril 2010.

Toutefois, ce moyen n'a pu emporter la conviction des membres de la Cour, qui a plutôt confirmé, bien que sans motivation, la déchéance du monopole jadis reconnu au PGR.

L'étude de la qualité pour saisir directement le juge constitutionnel demeure, malgré tout, très complexe. Tout dépend de la compétence que l'on entend voir la Cour exercer. On se limitera, pour ce qui nous concerne, au seul pouvoir en appréciation de la constitutionnalité, qui pose, à notre sens, un peu plus de problème.

II.2.2. La qualité de requérant pour exercer le recours en appréciation de la constitutionnalité

En matière de recours en appréciation de la constitutionnalité, une distinction liminaire a déjà été opérée entre le contrôle de constitutionnalité et le recours en inconstitutionnalité. Quelle que soit la proximité sémantique des termes employés, la différence entre ces deux mécanismes est nettement perçue à travers le dispositif constitutionnel (articles 124, 139 et 160, alinéa 1, 2 et 3 ; article 162, alinéa 2). Le premier a pour objet de faire déclarer, par voie d'action, un texte non encore promulgué ou qui n'est pas encore en vigueur conforme ou non à la Constitution. Il s'agit là d'un contrôle préventif, c'est-à-dire *a priori*. Par contre, le second, qui vise les textes déjà mis en application, s'exerce nécessairement *a posteriori*, par voie d'action ou d'exception. Cette distinction commande ainsi une répartition diversifiée de la qualité de saisir la Cour constitutionnelle.

Quant au contrôle de constitutionnalité, le constituant se montre précis, d'abord quand il concerne les lois organiques. Dans ce cas, la Cour est obligatoirement saisie par le Président de la République. Ensuite, quand il se rapporte aux autres lois, ordinaires et peut-être même constitutionnelles, la Cour peut être saisie par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, au moins le 10^{ème} des députés ou des sénateurs (article 160, alinéa 2 de la Constitution). Remarquons que le Procureur général près la Cour constitutionnelle, les gouverneurs de provinces et les présidents des assemblées provinciales ne sont pas habilités à accéder à ce mécanisme précis de contrôle de constitutionnalité. Néanmoins, à titre de palliatif, ces deux dernières catégories d'autorités peuvent atteindre la Cour par l'exercice du recours en interprétation de la Constitution (article 161, alinéa 1) ou en résolution d'un conflit de compétences entre le pouvoir central et les provinces (article 161, alinéa 3).

Le constituant se montre enfin de moins en moins précis jusqu'à devenir même pratiquement flou. Il est moins précis en ce sens qu'il n'indique pas, à l'inverse de ce qui précède, celui qui a qualité pour saisir la Cour aux fins du contrôle de constitutionnalité des règlements intérieurs des chambres parlementaires (Assemblée nationale et Sénat), du Congrès, de la CENI ainsi que du CONSAC. La Loi organique de la Cour constitutionnelle doit, par conséquent, combler ce vide. C'est pourquoi la proposition de Loi organique du député Bule, tel qu'amendée par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale, prévoit que la Cour devrait être saisie par le Président du Bureau de la chambre intéressée⁸⁹, sans plus ni moins. Rien n'interdit donc de penser qu'une telle disposition ne concerne ni la CENI ni le CONSAC. Pourtant, il est tout à fait logique que la qualité de saisir la Cour constitutionnelle soit aussi dévolue, à ce sujet, aux présidents respectifs de bureaux de ces deux institutions d'appui à la démocratie.

⁸⁹ Article 50 amendé de la proposition de Loi organique du député Bule.

Par ailleurs, là où le constituant est flou, c'est à propos du contrôle de constitutionnalité des actes ayant force de loi. Ni le moment d'exercer ce contrôle ni la qualité de celui qui devrait saisir la Cour ne sont indiqués. Sur ce, nous estimons que c'est à tort que le constituant a fait figurer ces actes parmi les textes devant faire l'objet de ce type de contrôle. De notre point de vue, ces actes ne sont susceptibles que d'un recours en inconstitutionnalité, car leur soumission au contrôle de constitutionnalité serait frappée par un véritable empêchement constitutionnel diriment. De quelle manière ?

En réalité, il s'agit des actes émanant de l'exécutif⁹⁰, que la Constitution qualifie d'ordonnances-lois, et dont l'élaboration est étrangère à la longue procédure législative d'adoption des lois⁹¹. Ces ordonnances-lois sont simplement délibérées en Conseil des ministres et entrent en vigueur dès leur publication (article 129, alinéa 2 de la Constitution). Il s'agit là d'une procédure très abrégée, compatible avec l'urgence que commande l'adoption de tels actes (article 129, alinéa 1 de la Constitution) et antinomique avec le caractère dilatoire rattaché au mécanisme de contrôle de constitutionnalité quant à l'entrée en vigueur d'un texte juridique déjà adopté. C'est donc également à tort que le législateur organique se mettrait à recopier une erreur contenue dans la Constitution.

Reste le problème du contrôle de constitutionnalité des édits provinciaux. Il est tout simplement étonnant de constater que la Loi portant principes relatifs à la libre administration des provinces institue ce type de contrôle à son article 73 sans pour autant en déterminer-peut-être parce que ce n'est pas son objet- les modalités d'exercice. Mais, il faut aussi observer que la proposition de Loi organique du député Bule, telle qu'amendée par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale, ne l'organise pas non plus. Elle inclut plutôt les édits dans la rubrique du recours en inconstitutionnalité ; ce qui nous permet de conclure qu'il n'y a pas, pour défaut d'existence juridique effective, de contrôle de constitutionnalité organisé des édits provinciaux à l'état actuel du droit congolais.

Le recours en inconstitutionnalité peut être introduit, quant à lui, par le Procureur général près la Cour constitutionnelle quand une loi, un édit ou un règlement porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine (article 58 nouveau de la proposition de Loi organique du député Bule, telle qu'amendée par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale). Mais on ne peut pas comprendre ici pourquoi le législateur organique ne mentionnerait pas parmi les actes assujettis à ce recours ceux ayant force de loi, alors que ces derniers font partie des actes législatifs visés à l'article 162, alinéa 2 de la Constitution. Ce recours peut également être introduit par toute personne, justifiant d'un intérêt conformément au droit commun d'introduction des actions en justice. Répétons-le, c'est donc par une action directe qu'elle exercera ce recours. Mais, quand elle soulève une exception d'inconstitutionnalité devant une juridiction, c'est celle-ci⁹², et non le demandeur sur exception⁹³, qui saisit la Cour,

⁹⁰ Sur la définition des actes ayant force de loi, lire F. VUNDUAWA te PEMAKO, *Traité de droit...op.cit.*, pp.857 ; F. VUNDUAWA te PEMAKO, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi... », *op.cit.*, p.274. Dans cet article l'auteur précise, quoique de manière critiquable, ce qui suit : « Les actes ayant force de loi sont toutes déclarations de volonté émanant de l'exécutif et destinés à produire, en vertu de la Constitution ou des théories des circonstances exceptionnelles (gouvernement de fait, état de siège ou d'urgence), des effets juridiques équipollents à ceux d'une loi ». Lire aussi M. LIHAU EBUA LIBANA, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cours polycopié, Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, s.d., n°177, p.86 ; cité par MABANGA MONGA MABANGA, *op.cit.*, p.37.

⁹¹ Initiative, dépôt, recevabilité, discussion et amendement, adoption, promulgation éventuellement après un contrôle de constitutionnalité, entrée en vigueur.

⁹² Article 162, alinéa 3 de la Constitution du 18 février 2006 : « Celle-ci sursoit à statuer et saisit, toutes affaires cessantes, la Cour constitutionnelle ».

⁹³ *Contra* article 162, alinéa 3 de la Constitution du 18 février 2006 : « Elle [Toute personne] peut, en outre, **saisir** la Cour constitutionnelle, par la procédure de l'exception de l'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui la concerne devant une juridiction ».

pratiquement comme dans le cas où ladite juridiction aurait elle-même soulevé d'office cette exception. Dans ce cas, la juridiction saisissant la Cour sursoit à statuer jusqu'à ce que le juge constitutionnel se sera prononcé sur son recours (article 162, alinéa 4 de la Constitution).

Il s'en suit que **recours par voie d'action directe et celui exercé par voie d'exception** finissent par converger vers l'unique juge constitutionnel. Pour cela, la doctrine s'est interrogée sur la pertinence pratique de la différenciation de ces deux types de voies juridictionnelles⁹⁴. La question mérite d'être posée, surtout parce que, dans le modèle américain de justice constitutionnelle, lorsqu'on parle de l'exception d'inconstitutionnalité, l'intérêt est immédiatement perceptible, puisque la juridiction qui en est saisie est compétente pour la régler dans le cadre du traitement du litige principal au fond⁹⁵. Elle ne la renvoie pas du tout, comme au Congo, au juge suprême de la constitutionnalité. Encore que, au demeurant, la décision de ce juge peut ne pas résoudre le problème de fond lui soumis, puisqu'il est possible qu'il se soit limité à l'examen des seules modalités formelles d'exercice du recours constitutionnel, qui incluent aussi, ne l'oublions pas, l'aspect résiduel de délais ; ce qui rend davantage complexe le mécanisme de la Cour constitutionnelle congolaise. Compte tenu de cette complexité et de l'éminence de la place de ladite Cour dans l'ordre juridique et politique établi, on est alors en droit de se demander si l'actuelle CSJ est vraiment mieux « armée » pour en exercer transitoirement les nombreuses attributions et contribuer ainsi efficacement à la construction de l'Etat de droit en République démocratique du Congo. C'est cette problématique qui commande notre étude séparée, qui s'évertue à dresser le bilan de plus ou moins cinq dernières années du travail de la CSJ faisant office de Cour constitutionnelle, soit de février 2006 à juin 2010.

CONCLUSION

Si l'institution « *Cour constitutionnelle* » n'est pas une innovation pour la République démocratique du Congo, en revanche, le constituant de 2006 lui a doté, quant à son organisation et ses compétences, d'une grande originalité.

D'abord, il s'agit d'une Cour à coloration politique, dont six de ses neuf membres au moins doivent être des juristes, les autres trois membres pouvant être des personnalités politiques. La même redistribution des emplois se retrouvera, selon toute vraisemblance, au niveau des conseillers référendaires, appelés à assister les juges constitutionnels dans l'exercice de leurs délicates fonctions.

Il convient tout de suite de préciser que l'institution « *conseillers référendaires* » est imitée de la Belgique. Cependant, à l'opposé de son collègue belge, le législateur organique congolais paraît avoir levé l'option, dans la proposition de loi qui aura été, prochainement, mise en application, d'admettre à ce titre des personnes n'ayant pas la qualité de juristes. De ce fait, il y a lieu de douter de la capacité de telles personnes à aider les juges constitutionnels dans le traitement des dossiers, pour lequel l'on sait très bien qu'elles doivent faire preuve d'une certaine technicité dans le domaine de la justice constitutionnelle. A cette originalité, on dirait négative, il faut ajouter la création d'un Parquet général près la Cour constitutionnelle. Un tel choix n'a été opéré, jusque-là au moins, par aucun autre pays relevant du modèle kelsénien de justice constitutionnelle.

⁹⁴ MABANGA MONGA MABANGA, *op.cit.*, pp.40-41.

⁹⁵ G. DRAGO, *op.cit.*, p.36.

Ensuite, sur le plan des compétences, la Cour constitutionnelle constitue avant tout une autorité constitutionnelle, dans de nombreuses matières où elle doit statuer sans qu'il y ait eu véritablement un conflit juridique. Sous d'autres cieux, on est vraiment en face d'un « *croisement des contentieux* »⁹⁶. A ce propos, la Cour constitutionnelle est à la fois un juge pénal, un juge électoral, un juge de l'administration et un juge des pouvoirs politiques.

Sur son titre de juge de l'administration, il faut beaucoup y insister. C'est que, en effet, le recours en inconstitutionnalité des actes réglementaires, fondé sur l'article 162, alinéa 2, de la Constitution, relève désormais de la compétence monopolistique de la Cour constitutionnelle, alors qu'auparavant, ce recours était susceptible d'être introduit uniquement devant le juge administratif, aussi bien par voie d'action que par voie d'exception. Par conséquent, la Cour constitutionnelle est devenue, de par la volonté du constituant, le deuxième juge de l'Administration, à côté des juridictions administratives.

Enfin, s'agissant de la mise en œuvre de ces compétences, on a souligné le fait que la Cour constitutionnelle n'est pas une juridiction fermée, tel qu'on a eu à voir la Cour suprême de Justice faisant office, depuis 1974, de juridiction constitutionnelle. En matière d'appréciation de la constitutionnalité par exemple, cette dernière ne pouvait être saisie, sous peine d'irrecevabilité, que sur requête du Procureur général de la République, agissant soit *proprio motu*, soit à l'initiative de certaines autorités politiques -Président de la République et Président de l'ancien Conseil législatif- ou d'une juridiction de jugement. Ce fut l'époque du monopole du droit d'accès direct au juge constitutionnel, un véritable déni de justice et une violation manifeste des droits de l'homme au préjudice de nombreux justiciables congolais. Aussi, la jurisprudence a-t-elle réaffirmé son abolition pure et simple, nonobstant des tentatives de résistance du Procureur général de la République, se fondant sur l'Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de Justice.

Ainsi, de deux mécanismes mis en place par le constituant quant à l'appréciation de la constitutionnalité, seul le contrôle préalable de constitutionnalité demeure un mécanisme dont l'ouverture reste réservée à certaines autorités politiques. Par contre, avec le recours en inconstitutionnalité, un mécanisme de nature tout à fait différente, il existe désormais une *actio popularis* directement recevable devant la Cour constitutionnelle. Ceci conforte la protection des droits fondamentaux dans un pays pos-conflit, en quête de l'Etat de droit.

REFERENCES

A. Textes juridiques

1. Constitution du 1^{er} août 1964.
2. Constitution du 24 juin 1967.
3. Constitution de la transition du 04 avril 2003.
4. Constitution du 18 février 2006.
5. Décret-loi constitutionnel n°003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo.
6. Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo
7. Loi n° 74-020 du 15 août 1974 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967.

⁹⁶ J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, Institutions judiciaires. Organisation. Juridictions. Gens de justice, 8^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2005, p.283.

8. Loi n°078-010 du 15 février 1978 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967.
9. Loi spéciale belge 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.
10. Loi n°04/028 du 24 décembre 2004 portant identification et enrôlement des électeurs en République démocratique du Congo.
11. Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales.
12. Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales.
13. Loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.
14. Loi organique n°08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la Magistrature
15. Loi organique n°10/013 du 28 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement de la Commission électorale nationale indépendante.
16. Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de Justice.
17. Ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant Code d'organisation et de la compétence judiciaires, telle que modifiée et complétée par l'Ordonnance-loi n°83-009 du 29 mars 1983.

B. Jurisprudence

1. Conseil constitutionnel de la République du Sénégal, 18 juin 2009, Décision n°2-C-2009, *Journal officiel du Sénégal*, n° 6475, N – S, 19 juin 2009.
2. Cour constitutionnelle de l'Union des Comores, 6 mai 2009, Arrêt n°09-009/CC, *inédit*.
3. Cour constitutionnelle de l'Union des Comores, 19 mai 2009, Arrêt n°09-012/CC, *inédit*.
4. Cour constitutionnelle du Mali, 12 décembre 2001, Arrêt n°01-128, *inédit*.
5. CSJ, 08 janvier 1993, R.A.266, *Bulletin des arrêts de la Cour suprême de Justice*, années 1990 à 1999, Kinshasa, Editions du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, 2003.
6. CSJ, 21 août 1996, R.A.320, *Bulletin des arrêts de la Cour suprême de Justice*, années 1990 à 1999, Kinshasa, Editions du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, 2003.
7. CSJ, 04 février 1997, R.C.E.001/96, *inédit*.
8. CSJ, 3 janvier 2007, R.CONST.044/TSR, *inédit*.
9. CSJ, 31 juillet 2007, R.CONST.051/TSR, *inédit*.
10. CSJ, 26 décembre 2007, R.CONST.062/TSR, *inédit*.
11. CSJ, 04 mai 2009, R.CONST.078/TSR, *inédit*.
12. CSJ, 05 février 2010, R.CONST.112/TSR, *inédit*.

C. Doctrine

1. BALINGENE KAHOMBO, « L'expérience congolaise de l'Etat fédéral : la Constitution de Luluabourg revisitée », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 24 mai 2010.
2. BIBOMBE MUAMBA B., « Le droit à la justice et à un procès équitable, à travers la Déclaration universelle des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux

- droits civils et politiques », *Annales de la Faculté de droit*, édition spéciale, droits de l'homme, commémoration du 59^{ème} anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, Presses de l'Université de Kinshasa, décembre 2007.
3. BOLLE St., «La Cour Constitutionnelle du Mali invalide en 2001 une loi de révision ad referendum », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 17 décembre 2007.
 4. BOLLE St., «Projet de révision constitutionnelle au Sénégal: la renaissance de la Cour suprême», <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 23 mars 2008.
 5. BOLLE St., «Quelle Cour constitutionnelle en RD du Congo? », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 16 avril 2008.
 6. BOLLE St., «RD Congo. Faut-il déjà révisé la Constitution de 2006», <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 27 novembre 2007.
 7. BOLLE St., «Vers une Cour constitutionnelle à la congolaise», <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 24 septembre 2008.
 8. CENTRE POUR LA GOUVERNANCE DEMOCRATIQUE BURKINA FASO, *Constitutionnalisme et révision constitutionnelle en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin, du Burkina Faso et du Sénégal*, rapport de recherche 2009.
 9. DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998.
 10. EISENMANN Ch., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928.
 11. KABANGE NTABALA, «Les innovations projetées dans l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle», *communication lors de Journées des réflexions sur la mise en place des ordres juridictionnels prévus par la Constitution du 18 février 2006*, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, du 29 au 31 janvier 2009, inédit.
 12. KABANGE NTABALA, «Quelle constitution pour la Troisième République face aux réalités zaïroises ? », *Annales de la Faculté de Droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996.
 13. KALUBA DIBWA D., « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale à la démocratie constitutionnelle », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 26 juillet 2010.
 14. KALUBA DIBWA D., *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit public congolais : lecture critique de certaines décisions de la Cour suprême de Justice d'avant la Constitution du 18 février 2006*, Kinshasa, éditions Eucalyptus, 2007.
 15. KATUALA KABA KASHALA et YENYI OLUNGU, *Cour suprême de Justice et textes annotés de procédure*, Kinshasa, Ed. Batena Ntambua, 2000.
 16. KENGO Wa DONDO, *L'évolution jurisprudentielle de la Cour suprême de Justice au Zaïre (1968-1979)*, *Mercuriale* du 4 novembre 1978, Kinshasa, CSJ, 1979.
 17. MABANGA MONGA MABANGA, *Le contentieux constitutionnel congolais*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 1999.
 18. MAMPUYA KANUK'A TSHIABO A., « **A propos du projet de Loi organique sur la Cour constitutionnelle** », *Quotidien «Le Phare»*, 9 avril 2008 .
 19. MATADIWAMBA KAMBA MUTU, « De l'originalité du procès en cassation », *Justice, science et paix*, numéro spécial, Kinshasa, juin 2004.
 20. MBOYO EMPENGE EA LONGILA B.B., «La mégarde des modèles de constitutions euro-occidentales et l'élaboration d'une constitution zaïroise de développement véritablement intériste», *Annales de la Faculté de Droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996.

21. MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA E., « Le contrôle de constitutionnalité des lois sous l'Acte constitutionnel de la Transition du 9 avril 1994 », *Annales de la Faculté de droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996.
22. NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, « De l'organisation de la Cour constitutionnelle congolaise : le constituant de 2006 induit-il le principe d'une organisation décentralisée de la nouvelle juridiction constitutionnelle », *communication lors de Journées des réflexions sur la mise en place des ordres juridictionnels prévus par la Constitution du 18 février 2006*, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, du 29 au 31 janvier 2009, inédit.
23. NYABIRUNGU Mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2007.
24. NYEMBO-Ya-LUMBU O., *La Constitution de la Troisième République est fédérale. Regard critique sur la «décentralisation»*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2009.
25. PACTET P. et MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, 25^{ème} édition à jour, Paris, Sirey, août 2006.
26. VINCENT J., GUINCHARD S., MONTAGNIER G. et VARINARD A., *Institutions judiciaires. Organisation. Juridictions. Gens de justice*, 8^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2005.
27. VUNDUAWE te PEMAKO F., « Réflexion sur la validité de l'Acte constitutionnel de la transition au regard du compromis politique global et de l'Arrêt R.A. 226 de la Cour suprême de Justice », *Le Soft de Finance*, n°127, 2 mars 1993.
28. VUNDUAWE te PEMAKO F., « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005) », in Liber Amicorum Marcel Antoine Lihau, *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise*, Bruxelles, Brylant et Presse de l'Université de Kinshasa, 2006.
29. VUNDUAWE te PEMAKO F., *Traité de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2007.
30. WASENDA-N'SONGO C., « Rapport entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de légalité : pour quelle relation entre la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat », *communication lors de Journées des réflexions sur la mise en place des ordres juridictionnels prévus par la Constitution du 18 février 2006*, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, du 29 au 31 janvier 2009, inédit.
31. WETSH'OKONDA KOSO SENG M., « L'arrêt de la Cour suprême de Justice n°R.CONST.112/TSR du 5 février 2010 sur l'OHADA », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 04 avril 2010.
32. WETSH'OKONDA KOSO SENG M., « L'avis consultatif de la Cour suprême de Justice n° RL 10 du 13 décembre 2005 sur l'infraction politique : interprétation ou réécriture de la loi ? », *Les Analyses Juridiques*, Lubumbashi, n° 8/2006, janvier-avril, 2006.
33. WETSH'OKONDA KOSO SENG M., « La définition des actes législatifs dans l'arrêt de la CSJ N° R.CONST. 51/TSR du 31 juillet 2007 à l'épreuve de la Constitution du 18 février 2006 », *Revue de Droit et de Science Politique du Graben*, n°5, juin 2008.

LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE FAISANT OFFICE DE COUR CONSTITUTIONNELLE. ESQUISSE DU BILAN DE PRÈS DE CINQ ANS SOUS L'EMPIRE DE LA CONSTITUTION CONGOLAISE DU 18 FÉVRIER 2006

Par **BALINGENE KAHOMBO***

INTRODUCTION

La Cour constitutionnelle instituée par la Constitution du 18 février 2006⁹⁷ n'est pas encore opérationnelle. Il appartient à l'actuelle Cour suprême de Justice (CSJ) d'exercer transitoirement ses compétences⁹⁸. Arithmétiquement, cela fait déjà près de cinq ans, soit de février 2006 à novembre 2010, que ladite Cour fait ainsi office de Cour constitutionnelle. Par conséquent, il est temps de dresser un premier bilan de son activité juridictionnelle, surtout que la première législature de la Troisième République tend aussi à sa fin.

La Cour a-t-elle été, au cours de ces cinq dernières années, à la hauteur de sa tâche ? Quelles implications faut-il tirer de son œuvre jurisprudentielle du point de vue de la construction congolaise de l'Etat de droit ?

A ce sujet, il convient de relever que la Cour a déjà eu à annoncer ses couleurs, en élaborant une jurisprudence abondante, mais sujette à caution. L'institution elle-même n'est pas épargnée de critiques. Sa « *capacité* » à jouer, dans sa configuration actuelle, le rôle de la Cour constitutionnelle à venir est fortement remise en cause. Aussi, paraît-elle avoir perdu de sa crédibilité et de sa légitimité auprès des justiciables, d'une manière telle que, n'inspirant pas confiance à tous, elle semble désormais préjugée partielle, si bien qu'elle ne saurait plus correspondre aux justifications essentielles d'une justice constitutionnelle, à savoir notamment apaiser les conflits au sein de la classe politique et protéger les minorités contre les abus de la majorité⁹⁹.

Toutefois, il ne faudrait pas avoir l'impression que son bilan est totalement négatif. En effet, la Cour a aussi rendu bien de décisions dont la pertinence juridique mérite d'être soulignée. Il faut donc avoir à l'esprit les deux bouts de la balance pour objectivement apprécier son travail.

C'est pourquoi notre étude va montrer, d'une part, que les insuffisances dont a fait montre la CSJ ont eu pour effet la perte de confiance dans le juge constitutionnel (I), mais que, d'autre part, son œuvre jurisprudentielle demeure une aubaine juridique et académique,

* *Assistant à l'Université de Goma ; doctorant en droit public à l'Université de Kinshasa ; magistrat nommé au grade de substitut du Procureur de la République. Tél. : +243994194466 ; e-mail : internationaliste82@yahoo.fr*

⁹⁷ Article 149, alinéa 2, et 157.

⁹⁸ Cette période transitoire a commencé en 2006, mais on ne sait pas quel pourra être son *terminus ad quem*, tant des questions d'ordre politique et d'ordre matériel semblent se poser. Politique d'abord, étant donné la nécessité de l'adoption et la promulgation de la Loi organique de la Cour ressuscitée, ainsi que le mode politisé de la désignation de ses neuf membres proprement dits. Matériel par la suite, car la mise en place d'une si éminente institution juridictionnelle exige une infrastructure adéquate et des moyens financiers conséquents.

⁹⁹ L. FAVOREU, « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », in G. CONAC (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique. II. Jurisprudence : droit constitutionnel, droit social, droit international, droit financier*, Paris, Economica, 1989, p.43.

consacrant une avancée réelle, bien que limitée, dans la construction congolaise de l'Etat de droit (II).

I. LA PERTE DE CONFIANCE DANS LE JUGE CONSTITUTIONNEL : DECRYPTAGE DES RAISONS FONDAMENTALES

L'expérience de près de cinq ans montre que la CSJ reste une juridiction très fréquentable. Cependant, sa crédibilité auprès des justiciables s'est avérée sensiblement diminuée pour plusieurs raisons. L'on observe d'abord, en effet, que son architecture institutionnelle est, selon toute vraisemblance, inappropriée à l'exercice des fonctions d'un juge constitutionnel ; en plus, confirmation presque de cette thèse, les balbutiements jurisprudentiels de la Cour ont été, au cours de cette période, assez nombreux.

I.1. Le caractère inapproprié de l'architecture institutionnelle de la Cour suprême de Justice aux missions d'une cour constitutionnelle

Il existerait une relation de cause à effet entre le rôle que l'on entend faire jouer à une cour constitutionnelle et l'architecture institutionnelle dont celle-ci est dotée.

Techniquement, la CSJ demeure une juridiction judiciaire, couverte d'un maillot institutionnel élaboré depuis 1982, suite à la révision constitutionnelle de 1974¹⁰⁰ et 1978¹⁰¹. Cette époque importante est malheureusement celle que domine un régime politique dictatorial, qui, probablement, n'aurait eu aucun intérêt à avoir, en face de lui, une puissante CSJ, juge de l'action du pouvoir politique, échappant totalement à son contrôle. Néanmoins, depuis notamment l'an 2006, un ordre juridique nouveau, dorénavant démocratique sur le plan politique, s'est installé. Parallèlement, la CSJ, appelée à juger l'action de nouvelles institutions politiques, n'a malheureusement subi aucun changement fondamental dans son organisation et son mode de fonctionnement. De fait, la thèse selon laquelle elle présenterait des insuffisances institutionnelles qui la rendrait inefficace à remplir transitoirement la délicate mission dévolue à la Cour constitutionnelle ne semble plus dénuée de tout fondement pour mériter une attention particulière.

I.1.1. La délicate mission de la Cour constitutionnelle

Il ne s'agit pas ici de revenir sur les attributions du juge constitutionnel¹⁰², mais de voir concrètement quelles sanctions se rattachent à la réalisation de sa mission principale de contrôle de l'action du pouvoir politique. Il s'agit là d'une délicate mission, parce que l'on peut imaginer que le juge soit considéré comme le rival du politique et que celui-ci, par crainte du gouvernement des juges¹⁰³, se montrera peu disposé à se soumettre aux dictats de ses décisions.

Les sanctions qui se rattachent à l'accomplissement de la mission de la Cour constitutionnelle sont variées. Cependant, tout dépend de la compétence exercée. On se limitera ici à deux aspects¹⁰⁴ : l'appréciation de la constitutionnalité et le contentieux électoral.

¹⁰⁰ Révision portée par la Loi n° 74-020 du 15 août 1974.

¹⁰¹ Révision portée par la Loi n°078-010 du 15 février 1978.

¹⁰² Ces attributions font l'objet d'une étude séparée intitulée « L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise ressuscitée ».

¹⁰³ P. PACTET et F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 25^{ème} édition à jour, Paris, Sirey, août 2006, p.75.

¹⁰⁴ N'oublions pas cependant un cas aussi important, celui des ordonnances prises en application de l'article 145 de la Constitution, selon lequel : « En cas d'état d'urgence ou d'état de siège, le Président de la République prend, par ordonnances délibérées en Conseil des ministres, les mesures nécessaires pour faire face à la situation. Ces ordonnances

Sur le premier point, la Constitution du 18 février 2006 prévoit que « *Tout acte déclaré non conforme à la Constitution est nul de plein droit* » (article 168, alinéa 2). En toute logique, cette sanction ne peut valoir que pour un acte déjà mis en vigueur, puisque celui qui ne l'est pas encore n'est pas dans le commerce juridique ambiant, de sorte qu'on lui retire, par la sanction de la nullité, ses effets à l'égard de ses destinataires. Cette nullité correspond donc à la sanction d'un recours en inconstitutionnalité. Qu'en est-il alors de la sanction rattachée au contrôle de constitutionnalité¹⁰⁵, un mécanisme d'une nature toute à fait différente ?

En effet, il y a lieu de nuancer la réponse. Quand il s'agit d'un traité international, aucun problème particulier ne semble se poser. Le traité ne peut être ratifié ou approuvé, s'il comporte une clause contraire à la Constitution, qu'à condition de réviser celle-ci au préalable (article 216). Par contre, s'agissant des autres actes soumis au contrôle de constitutionnalité (lois organiques, lois ordinaires, éventuellement lois constitutionnelles, règlements intérieurs des chambres parlementaires, du Congrès, de la Commission électorale nationale indépendante (CENI) ainsi que du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication (CONSAC)), la Constitution est muette. Dans tous les cas, il paraît logique de considérer qu'une loi déclarée anticonstitutionnelle ne peut être promulguée, tandis que les autres actes ne peuvent pas être mis en application.

Toutefois, bien que n'étant pas prévue par la Constitution, il existe par ailleurs une possibilité pour le juge de procéder à la divisibilité des sanctions ci-dessus envisagées. En droit comparé, cela ne fait aucun doute. La divisibilité est prévue aux articles 22 et 23 de l'Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant Loi organique du Conseil constitutionnel français. Elle est également prévue au Bénin où la Cour constitutionnelle vient à nouveau d'en faire une application dans sa **Décision DCC 05-069 du 27 juillet 2005**, dans une affaire où elle était appelée à se prononcer sur la constitutionnalité de la Loi portant règles particulières à l'élection du Président de la République. En l'espèce, la Cour a décidé que les articles mis en cause étaient inséparables de l'ensemble de la Loi¹⁰⁶. *A contrario*, on en déduirait qu'il n'y a pas eu lieu, en conséquence, d'appliquer la règle de la divisibilité.

D'une manière générale, lorsque, dans un texte, l'(es) article(s) inconstitutionnels sont **inséparable(s)** de l'ensemble de celui-ci, l'anti-constitutionnalité et sa sanction frappent tout le texte. A l'inverse de cette hypothèse, seules les dispositions mises en cause sont atteintes, selon le cas, soit par la nullité, soit par la non-promulgation, soit encore par la non-mise en vigueur. Ce sont ces solutions qui sont prévues dans la proposition de Loi organique de la Cour constitutionnelle congolaise¹⁰⁷, telle qu'amendée par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale. La divisibilité n'a pas, cependant, de place concernant le contrôle de constitutionnalité des traités internationaux, puisqu'elle est visiblement exclue par l'article 216 précité de la Constitution.

sont, dès leur signature, soumises à la Cour constitutionnelle qui, toutes affaires cessantes, déclare si elles dérogent ou non à la présente Constitution ». Si elles dérogent à la Constitution, elles ne peuvent être mises en application (voir article 52 amendé *in fine* de la proposition de Loi organique de la Cour constitutionnelle). On voit bien que ceci contraste avec l'affirmation du professeur Vunduawe, selon laquelle par ces ordonnances « le Chef de l'Etat peut modifier la Constitution *de facto* » ; Lire F. VUNDUAWE et PEMAKO, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005) », in Liber Amicorum Marcel Antoine Lihau, *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise*, Bruxelles, Brylant et Presse de l'Université de Kinshasa, 2006, p.281.

¹⁰⁵ Il ne faut pas confondre ce mécanisme du contrôle de constitutionnalité (article 216, articles 124, 139 et 160, alinéa 1, 2 et 3 de la Constitution) avec celui du recours en inconstitutionnalité (article 162, alinéa 2, de la Constitution). Voir notre étude séparée intitulée « L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise ressuscitée ».

¹⁰⁶ Article 4 de la Décision DCC 05-069 du 27 juillet 2005.

¹⁰⁷ Proposition élaborée par l'honorable député Mohamed Bule Gbangolo Basabe.

S'agissant du contentieux électoral, plus spécifiquement celui des résultats, la Cour constitutionnelle n'est pas le juge de la légalité des opérations électorales¹⁰⁸. C'est pourquoi la simple violation de la loi ne conduit pas nécessairement à l'annulation du résultat du scrutin¹⁰⁹. Elle est le juge de l'exactitude et de la sincérité du résultat électoral. Cela veut dire que la Cour a le choix, au fond, entre la confirmation de l'élection ou son annulation. Cette dernière sanction ne peut être prononcée que si les irrégularités constatées ont eu une influence déterminante sur le résultat. Sinon, y compris même en cas d'erreur matérielle, la Cour confirme l'élection, sous réserve de la correction du résultat erroné¹¹⁰.

Ainsi, l'arrêt de la Cour peut conférer le pouvoir politique ou le retirer. Elle peut aussi anéantir l'action du pouvoir politique, en empêchant la production des effets juridiques des actes qu'il prend. Et c'est précisément à ce niveau où l'on s'aperçoit du rôle crucial que peut jouer le juge constitutionnel dans un Etat de droit. Une juridiction comme l'actuelle CSJ peut ainsi avoir du mal, du fait de ses insuffisances institutionnelles, à remplir efficacement une si délicate mission à plus d'un titre.

1.1.2. Les insuffisances institutionnelles de l'actuelle Cour suprême de Justice

L'actuelle CSJ est organisée en trois sections¹¹¹ : section judiciaire, section administrative et section de législation. A l'exception de cette dernière, chaque section comprend une ou plusieurs chambres. Chaque chambre siège à trois juges, tandis que chaque section en chambres réunies, excepté la section de législation qui statue en assemblée mixte¹¹², siège à cinq juges ; et la Cour, toutes sections réunies, siège à sept juges.

La section judiciaire joue pratiquement le rôle d'une Cour de cassation ; celle administrative le rôle d'un Conseil d'Etat. La section de législation donne des avis consultatifs sur des projets ou propositions de lois ou d'actes réglementaires qui lui sont soumis, ainsi que sur des difficultés d'interprétation des textes (article 159 du COCJ). La Cour, toutes sections réunies, statue en tant que juridiction constitutionnelle¹¹³.

Il en résulte que la CSJ concentre, à elle seule, les contentieux judiciaire, administratif et constitutionnel. A ce propos, Maître Matadi Nenga Gamanda considère que pareille concentration n'est pas un problème en soi, en raison du caractère peu nombreux du contentieux administratif et constitutionnel¹¹⁴. En revanche, le professeur Mboyo Empenge soutient que cette concentration des pouvoirs entre les « mains » de la CSJ « *reste une erreur grave et préjudiciable à l'administration d'une juste, saine et bonne justice* »¹¹⁵. Le professeur

¹⁰⁸ E.R. TINKAMANYIRE Bin NDIGIBA, *Le rôle du juge électoral*, audience solennelle et publique de rentrée de la CSJ, discours du Premier Président, Kinshasa, 2008, p.17.

¹⁰⁹ *Ibidem*. Voir aussi KATUALA KABA KASHALA, *La jurisprudence électorale congolaise commentée*, Kinshasa, The Carter Center, RD Congo, novembre 2007, p.33.

¹¹⁰ Lire article 75 de la Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales.

¹¹¹ Lire les articles 54, 55 et 56 de l'Ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant Code d'organisation et de la compétence judiciaires (COCJ), telle complétée par l'Ordonnance-loi n°83-009 du 29 mars 1983.

¹¹² Aux termes de l'article 118 de l'Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la CSJ, « Le dossier est examiné par les magistrats de la Cour suprême de Justice et du Parquet général de la République réunis en assemblée mixte ; toutefois l'avis ne sera valablement donné qu'à la majorité des magistrats présents à la séance ».

¹¹³ Cependant, sous réserve de ce que prévoit la loi électorale du 09 mars 2006, qui prévoit que la CSJ statue à trois juge au moins en matière électorale (article 27 *in fine* et 74, avant-dernier alinéa).

¹¹⁴ MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-La-Neuve et Kinshasa, Brylant-Academia s.a, Droit et Idées nouvelles, 2006, p.501.

¹¹⁵ B.B. MBOYO EMPENGE EA LONGILA, «La mégarde des modèles de constitutions euro-occidentales et l'élaboration d'une constitution zaïroise de développement véritablement intériste», *Annales de la Faculté de Droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996, p.172.

Kabange Ntabala est du même avis et considère que la séparation des contentieux judiciaire, administratif et constitutionnel est bénéfique pour le traitement tant qualitatif que quantitatif des dossiers¹¹⁶.

Pour notre part, nous estimons que ces deux derniers points de vue sont plus défendables que le premier. L'opinion de Maître Matadi Nenga Gamanda ne paraît pas convaincante parce qu'il cherche à écarter, à partir de la minimisation du nombre des dossiers soumis à la CSJ dans le cadre du contentieux administratif ou constitutionnel, les inconvénients liés à l'organisation interne de cette Haute juridiction, comme si, minimes soient-ils, ces dossiers ne mériteraient pas d'avoir un traitement qualitatif adéquat. En outre, cette minimisation ne se justifie pas. D'une part, l'explosion de la jurisprudence constitutionnelle depuis la transition de 2003 à 2006 n'est plus à démontrer ; d'autre part, les contentieux administratif et constitutionnel ne cesseront pas de se développer, étant donné la dynamique des droits de l'homme et de la nouvelle décentralisation territoriale en RDC.

Le premier inconvénient qui découle de l'organisation interne de la CSJ est le défaut de spécialité dans le traitement des dossiers, un objectif pourtant vanté par le constituant de 2006. Ce sont les mêmes juges qui statuent dans toutes les affaires soumises à la Cour. Etant majoritairement imprégnés d'un esprit de juristes privatistes, comme l'a noté le professeur Mampuya¹¹⁷, ces juges n'ont pas nécessairement la maîtrise de la conduite des procès de droit public. Dès lors, des errements s'en suivent ; ce qui prédispose les arrêts de la Cour à des critiques négatives qui ne l'honorent pas du tout et lui font perdre de sa crédibilité.

Le deuxième inconvénient est tiré du retard dans le traitement des dossiers, en particulier compte tenu du nombre réduit des juges. L'ancien Premier Président de la CSJ, Etienne Roger Tinkamanyire Bin Ndigebe (2008-2009), l'a expressément avoué dans son discours prononcé à l'audience solennelle et publique de rentrée judiciaire de la Haute Cour en octobre 2008¹¹⁸. Cet inconvénient est pourtant facile à pallier, parce qu'il aurait suffi à l'autorité compétente d'élever, par de nouvelles nominations, le nombre des juges à ladite Cour, surtout que les textes ne le lui interdisent pas¹¹⁹.

Le dernier inconvénient, et en tout cas le plus radical de notre point de vue, c'est l'absence d'indépendance de la Cour vis-à-vis du pouvoir politique en place. Tout d'abord, les juges sont soumis au statut¹²⁰ des magistrats du 10 octobre 2006 ; ce qui veut dire qu'ils sont simplement nommés et révoqués par le Président de la République, sur proposition du CSM. Un tel statut semble être incompatible avec l'éminence de la position institutionnelle d'un juge constitutionnel, du rôle qu'il doit jouer dans le cadre de l'Etat. Il s'en suit une instabilité, on dirait même chronique, des juges, si bien qu'en l'espace de moins de quatre ans, outre les nominations générales, la CSJ vient d'être placée sous la direction successive de trois premiers présidents. L'**inamovibilité** des magistrats du siège n'est pas reconnue. Pourtant, aux Etats-Unis, bien que les juges à la Cour suprême soient nommés par le Président de la République, avec approbation du Sénat, la possibilité de les démettre à tout moment n'est

¹¹⁶ KABANGE NTABALA, «Quelle constitution pour la Troisième République face aux réalités zaïroises ? », Annales de la Faculté de Droit, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996, pp.98-99.

¹¹⁷ A. MAMPUYA KANUK'A TSHIABO, «A propos du projet de Loi organique sur la Cour constitutionnelle », Quotidien "Le Phare" du 9 avril 2008 ; article rapporté par S. BOLLE, «Quelle Cour constitutionnelle en RD du Congo ? », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 16 avril 2008.

¹¹⁸ E.R. TINKAMANYIRE Bin NDIGEBE, op.cit., p.12.

¹¹⁹ L'Ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant COCJ ne fixe pas un *numerus clausus* des juges à la CSJ. Par conséquent, ce nombre doit être variablement fixé, selon les besoins, par le Président de la République, qui nomme et révoque les magistrats.

¹²⁰ Loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.

plus de mise. Car ces juges sont nommés pour un mandat de neuf ans non renouvelables et leur cessation des fonctions avant l'expiration de ce mandat ne peut avoir lieu, en dehors de la démission ou du décès, que suite à la procédure compliquée d'*impeachment*¹²¹. Ceci confère une grande « *magistrature* » et une indépendance institutionnelle claire aux juges à la Cour suprême américaine. Par contre, en RDC, l'instabilité des juges les inciterait à se laisser trainer, par la force des choses, dans le giron du pouvoir politique, s'ils veulent conserver durablement leurs postes. Ainsi, la doctrine ne cesse de stigmatiser le fait que la CSJ ait souvent l'attitude d' « *un caméléon judiciaire qui épouse très souvent les couleurs politiques de l'heure* »¹²², à cause de son « *enclavement dans une logique de complaisance avec les autorités politiques* »¹²³.

A cette instabilité s'ajoute le mauvais traitement des hauts magistrats, dont la survie dépend finalement, sinon de la « *charité des justiciables* »¹²⁴, du moins des primes qui leur sont, par mansuétude, attribuées par le pouvoir politique.

Dans ces conditions, comment la CSJ pourrait échapper aux critiques de partialité, surtout de la part des membres de l'opposition politique ? On l'a vu d'ailleurs en novembre 2006, sous réserve de quelques exagérations politiciennes, suite à la contestation des résultats du second tour de l'élection présidentielle du 29 octobre 2006, ayant opposé le candidat Jean Pierre Bemba Gombo, pour le compte de l'Union pour la Nation (UN), à Joseph Kabila Kabange, Président sortant, pour le compte de l'Alliance pour la Majorité Présidentielle (AMP). Non seulement que les locaux de la Cour ont fait l'objet d'un incendie par les partisans du candidat Bemba, mais encore l'**Arrêt RCE.PR.009 du 27 novembre 2006**¹²⁵, entraînant la proclamation du Président sortant, par l'**Arrêt R.E.006 du 27 novembre 2006**, vainqueur de l'élection contestée avec 58,03% de suffrages exprimés, est intervenu dans un climat de tension totale, antinomique avec la sérénité qui doit caractériser l'issue d'une procédure juridictionnelle. En outre, il faut déplorer les balbutiements jurisprudentiels de la Cour, surtout puisqu'on s'est bien rendu compte qu'ils peuvent être à l'origine d'une véritable crise institutionnelle, comme ce fut précisément le cas en 2007.

I.2. Les balbutiements jurisprudentiels de la Cour suprême de Justice

De tels balbutiements étaient prévisibles. Car, on vient de le démontrer, la CSJ rime plutôt avec un environnement autre que celui d'une cour constitutionnelle instituée dans le cadre d'un Etat de droit. Aussi convient-il d'illustrer cette thèse par un relevé de quelques errements constatés dans le traitement, par la Cour, des récents procès de droit public, avant de revenir sur la crise institutionnelle survenue en 2007 suite à la contestation de ses arrêts rendus sur le contentieux de l'élection à la députation nationale.

I.2.1. Les errements de la Cour dans les récents procès de droit public

Plusieurs critiques ont été formulées contre la CSJ, en particulier à propos de la définition

¹²¹ E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, pp.21-23.

¹²² J.-P. KILENDA KAKENGI BASILA, L'Affaire des 315 magistrats de Kinshasa, une purge néo-mobutiste, Paris, L'Harmattan, p 145, cité par M. WETSH'OKONDA KOSO SENG, « L'arrêt de la Cour suprême de Justice n°R. CONST.112/TSR du 5 février 2010 sur l'OHADA », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 04 avril 2010.

¹²³ *Idem*, p 146.

¹²⁴ L'expression est un euphémisme, car, au fond, elle peut revêtir une forme qui touche à l'illégalité, telle que la corruption. Il semble qu'à la Haute Cour, il existerait un jour dédié à cette « charité des justiciables », qu'on appellerait le « vendredi saint ».

¹²⁵ C'est l'arrêt par lequel la Cour a tranché la contestation électorale quant au fond et dans lequel elle rejette toutes les demandes formulées par le Mouvement de Libération du Congo (MLC), le requérant.

extensive qu'elle donne à la notion d'« *actes législatifs* »¹²⁶ ou du non-respect des délais du prononcé de ses arrêts, surtout en matière électorale.

Des critiques ont également fusé concernant l'interprétation qu'elle a donnée, dans son **Arrêt R.CONST.051/TSR du 31 juillet 2007** prononcé en l'affaire dite Trésor Kapuku Ngoy, à l'investiture d'un gouverneur de province par rapport à son entrée en fonction¹²⁷.

Pour la Cour, bien qu'un gouverneur soit déjà investi par une ordonnance du Président de la République (article 80 de la Constitution), il ne sera en fonction qu'à partir du moment où son programme d'action est approuvé par l'Assemblée provinciale¹²⁸. Il s'agit là d'une interprétation stricte littérale de l'article 198, alinéa 6, de la Constitution, selon lequel : « *Avant d'entrer en fonction, le Gouverneur présente à l'Assemblée provinciale le programme d'action de son gouvernement* ».

Pourtant, en droit constitutionnel, l'investiture ordonnée par le Président de la République doit être considérée comme l'autorisation donnée au gouverneur de former son gouvernement¹²⁹. C'est dès cet instant là qu'il acquiert, quoique de façon restrictive, le pouvoir d'exercer ses fonctions. Sinon, on ne comprendrait pas pourquoi un gouverneur qui n'est pas encore en fonction poserait des actes rentrant dans le cadre de la gestion publique, à l'instar de la constitution d'un gouvernement provincial : identification des personnalités politiques et surtout leur nomination par voie d'arrêté.

En plus, une fois constitué, le gouvernement est présenté par le même gouverneur, ainsi que son programme d'action, devant l'Assemblée provinciale. D'après la Constitution, celle-ci investit, non le gouverneur- car il ne peut pas logiquement faire l'objet d'une double investiture-, mais plutôt les ministres provinciaux (article 198, alinéa 7). Il en résulte que cette dernière disposition et l'alinéa 6 de l'article 198 précité de la Constitution se complètent réciproquement et ne doivent pas être interprétés, en conséquence, l'un isolé de l'autre. Or, c'est précisément l'erreur qu'a commise la CSJ. Ainsi, a-t-elle jugé, la motion de défiance dirigée contre le Gouverneur Trésor Kapuku Ngoy est prématurée et partant anticonstitutionnelle.

Cela étant, on doit maintenant insister sur un autre aspect du problème, en rapport avec la procédure, pour démontrer que la Cour a eu du mal, au cours de ces dernières années, à se départir d'une tendance à la « *privatisation des procès de droit public* ».

En effet, un procès de droit public (constitutionnel ou administratif) est un procès contre un acte, sauf si le requérant postule également, en sus de l'annulation dudit acte et ses effets, à l'allocation à son profit des indemnités ou d'autres formes de réparation du préjudice subi. Dans ce cas seulement, du reste exceptionnel, le procès devient de plein contentieux. Ainsi, en droit public, il n'y a pas, en principe, de demandeur et de défendeur comme en droit privé. Il n'y a que le requérant et l'acte attaqué en face des juges.

Toutefois, la Cour ne semble pas bien l'avoir compris. L'on remarque par exemple qu'en matière de contestation électorale, la défunte Commission électorale indépendante (CEI)

¹²⁶ Lire notre étude séparée sur « L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise ressuscitée ».

¹²⁷ Lire J.-L. ESAMBO KANGASHE, *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, thèse de doctorat en droit public, Université de Paris 1-Panthéon-Sorbonne, Université de Kinshasa, présentée et soutenue publiquement le 17 juin 2009, pp. 120-123 ; O. NYEMBO-Ya-LUMBU, *La Constitution de la Troisième République est fédérale. Regard critique sur la «décentralisation»*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2009, pp.133-135.

¹²⁸ CSJ, 31 juillet 2007, R.CONST.051/TSR, inédit, deuxième feuillet.

¹²⁹ O. NYEMBO-Ya-LUMBU, *op.cit.*, p.134.

a été mise en cause, alors que c'est sa décision proclamant le résultat provisoire du scrutin dont on sollicitait l'annulation.

On peut prendre pour exemple la célèbre affaire MLC, bien que la CSJ n'ait eu à y statuer qu'à titre de juridiction d'appel¹³⁰, mais non de Cour constitutionnelle. Dans son **Arrêt RCE/ADP/021 du 21 mars 2007**¹³¹, par lequel elle a proclamé définitivement le candidat André Kimbuta Yango, pour le compte de l'AMP, élu gouverneur de la Ville Province de Kinshasa, la Cour tente ainsi de se corriger. Elle précise en effet que « *la Commission électorale indépendante n'a pas qualité de partie au procès en matière de contentieux électoral* »¹³² et que son rôle dans une instance pareille est simplement d'apporter, s'il en est besoin, son expertise aux juridictions de jugement¹³³. Mais, très rapidement, elle sombre à nouveau dans la confusion pour les autres aspects du dossier.

Certes, le requérant « *Mouvement de Libération du Congo (MLC)* » était l'appelant dans cette affaire. Par contre, la Cour n'aurait pas dû qualifier le candidat André Kimbuta Yango, dont l'élection par les députés provinciaux était contestée, d'**intimé**, c'est-à-dire de partie qui a gagné le procès au premier degré. En droit public, cela ne vaut pas, parce que le terme donne l'impression que la requête du MLC était dirigée, non contre l'acte de la CEI proclamant les résultats provisoires de l'élection du gouverneur de la Ville Province de Kinshasa, mais plutôt contre le candidat André Kimbuta Yango. Aussi, n'est-il pas étonnant de constater que la Cour ait fait comparaître toutes les deux parties, représentées par leurs avocats, aux fins de conclure et plaider, pratiquement comme dans un procès privé.

Tout porte à penser que la Cour s'est trainée dans une telle erreur du fait d'une interprétation erronée du **principe du contradictoire**. En droit public, ce principe signifie que le juge doit examiner, sur pièces, les arguments pour et contre la requête dont il est saisi, mais non la présence des parties et avocats plaidant devant lui¹³⁴. Tout au moins, il est admis que les personnes intéressées par la cause peuvent, s'il en est besoin, être conviées à éclairer la religion de la Cour, sans qu'elles ne soient néanmoins considérées comme des parties au procès.

Au lieu de donner au principe du contradictoire cette connotation de droit public, la Cour en a fait, au contraire, une application comme en droit privé judiciaire. L'analyse de l'ancien Premier Président de la CSJ, Etienne Roger Tinkamanyire Bin Ndigebe, corrobore cette affirmation, en ce qu'il explique que la Cour s'est efforcée de ne pas prononcer des arrêts par défaut contre les parties intéressées dans les affaires lui soumises, de manière à éviter leur contestation par des éventuels défaillants, exerçant des voies de recours non prévues par la loi¹³⁵.

Malheureusement, l'on remarque que la CSJ a abondamment reçu devant elle la tierce opposition, alors que cette voie de recours extraordinaire¹³⁶ n'avait pas été prévue par la loi

¹³⁰ La critique vaut cependant même lorsque la CSJ a siégé comme Cour constitutionnelle. Il suffit de voir comment elle a traité l'affaire de la contestation du résultat du second tour de l'élection présidentielle.

¹³¹ Cet Arrêt confirme la position déjà développée par la Cour dans ses divers arrêts du 09 février 2007, en particulier les RCE 010 et RCE 016, déclarant un appel formé par la CEI irrecevable pour défaut de qualité. Voir KATUALA KABA KASHALA, *op.cit.*, pp.124-125 et 135-136.

¹³² *Idem*, p.246.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ A. MAMPUYA KANUK'A TSHIABO, *op.cit.*

¹³⁵ E.R. TINKAMANYIRE Bin NDIGEBE, *op.cit.*, p.10.

¹³⁶ Il est prévu à l'article 84 de l'Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la CSJ, mais uniquement devant sa section administrative. Par définition, la tierce opposition est une voie de recours extraordinaire qui confère le droit à un tiers non appelé à la cause, de s'opposer à une décision judiciaire qui préjudicie à ses droits, en en demandant devant la juridiction qui l'a rendue sa rétractation ou sa réformation. Voir MUKADI BONYI et

électorale. On peut même présumer, de manière irréfragable, que les membres de la Cour ne l'ignoraient pas. L'explication précédente de son ancien Premier Président, Etienne Roger Tinkamanyire Bin Ndigeba, le prouve de manière éloquente. D'ailleurs, il serait farfelu de considérer que le législateur aurait dû prévoir ladite tierce opposition ; sinon, on risquerait d'ignorer à quel titre la CSJ a eu à statuer sur les divers cas de contentieux électoraux lui soumis.

Tout d'abord, il découle de ce qui précède que la CSJ a été saisie, en tant que juridiction d'appel, en particulier quant aux recours concernant les contestations des résultats électoraux relevant de la compétence des cours d'appel au premier degré¹³⁷. Ce problème ne nous concerne pas dans cette étude. Ensuite, on le sait également, la CSJ, faisant office de Cour constitutionnelle, a statué sur les cas de contestations des élections présidentielles et législatives nationales. Et c'est précisément ici où le bas blesse, car la Cour a eu à recevoir l'exercice devant elle de la tierce opposition, alors que, visiblement, ce recours était interdit par l'article 168, alinéa 1 de la Constitution, aux termes duquel « *Les arrêts de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours...* ». A notre avis, la prohibition frappe tout recours qui remette en cause l'autorité de la chose jugée de ces arrêts et non les recours visant à leur interprétation ou concernant la rectification des erreurs matérielles qui y sont décelées.

En outre, s'agissant spécifiquement du contentieux des résultats, cette voie de recours semble incompatible avec l'article 74 de la Loi électorale du 09 mars 2006 (alinéa 3), qui impartit à la CSJ, y compris lorsqu'elle siège en tant que juridiction d'appel, un délai de deux mois pour rendre ses arrêts ; ce délai étant même réduit à sept jours dans le cas de l'élection du Président de la République. Toutefois, ces délais sont très courts compte tenu du volume ou de l'importance des dossiers à traiter. Aussi n'ont-ils qu'une valeur indicative à l'égard du juge, d'autant qu'aucune sanction n'est prévue au cas où ils sont effectivement dépassés. De ce fait, il n'y aura donc commission d'aucune irrégularité de procédure, dès lors que le dépassement de délai est fondé sur les exigences d'une bonne administration de la justice. Mais, dès que la Cour a rendu son arrêt, l'affaire est close. La tierce opposition devient, à partir de ce moment, incompatible avec l'article 74 précité de la Loi électorale, étant donné que la Cour ne saurait revenir sur un dossier, suite à l'introduction de cette voie de recours extraordinaire, sans prendre le risque illégal de s'auto-adjuger un nouveau délai judiciaire. Que faut-il alors inférer de ce comportement de la CSJ, si ce n'est peut-être de la mauvaise foi ou du monnayage des procédures au profit de certains justiciables ? On retiendra, pour notre part, que ces errements de droit ont été à l'origine de la contestation des arrêts de la Haute Cour en 2007 et ont ainsi provoqué une crise institutionnelle entre le pouvoir judiciaire et l'Assemblée nationale.

1.2.2. La crise institutionnelle de 2007, provoquée par la contestation des arrêts de la Cour suprême de Justice rendus sur le contentieux de l'élection à la députation nationale

Il existe un décalage légal entre le moment de la validation du mandat de député national et celui de la proclamation des résultats définitifs à la députation nationale par la CSJ, agissant en tant que Cour constitutionnelle. Aux termes de l'article 114 de la Constitution, le premier moment intervient lors de la session extraordinaire de l'Assemblée nationale, qui

KATUALA KABA KASHALA, Procédure civile, Kinshasa, Editions Batena Ntambua, 1999, p.164 ; MATADI NENGA GAMANDA, op.cit., p.479.

¹³⁷ Contentieux de l'élection des députés provinciaux et des gouverneurs de province (article 74 *in fine* de la Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales).

se tient, de plein droit, quinze jours après la proclamation des résultats provisoires par la CEI. Par contre, le second moment aura lieu uniquement après que la Cour ait épuisé tous les cas litigieux soumis à son examen, normalement dans le délai de deux mois depuis sa saisine. Dès que les arrêts définitifs de la Cour sont transmis à la chambre parlementaire, les effets sont de deux ordres : la validation de mandat de député national pour les uns et l'invalidation pour les autres.

La crise de 2007 a émané de la résistance d'une partie de l'Assemblée nationale à obéir aux arrêts de la CSJ, qui entraînaient l'invalidation d'un groupe de 18 députés nationaux, parmi lesquels le Président de son ancien Bureau provisoire. Les griefs reprochés à la Cour c'est d'avoir statué sur les litiges lui soumis en dehors du délai légal et d'avoir admis, dans plusieurs cas, la réformation de ses propres arrêts du fait de l'exercice devant elle des tierces oppositions. Les contestateurs concluaient que les arrêts de la CSJ étant « *anticonstitutionnels et illégaux* », l'Assemblée nationale devait les rejeter puisqu'elle disposait, selon eux, d'une compétence discrétionnaire en matière de validation des mandats de ses membres. Une commission *ad hoc* fut même constituée pour examiner, cas par cas, ces arrêts et proposer à la plénière de l'Assemblée nationale le sort à réserver à chacun d'entre eux¹³⁸.

Il faut noter que la situation n'est pas inédite, parce que ce n'est pas la première fois que les arrêts de la CSJ ont fait l'objet de contestation extrajudiciaire. En effet, bien que nous situant dans un autre contexte, il n'est pas sans intérêt de rappeler que, sous l'empire de la deuxième République, le Comité central du Mouvement Populaire de la Révolution (Parti-Etat) pouvait casser, par le biais de sa Commission de discipline, les décisions judiciaires revêtues de l'autorité de la chose jugée¹³⁹. Par la suite, une telle compétence a appartenu à l'ancien Département des droits et libertés du citoyen, institué par l'Ordonnance n°86-268 du 31 octobre 1986¹⁴⁰. L'un et l'autre mécanisme consacrait ainsi la dictature du politique sur le judiciaire, dont on avait confisqué tout le pouvoir.

Sans aller dans les moindres détails de cette affaire, il y a lieu de se réjouir que la force du droit ait fini par l'emporter sur la politique, de sorte que les mandats de 18 députés nationaux furent finalement invalidés. La position de la plénière de l'Assemblée nationale tire son appui essentiellement des articles 149 et 151 de la Constitution. L'article 149 dispose que le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif (alinéa 1); tandis que l'article 151 prévoit que « *Le pouvoir législatif ne peut ni statuer sur des différends juridictionnels, ni modifier une décision de justice, ni s'opposer à son exécution* » (alinéa 2).

Par ailleurs, la crise de 2007 nous permet de soulever, *de lege ferenda*, la problématique de la prohibition de recours contre les arrêts de la Cour constitutionnelle, conformément à l'article 168, alinéa premier, de la Constitution. Est-ce une option juste et fondée sur le plan du droit positif ?

Une option juste d'abord, elle ne l'est pas du tout ; et cela n'appelle aucun autre commentaire, si ce n'est de renvoyer aux déboires judiciaires du groupe de 18 députés nationaux invalidés,

¹³⁸ E. BOSHAB, « Le principe de la séparation des pouvoirs à l'épreuve de l'interprétation des arrêts de la Cour suprême de Justice par l'Assemblée nationale en matière de contentieux électoral », in G. BAKANDEJA Wa MPUNGU, A. MBATA BETUKUMESU MANGU et R. KIENGE-KIENGE INTUDI (dir.), Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en République Démocratique du Congo, Actes des journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa 18-19 juin 2007, Kinshasa, PUK, 2007, p.23.

¹³⁹ *Idem*, p.22.

¹⁴⁰ BALINGENE KAHOMBO, «La protection des minorités ethniques en République Démocratique du Congo. Entre rupture et continuité des ordres constitutionnels antérieurs», Librairie africaine d'études juridiques, vol.2, avril 2010, p.17 ; NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, Droit congolais des droits de l'homme, Louvain-la Neuve, Bruylant-Academia, 2004, pp.374-375 et 390.

qui n'ont pas pu être entendus en appel sur les moyens qu'ils faisaient valoir contre les arrêts prétendument erronés de la CSJ. Une option fondée sur le plan du droit positif ensuite, elle ne le paraît pas non plus, tant il est vrai que ladite option est contraire au principe du double degré de juridiction, qui est pourtant reconnu, en droit international des droits de l'homme, comme étant une règle insusceptible de dérogation¹⁴¹. La Constitution du 18 février 2006 le reconnaît aussi d'une manière explicite, à son article 61.5, lorsqu'elle dispose : « *En aucun cas, et même lorsque l'état de siège ou l'état d'urgence aura été proclamé..., il ne peut être dérogé aux droits et principes fondamentaux énumérés ci-après : 5. les droits de la défense et le droit de recours* ». Mais, on pourra objecter que le caractère non-dérogeable du principe du double degré de juridiction serait limitée aux matières pénales, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence internationale¹⁴², si bien que l'article 168 de la Constitution ne poserait plus aucun problème concernant les arrêts de la Cour constitutionnelle.

Cet argument n'est pas fondé. Premièrement, la Cour constitutionnelle dispose aussi des compétences pénales¹⁴³. Elle juge le Président de la République et le Premier ministre¹⁴⁴, ainsi que leurs co-auteurs et complices, en premier et dernier ressort, conformément à l'article 164 de la Constitution. En second lieu, l'article 61.5 ci-dessus n'a pas établi une distinction entre les matières pénales et les autres. C'est pourquoi nous considérons qu'il accorde, en termes de protection des droits de l'homme, une garantie plus étendue que celle qui ressort du droit international. Rien n'autorise, en effet, de lui donner une autre interprétation, car il constitue, à notre sens, une disposition spéciale, qui doit s'interpréter restrictivement. Il est donc clair qu'elle est violée, de façon flagrante, par l'article 168 de la Constitution. En plus, ce dernier article inspire en réalité de la discrimination, en ce qu'il interdit le double degré de juridiction dans des matières où d'autres citoyens sont pourtant admis de l'exercer.

Pour toutes ces raisons, il est de bon aloi qu'il fasse l'objet de modification, au nom de la justice et de la cohérence normative du droit. Dans cette optique, le professeur Ngondankoy a déjà envisagé, face à l'impératif du respect de ce double degré de juridiction, une éventuelle « *organisation décentralisée* »¹⁴⁵ de la Cour constitutionnelle, en lui dotant d'une structure de premier degré ainsi que d'appel. La proposition est scientifiquement défendable, mais difficilement admissible pour des raisons budgétaires. Peut-être faudrait-il concevoir, simplement, l'introduction dans l'organisation de cette Cour d'une chambre de premier degré et celle d'appel, à l'instar de ce que le législateur a fixé concernant le Tribunal pour enfant¹⁴⁶.

De toute façon, malgré ses insuffisances actuelles, la CSJ, juridiction constitutionnelle transitoire, n'a pas que des faiblesses. Elle a aussi élaboré une jurisprudence dont la pertinence en fera, pour longtemps encore, une œuvre de référence sur le plan académique et pratique.

¹⁴¹ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie l'a reconnu en 2001, bien que ce principe, posé à l'article 14 (5) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, ne figure pas expressément parmi les règles insusceptibles de dérogation prévues à son article 4. Lire TPIY, Arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, IT-94-1-A-AR77, 27 février 2001, 4ème attendu.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Cf. supra.

¹⁴⁴ Sur le statut pénal de ces deux autorités politiques, lire NYABIRUNGU Mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2007, pp.237-242.

¹⁴⁵ NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, « De l'organisation de la Cour constitutionnelle congolaise : le Constituant de 2006 induit-il le principe d'une organisation décentralisée de la nouvelle juridiction constitutionnelle », communication lors de Journées des réflexions sur la mise en place des ordres juridictionnels prévus par la Constitution du 18 février 2006, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, du 29 au 31 janvier 2009, inédit, pp.6-7.

¹⁴⁶ Article 84 et 87 de la Loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant.

II. L'UTILITE PERSISTANTE DE L'ŒUVRE DE LA COUR SUPREME DE JUSTICE DANS LA CONSTRUCTION DE L'ETAT DE DROIT

Deux tendances idéelles méritent d'être soulignées ici. D'un côté, l'œuvre de la CSJ témoigne de l'audace jurisprudentielle du juge constitutionnel ; ce qui est, de l'autre côté, une avancée réelle dans la construction congolaise de l'Etat de droit.

II.1. L'audace jurisprudentielle du juge constitutionnel

Cette audace se manifeste à travers la définition de certaines notions fondamentales de droit public ainsi que dans la consécration par le juge du principe de la continuité et de la régularité des services publics en droit constitutionnel.

II.1.1. La définition de certaines notions cardinales de droit public

Deux notions ont particulièrement attiré notre attention : celle de droits de la défense et la notion du calcul de la majorité absolue.

Toutefois, il faut faire remarquer que cette deuxième notion n'est pas, en réalité, l'œuvre des juges constitutionnels, mais elle est plutôt celle de la CSJ statuant simplement au degré d'appel en matière électorale¹⁴⁷. C'est uniquement en tant qu'elle concerne, de plein fouet, le domaine d'action des juges constitutionnels que l'on se voit presque obligé d'en parler ici. Et, de toute façon, comme on l'a vu, ce sont les mêmes juges qui tranchent dans toutes les affaires soumises à l'examen de la Haute Cour.

Elle a défini l'expression « *majorité absolue* » dans son **Arrêt RCE 014 du 16 février 2007**, rendu en l'affaire Mbatshi Batshia, dont l'élection au premier tour en qualité de gouverneur de province du Bas-Congo était contestée par le MLC, au motif qu'aucun candidat n'avait obtenu la majorité absolue sur les 29 députés provinciaux ayant participé au vote. Car, en effet, le candidat Mbatshi Batshia, pour le compte de l'AMP, avait obtenu 15 voix sur les 29 disputées, au lieu de la majorité absolue calculée à 15,5 voix des suffrages exprimés, contre 14 pour son challenger du MLC, Fuka Unzola.

L'occasion faisant le larron, la CSJ a dû poser un principe cardinal en ces termes : « *Le mode de calcul de la majorité absolue diffère suivant que le nombre des suffrages exprimés est un chiffre pair ou impair. Lorsqu'il s'agit d'un nombre pair, la majorité absolue est la moitié plus un, tandis qu'en cas de chiffre impair, la règle est que la majorité absolue se calcule en retenant la moitié du chiffre pair immédiatement inférieur à laquelle il est ajouté une unité* »¹⁴⁸. L'application de ce principe en l'espèce a ainsi conduit la Cour, après avoir déclaré non fondées les allégations du MLC, à proclamer élu, au premier tour du scrutin, Mbatshi Batshia en qualité de gouverneur du Bas-Congo.

Cette fois-ci, en tant que Cour constitutionnelle, la CSJ a esquissé la notion de « *droits de la défense* » dans son **Arrêt R.CONST.062/TSR du 26 décembre 2007**, prononcé dans l'affaire Célestin Cibalonza Byaterana. Il faut tout de suite relever que cette notion est consacrée par les articles 19, alinéa 3, et 61.5 de la Constitution. Mais celle-ci ne la définit pas. En outre,

¹⁴⁷ Contra D. KALUBA DIBWA, « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale à la démocratie constitutionnelle », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 26 juillet 2010. Il s'agit d'une contribution présentée lors de Journée scientifiques de la Faculté de droit sur le thème général : cinquante ans de constitutionnalisme en RDC, du 24 au 26 juin 2010. L'auteur souligne, à tort, que cette œuvre est à mettre au crédit du juge constitutionnel.

¹⁴⁸ KATUALA KABA KASHALA, op.cit., p.236.

l'article 19 évoque la notion de « *droit de la défense* » au singulier, alors que l'article 61.5 en fait mention au pluriel. Il en résulte un certain malaise terminologique, si bien que l'on est fondé de se demander s'il s'agit d'un seul droit de la défense ou, plutôt, d'un ensemble de droits. L'on doit observer aussi, en effet, que la Cour a repris la même notion dans les deux genres ci-dessus. Mais, dans sa définition, elle indique que les droits de la défense constituent « *l'ensemble des droits appartenant à une **personne** qui se trouve partie à un litige ou en dehors de tout procès, qui est l'objet d'une mesure défavorable ayant le caractère d'une sanction ou prise en considération de sa personne* »¹⁴⁹.

L'une des mérites de cette définition est d'avoir précisé le champ d'application des droits de la défense. Ils ne se limitent pas au domaine pénal, comme on pourrait être tenté de le penser, suite à la concentration de l'article 19 précité à la défense dont toute personne a le droit de bénéficier à tous les niveaux de la procédure pénale. Au contraire, les droits de la défense concernent tous les litiges soumis à une procédure de règlement juridictionnel, dans le cadre d'un « *procès* ». Le terme procès doit être entendu ici, de notre point de vue, dans son sens le plus large possible, de manière à y inclure aussi bien des procédures de règlement judiciaire que celles d'ordre arbitral. En outre, en dehors de ce cadre précis, les droits de la défense sont de mise, à condition que celui qui s'en prévaut ait fait l'objet d'une sanction. Cependant, on ne sait pas très bien ce que la Cour a voulu dire lorsqu'elle souligne qu'il en est de même quand une personne a fait l'objet d'une « *mesure défavorable prise en considération de sa personne* », en dehors de tout caractère de sanction.

L'autre mérite, c'est que la Cour privilégie, dans sa définition, une dimension groupale, plurielle, pratiquement comme les droits de la défense sont entendus en droit international¹⁵⁰.

Malheureusement, cette définition compte aussi une grande faiblesse, puisque la Cour n'a pas déterminé sa consistance matérielle, c'est-à-dire le groupe des droits dont il est question dans les droits de la défense. Tout au moins, indique-t-elle, ces droits impliquent au premier chef « *le principe du contradictoire* »¹⁵¹. Dans son **Arrêt R.CONST.078/TSR du 04 mai 2009**, rendu en l'affaire José Makila Sumanda, la Cour a complété le contenu de sa définition, en précisant que le respect des droits de la défense implique également le droit d'une personne ou, ajoute-t-elle, d'un « *organe* » à l'information sur les griefs mis à sa charge¹⁵².

Sur ce dernier ajout, on notera qu'il s'agit d'un nouvel élargissement des droits de la défense. Ceci est une grande innovation, parce que les dispositions des articles 19 et 61 de la Constitution ne visent visiblement que des personnes, alors que, désormais, les droits de la défense doivent s'appliquer aussi, en vertu de cette jurisprudence, aux organes. Le problème est, dès lors, de savoir à quels organes la Haute Cour a-t-elle fait allusion.

De notre point de vue, ce sont les organes politiques qui sont concernés, dans le contexte démocratique du jeu de la mise en œuvre de la responsabilité politique des gouvernements. Il s'agit alors du Gouvernement national ou des gouvernements provinciaux, contre lesquels des motions de censure peuvent être adoptés respectivement par l'Assemblée nationale et les assemblées provinciales (articles 146, 147 et 198 de la Constitution).

¹⁴⁹ CSJ, 26 décembre 2007, R.CONST.062/TSR, *op.cit.*, cinquième feuillet.

¹⁵⁰ Voir L. SINOPOLI, « Les droits de la défense », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Editions A. PEDONE, 2000, pp.791-805.

¹⁵¹ CSJ, 26 décembre 2007, R.CONST.062/TSR, *op.cit.*, cinquième feuillet.

¹⁵² CSJ, 04 mai 2009, R.CONST.078/TSR, inédit, sixième feuillet.

La raison pour laquelle la Cour a dû élargir sa définition élaborée dans son Arrêt du 26 décembre 2007 proviendrait d'un mal jugé qu'elle aurait ressenti dans l'affaire Célestin Cibalonza Byaterana. Cet ancien Gouverneur avait fait face à une motion de censure adoptée par l'Assemblée provinciale du Sud-Kivu le 12 novembre 2007, l'emportant avec tout son gouvernement. Par définition, en droit congolais, à la différence d'une motion de défiance qui est dirigée contre une personne membre d'un gouvernement, la motion de censure frappe, quant à elle, ce dernier en tant qu'organe. Dès lors, l'ancien Gouverneur Cibalonza avait-il le droit de se prévaloir du bénéfice des droits de la défense, sachant que sa personne était, d'un point de vue juridique et théorique, étrangère à ladite motion ? A l'époque, l'erreur de la Cour aura été, il nous semble, d'avoir admis les droits de la défense au bénéfice d'une personne, alors que la sanction de l'Assemblée provinciale, déclarée par la suite anticonstitutionnelle, concernait plutôt l'organe auquel ces droits étaient, aux termes de la définition leur donnée en l'espèce par la Cour elle-même, purement et simplement inapplicables.

Outre le principe du contradictoire et le droit à l'information sur les griefs formulés contre l'accusé, les droits de la défense comprendraient aussi tous les droits liés à toutes les garanties d'un procès équitable : garanties juridictionnelles et garanties d'ordre procédural¹⁵³. Ainsi, sont notamment protégés le droit de voir sa cause être entendue par un tribunal compétent, indépendant et impartial, le droit à un avocat conseil de son choix, la présomption d'innocence, la publicité des audiences, le droit d'être jugé sans retard excessif et le double degré de juridiction. Autant dire qu'il s'agit donc d'une définition *lato sensu* des droits de la défense ; tandis qu'au sens restreint, ces droits se limiteraient au principe du contradictoire, selon lequel l'« accusé », c'est-à-dire la personne ou l'organe mis en cause, -si l'on préfère une expression plus adéquate que le terme employé par la Cour- doit être mis à même de discuter les griefs formulés contre lui en présentant ses moyens de défense¹⁵⁴. En ce cas, il conviendrait alors de les dénommer tout simplement « le droit à la défense ». Leur importance pratique n'est plus à démontrer, comme d'ailleurs on le verra aussi à propos du principe de la continuité et de la régularité des services publics.

II.1.2. La consécration jurisprudentielle du principe de la continuité et de la régularité des services publics en droit constitutionnel

La Constitution de la transition du 04 avril 2003 avait institué cinq institutions d'appui à la démocratie, dont la CEI¹⁵⁵. Cet organisme de droit public a été organisé par la Loi organique n°04/009 du 05 juin 2004. A son article 39, elle prévoit que « *La Commission électorale indépendante est dissoute de plein droit après l'adoption de son rapport général sur les dernières élections législatives* ». L'article 222, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006 est cependant venu imposer que « *Les institutions d'appui à la démocratie sont dissoutes de plein droit dès l'installation du nouveau Parlement* ». Cette installation est intervenue, selon la Cour, le 03 février 2007, au moment où la CENI, instituée par l'article 211 de la Constitution du 18 février 2006 et appelée à succéder à la CEI, n'était pas encore effective. Or, depuis cette date, la nouvelle Constitution n'avait prévu aucun mécanisme transitoire de gestion du processus électoral. En outre, s'auto-adjugeant une compétence transitoire, la CEI a continué d'exister *de facto*, en posant des actes en rapport avec ses attributions.

Ressentant qu'il y avait là un véritable problème juridique, qui risquait d'affecter la validité de ses actes, la CEI, agissant en la personne de son Président, Monsieur l'Abbé Apollinaire

¹⁵³ L. SINOPOLI, op.cit., pp.794 et 800.

¹⁵⁴ CSJ, 26 décembre 2007, R.CONST.062/TSR, op.cit., cinquième feuillet.

¹⁵⁵ Aux termes de l'article 154 de la Constitution de la transition du 04 avril 2003, les autres institutions d'appui à la démocratie sont : la Commission de l'éthique et de la lutte contre la corruption, la Commission vérité et réconciliation, la Haute autorité des médias et l'Observatoire national des droits de l'Homme.

Muhologu Malumalu, dut solliciter à la CSJ, par sa requête du 23 juillet 2007, la prolongation de son mandat, d'une part, afin de justifier les actes qu'elle avait posés depuis le 03 février 2007 et, d'autre part, pour parachever les missions constitutionnelles qui avaient justifié son existence, en l'absence des mesures transitoires dans la Constitution du 18 février 2006. Pour cela, la Cour devait répondre au problème juridique ci-après : l'existence de la CEI, au-delà de la date du 03 février 2007, est-elle compatible avec la Constitution, nonobstant son article 222, alinéa 2 ci-dessus ?

Dans son **Arrêt R.CONST.005/TSR du 27 août 2007**, la CSJ tire d'abord appui des articles 222, alinéa 1, et 223 de la Constitution, qui prévoient respectivement que « *Les institutions politiques de la transition restent en fonction jusqu'à l'installation effective des institutions correspondantes prévues par la présente Constitution et exercent leurs attributions conformément à la Constitution de la transition* » et qu'« *En attendant l'installation de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, la Cour suprême de Justice exerce les attributions leur dévolues par la présente Constitution* ». La Cour déduit alors de ces deux dispositions que le constituant a fait application du principe de la continuité et de la régularité des services publics, tel que développé en droit administratif¹⁵⁶. Pour pouvoir l'extrapoler à la CEI, en vertu de son pouvoir régulateur du fonctionnement des institutions¹⁵⁷, elle insiste sur le fait que la volonté du constituant de 2006, en instituant la CENI au même moment que la dissolution différée de la CEI, c'est-à-dire seulement après l'installation du nouveau Parlement, était d'achever, avant cette dissolution, tout le processus électoral¹⁵⁸. Mais, étant donné que l'installation de ce nouveau Parlement est intervenue avant que ce processus ne soit achevé, la Cour a estimé fonder, s'inspirant de l'esprit du constituant, d'appliquer à la CEI le même principe de la continuité et de la régularité des services publics¹⁵⁹, jusqu'à ce que la CENI soit devenue effective. Ainsi a-t-elle permis la prolongation du mandat de la CEI¹⁶⁰.

Toutefois, l'Arrêt de la CSJ est sujet à caution, en particulier à propos de sa compétence à connaître de cette affaire.

En effet, la requête de la CEI a été mal rédigée, dans la mesure où elle demande à la Cour de prolonger son mandat au-delà du terme prévu. Est-ce là un pouvoir rentrant dans le cadre des attributions de la Cour constitutionnelle ? En vérité, la CSJ se serait déclarée incompétente, contraignant ainsi la CEI de venir à nouveau auprès d'elle, mais sur la base d'un chef de compétence adéquat. A ce sujet, il a fallu alors qu'elle soit saisie en interprétation de la Constitution. Car, formellement, elle ne pouvait pas « *permettre* » à un organisme technique et à vocation politique de continuer à fonctionner, au seul motif qu'elle détiendrait un prétendu pouvoir pour la régulation des institutions de la République. Et de toute façon, la Cour n'avait pas besoin de permettre à la CEI de continuer à fonctionner, d'autant que ceci allait se déduire, d'une façon logique et automatique, de la réponse positive qu'elle aurait donnée à l'interprétation sollicitée par la requérante.

En plus, on peut douter de ce que la CEI et son activité -la gestion du processus électoral- soient considérées comme un service public, donc fondamentalement un service d'ordre administratif. Pourtant, on vient de le relever, la CEI est un organisme technique et à vocation

¹⁵⁶ CSJ, 27 août 2007, R.CONST.005/TSR, inédit, huitième feuillet.

¹⁵⁷ *Idem*, septième feuillet.

¹⁵⁸ *Idem*, huitième feuillet.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Pour la Cour, ceci se justifie davantage d'autant plus qu'il faut éviter, avant l'installation de la CENI, un éventuel vide institutionnel, faute d'organisme de gestion du processus électoral, en cas d'empêchement définitif du Chef de l'Etat, des gouverneurs des provinces ou en cas de dissolution de l'Assemblée nationale.

politique, si bien que la Cour aurait dû lui appliquer, pour valider son existence juridique au-delà du terme prévu, le principe constitutionnel bien connu de la permanence et de la continuité de l'Etat, au lieu d'asseoir sa motivation sur une règle de droit administratif, scientifiquement inappropriée en l'espèce.

La nuance est d'ailleurs de taille. En effet, le principe de la continuité et de la régularité des services publics ne s'applique pas pour valider un service dont l'existence juridique est contestée. Il impose seulement qu'un service valablement existant n'interrompe pas ou ne laisse pas perturber, d'une façon anormale, la fourniture de ses prestations aux dépens des usagers. Par contre, le principe de la permanence et de la continuité de l'Etat signifie que celui-ci subsiste dans son identification et doit continuer à fonctionner normalement, quelles soient les modifications intervenues dans sa substance¹⁶¹ (territoire, population et pouvoir politique). Or, s'il advenait qu'il y ait des modifications du pouvoir politique, alors qu'il n'existe aucun mécanisme transitoire de gestion du processus électoral, il risquerait d'y avoir un vide institutionnel, empêchant à l'Etat de fonctionner normalement. C'est donc ce principe seul qui justifiait le maintien en vie de la CEI, de la même façon que le constituant avait maintenu en place les autres institutions du pays, conformément aux articles 222, alinéa 1, et 223 de la Constitution.

Dans son Arrêt du 27 août 2007, la Cour semble d'ailleurs avoir effleuré cette nuance, mais sans la saisir techniquement. Elle y précise qu'elle permettra la prolongation du mandat de la CEI, parce que la volonté du constituant était de combler le vide juridique à tous les niveaux tant politique, juridictionnel que de l'organe chargé de l'organisation des élections, *« lequel est appelé à évoluer ensemble avec lesdites institutions, dans la mobilisation des ressources, la préparation et l'organisation des élections locales, municipales et urbaines, et dans le traitement du contentieux électoral et dans le but d'éviter le vide institutionnel en cas d'empêchement définitif du Chef de l'Etat, des gouverneurs de provinces, dans la dissolution de l'Assemblée nationale et enfin dans l'exécution des engagements internationaux souscrits par la République démocratique du Congo »*¹⁶². Où est alors dans ces termes le principe de la continuité et de la régularité des services publics ? Et bien, on en conclurait seulement que la Cour n'a pas su distinguer le droit administratif du droit constitutionnel, bien que son arrêt garde toute sa place dans la construction congolaise de l'Etat de droit.

II.2. L'œuvre jurisprudentielle de la CSJ dans la construction congolaise de l'Etat de droit

*« L'Etat de droit est celui dans lequel la loi est au-dessus et au service de tous »*¹⁶³. L'une des traductions remarquables de cette définition, rapportée par Joseph Cihunda, c'est la soumission de l'Etat, de ses organes et des gouvernants, au contrôle juridictionnel¹⁶⁴. Ceci suppose l'existence d'un pouvoir judiciaire indépendant¹⁶⁵ et accessible pour les gouvernés, capable d'affirmer l'exigence de la primauté du droit dans la gouvernance de la chose publique. A cet égard, on notera que l'œuvre jurisprudentielle de la CSJ a permis de consolider, malgré la résistance de certains conservateurs, le droit d'accès direct pour tous au juge constitutionnel, un droit dont l'exercice effectif conduit, en particulier, à la juridictionnalisation de plus en plus croissante de la vie politique en RDC.

¹⁶¹ Définition tirée de la doctrine internationale. Lire P.-M. DUPUY, Droit international public, Paris, Dalloz, 2006, pp.60-61

¹⁶² CSJ, 27 août 2007, R.CONST.005/TSR, op.cit., huitième feuillet.

¹⁶³ J. CIHUNDA HENGLELA, « Rapports entre les autorités politiques provinciales et le pouvoir judiciaire à Kinshasa », Librairie africaine d'études juridiques, vol.2, 2010, p.24.

¹⁶⁴ E. MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA, « Le rôle de l'armée dans la construction de l'Etat de droit en République démocratique du Congo », in G. BAKANDEJA Wa MPUNGU, A. MBATA BETUKUMESU MANGU et R. KIENGE-KIENGE INTUDI (dir.), op.cit., p.77.

¹⁶⁵ J. CIHUNDA HENGLELA, op.cit., p.25.

II.2.1. L'accès direct pour tous au juge constitutionnel

L'élargissement du droit de recours au juge constitutionnel a commencé avec la mise en application de la Constitution de la transition du 04 avril 2003, pour être, par la suite, dopé par la Constitution du 18 février 2006. Cependant, le sens que certains hauts magistrats ont crû devoir réserver à un tel droit s'est avéré restrictif. On l'a vu dans la position défendue par le Ministère public dans l'affaire de la conformité ou non à la Constitution de l'adhésion de la RDC au Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'OHADA¹⁶⁶, dans laquelle la CSJ s'est prononcée par son **Arrêt R.CONST.112/TSR du 05 février 2010**. Il en est de même dans la doctrine défendue¹⁶⁷ par l'Avocat général de la République, Katuala Kaba Kashala, en 2004. L'un et l'autre ont crû en la persistance du caractère obligatoire du passage à l'office du PGR pour quiconque veut soumettre pour examen son recours à la CSJ. Cette obligation semblait pourtant se justifier, à l'époque de la dictature, par le fait que le PGR pouvait, à son niveau déjà, procéder à un filtrage des recours adressés à la CSJ et, partant, écarter ceux qui étaient, éventuellement, compromettants selon la conjoncture politique de l'heure. Fort heureusement, la Cour a corroboré l'abolition du monopole du PGR à saisir le juge constitutionnel. Pareille abolition nous permet de conclure, à l'opposé de Katuala Kaba Kashala, non pas à l'admission par la Cour des exceptions à sa propre saisine¹⁶⁸, mais à la désuétude, sinon à l'abrogation tacite, de certaines dispositions de l'Ordonnance-loi du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la CSJ¹⁶⁹.

Le plus grand bénéficiaire de cette ouverture d'accès direct au juge constitutionnel est, vraisemblablement, l'opposition politique. Tout d'abord, chacun de ses membres peut, à titre individuel, saisir la Cour par un recours en inconstitutionnalité. Ensuite, le mécanisme du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires et, peut-être aussi, des lois constitutionnelles s'avère leur propre apanage, surtout parce qu'il est difficile de concevoir que la majorité qui a voté la loi en demande encore la censure auprès de la juridiction constitutionnelle¹⁷⁰.

Toutefois, en pratique, le contrôle de l'action de la majorité par l'opposition est mitigé. Le nombre de recours au juge constitutionnel reste négligeable. Selon Maître Marcel Wets'okonda, la CSJ n'aurait rendu que deux arrêts, de surcroît des arrêts d'irrecevabilité, entre 2003 et avril 2010, suite à sa saisine par l'opposition politique¹⁷¹. Il s'agirait de l'**Arrêt R.CONST.06/TSR du 24 mars 2004** relatif à la conformité à la Constitution de la transition de la Loi n°04/002 du 15 mars 2004 sur les partis politiques et de l'**Arrêt R.CONST.044/TSR du 03 janvier 2007** relatif à l'acception de l'expression « *configuration politique* » contenue dans le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale¹⁷².

¹⁶⁶ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

¹⁶⁷ KATUALA KABA KASHALA, « Une nouvelle exception à la saisine de la Cour suprême de Justice telle qu'organisée à l'article 2 du Code de sa procédure », Justice, science et paix, numéro spécial, Kinshasa, juin 2004, pp.7-11.

¹⁶⁸ C'est ce que l'Avocat général de la République, Katuala Kaba Kashala, soutenait en 2004 à propos de l'accueil réservé aux requêtes du Président de la République en contrôle de constitutionnalité des lois votées par le Parlement. KATUALA KABA KASHALA, *idem*, p.9.

¹⁶⁹ En particulier les articles 131, 132 et 133, alinéa 4.

¹⁷⁰ P. PACTET et F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op.cit.*, p.76.

¹⁷¹ M. WETSH'OKONDA KOSO SENG, « L'arrêt de la Cour suprême de Justice n°R.CONST.112/TSR du 5 février 2010 ... », *op.cit.*

¹⁷² A propos de ces deux arrêts, l'auteur explique ce qui suit : « Dans le premier, la décision de la Cour est motivée par le fait que le nombre de députés requis pour la saisir valablement n'a pas été atteint d'une part et d'autre part que le délai dans lequel cette saisine aurait dû intervenir n'a pas non plus été respecté. Dans le second arrêt, c'est le fait que ce n'est pas l'interprétation de la constitution qui lui a été demandée mais plutôt celle d'une expression contenue dans le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale et qu'elle avait déjà prononcé un avis de conformité dudit Règlement intérieur à la Constitution pour y revenir qui ont constitués les moyens principaux de la Cour ».

En plus de ces deux arrêts, la CSJ n'a jamais pu répondre à au moins deux autres requêtes émanant des membres de l'opposition politique, préférant user de « *la stratégie du congélateur* »¹⁷³, par manque d'indépendance, pourrait-on dire, vis-à-vis du pouvoir politique en place. Il s'agit de la requête introduite par le sénateur Lunda Bululu au sujet de la conformité ou non à la Constitution de la Loi n°07/009 du 31 décembre 2007 portant budget de l'Etat pour l'exercice 2008, en ce qu'elle ne respectait pas le principe constitutionnel de la retenue à la source, suivant la clé de répartition des recettes nationales en raison de 40% aux provinces et de 60% au pouvoir central. Il s'agit aussi de la récente requête d'avril 2010 tendant à voir la Cour dire si, aux termes de la Constitution, le Premier Ministre peut faire l'objet, en tant que chef du gouvernement, d'une motion de défiance ou uniquement d'une motion de censure.

Si une telle attitude de la part de la Cour, en plus des allégations sur sa partialité, pourrait dissuader l'opposition politique à recourir au juge constitutionnel, il apparaît aussi que ladite opposition n'a pas encore su utiliser, d'une manière fréquente, l'arme constitutionnelle qui lui est réservée dans le cadre de la protection de la démocratie et de l'Etat de droit. Pourtant, elle n'est pas toujours d'accord avec la majorité, dont elle critique souvent l'obstination effrénée à adopter toutes les lois qu'elle veut, en l'absence d'une minorité de blocage au Parlement. Malgré tout, il n'en demeure pas moins que la tendance du moment est à la juridictionnalisation de plus en plus croissante de la vie politique au Congo.

II.2.2. La tendance à la juridictionnalisation de plus en plus croissante de la vie politique en RDC

C'est une très bonne chose que la politique et ses animateurs soient saisis par le droit, longtemps supplanté par le recours à la lutte armée ou à d'autres formes de violences sociales comme moyen de revendications politiques. Le recours au juge constitutionnel est devenu tantôt une obligation, tantôt une faculté, tantôt de plus en plus une nécessité. Parallèlement, l'autorité reconnue à la juridiction constitutionnelle, bien que parfois contestée, a tendance à réussir à s'imposer sur toute la classe politique, qui ne fait guère qu'obéir à ses arrêts.

La vérification de ces deux hypothèses a déjà été faite en partie¹⁷⁴. Le Président de la République a l'obligation de saisir la Cour, chaque fois que le Parlement aura adopté une loi organique, afin d'en contrôler la conformité à la Constitution. Il a par ailleurs acquis la coutume de s'en remettre au juge constitutionnel, en sollicitant l'interprétation que celui-ci fait du texte de la Constitution dans le but de bien fonder ses actes en droit. Cette coutume prit l'envol, sous la transition de 2003 à 2006, avec l'**Avis RL09 du 20 janvier 2004 sur les difficultés d'interprétation des articles 76 et 94 de la Constitution de la transition**. Dans cette espèce¹⁷⁵, la CSJ était tout de même incompétente pour statuer sur la requête du Président de la République en assemblée mixte de sa section de Législation, étant donné que l'interprétation du texte constitutionnel relevait de la compétence de la CSJ, toutes sections réunies, en tant que juridiction constitutionnelle. Cette erreur a été dénoncée par la doctrine¹⁷⁶,

¹⁷³ D. KALUBA DIBWA, « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale... », op.cit.

¹⁷⁴ Lire notre étude séparée intitulée « L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise ressuscitée ».

¹⁷⁵ Il était question de savoir si le Président de la République avait, aux termes des articles 76 et 94 de la Constitution de la transition, la compétence de nommer seul, sans consulter ni les quatre Vice-présidents ni le Gouvernement, les gouverneurs et vice-gouverneurs de provinces, les membres du Conseil supérieur de la Magistrature, les mandataires de l'Etat dans les établissements publics et paraétatiques ainsi que les agents des services de renseignements. Et la Cour a répondu par l'affirmative.

¹⁷⁶ Voir notamment L. OKITONEMBO WETSHOGUNDA, « La forme juridique de la décision d'interprétation d'une loi : un avis ou un arrêt ? », Les Analyses juridiques, n°9, 2006, pp.46-49, cité par M. WETSH'OKONDA KOSO SENG, « L'arrêt de la Cour suprême de Justice n°R.CONST.112/TSR du 5 février 2010 ... », op.cit.

si bien que la Cour a dû se corriger lorsqu'elle a été appelée, à nouveau, à se prononcer sur la requête du Président de la République tendant à obtenir, selon son auteur, un avis consultatif sur la contrariété éventuelle à la Constitution de certaines dispositions du Traité OHADA. La Cour s'y est prononcée, on l'a vu, par son Arrêt R.CONST.112/TSR du 05 février 2010, en disant presque sans motivation que le Traité de l'OHADA ne comporte aucune clause contraire à la Constitution. La conséquence, c'est que le Président de la République a promulgué, le 11 février 2010, la Loi¹⁷⁷ autorisant l'adhésion de la RDC audit Traité.

Dans les cas concernant les provinces, l'on remarque que la Cour a été sollicitée pour résoudre des conflits entre les organes exécutifs et les assemblées provinciales. Sur les trois cas jusque-là portés devant la Cour, ses arrêts ont été exécutés. En effet, le Gouverneur du Kasai occidental est resté en poste, de même que celui du Sud-Kivu, avant que ce dernier ne démissionne quelques semaines après le prononcé de l'arrêt du 26 décembre 2007. Quant au Gouverneur de l'Equateur, l'arrêt de la Cour du 04 mai 2009, rejetant son recours en inconstitutionnalité de la motion de défiance votée contre lui par l'Assemblée provinciale, a conduit à son remplacement, à l'issue d'un scrutin partiel, par Jean-Claude Baende. Il s'agit là de la confirmation de l'autorité de la juridiction constitutionnelle, à laquelle l'Assemblée nationale ne s'est pas elle-même dérobée, quoiqu'on dise, dans l'affaire de 18 députés invalidés.

Ainsi, ces quelques résultats nous paraissent encourageants. Ils le seraient davantage si la Cour améliore, par la qualité de son travail et le respect de son indépendance par tous, son crédit vis-à-vis de ses justiciables. Dans un Etat post-conflit, il est difficile d'imaginer que sans la confiance que ceux-ci accordent en la justice, on construira durablement un Etat de droit. Si la justice devient politique et partisane, à la solde du pouvoir, elle devient arbitraire et porte, en définitive, le germe de la conflictualité sociale, de nature à mettre à néant tous les acquis démocratiques, du constitutionnalisme et de l'Etat de droit, difficilement obtenus à sang et à cris.

CONCLUSION

L'actuelle CSJ est, du point de vue de son articulation institutionnelle et normative, une juridiction mal organisée pour exercer transitoirement, d'une manière efficace, les attributions dévolue au juge constitutionnel dans le cadre d'un Etat de droit démocratique. Juridiction de l'ordre judiciaire, dominée par une composition des juristes imprégnés essentiellement du droit privé et judiciaire, elle ne peut pas, de nos jours, satisfaire valablement à l'objectif de spécialité et d'efficacité collé à la Cour constitutionnelle congolaise, telle qu'instituée par la Constitution du 18 février 2006. En plus, son organisation repose sur des textes vétustes, dont l'adoption a eu lieu à une époque rebelle au contrôle juridictionnel du pouvoir politique. La dictature, par essence liberticide, n'aurait pas admis l'existence, en face d'elle, d'une puissante CSJ. Aussi n'y-a-t-il pas à s'étonner que la Cour, sans aucune garantie réelle d'indépendance, si ce n'est que la déclaration formelle de celle-ci, ait été depuis lors noyautée par le pouvoir politique.

En effet, c'est lui qui nomme, révoque et nourrit, à sa guise, les magistrats de la CSJ. En outre, comme si cela ne suffisait pas, le peu de pouvoirs qui leur était confié fut confisqué, d'abord par le Comité central du Mouvement Populaire de la Révolution, à travers sa Commission de discipline, puis par l'ancien Département des droits et libertés du citoyen, institué par

¹⁷⁷ Officiellement dénommée « Loi n° 10/002 du 11 février 2010 autorisant l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ».

l'Ordonnance n°86-268 du 31 octobre 1986. L'un et l'autre organe pouvaient casser les arrêts de la CSJ.

Sur le plan juridique, il a été mis fin à la dictature. La CSJ est cependant demeurée intacte dans son organisation fixée depuis 1982. Ses insuffisances l'ont, de ce fait, poursuivie jusqu'aujourd'hui. Elle est taxée d'être tombée dans le giron du pouvoir et ses balbutiements jurisprudentiels lui ont coûté, d'une part, quelque perte de confiance de la part de certains de ses justiciables et, d'autre part, des tentatives conséquentes de désobéissance à ses arrêts. Mais, elle ne manque pas non plus de mérite. Son œuvre jurisprudentielle a été florissante au cours de ces dernières années. Quelles que soient ses erreurs, elle ne cesse d'émerveiller la curiosité par ses arrêts audacieux. Et on peut penser que cette œuvre se développera davantage, tant il est vrai que le droit de recours direct au juge constitutionnel est désormais un solide acquis juridique dans la construction congolaise de l'Etat de droit.

La Cour constitutionnelle à venir doit être une juridiction qui apportera des correctifs à l'actuelle CSJ. Mais les choses ne semblent pas être bien parties au regard du triple objectif du constituant¹⁷⁸ : spécialité, célérité et efficacité. D'abord, parce que dans le mode de désignation de ses neuf membres proprement dits, il y a lieu de craindre de la représentation politicienne et, partant, la domination d'une mouvance politique sur une autre, surtout en période où il n'y aura pas de cohabitation. Heureusement, il existe un bémol à cet inconvénient : le mandat de neuf ans non renouvelables des membres de la Cour constitutionnelle et le régime renforcé de leurs incompatibilités. Il y a lieu de craindre aussi que le Parquet général près la Cour constitutionnelle, qui est en soi une originalité congolaise¹⁷⁹, n'ait pas l'indépendance nécessaire à l'exercice de sa mission. Ses membres, comme leurs collègues de juridictions ordinaires, seront soumis au statut de droit commun des magistrats, alors que la Cour constitutionnelle, compte tenu de son importance dans le fonctionnement des institutions politiques du pays, n'est pas une juridiction comme les autres. Toutefois, on peut espérer que le pouvoir n'en fera pas, du fait du jeu des nominations et révocations des magistrats, une institution croupion, totalement subordonnée à sa volonté.

En attendant que l'on installe la Cour constitutionnelle, il convient d'en appeler à un réaménagement interne de l'actuelle CSJ en tant que juridiction constitutionnelle transitoire. La priorité doit être accordée à la promulgation de la Loi organique sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, car elle comporte des éléments de procédure dont la CSJ est actuellement dépourvue en matière de contentieux constitutionnel. Elle permettra de mettre de côté l'Ordonnance-loi du 31 mars 1982 qui, pour avoir donné la part belle au droit privé et judiciaire, s'avère inadaptée aux procès de droit public. Peut-être qu'avec la nouvelle Loi, la Cour ne commettra plus le genre d'erreurs décriées dans son œuvre élaborée depuis 2006. Il faut également mettre fin à l'instabilité chronique des membres de la Cour, telle qu'on l'a connue au cours de ces dernières années. Mais ceci est une responsabilité des politiques, qui doivent comprendre que la construction de l'Etat de droit ne fait pas ménage avec une juridiction constitutionnelle à composition flottante et n'inspirant pas confiance à tous les intéressés. Il faudrait, par conséquent, une attente politique pour la recomposition des juges à la CSJ et pour le respect de son immutabilité jusqu'à l'installation de la future Cour constitutionnelle. Enfin, les hauts magistrats doivent être bien rémunérés, en comparaison avec les autres hauts responsables du pouvoir exécutif et législatif.

¹⁷⁸ Exposé des motifs de la Constitution du 18 février 2006, point 3.

¹⁷⁹ Aucun autre pays de tradition romano-germanique n'a institué un Ministère public constitutionnel.

REFERENCES

A. Textes juridiques

1. Constitution du 18 février 2006.
2. Loi n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales.
3. Loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant.
4. Loi organique n°04/009 du 05 juin 2004 portant organisation, attributions et fonctionnement de la Commission électorale indépendante.
5. Loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.
6. Ordonnance-loi n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de Justice.
7. Ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant Code d'organisation et de la compétence judiciaires, telle que modifiée et complétée par l'Ordonnance-loi n°83-009 du 29 mars 1983.

B. Jurisprudence

1. Cour constitutionnelle du Bénin, 27 juillet 2005, Décision DCC 05-069, inédit.
2. CSJ, 04 mai 2009, R.CONST.078/TSR, inédit.
3. CSJ, 05 février 2010, R.CONST.112/TSR, inédit.
4. CSJ, 16 février 2007, RCE 014, inédit.
5. CSJ, 20 janvier 2004, RL09, inédit.
6. CSJ, 21 mars 2007, RCE/ADP/021, inédit.
7. CSJ, 24 mars 2004, R.CONST.06/TSR, inédit.
8. CSJ, 26 décembre 2007, R.CONST.062/TSR, inédit.
9. CSJ, 27 août 2007, R.CONST.005/TSR, inédit.
10. CSJ, 27 novembre 2006, R.E.006, inédit.
11. CSJ, 27 novembre 2006, RCE.PR.009, inédit.
12. CSJ, 3 janvier 2007, R.CONST.044/TSR, inédit.
13. CSJ, 31 juillet 2007, R.CONST.051/TSR, inédit.
14. TPIY, Arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, IT-94-1-A-AR77, 27 février 2001.

C. Doctrine

1. BALINGENE KAHOMBO, « La protection des minorités ethniques en République Démocratique du Congo. Entre rupture et continuité des ordres constitutionnels antérieurs », *Librairie africaine d'études juridiques*, vol.2, avril 2010.
2. BOSHA B E., « Le principe de la séparation des pouvoirs à l'épreuve de l'interprétation des arrêts de la Cour suprême de Justice par l'Assemblée nationale en matière de contentieux électoral », in G. BAKANDEJA Wa MPUNGU, A. MBATA BETUKUMESU

MANGU et R. KIENGE-KIENGE INTUDI (dir.), *Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en République Démocratique du Congo*, Actes des journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa 18-19 juin 2007, Kinshasa, PUK, 2007.

3. CIHUNDA HENGLELA J., « Rapports entre les autorités politiques provinciales et le pouvoir judiciaire à Kinshasa », *Librairie africaine d'études juridiques*, vol.2, 2010.
4. DUPUY P.-M., *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2006.
5. ESAMBO KANGASHE J.-L., *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, thèse de doctorat en droit public, Université de Paris 1-Panthéon-Sorbonne, Université de Kinshasa, présentée et soutenue publiquement le 17 juin 2009.
6. FAVOREU L., « Brèves réflexions sur la justice constitutionnelle en Afrique », in CONAC G. (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique. II. Jurisprudence : droit constitutionnel, droit social, droit international, droit financier*, Paris, Economica, 1989.
7. KABANGE NTABALA, «Quelle constitution pour la Troisième République face aux réalités zaïroises ? », *Annales de la Faculté de Droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996.
8. KALUBA DIBWA D., « Le constitutionnalisme congolais : de la démocratie électorale à la démocratie constitutionnelle », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 26 juillet 2010.
9. KATUALA KABA KASHALA, « Une nouvelle exception à la saisine de la Cour suprême de Justice telle qu'organisée à l'article 2 du Code de sa procédure », *Justice, science et paix*, numéro spécial, Kinshasa, juin 2004.
10. KATUALA KABA KASHALA, *La jurisprudence électorale congolaise commentée*, Kinshasa, The Carter Center, RD Congo, novembre 2007.
11. MAMPUYA KANUK'A TSHIABO A., «**A propos du projet de Loi organique sur la Cour constitutionnelle** », *Quotidien «Le Phare» du 9 avril 2008* ; article rapporté par S. BOLLE, «Quelle Cour constitutionnelle en RD du Congo? », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 16 avril 2008.
12. MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-La-Neuve et Kinshasa, Brylant-Academia s.a, Droit et Idées nouvelles, 2006.
13. MBOYO EMPENGE EA LONGILA B.B., «La mégarde des modèles de constitutions euro-occidentales et l'élaboration d'une constitution zaïroise de développement véritablement intéressé», *Annales de la Faculté de Droit*, vol.XXV, Kinshasa, PUZ, août 1996.
14. MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA E., « Le rôle de l'armée dans la construction de l'Etat de droit en République démocratique du Congo », in G. BAKANDEJA Wa MPUNGU, A. MBATA BETUKUMESU MANGU et R. KIENGE-KIENGE INTUDI (dir.), *Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en République Démocratique du Congo*, Actes des journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa 18-19 juin 2007, Kinshasa, PUK, 2007.
15. MUKADI BONYI et KATUALA KABA KASHALA, *Procédure civile*, Kinshasa, Editions Batena Ntambua, 1999.
16. NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, « De l'organisation de la Cour constitutionnelle congolaise : le constituant de 2006 induit-il le principe d'une

organisation décentralisée de la nouvelle juridiction constitutionnelle », *communication lors de Journées des réflexions sur la mise en place des ordres juridictionnels prévus par la Constitution du 18 février 2006*, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, du 29 au 31 janvier 2009, inédit.

17. NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Droit congolais des droits de l'homme*, Louvain-la Neuve, Bruylant-Academia, 2004.
18. NYABIRUNGU Mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2007.
19. NYEMBO-Ya-LUMBU O., *La Constitution de la Troisième République est fédérale. Regard critique sur la «décentralisation»*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2009.
20. OKITONEMBO WETSHOGUNDA L., « La forme juridique de la décision d'interprétation d'une loi : un avis ou un arrêt ? », *Les Analyses juridiques*, n°9, 2006.
21. PACTET P. et MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, 25^{ème} édition à jour, Paris, Sirey, août 2006.
22. SINOPOLI L., « Les droits de la défense », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Editions A. PEDONE, 2000.
23. TINKAMANYIRE Bin NDIGEBE E.R., *Le rôle du juge électoral*, audience solennelle et publique de rentrée de la CSJ, discours du Premier Président, Kinshasa, 2008.
24. VUNDUAWE te PEMAKO F., « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005) », in Liber Amicorum Marcel Antoine Lihau, *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise*, Bruxelles, Bruylant et Presse de l'Université de Kinshasa, 2006.
25. WETSH'OKONDA KOSO SENG M., « L'arrêt de la Cour suprême de Justice n°R. CONST.112/TSR du 5 février 2010 sur l'OHADA », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/>, 04 avril 2010.
26. ZOLLER E., *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000.



ANALYSE COMPARATIVE DE L'INDÉPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO ET EN RÉPUBLIQUE DU CONGO.

Par Camille NGOMA KHUABI*

INTRODUCTION

L'organisation politique d'un Etat moderne repose sur un certain nombre des principes dont celui de la séparation des pouvoirs. Ce principe qui n'a cessé d'alimenter les débats depuis la publication de « l'Esprit des lois » par Montesquieu en 1748, renferme l'idée que dans un Etat, le pouvoir devrait arrêter le pouvoir. Il s'est en effet, créé une sorte de consensus que résume les formulations retenues par le conseil constitutionnel français selon lequel : « l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement », moyennant quoi « il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions ou de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leurs compétences ». Il s'agit là selon le professeur Guy Carcassonne¹⁸⁰ l'étiage de la séparation des pouvoirs, du minimum en dessous duquel cette indépendance serait méconnue.

Aussi, tous les pays, reconnaissant la nécessité de préserver un équilibre entre les trois pouvoirs traditionnels, à savoir les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, inscrivent-ils ce vieux principe dans leurs constitutions respectives.

Lors d'un colloque international sur l'indépendance des juges¹⁸¹ tenu en France à Rouen, en mai 1953, M. Vincent Auriol, Président de la République française avait déclaré dans son message : « Le souci de protéger contre pression, quelle qu'en soit l'origine, le magistrat qui dit le droit est un principe commun à tous les pays de civilisation et de liberté ». L'indépendance du juge a précisé de son côté M. Ernesto Battaglini, est le centre et le foyer de toute institution judiciaire : elle est même le support essentiel de la fonction judiciaire elle-même », et l'éminent magistrat italien ajoutait : « l'indépendance du juge a un triple aspect : indépendance constitutionnelle, indépendance de la fonction et indépendance de l'institution. ».

Selon M. JEAN LOUIS ROPERS, Secrétaire général de la Première Présidence de la Cour de cassation française, cette conception dérive incontestablement de la doctrine de la séparation des pouvoirs déjà évoquée, exposée par Montesquieu. « Il n'y a point de liberté a écrit, en effet l'auteur de l'Esprit des Lois, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative, et de l'exécutif. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la forme d'un oppresseur ».

* Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa, Coordonnateur du CIDHE, une ONG de protection des Droits de l'Homme et de l'Environnement établie à Kinshasa/RDC.

¹⁸⁰ Guy CARCASSONNE, « Les éléments théoriques de la problématique de l'indépendance de la justice », Acte du congrès de l'AHJCA, Dakar, novembre 2009, in <http://www.ahjucaf.org/spip.php?article7166>

¹⁸¹ Jean louis ROPERS, « Un colloque international sur l'indépendance des juges, in RIDC, T1, p. 699, 1953

Si dans la pratique les deux premiers pouvoirs semblent s'accorder au tour de l'idée d'une nette séparation des pouvoirs¹⁸² entre eux, le pouvoir judiciaire semble s'affronter avec l'exécutif dans un combat pour une conquête d'indépendance qu'il a très souvent du mal à gagner, surtout dans les Etats à régimes peu favorables à une émergence d'une véritable démocratie.

En effet, la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire a toujours été au cœur des débats particulièrement dans les pays ayant la langue française en commun, dont la République Démocratique du Congo et sa sœur du Congo Brazzaville. A l'occasion du dernier congrès organisé à ce sujet par l'AHJUCAF, le professeur Guy CARCASSONE a eu à révéler les résultats d'une enquête réalisée dans quelques uns de ces pays. Et d'après cette enquête : « En Albanie, « selon l'opinion publique, les juges ne sont pas indépendants ». Au Burkina-Faso, « l'opinion publique n'a pas le sentiment que les juges sont indépendants ». En France, 54 % des sondés considèrent que le fonctionnement de la justice est plutôt dépendant du pouvoir politique. En Guinée, « il faut reconnaître que l'opinion publique n'a pas le sentiment que les juges sont indépendants ». En Haïti, « l'opinion publique, par la faute de certains juges véreux, a collé à la justice haïtienne une épithète de 'corrompue', cela suppose qu'elle est partielle, elle ne saurait donc, dans l'esprit du public, être indépendante ». Au Mali, « si l'opinion publique pense que les juges ne sont pas aux ordres du pouvoir, il n'en demeure pas moins qu'ils sont sous l'influence de l'argent ». En Mauritanie, l'opinion publique « est plutôt convaincue que les juges sont sous l'influence des pouvoirs politiques ou des puissances financières ». 38,7 % des sondés en Moldavie ne font pas trop confiance à leur justice, contre seulement 27,6 % qui nourrissent le sentiment inverse. Au Tchad, « l'opinion publique a le sentiment que les juges ne sont pas indépendants », tout comme au Togo où elle ne semble pas être convaincue de l'indépendance des juges ¹⁸³».

La république démocratique du Congo et sa voisine du Congo Brazzaville, deux pays du monde aux capitales les plus rapprochées, sont également deux pays francophones qui n'ont malheureusement pas fait l'objet de l'enquête menée par une organisation dont ils sont pourtant membres. Sortis tous deux d'une colonisation vers les années 60, ils appartiennent au système romano-germanique ; ce qui peut à première vue rendre moins nécessaire une analyse comparative de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans les deux pays. Il est pourtant vrai que dans les deux républiques sœurs, le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire a toujours été au cœur des débats aussi bien dans les milieux politique et judiciaire que dans les milieux scientifiques. En RDC particulièrement, il est encore sujet de vives préoccupations au regard de dernières actualités qu'il a alimentées ces six derniers mois.

L'intérêt à pouvoir réfléchir sur un thème parfois rebattu est donc à la fois actuel et pratique. Actuel d'abord par le fait qu'en 2006, une constitution a été votée par referendum en RDC. Dans cette constitution, le constituant a nettement voulu rompre avec un passé très sombre dans le domaine de l'indépendance du pouvoir judiciaire¹⁸⁴. Deux lois de mise en œuvre ont été par la suite adoptées pour assurer l'indépendance du pouvoir judiciaire ainsi consacrée¹⁸⁵.

¹⁸² Dans les régimes parlementaires par exemple, une nette séparation des pouvoirs peut s'observer entre l'exécutif et le législatif si, l'exécutif bicéphale, est partagé entre une opposition majoritaire au parlement et un pouvoir minoritaire. Le législatif peut par contre apparaître comme une chambre d'enregistrement lorsque le pouvoir est majoritaire au parlement. Dans ces conditions son indépendance peut être exposée à une sérieuse menace.

¹⁸³ Guy CARCASSONE, *op.cit.*

¹⁸⁴ Lire les articles 149 et 150 de la constitution du 18 février 2006.

¹⁸⁵ Il s'agit de la Loi organique N°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats et de la Loi organique N°08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature en République démocratique du Congo.

En république du Congo, la dernière constitution du 20 janvier 2002, exprime en des termes ambigus¹⁸⁶ le vœu de pouvoir respecter le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Analyser ces documents à la lumière de derniers développements sur la question comporterait en ce sens un intérêt actuel à la fois pour le monde politico-judiciaire que pour le monde scientifique. Pratique ensuite parce qu'en dépit du fait que ce principe est formellement consacré dans les deux pays, et les lois d'application adoptées, il reste que dans la pratique judiciaire, l'exercice par les magistrats de leur profession en toute indépendance se heurte à de sérieuses difficultés. L'intérêt pratique consisterait à orienter le personnel judiciaire sur un certain nombre de comportement qu'il convient d'adopter pour conquérir son indépendance.

Aussi chercherons-nous à comprendre quels sont les principaux obstacles ou menaces à l'exercice de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans ces deux pays en dépit d'une consécration très ancienne de ce principe ? Et quels sont les mécanismes possibles pour y remédier ? Les deux questions ainsi posées, l'examen du problème exige une méthode qui nous permette d'appréhender le plus d'aspects possibles de l'objet à traiter. Aussi, notre démarche consistera d'abord à exposer l'évolution de la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire à travers l'analyse de plusieurs textes très disparates (I). Ensuite, nous nous appesantirons sur l'état de la pratique dans les deux Etats sous examen à travers l'examen de quelques cas jurisprudentiels dans lesquels, les interférences de l'exécutif ou de ses services ont eu des implications très regrettables dans la l'application du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire et dans sa consolidation en tant que pouvoir constitutionnel (II). Les conditions d'une réelle indépendance pourront enfin être exposées à la lumière de derniers développements enregistrés ailleurs (III).

I. EVOLUTION DE LA QUESTION DE L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE DANS LES DEUX PAYS.

La question de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans les pays sous examen a évolué suivant deux périodes : la période de la guerre froide et celle de l'après chute du mur de Berlin. Si chacun des deux Etats avait ainsi réglementé la question au gré de grands bouleversements que le monde a connus, dans les deux cas, la période de la guerre froide a été la plus sombre dans l'histoire de l'indépendance du pouvoir judiciaire ; celle que nous vivons est marquée par de timides avancées faites parfois avec beaucoup d'hésitations. Nous retraçons son évolution législative d'abord en République démocratique du Congo, ensuite en République du Congo.

I.1. EVOLUTION LEGISLATIVE EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.

Dans ce pays, nous analysons les dispositions constitutionnelles et législatives sur l'indépendance du pouvoir judiciaire, en examinant les compétences attribuées aux organes de mise en œuvre qu'elles ont institués pour garantir l'indépendance de ce pouvoir. En effet, en cinquante ans d'indépendance, la République démocratique du Congo a connu plusieurs constitutions qui ont en même temps, modifié le contenu du principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans ce pays. Cette législation est déjà très abondante et très disparate. De la loi fondamentale de 1960 à la constitution du 18février 2006, le contenu juridique de ce principe n'est pas resté stable.

¹⁸⁶ L'article 136 de la constitution de 2002 de la république du Congo est formulé comme suit : « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif. Les juges ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi ».

1° Dans la loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, les articles 187 à 197 se rapportent au pouvoir judiciaire. L'article 187 alinéa^{1er} pose le principe que le pouvoir exécutif ne peut empêcher, arrêter ou suspendre l'action des cours et tribunaux. L'article 192 précise que le statut des magistrats est régi par la loi et que dans le cadre de leur statut, les magistrats du siège sont inamovibles, ils ne peuvent être déplacés qu'en vertu d'une nouvelle nomination ou de leur propre consentement, et leur suspension n'étant possible qu'après un jugement. En effet, si le principe de l'inamovibilité, très important pour une bonne administration de la justice était reconnu aux juges, celui de nomination faisait une distinction entre les magistrats des tribunaux et ceux des parquets. Ainsi, l'article 194 de cette loi précisait que les magistrats du parquet eux, sont nommés et révoqués par le chef de l'Etat seul. Dans ces conditions l'indépendance de l'officier du ministère public devrait déjà être confrontée à un pouvoir d'injonction inévitable de l'exécutif. Cet aspect des choses a demeuré dans les constitutions subséquentes.

2° La constitution de 1964 qui a réservé huit articles au pouvoir judiciaire (Art. 122-130) est revenue sur le principe de l'inamovibilité des juges et sur celui de nomination des magistrats des parquets par un pouvoir discrétionnaire du chef de l'Etat, mais deux innovations importantes peuvent être soulignées par rapport à la loi fondamentale de 1960. D'abord, son article 129 parle d'un statut des magistrats qui est fixé en vertu d'une loi nationale ; et ajoute que leur nomination ne peut se faire qu'en vertu d'une loi nationale, mais en l'absence d'une telle loi, la nomination des juges ne devrait logiquement se faire que suivant l'esprit de l'article 194 de la loi fondamentale de 1960. La deuxième innovation résulte de la lecture de l'article 130 qui introduit le Conseil Supérieur de la Magistrature comme organe de discipline des magistrats. Ce qui est significatif, ce n'est pas en fait le Conseil Supérieur de la Magistrature en soi, mais c'est surtout le fait qu'aucun magistrat, membre de cet organe ne pouvait être nommé¹⁸⁷ par le chef de l'Etat¹⁸⁸, bien que ce dernier en était le président, secondé dans cette fonction par le Ministre de la justice, qui en était le premier vice-président et membre de droit.

On peut évidemment regretter le fait qu'un organe spécialement chargé de la gestion des magistrats n'ait reçu à titre principal qu'un pouvoir de discipline et cela sur une catégorie seulement de ses membres : les magistrats du siège, et subsidiairement celui de donner les avis sur la nomination des magistrats de siège. L'indépendance du pouvoir judiciaire était ainsi réduite à un simple formalisme juridique si bien que la constitution du 24 juin 1967 n'a pas eu besoin d'apporter des modifications à un système qui joue en faveur de l'exécutif. Les articles 56 et 63 se rapportant aux deux aspects de la question examinée ci-haut ont gardé le même esprit avec la constitution de 1964.

3° Une autre étape douloureuse fut vécue en ce qui concerne le pouvoir judiciaire et particulièrement son indépendance. En effet, en 1974 intervint une révision de la constitution de 1967 par une loi N°74-020 du 15 Aout 1974 portant révision de la constitution du 24 juin 1967. L'exposé de motif de cette loi indique que toutes les anciennes institutions de la république sont devenues des organes du Mouvement Populaire de la République (MPR), fonctionnant sous la responsabilité, la direction et la présidence du président du MPR qui reçoit ainsi la plénitude des pouvoirs. En ce qui concerne le pouvoir judiciaire, le point (e) indique que l'appellation Conseil judiciaire a été préférée à d'autres pour des raisons d'option politique. Le Conseil judiciaire composé de l'ensemble des cours et tribunaux¹⁸⁹,

¹⁸⁷ L'article 130 de cette constitution détermine la composition du CSM et les modalités de désignation des membres devant y faire parti. Le chef de l'Etat n'avait aucun pouvoir dans ce processus.

¹⁸⁸ Article 66 de la loi N°74-020 du 15 Aout 1974 portant révision de la constitution du 24 juin 1967

¹⁸⁹ Pour plus de détails lire aussi les articles 95 et 98 de la loi N°078-010 du 15 février 1978 portant révision de la Constitution de 1967.

reçut ainsi la mission de dire le droit dans la grande famille du MPR. L'article 67 al. 2 disposait que le magistrat est indépendant dans l'exercice de sa mission, de même, l'article 71 traite du Conseil Supérieur de la magistrature dans les mêmes termes que dans l'ancienne constitution de 1967. Dans un même texte apparut ainsi, une volonté affichée de réduire le pouvoir judiciaire en un simple conseil, et en même temps, un semblant de volonté de reconnaître une indépendance au magistrat, en parlant d'un Conseil Supérieur de la Magistrature qui n'aura jamais fonctionné dans la pratique. Bien plus, son fonctionnement ne changerait pas grand-chose devant les pesanteurs d'ordre politique imprimées par un régime peu enclin au changement, si bien que la loi N°078-010 du 15 février 1978 portant révision de la constitution précédemment examinée n'a pas pu améliorer le régime de l'indépendance du pouvoir judiciaire, pris en otage.

4° En effet, cette loi (la loi N°078-010 du 15 février 1978 portant révision de la constitution de 1967) sensée assouplir les conditions d'un bon fonctionnement de la justice, s'est non seulement inscrite dans l'esprit de l'ordre ancien, mais il a en même temps opéré un recul. Cela découle de la lecture de son exposé des motifs qui indique que, le conseil judiciaire a subi une réforme importante du fait de la création à sa tête d'un président permanent qui est un magistrat. Cela permettrait, selon le texte, de renforcer l'unité de commandement et permettrait d'assurer au mieux le fonctionnement du conseil judiciaire. Il est reconnu à cet effet au président du conseil judiciaire, nommé par le président de la république, le pouvoir de contrôle des sentences des cours et tribunaux, la possibilité d'en suspendre l'exécution, d'édicter des directives s'imposant aux juges dans l'exercice de leurs attributions juridictionnelles et auxquelles ils ne peuvent déroger que par motivation spéciale¹⁹⁰. L'article 97 reconnaît au président du conseil judiciaire le pouvoir de participer aux délibérations du conseil exécutif. La formule générale selon laquelle le magistrat est indépendant dans l'exercice de sa mission apparaît à l'article 99 alinéa 2, mais il ne peut autrement s'agir là que d'une contradiction au regard des articles 95 et 98 précédemment examinés. La modification de la constitution intervenue le 15 Novembre 1980 ne changera rien à cet ordre des choses qui fonctionna dans ces conditions jusqu'en 1990 lorsque le régime annonça le processus d'un changement timide d'objectifs vers la démocratisation du pays.

En effet, le 24 avril 1990, le président Mobutu prononça un discours dans lequel il proclamait l'ouverture de l'espace politique à un multipartisme. C'est donc dans ce contexte qu'il faut comprendre la modification de la constitution intervenue en juillet 1990. Par la loi N°90-002 du 05 juillet 1990, le régime tendait à se conformer à l'esprit du discours précité, et parmi les nouvelles orientations apportées par cette loi, on peut noter la réhabilitation des trois pouvoirs traditionnels dont le pouvoir judiciaire animé, comme avant par les cours et tribunaux. A propos de son indépendance, l'article 110 indique simplement, comme c'est le cas, que la mission de dire le droit est dévolue aux cours et tribunaux et que le magistrat est indépendant dans l'exercice de sa mission. Néanmoins, l'ouverture de l'espace politique annoncée permit la tenue d'une Conférence Nationale souveraine (CNS) qui a initié d'importantes réformes restées lettres mortes, les résolutions de la CNS et sa constitution n'ayant jamais été promulguées. Les travaux de la CNS ont eu le mérite d'avoir élaboré une architecture juridique sur laquelle on ne s'est jamais totalement écarté à bien d'égards, y compris en ce qui concerne la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

L'avènement en 1997 d'un nouveau régime installé par l'AFDL ne permit pas également de libérer le pouvoir judiciaire sous le système d'inféodation systématique qu'il a vécu trois

¹⁹⁰ La loi organique N°3/1996 du 29 mars 1996 portant organisation, fonctionnement et compétences du Conseil Supérieur de la Magistrature de la république du Rwanda consacrait en son article 15, point (a) le principe de nomination des magistrats par le Conseil Supérieur de la Magistrature sans possibilité pour le président de la république d'intervenir dans cette procédure. Il s'agit là aussi d'un progrès jamais réalisé en Afrique.

décennies durant. Le décret-loi N° 003 du 28 mai 1997 sur l'organisation du pouvoir politique en République Démocratique du Congo avait fait du chef de l'Etat le seul véritable détenteur des pouvoirs publics. Quelle place aurait-il réservé au pouvoir judiciaire ? Les articles 11 et 12 reprennent les formules consacrées selon lesquelles, « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif » ; ... « la magistrature est indépendante dans l'exercice de cette mission. Il n'est soumis, dans l'exercice de ses fonctions, qu'à la loi ». Mais, n'a-t-on pas décrié les faiblesses d'un système judiciaire miné et rongé par des pratiques peu recommandables ? Le Dialogue Inter Congolais, par son Accord Global et inclusif et sa Constitution de transition du 5 avril 2003 a permis de réaffirmer l'indépendance du pouvoir judiciaire en consacrant pour la première fois que « la justice est rendue sur tout le territoire de la République Démocratique du Congo au nom du peuple Congolais ». La création d'un Conseil supérieur de la Magistrature et l'amélioration des conditions des magistrats étaient constitutionnellement annoncées. Aucune de ces dispositions ne fut suivie d'effet, les magistrats ayant continué de travailler dans un régime de « liberté surveillée », aussi que la pratique va le démontrer.

Une constitution a été adoptée en 2006. Les principes évoqués dans celle-ci en ce qui concerne l'indépendance du pouvoir judiciaire, sont les plus ambitieux. Un CSM totalement purgé de la présence des autorités politiques et n'admettant aucun membre non magistrat. Les deux lois de mise en œuvre ont été votées et promulguées (Loi organique N°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats et Loi organique N°08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature en République démocratique du Congo).

Un commentaire sera fait à propos d'un système idéalement bon, mais qui pourrait avoir dans la pratique, la mention « impraticable ».

I.2. L'EVOLUTION DE LA QUESTION EN REPUBLIQUE DU CONGO

Le fonctionnement harmonieux d'un pouvoir dans un pays s'inscrit dans un contexte général de la vie politique de cet Etat. Le Congo Brazzaville ne saurait faire exception à ce principe. En effet, entre 1960 et 1990, l'histoire politique au Congo Brazzaville a été marquée par des violences qui n'ont pas permis à un régime de se maintenir dans une durée pouvant permettre une consolidation de la pratique constitutionnelle en matière de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ayant fonctionné dans un système de monopartisme dicté par le léninisme-marxiste de l'époque, il est possible d'admettre, au regard des indications actuelles que la vie politique en république du Congo comme en RDC, depuis l'indépendance de ce pays en 1960, n'a pas pu favoriser l'émergence d'un pouvoir judiciaire indépendant de l'exécutif. Après cette période, une nouvelle s'est ouverte avec la constitution de 1992 adoptée par referendum le 15 mars de la même année. Les différentes réformes opérées dans le domaine du pouvoir judiciaire au cours de cette période permettent à la fois de mettre en évidence les difficultés auxquelles son fonctionnement de manière indépendante s'est heurté dans le passé, et de mesurer l'enjeu de la question dans un contexte de démocratisation du pays. Entre 1992 et 2010, ont été adoptées trois constitutions accompagnées de plusieurs autres lois se rapportant, les unes au statut des magistrats, les autres à l'organisation et au fonctionnement d'un Conseil Supérieur de la Magistrature, qui n'aura jamais fonctionné dans la pratique.

I.2.1. La constitution du 15 mars 1992

L'année 1990 marque le début d'une nouvelle ère politique dans le pays. Devant la multiplication des grèves, le parti au pouvoir abandonne sa référence au léninisme-marxiste et se prononce en faveur du multipartisme ; ce qui permet l'organisation d'une Conférence Nationale sur le modèle de celles organisées dans d'autres pays africains pour encadrer le changement de régime politique. C'est dans ce cadre que fut adoptée par référendum, la constitution de 1992. Parmi les nouvelles réformes insufflées par ce texte, celles touchant à l'indépendance du pouvoir judiciaire étaient des plus importantes. Le 20 août de la même année, trois lois – la loi n°022-92 portant organisation du pouvoir judiciaire, la loi n°023-92 portant sur le statut de la magistrature, et celle n°024-92 instituant le Conseil Supérieur de la Magistrature – sont adoptées pour accompagner la mise en œuvre de cette réforme.

Cette constitution pose de façon expresse à son article 129alinéa 2, le principe que le pouvoir judiciaire est indépendant du législatif et de l'exécutif. L'alinéa 3 est allé plus loin en précisant que les magistrats de la cour suprême sont élus par le parlement réuni en congrès, dans les conditions fixées par la loi. Cette précision en ce qui concerne l'élection des magistrats de la plus haute juridiction par le parlement, dénotait le fait que le pouvoir judiciaire, représenté par cette plus haute institution judiciaire était depuis longtemps, sous l'emprise de l'exécutif, qu'il était nécessaire de soustraire ses animateurs de cette emprise en adoptant des mécanismes juridiques constitutionnels clairement définis. Il s'agit là d'une évolution jamais vécue dans les pays de la région et même dans plusieurs autres pays en Afrique¹⁹¹, mais il faut vite faire remarquer que cette réforme n'a pas été étendue à tous les niveaux de l'appareil judiciaire. Le silence en ce qui concerne le mode de désignation des autres magistrats devrait inévitablement permettre au président de la République de garder un contrôle sur une bonne partie des membres du pouvoir judiciaire. En outre, cette innovation n'a pas pu s'étaler sur une durée au point de se cristalliser dans la pratique constitutionnelle. Et comme nous allons le voir dans suite de cette analyse, cette idée n'a pas su résister aux pressions et à la « suprématie quasi naturelle » de l'exécutif sur les autres pouvoirs traditionnels de l'Etat.

D'autre part, l'article 133 in fine prévoit l'adoption d'une loi portant statut des magistrats. C'est dans ce cadre qu'il faut placer l'adoption des lois N° 023-92 du 20 août 1992 portant statut des magistrats et celle N° 024 de la même date portant, elle, institution du Conseil supérieur de la Magistrature. Le Conseil Supérieur de la Magistrature prévu à l'article 134 est présidé par le président de la république qui en est membre de droit, tandis que les autres membres sont eux, élus par le parlement réuni en congrès. La loi N°29-94 du 18 octobre 1994 portant elle aussi, institution du Conseil Supérieur de la Magistrature, s'inscrivait également dans la logique de renforcement de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Tous ces changements devraient marquer la fin d'une période où le Président de la République avait le pouvoir de tout contrôler. En fait, le Conseil Supérieur de la Magistrature est un organe qui s'occupe, au sein du pouvoir judiciaire, de la vie des magistrats ; et donc ses pouvoirs ne devraient pas se limiter seulement à sanctionner des « membres » sur lesquels il n'a, en réalité aucun pouvoir.

Ces pouvoirs, à notre sens et comme nous le dirons plus loin, devraient couvrir l'ensemble des prérogatives reconnues à un organe de contrôle. Ne dit-on pas que qui peut le plus peut le moins ? Si un organe de contrôle comme le CSM ne peut avoir aucun pouvoir discrétionnaire

¹⁹¹ Voir article 10, alinéa 3 de la loi organique N°3/1996 du 29 mars 1996 portant organisation, fonctionnement et compétences du Conseil Supérieur de la Magistrature de la république du Rwanda déjà citée.

notamment dans le processus de nomination des magistrats – ses membres – sur lesquels doit s'appliquer ses sanctions, sur quoi reposerait son pouvoir à les sanctionner ? Bien plus, un régime disciplinaire ne peut seulement avoir pour effet que de sanctionner ; on devrait également mettre en exergue l'inévitable effet dissuasif que peut comporter un tel système si son détenteur a de l'autorité sur les membres qu'il entend sanctionner en cas de méconduite. Au Rwanda par exemple, la loi N°3/1996 déjà citée conférait des pouvoirs les plus étendus au Conseil Supérieur de la Magistrature. Ces pouvoirs allaient de la nomination jusqu'à la révocation, mais pour ce dernier cas, un quorum de 3/5 des membres du CSM était requis¹⁹². Qu'en était-il cinq ans après, dans la constitution de 1997 ?

I.2.2. L'Acte Fondamental du 24 octobre 1997.

L'adoption de la constitution de 1992 a permis la tenue d'élections générales en août de la même année. Le régime en place est battu au cours de ces scrutins et perd le pouvoir. Alors qu'une élection présidentielle est prévue en juillet 1997, des affrontements armés s'éclatent début juin dans le centre et le Nord de Brazzaville entre l'armée et les cobras de D. SASSOU-NGUESSO qui a perdu le pouvoir en 1992. Ce dernier prend le pouvoir et promulgue l'Acte fondamental qui devrait encadrer le pouvoir pendant une période de transition. Dans ce texte, les articles 71 à 75 se rapportent au pouvoir judiciaire. L'article 71 dispose que le pouvoir judiciaire est confié aux juridictions nationales, mais que le président de la république garantit son indépendance à travers le Conseil Supérieur de la Magistrature dont il est le président, aux termes de l'article 74 du même texte. L'article 75 se limite à dire que les magistrats de siège et des parquets des cours et tribunaux sont nommés par le président de la république sur proposition du CSM. Le silence en ce qui concerne le mode de désignation des magistrats de la Cour Suprême devrait être interprété dans le sens de leur élection par le parlement réuni en congrès tel que prévu dans la constitution de 1992 en son article 129 alinéa 3. L'article 74 prévoyait en outre la création d'un Conseil Supérieur de la Magistrature présidé par le président de la république et dont le mode de désignation des membres devrait être fixé par une loi. Aucune loi n'ayant été adoptée jusqu'en 1999, on devrait se référer à la constitution de 1992 qui disposait en son article 134 alinéa 2 que le CSM comprend le président de la cour suprême, membre de droit et des magistrats élus par le parlement réuni en congrès dans les conditions fixées par la loi. Dans la loi N°16-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi 024-92 du 20 août 1992 et de la loi N° 29-94 du 18 octobre 1994 portant institution du CSM, le principe que le président de la république préside le CSM est maintenu. De même, le Ministre de la justice et le premier président de la cour suprême sont membres de droit, assumant respectivement la première et la deuxième vice-présidence du CSM. A l'exception de plus hauts magistrats de cette juridiction qui eux, sont membres de droit, les autres membres du Conseil sont nommés par le président de la république¹⁹³.

Il s'agissait là d'un recul par rapport à la réforme de 1992, maintenue implicitement dans la constitution de 1997 qui dépouillait au chef de l'Etat cette prérogative, certainement à cause de l'incidence très négative qu'il a eue sur l'indépendance du pouvoir judiciaire. Un autre recul opéré par cette loi se révèle dans le processus de nomination des magistrats. En effet, son article 8 reconnaît au président de la république le pouvoir de nommer les magistrats de la Cour Suprême. Pourtant les bases de l'élection de ces hauts magistrats par

¹⁹² Voir article 10, alinéa 3 de la loi organique N°3/1996 du 29 mars 1996 portant organisation, fonctionnement et compétences du Conseil Supérieur de la Magistrature de la république du Rwanda déjà citée.

¹⁹³ En ce qui concerne la composition et le mode de désignation des magistrats membres du CSM, lire les articles 3 et 4 de la loi N°16-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi 024-92 du 20 août 1992 et de la loi N° 29-94 du 18 octobre 1994 portant institution du CSM.

les parlementaires avaient été jetées en 1992, comme réponse à l'omnipotence du président de la république. L'article 10 nous paraît contradictoire lors qu'il demande au CSM de mettre tout en œuvre et de prendre les mesures qui s'imposent pour défendre et préserver l'indépendance du pouvoir judiciaire lorsqu'elle est mise en cause. En effet, l'article 71 de l'Acte fondamental de 1997 affirmait que l'indépendance du pouvoir judiciaire est garantie par le président de la république à travers le conseil supérieur de la magistrature ; il est pourtant vrai que dans la pratique, ainsi que nous allons le démontrer plus loin, le président de la république à travers ses services, ou le pouvoir exécutif de façon générale est le principal acteur de la mise en cause de cette indépendance, en utilisant des pratiques peu recommandées. Cette tendance à ne pas accorder une réelle indépendance au pouvoir judiciaire, particulièrement dans ce pays, se vérifie dans la constitution actuelle de 2002 et dans la dernière loi organique sur le CSM.

I.2.3. La constitution du 20 janvier 2002 et sa loi organique sur le CSM.

Le pays est entré dans une longue transition politique depuis 1990. Dans la perspective d'une sortie de ce processus en 2002, une constitution est adoptée en vue d'assurer l'organisation du pouvoir après la transition. Dans cette constitution, la proclamation de l'indépendance du pouvoir judiciaire est faite en des termes ambigus. Son article 136 dispose que : « *Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif. Les juges ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi* »¹⁹⁴. Le président de la République est le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire¹⁹⁵ par le biais du CSM dont il est président¹⁹⁶. En effet, le principe que le président de la république est le garant du pouvoir judiciaire a été pendant très longtemps la règle en République du Congo pendant tout le règne de l'actuel président de la république, acteur majeur de la vie politique dans le pays.

Ayant réussi à se maintenir au pouvoir à travers une longue transition où ses pouvoirs se sont effrités, notamment avec la dernière réforme de 1992¹⁹⁷ maintenue implicitement dans la constitution de 1997, une tendance à un retour d'un régime fort peut s'observer dans la pratique actuelle du pouvoir. En effet, en décidant de reprendre son contrôle sur le processus de nomination de tous les magistrats, notamment ceux de la Cour Suprême de Justice, il est clair que les dernières réformes sur cette question ne paraissaient plus favorables au régime consolidé par une « victoire électorale ». Il a vraisemblablement tiré « les mauvaises leçons » d'une affirmation de principe selon lequel « les plus hauts magistrats du pays devraient être élus par les parlementaires réunis en congrès ». Le régime en place, à travers l'actuelle constitution a donc fait un virage à 90° pour expérimenter les vieilles méthodes de tristes mémoires vécues pendant ses treize premières années au pouvoir (1979-1992). Si l'article 141 précise en effet que les membres de la Cour Suprême et les magistrats des autres juridictions nationales sont nommés par le président de république, seuls ceux de la CSJ sont inamovibles. En application de l'article 139 de la constitution déjà évoquée, un projet de loi organique portant organisation, composition et fonctionnement du CSM a été soumis

¹⁹⁴ L'article 129, alinéa 2 de la constitution de 1992 précisait en des termes clairs que le pouvoir judiciaire est indépendant à la fois du pouvoir exécutif et du législatif. Dans un même pays et en l'espace de 10 ans, il est regrettable qu'on n'ait pas capitalisé l'intérêt d'une réforme opérée dans un contexte que nous avons décrit précédemment

¹⁹⁵ Lire l'article 140 de la constitution de 2002.

¹⁹⁶ L'article 139 de la constitution sous analyse prévoit la création d'un CSM

¹⁹⁷ Cette réforme est matérialisée par deux articles. L'article 129, al.3 avait posé le principe de la nomination des magistrats de la Cour Suprême de Justice par le parlement ; l'article 135 al.1er s'était, quant à lui exprimé en des termes clairs sur le fait que le CSM est le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Son alinéa 2 soumettait la nomination des magistrats du parquet par le président de la république, sur proposition du SCM sans préciser la nature liée ou non de cette proposition.

au parlement. Son adoption a permis à cet organe de siéger le 4 mai 2009, trente deux ans¹⁹⁸ après sa dernière session de 1977. En effet, cette loi organique sur le CSM n'apporte aucune amélioration à la condition du magistrat. A voir les choses de près, cette loi semble avoir reculé de plusieurs décennies comparativement à toutes les lois antérieures. Son article 4 par exemple dispose : le Conseil Supérieur de la Magistrature est présidé par le président de la République qui ne peut, en aucun cas déléguer ce pouvoir, sous quelque forme que ce soit¹⁹⁹.

Il résulte de ce qui précède que la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire a évolué au rythme des changements politiques que ces Etats ont connus au cours de l'histoire. Si ce principe a été de tout temps proclamé et constitutionnellement consacré, ce qui permet de dégager un possible rapprochement, il s'est par contre différencié à plusieurs points de vue. Le rapprochement tient d'abord au niveau de la consécration du CSM comme organe, tantôt de discipline, tantôt de gestion des magistrats, ensuite au niveau de la reconnaissance de l'indépendance au magistrat d'un statut particulier. Les dissemblances quant à elles, apparaissent notamment dans le processus de nomination des magistrats et dans le mode désignation de ceux qui doivent composer le CSM. En effet, le CSM est cet organe conçu pour assurer l'indépendance du pouvoir judiciaire par l'étendue des pouvoirs qu'on devrait lui attribuer. Ces pouvoirs devraient couvrir l'ensemble des éléments sur base desquels on peut mesurer l'effectivité de l'indépendance d'un organe. Et dans le cadre du CSM, ces pouvoirs concernent la procédure de nomination des magistrats, la gestion de leur carrière, leur budget et leur régime disciplinaire.

Dans la pratique, aussi que nous allons le démontrer, tel ne fut pas le cas. Dans les deux pays, cet organe avait pour principaux responsables le président de la république et le Ministre de la justice assumant respectivement les fonctions de président et de vice-président. Le président de la Cour suprême, deuxième vice-président, ne jouait qu'un rôle secondaire, celui d'appliquer le régime disciplinaire.

En RDC par exemple, jusqu'avant la dernière réforme, le CSM n'avait aucun pouvoir sur les magistrats des parquets qui échappaient ainsi à son contrôle, et en ce qui concerne le processus de leur nomination et leur promotion, et en ce qui concerne leur régime disciplinaire. Après la refonte du pouvoir judiciaire en conseil judiciaire, un autre organe est apparu à côté du CSM : l'inspectorat général des services judiciaires, un instrument au service du Ministre de la justice, pour éviter que les magistrats ne soient juge et partie de ses propres fautes.

En république du Congo par contre, depuis le changement constitutionnel intervenu en 1992, une nette différence est apparue d'abord dans le processus de nomination des magistrats à divers échelons de responsabilité, ensuite dans les modalités de désignation de ceux qui doivent composer le CSM. La grande différence par rapport à la RDC, ce que, la constitution de 1992²⁰⁰ a expressément laissé au parlement le pouvoir d'élire les magistrats de la Cour Suprême de justice. Cet esprit a été maintenu implicitement dans la constitution

¹⁹⁸ Cette réforme est matérialisée par deux articles. L'article 129, al.3 avait posé le principe de la nomination des magistrats de la Cour Suprême de Justice par le parlement ; l'article 135 al.1^{er} s'était, quant à lui exprimé en des termes clairs sur le fait que le CSM est le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Son alinéa 2 soumettait la nomination des magistrats du parquet par le président de la république, sur proposition du SCM sans préciser la nature liée ou non de cette proposition.

¹⁹⁹ Ghys Fortuné DOMBE BEMBA, « Grincement des dents, allégresse à la magistrature et déception des peuples », Article en ligne in congoinfos.com.

²⁰⁰ L'article 129 al 3 de la constitution de 1992 dispose : La Cour suprême comprend des magistrats élus par le parlement réuni en congrès dans les conditions fixées par la loi.

de 1997²⁰¹. Au cours de la même période, une catégorie des magistrats étaient membres de droit du CSM, les autres étant élus par le parlement. Cette brève évolution devrait, dans l'esprit de ses auteurs, permettre de soustraire les magistrats de l'emprise de l'exécutif qui avait tous les pouvoirs sur eux. Il est de ce fait regrettable que pareille avancée n'ait pas été maintenue dans la constitution actuelle de 2002. En effet, ce texte²⁰² est revenu sur un système décrié pendant les périodes les plus sombres de la vie politique de ce pays qui consistait à soumettre la nomination de tous les magistrats, y compris ceux de la plus haute juridiction par le président de la république sur proposition du CSM dont la majorité des membres sont eux-mêmes nommés par décret présidentiel.

En RDC, la question a quelque peu évolué depuis l'adoption de la loi la loi organique n° 08/013 du 05 aout 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil Supérieur de la magistrature. Seulement, si l'opérationnalité de l'institution est assurée, son indépendance réelle peut être discutée : certains des membres éminents du CSM transitoire - parmi lesquels le Premier Président de la Cour Suprême de Justice et le Procureur Général de la République - n'ont-ils pas été nommés le 9 février 2008 lorsque le Président de la République a signé les ordonnances fort controversées d'organisation judiciaire ? Malgré les réformes courageuses initiées dans ces deux pays, le pouvoir judiciaire semble encore, aux yeux des tenants des pouvoirs politiques, un instrument au service de leurs intérêts. Les modifications apportées à différentes périodes de la vie politique dans ces deux pays en vue d'améliorer le système, sont là-bas remises en cause, ici bafouées. Ceci peut se vérifier dans la pratique judiciaire dans ces deux pays.

II. L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE DANS LA PRATIQUE.

L'analyse théorique de la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire à travers divers textes constitutionnels et réglementaires des pays sous analyse nous a permis d'avoir une perception sur la conception des acteurs politiques de ce qu'est, et doit être le pouvoir judiciaire dans leurs Etats. Si toutes les constitutions reconnaissent de façon expresse le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire, il est vrai que parfois, les constituants peuvent avoir des arrière-pensées tant la proclamation du principe laisse de marge de manœuvre aux acteurs désireux de ne pas la prendre trop au sérieux. C'est pourquoi l'affirmation à laquelle sa solennité n'a pas suffi à donner l'effectivité nécessaire, a été relayée par des lois et règlements destinés à la mettre en œuvre. Mais la pratique a démontré que le degré d'élaboration de ces lois n'a pas permis aux magistrats d'être indépendants. Cela tient à plusieurs facteurs. Hier, l'existence dans ces pays des régimes communistes à parti unique justifiait l'emprise de l'exécutif sur le judiciaire ; actuellement, un autre facteur influence le choix des acteurs politiques vers un retour à des anciennes pratiques, en dépit des réformes engagées dans ce secteur ces dernières années. Il semble, selon le Professeur Alioune Badara FALL²⁰³ de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV que, « la juridisation de la société », un phénomène apparu il y a quelques années dans les pays occidentaux démocratiques notamment – qui se développe de plus en plus et qui, dans un avenir plus ou moins proche, concernera certainement les pays en voie de démocratisation – vient favoriser de façon extraordinaire, l'ascension du juge dans la hiérarchie des pouvoirs, modifiant du coup la perception que l'on se faisait de lui et surtout de ses fonctions. Cette juridisation de la société se manifeste par l'appropriation par le Droit des domaines naguère accaparés par le politique pour ne pas dire par les hommes politiques.

²⁰¹ L'article 75 de l'Acte Fondamental du 24 octobre 1997 se limite à dire que : Les magistrats de siège et de parquet des Cours et Tribunaux sont nommés par le Président de la République sur proposition du CSM. Ce qui sous-entend la désignation de ceux de la Cour Suprême dans les conditions et formes prévues à l'article 129 al 3 de la constitution de 1992

²⁰² Lire l'article 141 de la constitution de 2002.

²⁰³ Idem

Apparaît ainsi un mouvement du « Politique » rattrapé par le « Droit » qui tant à bouleverser actuellement les frontières matérielles et les sphères respectives d'intervention classique des membres de l'exécutif et de l'organe judiciaire. Ce mouvement est dû, selon l'Auteur²⁰⁴ à la transformation de la société devenue exigeante en matière de gestion des affaires publiques et sur les questions touchant aux droits de l'homme. Le juge apparaît dorénavant, et de plus en plus, comme à la fois l'arbitre entre les pouvoirs publics (le juge constitutionnel par exemple) et l'autorité de sanction (magistrat ou juge administratif) en cas de manquement aux « devoirs » et aux « obligations » dans le cadre de leurs activités d'intérêt général, et sous le regard attentif des citoyens constamment informés par les médias. Le juge ne se limite plus à l'exécution de loi, ni ne se présente comme un simple gardien de la liberté individuelle ; il semble devenir cette autorité que les médias mettent à la une à chaque fois qu'une affaire le transforme en spécialiste de la médecine (problème de l'euthanasie) d'histoire (affaire Papon), des finances (affaire Elf) ou d'agronomie (les OGM et le procès Bové) etc. Autant de domaines de la vie quotidienne presque complètement étrangers au juge dans le passé, mais qui aujourd'hui témoignent de la hardiesse et de la témérité du magistrat qui n'hésite pas à mettre en examen n'importe quelle personnalité dans n'importe quel domaine, pour exercer la justice telle que définie par la loi.

Le juge apparaît ainsi quelque peu adulé et légitimé, ce qui n'est pas sans entraîner des complications dans la hiérarchie classique entre les pouvoirs exécutif et judiciaire qu'il représente. Aussi, le pouvoir judiciaire reste soumis à des entraves qui minent l'indépendance des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions. Nous décrivons ici quelques causes à la base de ces entraves, et nous fournirons quelques propositions pour une véritable affirmation ou consolidation de l'indépendance du pouvoir judiciaire dans les deux Etats.

II.1. LES ENTRAVES OU ATTEINTES A L'INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Dans son dernier rapport sur l'indépendance du système judiciaire (partie I : l'indépendance des juges), la Commission de Venise souligne que l'indépendance judiciaire présente deux aspects complémentaires. L'indépendance externe protège le juge contre l'influence des autres pouvoirs de l'Etat ; elle est une composante essentielle de l'état de droit. L'indépendance interne garantie qu'un juge prend ses décisions en se fondant uniquement sur la constitution et la législation, et non sur les instructions de juges plus élevés dans la hiérarchie²⁰⁵. Dans la pratique cependant, les entraves portées à l'indépendance du pouvoir judiciaire sont de deux ordres : les unes sont internes et résultent de la loi ; les autres, beaucoup plus à craindre sont externes. Dans l'un ou l'autre cas, les menaces que leurs interventions font planer sur l'impartialité de la justice sont regrettables.

II.1.1. Les entraves internes ou « légales » à l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Le degré d'indépendance dont bénéficie la magistrature varie selon les Etats ; il dépend en effet très étroitement de la réalisation plus ou moins achevée de l'Etat de droit. Dans les pays sous examen comme partout ailleurs, le principe que le pouvoir judiciaire est indépendant des autres pouvoirs – notamment l'exécutif – ne se discute plus à l'heure actuelle. Sa proclamation, du moins sur le plan formel témoigne de cette évidence. Mais

²⁰⁴ Idem

²⁰⁵ Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire partie I : l'indépendance des juges, Strasbourg, 16 mars 2010 (Doc. CDL-AD(2010)004).

une analyse minutieuse permet de découvrir que très souvent, les obstacles à une réelle indépendance des magistrats, et donc du pouvoir judiciaire, résultent de la formulation des lois sensées organiser le fonctionnement des organes de mise en œuvre de ce principe dans la pratique. Il s'agit en l'occurrence le statut qui organise sa carrière, ensuite les lois sur le Conseil Supérieur de la Magistrature ; sans écarter la personnalité individuelle du magistrat, d'autres entraves tiennent plutôt aux conditions d'ordre matériel et financier de la vie personnelle du magistrat et du fonctionnement des juridictions.

A. Les entraves résultant de la loi sur le statut des magistrats

Dans beaucoup de pays du système romano-germanique, un statut particulier organise la vie des magistrats. Cependant, ce statut est déterminé de manière unilatérale par les textes de loi dans tous les Etats où la profession de juger est institutionnalisée. Il s'agit donc d'un domaine où la négociation entre le futur magistrat et l'administration qui fixe les conditions de recrutement n'est pas prévue. Mais, ce caractère unilatéral du recrutement ne veut pas dire autoritarisme : les candidats à la fonction de juger dans un Etat démocratique savent qu'une fois recrutés, ils bénéficieront a priori de garanties suffisantes pour exercer leur profession en toute indépendance. Celle-ci est préservée grâce à leur statut qui comporte des garanties structurelles liées à l'organisation de l'appareil judiciaire et des garanties formelles d'ordre matériel qui leur permettent d'être à l'abri de toute dépendance. Il apparaît toutefois que dans la pratique, le juge est souvent mis en « sarcophage » par ce statut et du coup, son indépendance théoriquement affirmée, s'en trouve bien amoindrie. Dans les cas sous examen, et comme nous avons eu à le démontrer dans l'analyse des textes, ces atteintes aux garanties statutaires accordées aux magistrats proviennent de l'organisation hiérarchique de l'appareil judiciaire, et des règles statutaires proprement dites.

a) Les pesanteurs hiérarchiques

Il peut paraître en effet, curieux et même paradoxal d'évoquer la notion de hiérarchie en matière de justice dès lors qu'elle implique une idée de subordination qu'il est difficile de concevoir dans ce domaine. Il faut cependant accepter l'idée que la justice, en tant que service public, est également concernée par la hiérarchie. L'organisation hiérarchique permet non seulement de structurer le corps judiciaire, mais elle protège le citoyen contre l'arbitraire grâce au recours qu'il pourra éventuellement exercer lorsqu'il fait l'objet d'une décision de justice qui ne lui donne pas satisfaction. Ce principe de hiérarchie touche à la fois les magistrats – qui forment ainsi un corps hiérarchisé – et les juridictions. Il permet de situer les responsabilités et donne une certaine cohésion au corps judiciaire. En matière de justice toutefois, cette hiérarchie est particulière et n'entraîne pas une dépendance du magistrat à l'égard de ses supérieurs ou de sa juridiction lorsqu'il s'agit des juges du siège. Ce qui ne semble pas encore le cas pour les magistrats du parquet dans bien des pays. En République démocratique du Congo en effet, la distinction entre le magistrat du siège et celui du parquet en ce qui concerne ces règles semble s'atténuer.

La constitution de 2006 a mis fin à un système qui consistait à placer les magistrats du parquet sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques²⁰⁶, et sous l'autorité du Ministre de la justice qui avait sur eux un pouvoir d'injonction, très souvent négative. Sous l'empire de cette constitution, le magistrat du parquet est de façon formelle affranchi de sa

²⁰⁶ Le principe de la subordination hiérarchique de tous les membres du Ministère public d'un ressort d'une Cour d'Appel à un supérieur commun tire son fondement d'un autre principe, celui de la plénitude d'exercice de l'action public, qui appartient au procureur Général près la cour d'Appel (lire le professeur Luzolo Bambi Lessa, cours de procédure pénale, Kinshasa, 2007)

subordination vis-à-vis du Ministre de la justice, il reste que cela se réalise dans la pratique. En république du Congo la subordination hiérarchique est expliquée en des termes très menaçants aux articles 28²⁰⁷ et 29²⁰⁸ de la loi N° 15-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi N° 023-92 du 20 août 1992 portant statut de la magistrature. Elle peut, dans ces conditions se révéler plus grave lorsqu'il concerne le Ministre de la justice qui demeure le premier vice-président du Conseil Supérieur de la Magistrature. Dans plusieurs autres pays, et c'est le cas notamment en France, au Sénégal, au Burkina Faso et au Togo, la question du contrôle des magistrats des parquets par le ministre de la justice reste encore au cœur des préoccupations actuelles sur l'indépendance de la justice. Certains souhaitant une totale rupture entre le parquet et le gouvernement.

La hiérarchie au sein des juridictions par contre ne soulève pas de problèmes particuliers. Le principe du double degré de juridiction comme partout d'ailleurs, est destiné à rendre une meilleure justice en permettant au requérant qui n'est pas satisfait par la décision rendue par la première juridiction, de saisir la juridiction hiérarchiquement supérieure. Et si celle-ci devait rendre une décision contraire, cela ne constituerait pas une atteinte à l'autonomie de la décision de la juridiction inférieure dès lors que chaque juridiction est libre de statuer comme elle l'entend et quelle que soit sa place dans la hiérarchie. En revanche, la hiérarchie entre les personnes crée des rapports plus complexes et soulève plus de questions quant à l'indépendance du magistrat.

b) Les atteintes liées aux règles statutaires proprement dites

Le pouvoir hiérarchique dont il est question au sein du corps judiciaire ne concerne nullement la prise de décision ; celle-ci relève de la seule conscience de chaque juge qui n'a de compte à rendre ni à son chef de juridiction, ni à qui ce soit. Il s'agit plutôt de certains pouvoirs administratifs reconnus aux chefs de juridictions et des parquets qui peuvent, dans la pratique constituer des menaces à l'indépendance des magistrats s'ils ne sont pas limités aux seules nécessités du service. Il leur revient en effet le pouvoir de réglementer l'organisation des audiences, de pourvoir aux affectations et d'évaluer l'activité professionnelle de magistrats placés sous leur autorité – élément important pour leur avancement –. Même si des garanties entourent ces pouvoirs pour éviter tout arbitraire de leur part, le magistrat n'est pas pour autant à l'abri de pressions ou de sanctions de la part de ses supérieurs hiérarchiques, si les rapports qui les lient dans le service ne sont pas d'une parfaite sérénité. Dans le cas de la République du Congo par exemple, les articles 28 et 29 déjà cités sont révélateurs de tels risques de pressions. D'autres formes d'entraves légales résultent des pouvoirs reconnus au Ministre de la justice.

B. Les entraves résultant des attributions du Ministre de la justice

Le ministère de la justice est né sous la Révolution française. A l'origine, il était le mandataire du Roi sur des questions relatives à la justice. Comme la justice était rendue au nom de ce dernier, le ministre qui l'avait dans ses attributions était également une autorité de surveillance des juges et assurait la présidence des juridictions. Il était à ce titre un véritable membre du personnel judiciaire. Il faut tout de même relever que ce système a quelque peu évolué grâce à plusieurs aménagements qu'on y a apportés pour essayer de respecter les règles de jeu²⁰⁹.

²⁰⁷ L'article 28 alinéa 2 dispose que : « Toute insubordination caractérisée et réitérée constitue également une faute ».

²⁰⁸ L'article 29 dispose que : les chefs de cours, en dehors de toute action disciplinaire, ont le pouvoir de donner un avertissement aux magistrats placés sous leur autorité.

²⁰⁹ En France par exemple, malgré le fait que le Président de la République soit le président du CSM, et le Ministre de la justice, Vice-président, un rectificatif très important a été apporté dans la mesure où, en dehors du CSM, ni le président

Cependant, dans les deux pays sous examen, malgré plusieurs réformes, les compétences exercées par le garde des sceaux au nom de la couronne gardent encore leurs traces dans les attributions actuelles du Ministre de la justice. En République démocratique du Congo par exemple, les attributions du Ministre de la justice sont clairement définies dans l'ordonnance présidentielle n° 07/018 du 16 mai 2007 fixant les attributions des Ministres. A son article 1^{er}, let. B, ch. 9, cette ordonnance reconnaît au ministre de la justice, entre autres attributions, l'administration de la justice. Par administration de la justice, l'ordonnance entend : l'exercice du pouvoir réglementaire ; le contrôle des activités judiciaires ; la surveillance générale sur le personnel judiciaire et la garde des sceaux et le suivi des réformes institutionnelles. Regrettant la violation du principe de l'indépendance de la justice ainsi affirmée, un observateur a pu souligner le fait que cette compétence d'administrer la justice reconnue au Ministre de la justice membre du pouvoir exécutif, place ce dernier au dessus du pouvoir judiciaire, comme celui-ci était une parcelle de celui-là²¹⁰.

Il est vrai que la séparation des pouvoirs veut que le pouvoir limite le pouvoir par le biais d'un contrôle mutuel, mais il s'agit d'un contrôle visant à maintenir l'équilibre des pouvoirs et non une immixtion d'un pouvoir dans l'activité essentielle de l'autre²¹¹. Le Professeur VUNDWAVE te PEMAKO²¹² y voit la raison suivant laquelle, les actes de gouvernement échappent au contrôle juridictionnel, contrairement aux actes administratifs qui, eux, y sont soumis. Dans le cadre de la RDC particulièrement, ce pouvoir peut s'avérer très dangereux dans la pratique si son détenteur s'emploie à l'utiliser de manière extensive et répétée. C'est dans ce cadre que le Ministre de la justice du Gouvernement Gizenga II a promis, au cours d'un point de presse tenue le 29 août 2008, de sanctionner les magistrats qui, de son point de vue, « rendent des jugements iniques et se compromettent dans la corruption ²¹³ ». D'autres atteintes internes à l'indépendance des magistrats et des juridictions que l'on ne souligne pas assez souvent, mais qui, dans ces deux pays sont tout aussi réelles et importantes que les autres, sont d'ordre financier et matériel. S'y ajoutent d'autres facteurs qui matériellement, proviennent de l'extérieur de l'appareil judiciaire mais qui, de manière latente et insidieuse, peuvent être en définitive perçus comme des menaces internes.

C. Les entraves liées aux conditions matérielles et financières

Une institution à quelque niveau qu'elle soit, a besoin des moyens matériels et financiers pour organiser son fonctionnement. Dans le cadre d'un pouvoir chargé d'assurer un service public : la justice, ces moyens devraient logiquement provenir d'un budget élaboré par ses animateurs ou avec leur implication. Cependant, dans les deux cas sous examen, ces moyens matériels et financiers font cruellement défaut. Cela apparaît aussi bien au niveau du fonctionnement des juridictions et des services connexes, qu'au niveau de conditions salariales des Magistrats.

En ce qui concerne d'abord les moyens accordés aux juridictions, les études généralement faites sur leurs conditions matérielles et financières, notamment dans les pays africains, ont montré des insuffisances notoires pouvant affecter l'exercice d'une « bonne justice » et au-delà, entraîner une incapacité du magistrat à bien mener sa tâche. Une perte de crédibilité

de la République ni le Ministre de la justice n'a d'injonctions à donner aux magistrats.

²¹⁰ Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE, L'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif au Congo-Kinshasa, Article en ligne.

²¹¹ D. Chagnolaud, Droit constitutionnel contemporain, Dalloz, Paris 1999, pp 59-61

²¹² VUNDWAVE te PEMAKO, Traité de droit administratif, Larcier, Bruxelles, 2007, PP 858-859 ; Cour Suprême de Justice, Arrêt (RC. 2407) du 8 février 2002, Bulletin des Arrêts 2004, p114-115.

²¹³ Lire l'intégralité du point de presse sur le site officiel du Ministère de la justice : <http://www.gov.cd>

auprès des justiciables et de son indépendance vis-à-vis des autres pouvoirs de l'Etat peut en résulter.

En république démocratique du Congo par exemple, une mission d'enquête réalisée par la Commission Européenne sous la conduite du professeur J. MVIOKI BABUTANA de la Faculté de droit a permis de démontrer que les cours et tribunaux, les offices et les prisons ne reçoivent ni budget de fonctionnement, ni budget d'investissement²¹⁴. Et pourtant chaque année, le Ministre de la justice prépare et soumet à la Commission budgétaire les prévisions budgétaires du secteur de la justice. Ayant examiné profondément la question de la justice en RDC, le professeur y est revenu dans une autre étude où il fait remarquer que : « *sur le plan budgétaire, le pouvoir judiciaire perd son caractère de pouvoir indépendant et est réduit au rang d'un simple service du Ministère de la justice*²¹⁵ ». Dans sa note préliminaire sur la mission en RDC, le Rapporteur Spécial sur l'indépendance des juges et des Avocats est arrivé aux mêmes conclusions lorsqu'il dit : « *le manque d'indépendance financière de la justice a une incidence directe sur le manque d'indépendance de la justice tant civile que militaire, et nourrit une corruption quasi généralisée des magistrats et des auxiliaires de justice(...)*²¹⁶ ».

Dans beaucoup d'Etats d'Afrique, ces moyens manquent de manière cruciale. Le budget alloué au ministère de la justice ne dépasse généralement pas 1% du budget national. En RDC par exemple, ce budget est de 0,6% de l'ensemble du budget national. Il s'ensuit un manque considérable de moyens matériels : les bureaux sont insuffisants, exigus et vétustes, les machines à écrire non adaptées à l'image d'un pouvoir constitutionnel, etc.

Ensuite, c'est la situation financière et matérielle même des magistrats qui ne les épargne pas d'éventuelles pressions. Ils reçoivent une rémunération souvent très faible pour la fonction qu'ils occupent. Leur traitement, indemnité et avantages sociaux sont déterminés par les lois portant statut des magistrats. Même si l'on note, en République du Congo, un effort des pouvoirs publics pour améliorer leur situation, force est de reconnaître que la faible rémunération des magistrats dans ces deux pays les met dans une situation de précarité telle qu'ils jouissent de moins en moins de la « notabilité » auprès de ceux qui les saisiraient éventuellement pour rendre la justice ou de ceux qu'ils auraient condamnés. Le professeur MVIOKI n'a pas manqué de parler de « magistrat rebattu » au rang du simple fonctionnaire de l'Etat. En effet, peut-on vraiment concevoir qu'un juge vienne partager le même autobus (n'ayant à sa disposition aucun autre moyen de transport) avec un prévenu qu'il vient de condamner, même d'une peine légère ? La situation est pourtant réelle en RDC, même s'il est vrai que les plus hauts gradés parmi eux ont bénéficié d'un matériel roulant dans des conditions qui restent à préciser.

En dehors des risques d'agression, un tel juge bénéficiera difficilement de toute l'autorité nécessaire dont il aura besoin pour exercer en toute indépendance sa profession. Pour assurer la sécurité financière des juges et des institutions judiciaires, le droit des juges à un salaire et à des prestations de retraite ou autres avantages sociaux devrait être assuré et mis à l'abri des ingérences arbitraires de l'exécutif susceptibles de compromettre non seulement l'indépendance du juge individuellement, mais également l'apparence d'indépendance de l'institution à laquelle il appartient. L'idée générale qui sous-tend cette proposition est que

²¹⁴ Joseph MVIOKI BABUTANA (Dir.), Etat des lieux du système judiciaire congolais, Rapport, Fondation Konrad Adenauer, Commission Européenne, Kinshasa, Aout 2003, pp178-179.

²¹⁵ Joseph MVIOKI BABUTANA, "le système judiciaire congolais : Etat des lieux et perspectives", in Pamphile Mabiala Mantuba-Ngoma, Théodor Hanf et Béatrice Schlee, La République démocratique du Congo : une démocratisation au bout du fusil, publications de la Fondation Konrad Adenauer, Kinshasa, 2006, p 185.

²¹⁶ Voir Doc. A/HRC/4/25/Add.3, 2007, p 1§2.

les rapports entre la Justice et les deux autres organes de l'État doivent être dépolitisés²¹⁷.

Au sens de l'article 149 de la constitution, en RDC le salaire des magistrats devrait formellement être déterminé par le Conseil Supérieur de la Magistrature qui élabore un budget qu'il transmet au Gouvernement pour être inscrit dans le budget général de l'Etat. En République du Congo, tel n'est pas encore le cas. A ce sujet, Madame Nicole DUPLE, professeur à l'Université de Laval pense que si le salaire des juges doit être inclus annuellement dans le projet de budget présenté au parlement par le pouvoir exécutif, il est important alors de veiller à ce que ce dernier ne détermine pas arbitrairement les salaires et autres avantages financiers liés à la fonction, mais, et cela est tout aussi important pour l'apparence d'indépendance de la justice, que les juges n'aient pas à négocier directement avec l'exécutif pour les établir. Les syndicats de la magistrature ou les associations représentatives du corps de la magistrature ne devraient pas négocier le salaire des juges avec le gouvernement. En outre l'indépendance de la Justice n'empêche pas que les associations ou syndicats de magistrats aient des représentations quant aux salaires. Ce qui est important est que les justiciables n'aient pas le sentiment que les juges peuvent décider d'abandonner une part quelconque de leur indépendance en contrepartie d'un salaire et des avantages qui leur conviennent²¹⁸.

A ces problèmes, s'ajoutent un manque de personnel²¹⁹ et un déficit en matière de formation, d'information et de documentation. Dans le cas de la RDC particulièrement, le Royaume de Belgique a essayé de réduire cette difficulté en publiant, dans six Tomes, l'ensemble de la législation applicable en RDC jusqu'en 2003. D'autres formes de menace à l'indépendance du pouvoir judiciaire semblent inhérentes au comportement du magistrat et à la fonction même de juger.

D. Les menaces "intrinsèques" liées au comportement des magistrats et à la fonction de juger

Sans confondre vie privée et activité professionnelle des magistrats, il faut reconnaître que dans nos Etats, la réputation de ceux qui ont la charge de rendre la justice tient encore une très grande place dans l'opinion publique. Cependant, certains comportements liés à la moralité des magistrats ont été décriés (corruption, concussion, alcoolisme, etc). Au niveau interne des juridictions, de telles données fragilisent le magistrat qui « prêter le flanc » à ses supérieurs et certainement aussi aux autorités exécutives, d'où des risques de perte d'indépendance vis-à-vis d'eux. Ces premières formes de menaces qui relèvent de l'éthique du magistrat paraissent informelles, mais sont tous les jours décriées dans les deux pays ; d'autres en revanche sont plus sournoises et plus redoutables et se rapportent à la fonction judiciaire.

En effet, Les menaces « intrinsèques » à la fonction de juger qui ruinent l'indépendance du pouvoir judiciaire sont de plusieurs ordres et sont directement ou indirectement les conséquences d'une certaine politisation de la justice dans certains pays d'Afrique. C'est d'abord des prises de position de magistrats incompatibles – et surtout incompréhensibles – avec la fonction de juger au sens moderne et démocratique du terme. En République Démocratique du Congo par exemple, c'est une véritable soumission du juge aux directives du parti qui avait été organisée par les gouvernants de la deuxième république qui n'hésitaient pas à prendre des sanctions à l'encontre des magistrats récalcitrants. Aussi, les

²¹⁷ Nicole DUPLE, « Les menaces externes à l'indépendance de la justice », in Deuxième Congrès de l'AHJUCAF, Dakar 7-8 Novembre 2007.

²¹⁸ Nicole DUPLE, op. cit .

²¹⁹ Le dernier concours de recrutement organisé dans ce pays l'an dernier devrait largement y répondre.

propos d'un procureur de l'époque étaient sans équivoque sur l'inféodation de la justice à l'exécutif dans ce pays: « *le conseil judiciaire n'est pas une institution propre, mais un organe par lequel le MPR, - et donc son président car ce dernier en est l'incarnation - exerce la mission de rendre la justice. De ce fait, le magistrat zaïrois est non pas à proprement parler le mandataire du Président, mais en quelque sorte le Président lui-même exerçant sa mission de dire le droit (...). Le magistrat zaïrois doit-il prendre de plus en plus conscience de l'importance de sa mission et rendre la justice en âme et conscience de militant*²²⁰ ». Aujourd'hui, la justice semble y présenter des aspects formels plus conformes aux principes démocratiques. En république du Congo par contre, la tendance à une emprise de l'exécutif sur la justice paraît plus subtile. Elle se manifeste à travers des craintes – souvent justifiées – éprouvées par certains magistrats, de se voir infliger des sanctions de toutes sortes. Des décisions de justice montrent assez nettement cette inféodation de la justice au pouvoir politique²²¹.

II.1.2. Les menaces externes à l'indépendance du pouvoir judiciaire

Les menaces que font planer les interventions externes sur l'impartialité de la justice sont de sources différentes et de nature variée ; cependant, il convient, croyons-nous, d'accorder une importance particulière à certaines. Le processus de nomination, de promotion et de récompenses, ou encore le processus de renouvellement de mandat peut être de nature à compromettre l'impartialité réelle ou apparente de la Justice. Par ailleurs, certaines pressions provenant de l'environnement social peuvent aussi avoir une influence négative sur l'impartialité du juge.

A. Nomination, carrière du magistrat et renouvellement de mandat : des occasions d'ingérences externes

Dans plusieurs pays, la nomination initiale des magistrats dépend le plus souvent soit de la réussite à un examen d'entrée dans une école de la magistrature soit du résultat d'un concours. En République démocratique du Congo, comme au Congo Brazzaville, le processus de nomination des magistrats n'est pas susceptible de faire naître de soupçon raisonnable quant à l'indépendance d'esprit de ceux-ci, car s'y applique l'un des systèmes²²² ci-dessus évoqués. Un recrutement sur examen ou sur concours organisé par un Conseil Supérieur de la Magistrature est à cet égard des moins questionnables si toutefois cet organisme ne subit pas, en fait et en apparence, l'influence du pouvoir exécutif ou de l'argent²²³. La nomination ou la promotion des magistrats par l'exécutif sur recommandation dudit Conseil l'est davantage à première vue si ce dernier doit recommander plusieurs candidatures pour un même poste. Dans une telle hypothèse, même si la liberté de choix de l'autorité de nomination est restreinte mais très certaine, on peut craindre que la personne nommée se sente redevable de l'autorité qui l'a choisie.

En Belgique par exemple, bien que le pouvoir de nomination appartienne au Roi sur présentation des candidats par le Conseil Supérieur de la Justice, celui-ci ne présente qu'un

²²⁰ Evariste BOSHA, « La misère de la justice et la justice de la misère en République Démocratique du Congo », in *Revue de la Recherche Juridique*, 1998, p. 1169

²²¹ Nous allons y revenir dans l'analyse de certaines décisions de justice notamment au Congo Brazzaville.

²²² Lire l'article 2 de la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats en RDC, et l'article 17 de la loi 15-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°023-92 du 20 août 1992 portant statut des magistrats en République du Congo.

²²³ Soustrait des pressions politiques en apparence, il semble que le dernier concours des magistrats en RDC n'était pas à l'abri de la corruption. Des familles auraient du déboursier de fortes sommes allant parfois jusqu'à 1500 dollars pour assurer l'admission de leurs enfants chômeurs depuis plusieurs années. Des oncles, Tantes, cousins et cousines auraient ainsi été mis en contribution.

seul candidat pour chaque fonction vacante et c'est donc lui qui détient le réel pouvoir de nomination. En RDC, on reconnaît également au Président de la République le pouvoir de nommer les magistrats sur proposition du CSM. Faut-il y voir une ressemblance ? L'article 2 de la loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature dispose que le Conseil supérieur de la magistrature est l'organe de gestion du pouvoir judiciaire. Il élabore des propositions de nomination, promotion, mise à la retraite, révocation, démission et de réhabilitation de magistrats. Il décide de la rotation des juges sans préjudice du principe de l'inamovibilité, conformément aux dispositions de l'article 150 de la Constitution. Au Congo Brazzaville, les mêmes pouvoirs sont reconnus au Chef de l'Etat sur proposition du CSM. Mais la loi 16-99 du 15 avril 1999 sur le CSM apporte deux précisions : d'abord en ce qui concerne tous les magistrats des juridictions inférieures, l'article 7 dispose que leur nomination est proposée par le CSM qui doit observer la règle de l'impartialité et, que les magistrats à nommer, doivent répondre à un certain nombre des critères déterminés par la loi. En ce qui concerne par contre les magistrats de la Cour Suprême, l'article 8 de la même loi précise que leur nomination est faite sur une liste des candidats qui remplissent les critères pour y être admis²²⁴. Le Président de la République autorité de nomination aura ainsi un choix à opérer entre plusieurs candidats, avec tous les risques d'inféodation que nous avons précédemment évoqués.

Contrairement en Belgique où le Roi a une compétence liée à la proposition soumise par le CSJ en matière de nomination des juges, dans les deux pays sous examen, les CSM n'ont pas un véritable pouvoir en matière de nomination, dans la mesure où, le nombre des postes à pourvoir non précisé, ne correspond pas au nombre des candidats. Ce qui peut laisser une marge de manœuvre à un pouvoir exécutif peu favorable à une plus grande indépendance du pouvoir judiciaire. Un sentiment d'allégeance parfois aveugle peut ainsi naître dans l'esprit des personnes nommées dans ces conditions. Il paraît pourtant vrai que dans ces deux pays, le pouvoir de proposition reconnu au CSM soit de nature à faire participer ce dernier dans le processus de nomination des personnes dont il a la gestion de la carrière. On peut toutefois discuter de la nature de ce pouvoir. S'agit-il d'un avis, dans quel cas le président de la République peut s'en passer, ou plutôt d'un pouvoir de décision qui lierait l'exécutif ? Bien plus, on peut se demander comment par exemple un CSM dont la majorité de membres sont nommés par le Président de la République –dans le cas du Congo Brazzaville par exemple– peut exercer un contrôle sur les décisions de nomination prises en violation de la proposition par lui faite ?

En matière de promotion, c'est également au CSM que la loi attribue la compétence pour proposer les candidats²²⁵, y compris pour les magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat²²⁶. Le signalement établi chaque année par les chefs des juridictions et chefs d'offices des parquets a pour but d'éclairer les autorités compétentes sur le rendement, la conscience et les aptitudes professionnelles du magistrat et détermine sa promotion en grade. En RDC, l'article 158 de la constitution donne également au CSM la possibilité de proposer trois candidats à la Cour Constitutionnelle, sur un total de neuf membres que doit compter cet organe. Trois sont désignés par le parlement réuni en congrès et trois autres le sont sur

²²⁴ Ces critères sont déterminés à l'article 3 de la loi 15-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°023 du 20 août 1992 portant statut de la magistrature, repris à l'article 7 de la loi 16-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi 024-92 du 20 août 1992 et de la loi n°29-94 du 18 octobre 1994 portant institution du Conseil Supérieur de la Magistrature. Il s'agit : « de l'ancienneté dans la profession, de l'expérience ; de la technicité et compétence ; du cursus professionnel ; de la probité morale ; de la conscience professionnelle et du sens élevé du patriotisme ».

²²⁵ Article 11 de la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.

²²⁶ Article 2 al. 5 de la loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature en RDC.

l'initiative du président de la République. Ce qui peut conduire, dans un pays où l'exécutif est majoritaire au parlement, au contrôle de la Cour constitutionnelle par le gouvernement. Au Congo Brazzaville, la Cour constitutionnelle est également composée de neuf membres dont trois sont nommés sur initiative propre du chef de l'Etat, deux sont proposés par le Bureau de la Cour suprême parmi ses membres, quatre le sont sur proposition des Présidents de chaque chambre du parlement. En RDC, le mandat des membres de cet organe est de neuf ans non renouvelable, son Président est élu par ses pairs ; au Congo Brazzaville ce mandat est également de neuf ans, mais renouvelable sans limite. Son Président est nommé par le Président de la République, parmi ses membres. Dans ces conditions, le Président de la République, autorité de nomination peut trouver l'occasion de maintenir ou de changer le membre dont l'action est jugée conforme, ou peu favorable, selon le cas, à son régime.

Il résulte de ce qui précède que même si un tel organe, détient le pouvoir de nommer les magistrats, cela ne signifie pas que le processus de désignation soit pour autant soustrait à l'influence du pouvoir exécutif. Dans la nomination comme dans la promotion des magistrats, des craintes demeurent encore ; on peut même craindre que la proposition du CSM ne soit pas de nature à lui attribuer un pouvoir décisionnel si l'autorité de nomination doit opérer un choix sur une liste de plusieurs candidats, pour pourvoir à des postes très limités et bien moins inférieurs aux nombres des candidats. Le système de désignation des juges sur liste en ce qui concerne par exemple les magistrats de la Cour Suprême et le président de la Cour constitutionnelle au Congo Brazzaville, ne présente aucune garantie d'indépendance pour des raisons que nous avons déjà évoquées. En RDC par exemple, des magistrats ont indiqué avoir été informés par leur hiérarchie qu'ils devraient prendre une certaine décision pour pouvoir aspirer à une promotion²²⁷.

Le maintien de système d'entérinement permet au Président de la République de se présenter comme le véritable détenteur des pouvoirs de nomination. Tel est l'esprit du constituant ? Rien ne permet d'affirmer une telle hypothèse en ce qui concerne la RDC. La logique serait de se passer de cet entérinement. Cela ne relèverait pas de l'abstraction car, au Rwanda, la loi organique n° 3/1996 du 29 mars 1996 portant organisation, fonctionnement, et compétences du Conseil Supérieur de la Magistrature avait permis à cet organe de nommer seul tous les magistrats du siège à l'exception du Président et des Vice-président de la Cour suprême. Une telle option devrait amoindrir l'ingérence directe de l'exécutif dans la nomination ou dans la promotion des magistrats.

Le magistrat, comme tout agent de l'Etat, est soucieux de poursuivre une bonne carrière dans sa profession sans se préoccuper d'autres questions que celles liées à la nature et à l'exercice de son activité. Parler de menaces au sujet de la carrière du juge pouvait paraître contradictoire avec l'idée d'indépendance du magistrat affirmée directement ou indirectement par les textes des pays étudiés. Pourtant, un magistrat qui ferait preuve d'une très grande indépendance aux yeux de son chef hiérarchique, ou à l'égard des autorités exécutives ou politiques en place, pourrait voir sa carrière menacée et son indépendance bien amoindrie. Les magistrats sont plus ou moins attentifs à la perspective d'un avancement dans leur carrière avec les garanties dont ils bénéficient à cet effet, et sont donc bien conscients qu'ils ne sont pas à l'abri de sanctions.

²²⁷ NATIONS UNIES, *Rapport du Rapporteur Spécial des Nations unies sur l'indépendance des juges et des Avocats, additif, mission en République Démocratique du Congo*. Doc. A/HCR/8/4/Add.2, § 39, 11 avril 2008 (disponible en ligne sur [http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN\\$Go8/128/48/PDF/Go812848.pdf?](http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN$Go8/128/48/PDF/Go812848.pdf?)).

Cette menace sur leur indépendance et leur intégrité est présente tout au long de leur carrière, du recrutement à la cessation de leur fonction, qu'il s'agisse des magistrats du siège, du parquet ou des juges administratifs lorsqu'ils existent. D'autres formes de menace à l'indépendance du pouvoir judiciaire qui sont plus à craindre se manifestent dans l'administration de la justice.

B. Les ingérences proprement dites dans l'administration de la justice

L'activité judiciaire en République démocratique du Congo et en République du Congo est très souvent confrontée à des difficultés de plusieurs ordres. En dehors de celles précédemment décrites, qui elles, peuvent être évitées en adoptant des textes beaucoup plus adaptés et plus clairs; d'autres qui affectent gravement l'indépendance du pouvoir judiciaire, proviennent généralement de l'exécutif ou de ses services qui s'immiscent dans l'administration de la justice. Si l'ensemble de l'appareil judiciaire s'y est soumis, en RDC la justice militaire paraît la plus exposée. Pourtant, d'importantes innovations ont été introduites dans ce domaine ces sept dernières années.

En effet, pendant longtemps, les tribunaux militaires ont siégé sous la présidence d'un officier nommé par le commandement militaire et n'ayant pas de qualifications pour être magistrat. Le magistrat de carrière attaché au tribunal siégeait dans le collège des juges comme un simple membre parmi les autres officiers, mais ne dirigeait pas le débat du procès. Quant aux procureurs (auditeurs militaires), ils étaient, en vertu de leur fonction, directement attachés au commandement et à l'exécutif comme conseillers. Le plus gradé parmi eux, l'auditeur général, exerçait automatiquement les fonctions de conseiller juridique du Ministre de la Défense en temps de paix, et celui du Président de la République en temps de guerre²²⁸. Par ailleurs, l'auditeur Général était le chef du corps de justice militaire et avait ainsi préséance sur les magistrats de siège. Cette atteinte à l'indépendance du siège à l'égard du parquet était confirmée par le pouvoir reconnu à l'auditorat militaire de convoquer les audiences des juridictions militaires.

Certaines de ces atteintes ont été progressivement supprimées au fil du temps. D'abord, des résolutions prises par la Conférence Nationale Souveraine tenue en 1992 avaient permis de supprimer plusieurs de certaines atteintes en abrogeant des dispositions légales qui les justifiaient. Aussi, la présidence des compositions des juridictions militaires a été progressivement confiée aux magistrats militaires au détriment des officiers n'ayant pas qualité de magistrat. Parallèlement, l'indépendance du siège à l'égard du parquet et la préséance des juges sur les magistrats du parquet ont été rétablies. Ensuite, le code judiciaire militaire de 2002 et la constitution de 2006 ont à leur tour permis de rendre plus conformes les conditions de la carrière du magistrat militaire à celui de son collègue civil. Aussi, la nomination des magistrats militaires répond désormais aux conditions générales décrites dans la loi portant statut des magistrats en RDC, et ne peut plus se faire par réquisition effectuée par les hauts magistrats. De même, ces textes ont sensiblement limité l'autorité du ministre de la Défense sur la justice militaire. Ce dernier ne peut désormais plus émettre que des demandes de poursuites (injonction positive) et ne peut plus ordonner qu'il soit mis fin aux poursuites déjà engagées.

²²⁸ Marcel WETSH'OKANDA KOSO, *République Démocratique du Congo, la justice militaire et le respect des droits de l'homme – L'urgence du parachèvement de la réforme*, une étude d'AfriMAP et de l'Open Society for Southern Africa, publication du réseau open Society Institute, Johannesburg, 2009, p. 7

Dans la pratique néanmoins, les attaques ouvertes contre l'indépendance des magistrats sont menées de façon régulière par les membres de l'exécutif, le commandement des forces armées et par la hiérarchie judiciaire elle-même. Cette pratique n'est pas un phénomène nouveau dans ce pays, mais il semble qu'elle ait pris des proportions inquiétantes depuis la période de la transition selon l'étude d'AfriMAP déjà citée. Plusieurs raisons l'expliquent. En effet, pendant la guerre, le gouvernement a tissé des alliances avec certains groupes armés insurrectionnels. Ayant du mal à se délier de tels accords, le gouvernement préfère agir contre l'indépendance des magistrats pour protéger des anciens alliés. Aussi, ces attaques contre l'indépendance des magistrats prennent des formes variées, elles vont des pressions politiques proprement dites, aux révocations et mutations intempestives des magistrats. Dans certains cas, des magistrats sont spécialement désignés pour connaître des affaires particulières ; dans d'autres encore, on note la soumission des poursuites à l'autorisation préalables du Commandement et des injonctions avant la prise des décisions²²⁹.

a) Pressions politiques

De façon générale, les pressions politiques exercées sur les magistrats visent à obtenir d'eux, l'abandon des poursuites ou d'influencer leurs décisions, le but final étant – en ce qui concerne les magistrats militaires – de protéger un ou plusieurs alliés d'hier. Dans certains cas, les pressions politiques sont exercées de manière très subtile et leur manifestation n'est souvent pas évidente pour le public en dehors du magistrat directement concerné. Gédéon Kyungu Mutanga et Tshiinja Tshiinja, deux anciens chefs May May du Nord Katanga, sont cités pour avoir bénéficié d'une telle protection de la part du Gouvernement. Dans le cas du premier, des pressions ont été exercées sur le magistrat pour influencer le cours de l'instruction à son égard. Dans un rapport du 8 février 2007, la MONUC²³⁰ auprès de qui le chef militaire s'était volontairement rendu le 12 mai 2006, a dû confirmer cet état de choses lorsqu'elle a constaté que le sort de M. Gédéon dépendait exclusivement de la volonté du Président de la République. Dans le cas de Tshiinja Tshiinja par contre, le magistrat instructeur de l'affaire, acculé par la Société Civile au sujet des lenteurs dans le déclenchement des poursuites, aurait confirmé que le sort du suspect ne dépendait pas de lui mais du pouvoir politique.

Dans d'autres cas, ces pressions politiques sont plus ouvertes. Il semble que celles exercées sur les magistrats dans l'affaire Kilwa ont particulièrement été flagrantes qu'elles ont dû susciter l'indignation de quatre Organisations des Droits de l'Homme qui ont ainsi signé un communiqué de presse²³¹

Plus récemment, le gouvernement a interdit aux magistrats militaires de poursuivre les chefs et les combattants des groupes armés basés au Nord et au Sud Kivu, en particulier ceux du mouvement rebelle Conseil National pour la Défense du Peuple (CNDP). Par une lettre²³² du 9 février 2009 adressée au Procureur général de la République et à l'Auditeur général des forces armées de la République Démocratique du Congo, le Ministre de la Justice les avait instruits « *de ne pas engager des poursuites contre les membres desdits groupes armés et d'arrêter celles déjà initiées* ». L'impératif de la paix a souvent été avancé pour justifier des telles décisions. Il faut cependant vite dire que ces mesures, si elles permettent

²²⁹ *Idem*, pp. 8-9 ; 71-77

²³⁰ MONUC, *La situation des Droits de l'Homme en RDC au cours de la période de juillet à décembre 2006*, 8 février 2007, p. 22.

²³¹ ACIDH, ASADHO, GLOBAL WITNESS ET RAID, *Le procès de kilwa: un déni de justice, chronologie, octobre 2004-juillet 2007*, 17 juillet 2007

²³² Lettre du Ministre de la justice N° 0226/JPM284/D/CAB/MIN/J/2009 portant « Amnistie à accorder aux membres des groupes armés (CNDP...) ».

d'établir un semblant de paix dans la mesure où elles gèlent des situations, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent une prime à la capacité de nuisance accordée à certains de nos frères égarés. Faut-il rappeler que la paix marche avec la justice ? Plusieurs affaires devant les juridictions internationales (Tribunal d'Arusha pour le Rwanda et Cour Pénale Internationale, par exemple dans le cas du Chef de l'Etat soudanais) ne témoignent-elles pas de cette exigence ? A ces pressions déjà très perceptibles s'ajoutent d'autres facteurs non moins négligeables qui minent l'indépendance de la justice.

b) Révocations, mutations intempestives, menaces et harcèlement des magistrats

En République Démocratique du Congo, l'article 150 de la constitution dispose en son dernier alinéa que : « le magistrat du siège est inamovible. Il ne peut être déplacé que par une nomination nouvelle ou à sa demande ou par rotation motivée décidée par le Conseil supérieur de la Magistrature ». En République du Congo, aux termes de l'article 141 de la constitution de 2002, seuls les juges de la Cour suprême sont inamovibles. Dans bien des cas malheureusement, la révocation et la mutation ont été utilisées pour sanctionner un magistrat qui a énervé le pouvoir. En RDC par exemple, le premier président de la haute cour militaire NAWELE MUKHONGO a été révoqué en 2006 dans les conditions peu respectueuses de la loi. Il semble que cette révocation ait été liée à l'acquittement, par le tribunal militaire de garnison de Kinshasa-Gombe, de Maître Marie Thérèse NLANDU, l'une des candidates de l'opposition à la dernière présidentielle, poursuivie du chef de participation à un mouvement insurrectionnel. Un rapport des Nations Unies²³³ affirme qu'on aurait reproché au général président, de n'avoir pas bien « encadré » le président de ce tribunal militaire, MBOKOLO, alors son directeur de cabinet.

Cette thèse semble s'accréditer par le fait que, Monsieur MBOKOLO et Monsieur KAKWENDE, un autre magistrat militaire proche du général NAWELE ont été, dans les mêmes circonstances mutés à l'intérieur du pays. N'ayant pas rejoint leurs lieux d'affectation respectifs, ils ont fait l'objet des poursuites pour refus d'obéissance. Dans un autre rapport des Nations unies, l'expert note que : « *dans plusieurs procès pour crimes graves, les magistrats ayant entamé des actions ou pris des décisions défavorables à un membre du commandement militaire ont été déplacés et que, suite à ce déplacement, les décisions prises par leur successeur ont abouti à l'acquittement de l'accusé. Dans des nombreux cas, les commandements militaire et de la Police ne remettent pas aux magistrats les militaires ou les policiers inculpés en expliquant parfois qu'ils sont soutenus par la capitale (...)* ». Les magistrats décrivent une situation intenable dans laquelle il est souvent impossible de travailler²³⁴.

Le poids qu'exerce le commandement a été identifié comme l'un des facteurs de la contre performance sur la justice militaire. Partout, le commandement s'arroge le droit soit d'interdire les poursuites à l'encontre des éléments placés sous son autorité soit de soumettre lesdites poursuites à son autorisation préalable. Ainsi, dans une lettre adressée à l'auditeur militaire de garnison de Bunia en date du 24 juillet 2006, le général MBUYAMBA NSONA²³⁵, commandant des opérations dans l'Ituri, on peut lire ce qui suit :

1. *J'ai constaté que depuis un certain temps, les militaires de garnison sont convoqués et viennent comparaître dans vos offices à l'insu du commandement des opérations ;*

²³³ NATIONS UNIES, Rapport de l'expert indépendant sur la situation des Droits de l'Homme en République démocratique du Congo, Doc. A/HCR/7/25, 29 février 2008§28. (Disponible en ligne sur <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/Go8/115/59/PDF/Go811559.pdf?>)

²³⁴ Doc. A/HCR/8/4/Add.2, 11 Avril 2008, *op cit.* § 39.

²³⁵ Marcel WETSH'OKANDA KOSO, *op. cit.* pp75-76

2. Désormais, toutes convocations, tout mandat de comparution ou d'amener devra être impérativement approuvé par le commandant des opérations. Les militaires sont en opération.
3. Agir autrement constituerait un vice de procédure et de ce fait punissable.

Dans beaucoup d'autres cas, les magistrats se sentent souvent menacés. Dans le même rapport, on peut lire exactement que : « plusieurs magistrats ont indiqué avoir reçu des menaces, notamment dans les provinces de l'Est du pays, entre autres pour avoir accepté le soutien de la MONUC. Ils ont reçu des avertissements leur indiquant que, après le départ de la MONUC, eux resteront et que leur compte sera réglé. D'autres magistrats militaires ont indiqué avoir trouvé des tracts contenant des menaces et les enjoignant à ne pas enquêter dans les affaires de meurtre. Dans le cas de la justice militaire, ce sont des militaires qui menacent ou agressent les juges à des fins d'intimidation, en vue de s'assurer leur impunité ou celle de leurs collègues. Les récents graves incidents qui ont eu lieu à Kisangani où le général Kifwa a enlevé quatre magistrats à leur domicile, les a déshabillés et battus dans la rue devant la foule, et les a ensuite amenés à l'état major où deux d'entre eux aurait fait l'objet de traitements cruels et dégradants toute la nuit, démontrent que le degré de vulnérabilité des juges atteint des niveaux intolérables²³⁶ ».

En République du Congo, en l'absence de plusieurs documents d'analyse, il me paraît difficile de mesurer l'ampleur des interventions de l'exécutif dans l'administration de la justice. Cependant, de la lecture de deux rapports fournis par la Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) sur l'Affaire des « Disparus du Beach », il est possible d'affirmer que, dans ce pays, les magistrats ne sont jamais à l'abri des pressions politiques et d'autres formes d'immixtion extérieure, si le procès – hors de tout média – met en jeu « les intérêts du pouvoir » ou implique des personnalités jugées d'une certaine influence. L'affaire des Disparus du Beach, par son importance permet de faire la lumière sur la condition du juge lors que des *intérêts d'Etas* sont menacés.

En effet, en fin janvier 2002, le parquet de Meaux (France) avait ouvert une information judiciaire contre X, à la suite de plaintes déposées par la FIDH et des rescapés du massacre du Beach, qui s'est déroulé du 5 au 14 mai 1999 contre les personnes réfugiées au sud de Brazzaville. Le 1^{er} avril 2004, alors que M. NDENGUE²³⁷ était en visite privée depuis le 19 mars 2004 dans l'hexagone dans sa villégiature de Meaux, il est arrêté et placé en garde à vue à Paris à la demande du juge de Meaux, Jean Gervillié, qui instruit l'affaire. Jean-François N'Dengue serait donc directement impliqué dans les tortures et le massacre de plus de 350 réfugiés du Beach en mai 1999, à l'intérieur du port de Brazzaville. Il semble que malgré les pressions émanant du Quai d'Orsay²³⁸, le juge d'instruction a directement envoyé M. N'Dengue à la prison de la Santé. C'est alors que M. Sassou N'Guesso, président du Congo (mandaté par ELF-TOTAL) et ami de longue date de Jacques Chirac entre en jeu et fait jouer ses relations. N'obtenant pas gain de cause, viennent alors les menaces : « Que dirait-on, grince en substance le président africain, si je faisais arrêter l'attaché militaire de l'ambassade de France ? Ou si je menaçais les intérêts de Total et ses dirigeants sur place ? ²³⁹ ».

Il semble que ce chantage sur les puissants intérêts pétroliers français au Congo ait pris le dessus et ait influencé la décision, puisque, selon le canard enchaîné déjà cité, le « Président Chirac, avant de s'envoler pour Moscou, avait demandé à Villepin de régler la question dans la nuit ». Ce qui conduit le 3 avril, à 2 heures du matin, à la chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris - sans

²³⁶ Doc. A/HCR/8/4/Add.2,11 Avril 2008 *op cit.* § 38

²³⁷ Un officier de la gendarmerie congolaise (Brazzaville) de haut rang

²³⁸ Lire le Canard Enchaîné du 7 avril 2004, « **L'affaire n'dengue - les menaces de SASSOU envers Chirac - quand la France-Afrique fait dérailler la justice française** ».

²³⁹ Idem.

motiver son jugement- de libérer le captif. A 3 heures, M. N'dengue est aussitôt relâché et quitte la Santé. La FIDH, la Ligue française des droits de l'Homme (LDH) et l'Observatoire congolais des Droits de l'Homme (OCDH) ont décidé de saisir le Conseil Supérieur de la Magistrature français afin d'enquêter sur la décision de remise en liberté de Jean François N'Dengue.

Dans leur lettre du 5 avril 2004 on peut lire ceci : « Indépendamment de la légalité d'une telle décision, compte tenu de l'absence d'immunité diplomatique de M. NDENGE et des charges retenues contre lui, il apparaît que cette affaire a fait l'objet d'un traitement à tout le moins surprenant. Il été porté à notre connaissance que les services de gendarmerie ayant procédé à l'interpellation de M. NDENGE, le magistrat instructeur et le juge de la Liberté et de la détention ont fait l'objet d'interventions répétées afin d'éviter la mise en examen de l'intéressé et sa mise en détention (...) Ces faits nous semblent justifier d'une saisine de votre Conseil afin qu'il examine la réalité des interventions dont les enquêteurs et les juges du siège ont pu être l'objet. De la même manière, le traitement exceptionnel de cette procédure nous paraît justifier l'examen des conditions dans lesquelles un magistrat a pu accepter de statuer dans ces conditions²⁴⁰ ».

M. Jean Gervillié, juge d'instruction au Tribunal de Grande Instance de Meaux a, lui aussi saisi le Conseil Supérieur de la Magistrature d'une demande d'audition. Ce magistrat en charge de l'instruction ouverte contre X pour crimes contre l'humanité, commis entre avril et juillet 1999 à Brazzaville (Congo) avait dénoncé les interventions subies, de nature à compromettre gravement le déroulement serein et indépendant de l'information dont il était saisi. A la suite de cette demande, le Syndicat de la magistrature s'est réunie le 13 avril 2004. Dans la communication de la présidente du Syndicat, Madame Aïda Chouk, on peut lire : « Messieurs et Mesdames les membres du Conseil Supérieur de la Magistrature, M. Jean Gervillié, juge d'instruction au Tribunal de Grande Instance de Meaux a saisi votre conseil d'une demande d'audition. Ce magistrat en charge de l'instruction ouverte contre X pour crimes contre l'humanité, commis entre avril et juillet 1999 à Brazzaville (République du Congo) indique en effet que cette procédure a fait l'objet d'interventions de nature à compromettre gravement le déroulement serein et indépendant de l'information en cours. Les circonstances du déroulement de la garde à vue de M. N'DENGUE et celles de l'audience du magistrat de la chambre d'instruction de Paris sur le référé-liberté diligenté par le procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance de Meaux, nous conduisent à vous saisir d'une demande d'avis sur d'éventuelles pressions attentatoires aux principes de l'indépendance de la magistrature et de la séparation des pouvoirs²⁴¹ ».

Dans la suite de la procédure engagée en France, les autorités congolaises ont annoncé leur volonté de relancer les enquêtes sur une information judiciaire qui aurait été ouverte, contre X depuis l'année 2000. D'après la FIDH, plusieurs éléments ont pu témoigner d'une forte immixtion du politique dans l'affaire. Elle écrit : « le 11 juin 2002, le procureur de la république et le Doyen des juges d'instruction ont été relevés de leurs fonctions par le Ministre de la justice²⁴². Patrice NZOUALA est nommé nouveau Doyen des juges d'instruction ; décès du juge d'instruction et nomination d'un nouveau juge ». Dans un autre rapport de la FIDH sur une mission judiciaire du procès des Disparus du Beach, les experts mettent en doute l'indépendance des magistrats et des jurés chargés de ce procès en ces termes : « Le choix des jurés n'a pas été laissé au hasard d'un tirage au sort ; au contraire, ils ont été soigneusement choisis par l'administration congolaise.

²⁴⁰ Fédération Internationale des Droits de l'Homme, Groupe d'action judiciaire de la FIDH, République du Congo, affaire des Disparus du Beach, Développements et enjeux des procédures en cours en France, en République du Congo et devant la Cour internationale de Justice, Décembre 2001-juillet 2004, N° 400, juillet 2004, p.12. (Trouvez l'intégralité du rapport sur <http://www.Fidh.org/justice/index.htm>).

²⁴¹ Retrouver l'extrait de la lettre dans Pressafrique d'avril 2004, in <http://www.pressafrique.com/m41.html>

²⁴² Ces deux personnalités auraient déclaré à la FIDH qu'aucune procédure n'était initiée au Congo dans le cadre de l'affaire du Beach. La mesure du Ministre de la justice peut donc s'analyser en une sanction à leur encontre.

Quant aux juges professionnels, les modalités de leur sélection sont demeurées inconnues des avocats rencontrés par les chargés de mission de la FIDH --- à savoir qu'elles ne sont pas régies par des règles transparentes. Ainsi leur indépendance est sérieusement mise en doute. Leur nomination relève exclusivement du président de la République, qui décide sur proposition du garde des Sceaux et d'un Conseil supérieur de la magistrature qui en réalité n'a jamais été créé (...). L'ensemble de la procédure a été marquée par les irrégularités flagrantes et malheureusement topiques de la tutelle du politique sur une autorité judiciaire qui n'en peut mais, seuls les droits de la défense --- attribut essentiel du droit à un procès équitable --- auront été respectés²⁴³».

En RDC comme au Congo Brazzaville, l'analyse de quelques cas pratiques a démontré les diverses formes que peuvent prendre les immixtions du politique dans l'administration de la justice. Les conséquences de telles pratiques sur l'indépendance du pouvoir judiciaire freinent tout élan dans un pays comme la RDC où d'importantes réformes venaient de s'opérer. Bien plus, même si c'est devant les juridictions militaires que de telles attitudes ont été les plus manifestes – dans le cas de la RDC par exemple – cela ne veut pas dire que les magistrats civils soient à l'abri de telles pressions. Un rapport déjà cité indique que : « *concernant l'ingérence du pouvoir exécutif dans l'administration de la justice, on peut signaler le cas d'un Vice-président de la République qui a fait suspendre l'exécution d'un jugement de déguerpissement régulièrement rendu, allant jusqu'à séquestrer et à faire détenir les huissiers commis à l'exécution de la décision* ». Le même rapport note : « *qu'il est courant de voir le Ministre de la justice suspendre l'exécution d'une décision de justice rendue en bonne et due forme. Il arrive même qu'il intime l'ordre à un magistrat instructeur de libérer un prévenu sans tenir compte des éléments du dossier*²⁴⁴ ».

Par ailleurs, il arrive des cas que le juge, tout en étant soumis à l'autorité d'aucun autre organe ou collectivité, aliène son indépendance à des particuliers ou à de l'argent. Cette forme de pression, bien que souvent non organisée, n'en est pas moins redoutable.

c) Les pressions de l'environnement social du magistrat

Le magistrat est partie intégrante de l'environnement social dans lequel il évolue et il n'est pas souhaitable de l'isoler de celui-ci ; la « bonne justice » est rendue par un juge qui est en phase avec la réalité. S'il est vrai que les droits et libertés qui sont reconnus aux autres membres de la société civile ne sauraient lui être reconnus sans restriction aucune, il est tout aussi vrai que le juge ne doit pas paraître vulnérable à certaines influences politiques, religieuses, ethniques, ou d'ordre économique, susceptibles d'affecter son impartialité. Le souci d'éliminer les risques de conflits d'intérêts justifie qu'il soit interdit aux juges l'exercice de toute activité professionnelle susceptible de les conduire à exercer leurs fonctions juridictionnelles avec partialité. La maxime « *nemo debet esse judex in propria sua causa* » qui véhicule l'exigence d'impartialité signifie que le juge ne doit pas être en situation d'avoir à choisir entre ses intérêts personnels et les exigences de la justice. Les textes qui établissent les incompatibilités prévoient généralement et explicitement l'interdiction d'exercer des fonctions politiques ou d'appartenir à un parti politique.

Cependant dans la pratique, les influences et pressions provenant de son environnement social susceptibles de compromettre l'impartialité d'un juge sont de sources si diverses qu'il serait difficile de les mentionner toutes ici. De manière générale, dans les deux pays sous

²⁴³ FIDH, Mission d'observation judiciaire au procès des "disparus du Beach", Brazzaville, été 2005, n° 435, Décembre 2005, in <http://www.Fidh.org/justice/index.htm>.

²⁴⁴ Joseph MVIOKI BABUTANA (Dir.), *Etat des lieux du système judiciaire congolais*, Rapport, op cit, p 179.

examen, le juge se laisse très souvent influencer par les considérations d'ordre sociologique (clanique ou tribal)²⁴⁵ et par le pouvoir de l'argent.

Aussi, avoir des relations parmi les autorités politiques influentes, et le critère de parenté au sens large (famille, clan, ethnie) avec un haut placé est un atout pour gagner un procès. Le contraire l'est pour la perte d'un procès même lorsqu'on a juridiquement raison. Le pouvoir de l'argent exerce, à son tour une autre influence sur le juge. Celui-ci, se fondant sur son maigre salaire, demande de l'argent à tout prix aux parties pour prononcer un jugement, sinon le délai est tiré en longueur, sans peur de verser dans un retard injustifié qui est une composante du déni de justice. Ensuite, le gain du procès revient à la partie qui offre plus de sous. Le Professeur VUNDWAVE n'a pas hésité de parler des Avocats et des magistrats qui entretiennent des relations mercantilistes en bradant le droit contre de l'argent.²⁴⁶

Dans un rapport de l'ONU sur l'indépendance des juges déjà cité, l'expert note ceci : « *alors que les Avocats ne semblent souffrir ni d'un manque d'organisation de leur profession ni de l'absence d'indépendance au niveau formel, les difficultés qu'ils rencontrent se situent au niveau du manque d'indépendance des magistrats, et notamment de leur corruption. Il est bien trop fréquent que les juges demandent de l'argent aux avocats et, s'ils ne payent pas, ils perdent le plus souvent les procès. De ce fait, une partie des Avocats se laissent corrompre et ceux qui restent intègres ont beaucoup de difficultés*²⁴⁷ ».

L'environnement social et le pouvoir de l'argent sur le magistrat, sont donc ces deux autres facteurs qu'il faut considérer dans la détermination des règles sur l'indépendance des magistrats. Le principe de l'inamovibilité des juges par exemple devrait s'adapter à cette réalité ; un régime plus dissuasif des sanctions est, pour ainsi dire souhaitable pour décourager des pratiques pour les moins avilissantes.

II.2. POUR UNE INDEPENDANCE DU POUVOIR JUDICIAIRE DANS LES DEUX CONGO

Dans les pays qui ont rompu avec le système communiste et ont adopté le système politique de la démocratie pluraliste, l'administration de la justice a été remodelée pour s'adapter aux nouvelles exigences des règles démocratiques. Il n'existe peut-être pas encore de doctrine valable de l'indépendance de la fonction judiciaire et, c'est pour cette indépendance une cause incontestable de faiblesse, tout au moins dans les pays de droit romain. Mais il demeure constant que l'indépendance des magistrats est une nécessité reconnue de tous, et que dans tous les pays libres on s'est efforcé de l'assurer. Dans les deux pays sous examen, des réformes ont été initiées depuis les années 90. L'analyse de leurs constitutions et lois respectives a permis de démontrer que sur le plan formel, la République Démocratique du Congo semble aller très loin vers une reconnaissance plus large de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

En République du Congo, les réformes très ambitieuses opérées entre 1992- 1997 n'ont malheureusement pas pu se maintenir devant d'autres réformes plus favorables au régime

²⁴⁵ Même les règles présidant à la promotion sont également affectées par ce phénomène de tribalisme, ce que le Bâtonnier MBUY-MBIYE TANAYI semble affirmer lorsqu'il écrit que : « *Les règles présidant à la promotion constituent un autre problème, dans la mesure où la compétence était souvent écartée comme critère possible de sélection, l'évaluation des candidats se limitant bien souvent à l'origine tribale ou clanique ou encore à l'équilibre régional, avec pour conséquence que certains méritants sont astreints à une carrière plane qui finit par engendrer découragement et aigreur.* » (MBUY-MBIYE TANAYI, L'état de la justice congolaise, Discours de rentrée judiciaire, Kinshasa, décembre 2008) lire l'intégralité du discours in www.justice.gov.cd

²⁴⁶ VUNDWAVE te PEMAKO, *op. cit.*, p. 119.

²⁴⁷ Doc. A/HCR/8/4/Add.2, 11 Avril 2008, *op. cit.* §47

de tutelle du pouvoir judiciaire autrefois décrié. Ce sont ces moyens de cette indépendance que nous allons nous efforcer de rappeler à la lumière de l'expérience tirée de plusieurs pays. Sur le plan pratique, l'indépendance du juge exige pour être garantie qu'un certain nombre des conditions qu'il est malaisé d'énumérer ici. En d'autres termes, là où la proclamation puis la mise en œuvre du principe de séparation des pouvoirs suffisent formellement à assurer l'indépendance de la justice, saisie collectivement, bien d'autres garanties sont requises pour assurer celle des magistrats, pris individuellement. L'on en vient ici aux traductions les plus classiques du droit à l'indépendance. Elles sont aujourd'hui bien connues et largement partagées, ce qui, hélas, ne suffit certes pas à ce que tous les problèmes soient réglés. Inventorier les sujets, c'est inventorier les difficultés mais, de façon générale, en dehors de l'indépendance extérieure protégée par les lois, le magistrat doit aussi pouvoir disposer de l'indépendance intérieure. Dans le cadre de cette étude, nous nous limiterons aux conditions extérieures de l'indépendance qui se rapportent au recrutement et à l'avancement de la magistrature ; à la question de l'inamovibilité du magistrat ; à la responsabilité pénale du magistrat et aux immunités et protection contre les outrages, en démontrant le rôle que le CSM peut jouer et dans quelle condition le CSM peut-elle être efficace.

II.2.1. Le CSM, organe de nomination et de promotion des magistrats

Dans plusieurs pays à tradition démocratique, la constitution confère à un organe indépendant le rôle de garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire. En RDC comme au Congo Brazzaville il s'agit du Conseil Supérieur de la Magistrature qui en principe, intervient dans la désignation et l'avancement des magistrats comme nous l'avons expliqué. Mais la mise en œuvre effective de ces pouvoirs reste soumise à certaines conditions. En effet, le Conseil Supérieur de la Magistrature est cet organe de régulation de la carrière des magistrats conçu pour soustraire le processus de nomination des magistrats de l'emprise de l'exécutif, et donc de les mettre à l'abri des influences politiques. En ce qui concerne le recrutement des magistrats, les deux pays pratiquent le système de recrutement sur concours ou, parfois, sur titre.

De ce fait, doit s'organiser un déroulement de carrière, dont il va de soi qu'il ne peut être abandonné à la volonté du pouvoir politique. Si le système de concours paraît faire l'unanimité quant à certaines *garanties formelles* qu'il présente, le plus difficile est dans la gestion des transitions : lorsque l'on veut passer d'un système insatisfaisant à un système satisfaisant, comment doit-on faire, et avec qui ? Face à un système judiciaire asservi ou vénal, faut-il commencer par le purger – ce qui n'est déjà pas chose aisée – pour ensuite seulement apporter des garanties d'indépendance à des magistrats nouveaux, ou faut-il commencer par les garanties, quitte à ce qu'elles profitent en premier lieu à ceux qui, dans le passé, ont eu des pratiques détestables et dont on est en droit de se défaire ?

La RDC a certainement eu à se poser de telles interrogations dans un passé très récent, le Congo Brazzaville pourra y être confronté. Hier, dans ces deux pays, la nomination des magistrats était l'apanage du Ministre de la justice selon la procédure rappelée plus loin. Actuellement, des CSM composés des autorités, elles-mêmes judiciaires ont reçu les tâches délicates de la sélection puis de l'avancement. Mais la réalité est parfois éloignée de ce principe parce qu'en fait, outre la corruption qui est toujours présente dans la sélection des candidats, le pouvoir politique est loin d'avoir renoncé partout à influencer sur ces choix. En effet, même si le CSM est formellement compétent pour proposer la nomination, la promotion et la révocation de magistrats, le vrai pouvoir revient en réalité au président de la République.

En RDC le CSM est totalement composé des magistrats, ce qui peut garantir l'absence de toute influence politique dans le déroulement de leurs travaux ; en République du Congo en revanche, on est loin de cette idée. En effet, lorsqu'il doit siéger en matière de nomination ou de promotion des magistrats, le CSM composé en majorité des membres nommés par le Président de la République, est présidé par ce dernier ou, à son défaut par le Ministre de la justice. Aussi le poids des membres de l'exécutif au sein de cet organe et les modalités de prise de décision au cours des délibérations ne laissent aucun doute sur la vulnérabilité des magistrats.

Au Sénégal dont le système est très proche de celui du Congo Brazzaville, la pratique a montré que les procédures de délibération et de vote au sein du CSM ne sont bien souvent que de simples formalités dont le président de la République ou le Ministre de la Justice s'est parfois passé lorsqu'il s'est agi de nommer ou de promouvoir des juges pour des raisons politiques. Il a en effet été observé que même s'il a présidé le CSM siégeant en matière de nomination, le président de la République ne s'est senti dans aucune obligation de nommer exactement comme l'indiquait le résultat du vote du CSM. En fait, la pratique paraît indiquer que « *Tantôt le Président, faisant suite au rejet manifesté par le CSM d'une proposition de nomination du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, s'est gardé de nommer le magistrat proposé, tantôt le Président de la République malgré l'avis favorable des membres du C.S.M. n'a pas donné suite à la nomination de magistrat proposé*²⁴⁸ ». Ce qui sous-entend qu'en matière de nomination des magistrats, la compétence du Président de la République n'est pas liée au résultat du vote du CSM.

Pour éviter les risques d'une politisation de la fonction du magistrat au Congo, l'idéal serait de couper le cordon ombilical entre le CSM et l'exécutif comme l'a déjà fait son voisin. Tel fut d'ailleurs l'idée M. Aliou Niane, président de l'Union des magistrats du Sénégal. Au cours d'une émission à la radio privée *Radio Futurs Médias* (RFM) le 19 août 2007, M. Alioune avait déclaré que puisque « *le président de la République ne peut pas être chef de l'Assemblée nationale ni du Sénat, par principe et pour assurer une indépendance effective des magistrats, il ne peut pas être le chef du pouvoir judiciaire à travers le Conseil Supérieur de la Magistrature* ».

En matière de nomination et de promotion des magistrats, un renforcement des pouvoirs du CSM voudrait que les lois soient les plus claires possibles, en exigeant par exemple la conformité du décret du président de la République à la proposition faite par le CSM. La suppression de ce décret aussi bien en RDC qu'au Congo Brazzaville devrait être l'idéal. Plus qu'au Rwanda, en Mozambique, l'article 222 de la constitution assigne 4 tâches au Conseil Supérieur de la Magistrature (*Conseelho Superior da Magistratura Judicial*) CSMJ : nommer, transférer, promouvoir et révoquer les juges ; évaluer leur mérite professionnel et exercer l'action disciplinaire à leur encontre ; évaluer le mérite professionnel et exercer l'action disciplinaire à l'encontre du personnel administratif des tribunaux, sans préjudice des pouvoirs disciplinaires des présidents des tribunaux ; procéder à des inspections, enquêtes et investigations pour des matières extrajudiciaires liées à l'administration des cours et tribunaux ; donner des avis consultatifs et des recommandations sur les grandes options du pouvoir judiciaire, à leur propre initiative ou à la demande du président de la République, du parlement ou du gouvernement.

²⁴⁸ Juriscope, « Le statut particulier des magistrats et le régime de la magistrature au Sénégal », 1997, p6 cité par Fondation OSISA (AfriMAP), in *Les conseils Supérieurs de la Magistrature ou organes équivalents en Afrique : brève présentation comparative de leurs pouvoirs et compositions : avis juridiques à l'intention des parlementaires de la République démocratique du Congo*, novembre 2007, p. 7.

Dans sa Recommandation n° R(94)12, le Comité des Ministres de la Commission européenne laisse également apparaître une préférence pour un Conseil Supérieur de la Magistrature comme organe en matière de nomination, tout en admettant d'autres dispositifs et indique: « *L'autorité compétente en matière de sélection et de carrière des juges devrait être indépendante du gouvernement et de l'administration. Pour garantir son indépendance, des dispositions devraient être prévues pour veiller, par exemple, à ce que ses membres soient désignés par le pouvoir judiciaire et que l'autorité décide elle-même de ses propres règles de procédure. Toutefois, lorsque la Constitution, la législation ou les traditions permettent au gouvernement d'intervenir dans la nomination des juges, il convient de garantir que les procédures de désignation des juges ne soient pas influencées par d'autres motifs que ceux qui sont liés aux critères objectifs susmentionnés*²⁴⁹ ».

En ce qui concerne l'avancement, la Recommandation n° R(94)12 prévoit que : « *Toute décision concernant la carrière professionnelle des juges devrait reposer sur des critères objectifs, et la sélection et la carrière des juges devraient se fonder sur le mérite, eu égard à leurs qualifications, leur intégrité, leur compétence et leur efficacité*²⁵⁰ ». Le Bâtonnier MBUY-MBIYE TANAYI exprimait le même avis dans un discours de rentrée judiciaire lorsqu'il dit : « *Les règles présidant à la promotion constituent un autre problème, dans la mesure où la compétence était souvent écartée comme critère possible de sélection, l'évaluation des candidats se limitant bien souvent à l'origine tribale ou clanique ou encore à l'équilibre régional, avec pour conséquence que certains méritants sont astreints à une carrière plane qui finit par engendrer découragement et aigreur. Plus que cela, le système d'évaluation ou de cotation des magistrats doit être remis en vigueur à la condition bien sûr de revenir à l'objectivité dans l'appréciation des mérites. Le seul remède admissible reste ainsi l'organisation des épreuves ou des concours, après un cycle spécial de formation destiné à ceux qui se sentent des vocations à diriger des juridictions ou des offices du parquet, en complément des formations pré recrutement ou en cours de carrière de magistrats. Il est certain que tout le monde gagnerait à cet égard, si le barreau, ce témoin privilégié de l'activité des magistrats était consulté pour un avis facultatif pour toutes les promotions dans la magistrature*²⁵¹. »

De même, dans son Avis n° 1 (par. 25), le Conseil Consultatif des Juges Européens (CCJE) recommande en outre « *aux autorités des Etats membres responsables des nominations et des promotions ou chargées de formuler des recommandations en la matière d'adopter, de rendre publics et de mettre en œuvre des critères objectifs afin que la sélection et la carrière des juges soient "fondées sur le mérite, eu égard à leurs qualifications, leur intégrité, leur compétence et leur efficacité"* ». Le mérite ne se mesure pas seulement aux connaissances juridiques, aux compétences analytiques ou à l'excellence intellectuelle. Son évaluation devrait aussi prendre en compte la personnalité, la sûreté de jugement, l'accessibilité, l'aptitude à la communication, l'efficacité dans l'élaboration des décisions, etc.²⁵², conditions qu'un juge ne peut remplir si son inamovibilité n'est pas garantie.

A. La question de l'inamovibilité du juge

La notion d'inamovibilité n'est pas toujours définie par les textes qui traitent de l'indépendance de la justice mais il ne fait aucun doute qu'elle en constitue un élément essentiel. « *L'inamovibilité des juges, avait déclaré M. Paul FABER, ancien président de la Cour supérieure de justice du Grand Duché de Luxembourg, est une des principales garanties de leur indépendance à l'égard des pouvoirs politiques.* » Ce principe est aujourd'hui proclamé par les constitutions de presque tous les Etats. Dans son essence, elle signifie en premier lieu, qu'un

²⁴⁹ Commission de Venise, Doc. CDL-AD (2010) 004, op. Cit. , p. 7, §28

²⁵⁰ Idem, p.6 §23

²⁵¹ MBUY-MBIYE TANAYI, op. Cit.

²⁵² Commission de Venise, Doc. CDL-AD (2010) 004, op. Cit. , pp.6-7, §24

magistrat du siège ne peut, même par voie d'avancement, être déplacé ou muté sans son consentement. Au Canada, l'Acte de l'Amérique britannique du Nord stipulait que les juges des cours supérieures restent en charge durant bonne conduite. Les mots « durant bonne conduite » sont interprétés comme voulant dire que les juges sont nommés à vie.

En RDC, le principe est inscrit à l'article 150 de la constitution de 2006. Au Congo Brazzaville, seuls les magistrats de la Cour Suprême sont inamovibles (article 141). Il paraît donc clair que sur la question de l'inamovibilité constitutionnelle des magistrats (juges), plusieurs conceptions sont admises et pour le professeur BIBOMBE MWAMBA, plusieurs questions se posent encore, et on peut discuter sur son contenu et ce en quoi elle consiste²⁵³.

Quoiqu'il en soit, l'inamovibilité des juges, si elle doit en effet être intangible dans son principe, elle ne saurait cependant être absolue dans son application. A notre sens, plusieurs facteurs peuvent en restreindre l'application complète et admettre ainsi des limites. La santé du magistrat et son inconduite notamment, peuvent rendre souhaitable que ces fonctions lui soient retirées. Ici apparaît une fois encore la nécessité d'un organe totalement indépendant des pouvoirs politiques. En RDC comme au Congo Brazzaville, le CSM est l'organe disciplinaire des magistrats. Il exerce ses compétences conformément aux dispositions prévues dans les lois sur le statut des magistrats de ces deux pays²⁵⁴. Dans le premier pays²⁵⁵, l'article 20 de la loi organique n°08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du CSM indique que celui-ci est la juridiction disciplinaire des magistrats. L'article 21 de la même loi précise que le pouvoir disciplinaire du CSM est exercé par la chambre nationale et les chambres provinciales de discipline. Les articles 22 et suivants définissent les compétences de ces chambres ; l'article 47 dresse une liste non exhaustive des fautes disciplinaires et l'article 48 énumère limitativement les peines qui peuvent frapper un magistrat fautif. Dans le second, le régime disciplinaire est également confié au CSM à travers une commission de discipline des magistrats, délibérant sur chaque dossier en travaux préparatoires, soumet ses conclusions au CSM réuni dans son ensemble et statue sous la présidence du Président de la République²⁵⁶.

Par ailleurs, il a été souligné que l'inamovibilité peut poser des problèmes dans les petits pays et localités où un magistrat, longtemps en place peut se trouver plus facilement soumis à la pression du groupe ou de l'environnement socioculturel dans lequel il est intégré. En fait, la spécificité et la difficulté de l'appareil judiciaire résident, il me semble dans le fait qu'il se trouve au carrefour de nombreux domaines ; ce qui rend la lutte contre les pesanteurs plus complexe, lutte dans laquelle l'intégrité du juge est un élément essentiel. L'indépendance du juge réunissant une combinaison de facteurs, il est prudent de ne pas laisser un même juge dans le même lieu d'affectation durant de trop longues années, pour éviter une influence croissante du groupe sur lui et l'affaiblissement de son autorité. Il a par ailleurs été démontré que le magistrat subit très souvent des pressions de son environnement social.

Le principe de l'inamovibilité suppose aussi que le juge ne puisse subir de changement dans sa carrière à moins que ceux-ci résultent d'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions. Bien au contraire, l'inamovibilité du juge est également menacée par les

²⁵³ BIBOMBE MWAMBA, « Le droit à un procès équitable à travers la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et le pacte international relatif au droit civil et politique », in *Annales de la faculté de Droit, presses de l'Université de Kinshasa*, décembre 2007, p.196.

²⁵⁴ Au Congo Brazzaville, les articles 28 à 39 de la loi 15-99 du 14 mars 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°023-92 du 20 août 1992 portant statut de la Magistrature organisent la procédure disciplinaire.

²⁵⁵ En RDC, la procédure disciplinaire des magistrats est décrite aux articles 50 à 64 de la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.

²⁵⁶ Lire l'article 12 de la loi organique portant organisation, composition et fonctionnement du CSM au Congo.

mutations intempestives et irrégulières opérées généralement au titre de sanction. Ailleurs, elles relèvent parfois de la nécessité de service²⁵⁷, ce qui pose la question de la compatibilité entre ces deux principes. Il convient de dire à ce sujet que l'inamovibilité du juge n'est pas un privilège personnel pour le juge, elle vise plutôt à garantir l'indépendance de la justice et donc de la personne chargée de l'appliquer, aussi son consentement doit être sollicité et la procédure d'affectation respectée même dans le cadre de ces « nécessités de service », sans se limiter à une simple information.

Dans le cadre européen, la question des mutations des juges est traitée dans la Charte du juge européen au par. 3.4 qui stipule que : « *Le ou la juge en fonction dans un tribunal ne peuvent en principe faire l'objet d'une nouvelle nomination ou d'une nouvelle affectation, même en promotion, sans y avoir librement consenti. Il ne peut être fait exception à ce principe que dans le cas où le déplacement a été prévu à titre de sanction disciplinaire et a été prononcé, dans celui d'une modification légale de l'organisation judiciaire et dans celui d'une affectation temporaire pour renforcer un tribunal voisin, la durée maximale d'une telle affectation étant strictement limitée par le statut sans préjudice de l'application des dispositions du point 1.4.* »

Cette position a par ailleurs été adoptée par la Commission de Venise lorsqu'elle déclare : « Les mutations contre la volonté du juge ne peuvent être autorisées qu'à titre exceptionnel. » En Afrique, la Déclaration et le Plan d'Action du Caire adoptés en 1995 incitent les Etats francophones à éliminer « toute entrave à l'indépendance des magistrats, premiers garants d'une Justice accessible et efficace, en leur assurant les moyens statutaires et matériels nécessaires à l'exercice de leurs fonctions... ». Le Conseil d'Etat sénégalais est allé dans ce sens en annulant pour illégalité (méconnaissance du principe d'inamovibilité des magistrats) deux décrets présidentiels qui avaient procédé à des affectations/sanctions de magistrats à leur insu. Le Conseil constitutionnel sénégalais n'avait pas hésité auparavant à annuler une loi organique pour inconstitutionnalité²⁵⁸. La Cour constitutionnelle béninoise a également affirmé avec force la nécessité de respecter le principe d'indépendance de la justice dans des affaires où le pouvoir politique tentait de contenir l'appareil judiciaire. La Cour précisa en effet que « *le respect du principe de l'inamovibilité exige que le magistrat ait été individuellement consulté à la fois sur les nouvelles fonctions qui lui sont proposées et les lieux précis où il est appelé à les exercer... Les éléments de cette consultation constituent les conditions de la procédure minimale exigée pour la garantie de l'indépendance des magistrats du siège* »²⁵⁹.

En France, pour pallier ce risque, la doctrine a proposé l'adoption d'un principe d'inamovibilité « temporaire » où une durée de la fonction de juge à tel ou tel poste est déterminée à l'avance. Si à la date d'entrée de cette fonction, le magistrat concerné sait qu'il ne peut dépasser cette durée, il n'y aura pas d'atteinte à son indépendance. La loi organique du 30 mai 2001 est allée dans ce sens en limitant à sept ans l'exercice des fonctions de président ou de procureur de la République dans un même tribunal.

²⁵⁷ C'est le cas notamment du Sénégal où le principe d'inamovibilité est mis en échec par l'article 5 de la loi organique n°09-27 du 30 mai 1992 portant statut des magistrats. Il permet à l'exécutif d'arguer des « nécessités de service » pour neutraliser les juges opposés au dictat du pouvoir politique. Ainsi, il peut procéder, avec l'accord du Conseil supérieur de la Magistrature, à des déplacements de magistrats sans avoir besoin de solliciter leur accord, et surtout sans que cela ne soit objectivement commandé par les impératifs du service. Cette entorse au principe d'inamovibilité est par ailleurs doublée d'une autre : l'article 68, alinéa 2 de la même loi permet d'assurer l'interim si le nombre de magistrats disponibles dans la juridiction est insuffisant. On retrouve également de telles dispositions en Mauritanie, au Bénin ou encore au Burkina Faso pour ne citer que ces quelques exemples.

²⁵⁸ CC Sn 23 juin 1993 citée par Alioune Badara FALL, op cit.

²⁵⁹ V. DCC.97-033 du 10 juin 1997, idem.

En tout état de cause, la composition de l'organe disciplinaire ainsi que le processus de désignation de ses membres sont de nature à renseigner quant à l'étendue de la garantie d'inamovibilité dont jouissent les magistrats. La meilleure garantie dont ils puissent bénéficier résulte sans aucun doute du fait que l'organisme disciplinaire soit formé de juges désignés par leurs pairs. Aussi, parce que l'indépendance du pouvoir judiciaire n'intéresse pas uniquement les magistrats, des personnes extérieures à la fonction judiciaire peuvent en faire partie. Mais si l'exécutif nomme certains membres d'un tel organisme, ceux-ci ne devraient pas être en majorité. En outre, lorsque – comme c'est le cas au Congo Brazzaville – le Président de la République ou le ministre de la justice et garde des sceaux font partie du Conseil supérieur de la magistrature ou de son équivalent, il ne devrait en aucun cas participer au processus disciplinaire²⁶⁰. A ces aspects s'ajoutent d'autres facteurs, pour une réelle indépendance des magistrats.

B. Les aspects financiers dans l'indépendance des magistrats

La question des conditions financières des magistrats et la nécessité absolue de leur en accorder des moyens plus satisfaisants a été assez largement abordée, à ce stade nous voulons seulement insister en rappelant diverses positions adoptées dans le cadre européen. D'abord, selon la Recommandation n° R (94) 12 déjà citée, « la rémunération [des juges] devrait être garantie par la loi » (principe I.2.b.ii) et être « à la mesure de la dignité de leur profession et des responsabilités qu'ils assument » (principe III.1.b). La Charte étend ce principe aux prestations d'assurance-maladie et à la pension de retraite, ce qu'approuve le CCJE dans son Avis n° 1 lorsqu'il dit : « 62. Bien que certains systèmes (par exemple dans les pays nordiques) appliquent en la matière les mécanismes traditionnels en absence de formelles dispositions légales, le CCJE est d'avis qu'il est généralement important (et en particulier dans le cas des nouvelles démocraties) de fixer les dispositions légales spécifiques garantissant les salaires des juges qui protégeraient ces salaires contre les réductions et qui assureraient de facto l'augmentation des salaires en fonction du coût de la vie. » En résumé, la Commission de Venise estime que la loi devrait garantir aux juges un niveau de rémunération conforme à la dignité de leur charge et à l'étendue de leurs missions.

A tous ces risques de dérive, et à d'autres encore, il n'est de rempart effectif, quand il existe, que dans la responsabilité du juge. Non pas la responsabilité civile ou pénale qui est recherchée selon les procédures appropriées qui, ici, ne pourraient rien donner, mais bien la responsabilité au sens éthique, c'est-à-dire la conscience qu'a le juge de ce qu'est son devoir, ce devoir auquel les manquements n'entraînent pas d'autre sanction que celle de la perte méritée du respect de soi-même. Or celui qui va passer une partie de sa vie à juger les autres et que cette perspective n'intimide pas suscite méfiance. Le professeur Guy CARCASSONE y voit le signe de ce qu'il n'a pas pris conscience de la grandeur de la tâche, mais aussi de ce qu'elle a de terrible, qu'il n'a pas mesuré la liberté dont il jouira et la responsabilité qu'elle appelle, qu'il ne perçoit de l'indépendance que le droit sans en mesurer le devoir²⁶¹. Ici encore, le Conseil Supérieur de la Magistrature est appelé à jouer un rôle déterminant. Mais de telles recommandations, pour bonnes qu'elles soient, supposent pour leur mise en œuvre, que le CSM, l'institution chargée de nommer et de décider de la promotion des magistrats requiert une légitimité susceptible de la mettre hors de toute critique. Or, très souvent il arrive à l'exécutif d'invoquer son intervention, au mieux indirecte, par la crainte, sinon, d'assister à des dérives corporatistes qui, de fait, ne sont pas toujours absentes.

²⁶⁰ Madame Nicole DUPLE, op cit

²⁶¹ Guy CARCASSONE, op cit.

Aussi n'est-il pas surprenant que la composition des instances supérieures de la magistrature soit un sujet de vives discussions. Il me semble même que cela soit l'une des conditions non moins importante pour l'efficacité, et peut-être de l'acceptation de l'activité de cet organe.

C. Conditions d'acceptation et d'efficacité de l'activité du CSM

L'efficacité et l'acceptation de l'activité du CSM tiennent à plusieurs facteurs. On reproche très souvent à cet organe d'être trop complaisant dans l'application des sanctions contre ses membres à cause de son caractère trop corporatiste. Aussi, en dehors d'un régime plus rigoureux de sanction à l'endroit des magistrats, à qui on doit reconnaître une plus large indépendance, la question liée à sa composition paraît des plus discutées.

a) La question de la composition du Conseil Supérieur de la Magistrature

Dans nombre des pays où l'institution du CSM est d'une longue tradition, la question de sa composition a été fondamentalement posée pour assurer son affirmation dans la pratique. En France par exemple, lorsque le CSM a été pour la première fois institué par la constitution de 1946, la question a été également soulevée. Sur le point de savoir si les magistrats devraient être majoritaires au sein de cet organe, M. Vincent Auriol a exprimé son opinion au cours de la réception à l'Elysée en ces termes : « *Le conseil, a-t-il dit, n'est pas parfait évidemment. Il a les imperfections de la nature humaine. Mais je ne souhaite pas à vous magistrats, d'être en majorité au conseil, comme parfois on le demande. Vous connaîtrez alors des difficultés que tout gouvernement éprouve en présence du parlement : vous verrez se créer des chapelles, se disloquer votre union. Le corporatisme qui pèse si lourdement sur les délibérations des assemblées politiques serait détestable dans l'administration de la justice. Vous ne nommeriez plus dans l'impartialité qui attire la confiance vers la justice. Vous seriez condamnés à la cooptation*²⁶² ». Cette position a été adoptée, et tend actuellement à se généraliser dans la pratique de plusieurs Etats.

En Afrique du sud par exemple, la section 174 de la Constitution fixe les conditions de nomination et la révocation de l'ensemble des membres de la Magistrature (notamment des juges et des magistrats). En matière de nomination des juges, un organe est spécialement créé, appelée Commission des services judiciaires (JSC). Cette Commission est composée de 23 personnes : le président de la Cour constitutionnelle, le président de la Cour de cassation, un juge président de la haute cour, le ministre de la Justice (ou son représentant), deux avocats désignés par la profession, deux avoués désignés par la profession, un universitaire spécialisé en droit désigné par le corps professoral, six membres de l'Assemblée Nationale (dont trois issus des rangs de l'opposition), quatre délégués du Conseil national des Provinces et quatre personnes désignées par le président de la République à titre individuel. En Mozambique, Le CSMJ admet dans sa composition la présence d'éléments extérieurs à la magistrature. En vertu de l'article 221 de la Constitution du Mozambique, le CSMJ est composé de 16 membres dont seulement 2 sont des membres de droit, c'est-à-dire désignés *ès* qualité, les 14 autres étant des membres élus ou nommés. Les membres de droit sont le président de la Cour suprême (qui est de droit président du CSMJ) et le vice-président de la Cour suprême. Le CSMJ comprend ensuite: 2 membres nommés par le président de la République; 5 membres nommés par le parlement sur base d'une représentation proportionnelle des partis représentés au parlement (c'est-à-dire que le nombre des membres, parmi les 5, nommés par les partis représentés au parlement est proportionnel au nombre des sièges qu'ils contrôlent); 7 juges élus par leurs pairs.

²⁶² Jean Louis ROPERS, op. Cit. p. 707

Comme c'est le cas pour l'Afrique du Sud et le Mozambique, la composition de la Commission du Pouvoir Judiciaire du Malawi tend à assurer que cet organe ne sera ni contrôlé par l'exécutif, ni érigé en un club exclusif des juges qui s'auto-protègent pour des raisons corporatistes. La Commission est en effet un organe de 5 personnes composé et constitué de la manière suivante: le *Chief Justice* qui en est de droit président; le président de la Commission de la Fonction Publique; un juge de la Cour d'appel nommé par le président de la République sur recommandation du *Chief Justice*; un avocat nommé par le président de la République sur recommandation du *Chief Justice* ; un juge de tribunal inférieur nommé par le président de la République sur recommandation du *Chief Justice*.

L'Avis n° 10 du CCJE sur le Conseil de la Justice au service de la société précise cette position lorsqu'il écrit au paragraphe 16 : « *Le Conseil de la Justice peut être composé, soit exclusivement de juges, soit à la fois de juges et de non-juges. Dans ces deux situations, il convient d'éviter tout corporatisme.* » Et plus loin, au paragraphe 19 il dit : « *Selon le CCJE, une telle composition mixte présente l'avantage d'une part, d'éviter le corporatisme et d'autre part, de refléter les différents courants d'opinion de la société et apparaître ainsi comme une source supplémentaire de légitimation du pouvoir judiciaire. Même avec une composition mixte, le Conseil de la Justice doit fonctionner sans la moindre concession au jeu des majorités parlementaires et des pressions de l'exécutif, en dehors de toute subordination aux logiques partisans, pour pouvoir se porter garant des valeurs et des principes essentiels de la justice.* »²⁶³

Il est cependant un fait que dans presque tous les pays, le pouvoir exécutif veut toujours garder une influence décisive sur les nominations des juges. Si dans les pays à longue tradition démocratique, de tels systèmes peuvent fonctionner correctement en permettant d'avoir une magistrature indépendante car les pouvoirs de cette dernière sont limités par la culture et les traditions juridiques qui se sont développées au fil des décennies ; en revanche, les nouvelles démocraties comme les deux pays sous examen n'ont pas encore eu la possibilité de développer de telles traditions, qui peuvent empêcher les abus. En conséquence, au moins dans ces pays, en matière de composition des CSM, des dispositions constitutionnelles et juridiques explicites sont nécessaires en tant que « garantie » pour empêcher les abus politiques dans la nomination des juges. La composition de ce conseil devrait, à notre sens, présenter un caractère pluraliste, les juges représentant une partie importante, sinon la majorité, de ses membres. A l'exception des membres de droit, ces juges devraient être élus ou désignés par leurs pairs²⁶⁴.

Le Congo Brazzaville reste parmi ces pays où le contrôle du Conseil Supérieur de la Magistrature par l'exécutif a des conséquences négatives sur l'indépendance des magistrats ; pourtant le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire est reproduit dans la Constitution de 2002 et des garanties précises de l'indépendance de la magistrature sont prévues aussi bien dans la constitution que dans les lois statutaires. Ces garanties sont, néanmoins, systématiquement battues en brèche. Les réformes à opérer à l'avenir devraient courageusement s'orienter vers des objectifs plus démocratiques de séparation des pouvoirs, en admettant au sein du CSM des membres non magistrats autres que le Président de la République et le Ministre de la justice, qui eux, doivent en être exclus pour lui assurer une large légitimité. C'est dans ces conditions que cet organe peut assurer son efficacité et son affirmation.

En RDC, la question semble évoluer mais avec des hésitations²⁶⁵, et les modifications opérées

²⁶³ Commission de Venise, Rapport op. Cit. , p.7, §30.

²⁶⁴ Idem, p. 8, §45-46

²⁶⁵ La crainte née du risque de corporatisme du CSM a relancé l'idée d'une révision concernant la composition du Conseil Supérieur de la Magistrature, organe de gestion du pouvoir judiciaire, telle que prévue à l'article 152 de la Constitution. Par cette initiative, l'honorable TSHIBANGU KALALA, professeur de droit public, avait proposé de placer le Président

ne semblent pas affecter de manière décisive l'influence directe ou indirecte du pouvoir politique sur le fonctionnement de la justice, l'indépendance ou la carrière des magistrats à travers le Conseil de la magistrature. Il ne serait pas exagéré de penser que la nomination ou le recrutement de derniers magistrats reste sous le contrôle des hommes politiques qui voudraient s'assurer avant tout, que les personnes ainsi nommées leur seraient acquises ou ne manifesteraient aucune hostilité à leur égard.

b) La question de la responsabilité civile et pénale des magistrats

L'exercice de la fonction de rendre justice requiert des magistrats, outre le bon sens et l'objectivité alliés à la compétence et à la maîtrise de soi, des qualités morales et humaines ainsi qu'un niveau de formation solide non seulement dans la discipline juridique, mais aussi dans toutes les disciplines enseignant la connaissance intégrale de l'homme. De telles qualités ont permis à une « doctrine » assez largement répandue de soutenir l'idée d'une immunité du magistrat contre les poursuites en raison des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions. Selon cette idée, les erreurs qu'un juge peut commettre relativement à la compétence, à la procédure, à l'interprétation de la loi ou encore quant aux éléments de preuve, devraient faire l'objet soit d'un contrôle judiciaire soit d'un appel. Pour des faits de telle nature, un auteur a même considéré que les magistrats devraient, pour ainsi dire être protégés contre les critiques, non pas à cause d'une indulgence particulière à leur égard, mais de ce que leur autorité ne doit être affaiblie en aucune façon et que la confiance des gens dans leurs juges ne doit pas être sapée.

Le corollaire de ce principe est que, pour tous les actes répréhensibles commis par le magistrat dans l'exercice de ses fonctions, la poursuite judiciaire est possible, mais à travers une procédure de prise à partie. La prise à partie est cette procédure à travers laquelle un justiciable qui reproche à un magistrat de rendre un jugement à la suite de quelque mauvais comportement, prend la décision de saisir le magistrat supérieur, c'est-à-dire le juge supérieur au magistrat qui a rendu la décision, pour le dénoncer. En termes clairs, il s'agit pour le justiciable de dénoncer le fait qu'un jugement ait été rendu à son encontre en usant de mauvais comportements.

En France, cette procédure a été supprimée ; au Canada où les juges bénéficient d'une totale immunité contre les poursuites en raison des actes dommageables accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, la loi précise que « l'infraction criminelle » commise à l'occasion de l'exercice d'une fonction judiciaire ne peut être considérée comme étant commise dans l'exercice de cette fonction. Une telle faute ne saurait par conséquent être couverte par l'immunité contre les poursuites. Au Congo Brazzaville cette procédure n'est pas réglementée ; en République Démocratique du Congo, plusieurs comportements sont prévus pour donner lieu à une procédure de prise à partie. Il y a notamment le dol qui est le fait de rendre un jugement ou de se comporter vis-à-vis d'un justiciable de manière nuisible et intentionnellement. Il peut s'agir peut-être d'un déni de justice qui est le fait de ne pas rendre le jugement alors qu'il le faut ; le magistrat gardant un dossier pendant longtemps. Dans la liste de ces comportements, il y a aussi les fautes professionnelles, la corruption, mais aussi et surtout la concussion.

de la République à la tête du Conseil Supérieur de la magistrature et de réduire le nombre des membres qui composent cet organe. Ce qui n'a pas manqué de susciter la désapprobation des organisations de la Société civile congolaise réunies au Centre d'Accueil Protestant de Kinshasa du 28 au 29 septembre 2007 à l'occasion d'une Session de réflexion sur les réalisations en matière de réforme de la justice en RDC pour la promotion et la défense des droits humains.

Si dans les textes, le législateur a cru résoudre le problème, c'est plutôt la conséquence de la prise à partie telle qu'elle est organisée actuellement qui ne paraît pas satisfaisant pour les justiciables victimes. En effet, l'article 61 de la loi sur le statut des magistrats dispose : « *L'action disciplinaire demeure distincte et indépendante de l'action répressive à laquelle peuvent donner lieu les mêmes faits. Toutefois, en cas de condamnation définitive à une peine privative de liberté supérieure à trois mois, le magistrat est révoqué d'office.* »

Il semble que dans la pratique, les magistrats se sont souvent abstenus de prononcer des condamnations supérieures ou égales à trois mois alors même que des actes graves auront été reprochés au magistrat. Aussi, les décisions rendues aboutissent à l'anéantissement de jugement ; le magistrat qui a été condamné par ses pairs pour dol, c'est-à-dire pour avoir rendu un jugement avec l'intention de nuire, mais surtout pour concussion (pour avoir exigé de l'argent à un justiciable), n'est pas sanctionné et c'est l'Etat qui est condamné aux dommages-intérêts.

En même temps, la vie de tous les jours confirme la dénonciation faite par un ancien premier président de la Cour Suprême de Justice qui relevait dans son discours de rentrée judiciaire du 30 novembre 1999 que : « *Depuis des années, le peuple des justiciables recherche en vain la justice dans ses palais* » ou encore que « *parmi les maux qui ont contribué à défigurer notre justice, citons l'ignorance du droit, la paresse et l'incurie, l'indiscipline, le culte de la bouteille...et l'appât de gain* ». Le président de la RDC a par ailleurs, plusieurs fois dénoncé l'état de la justice dans son pays. Le 30 juin, jour du 49ème anniversaire de l'indépendance de l'ex-Zaïre, le président Kabila avait déclaré que : « *le magistrat abuse de l'indépendance liée à la délicatesse et la noblesse de sa charge, se rendant lui aussi coupable de concussion et de corruption avec une facilité déconcertante. Je suis déterminé à mettre fin à cet état de choses (...) Il est temps que les opérateurs judiciaires choisissent leur camp: celui de servir ou de martyriser davantage un peuple meurtri et éprouvé par plusieurs années de conflits et violences* ».

A la suite de ces dénonciations, au Congo Brazzaville comme en RDC, plusieurs magistrats ont été révoqués notamment pour concussion. En République du Congo, à la suite de deux rapports²⁶⁶ examinés et adoptés par le CSM, le 4 mai 2009, 11 magistrats sont révoqués le 15 mai du même mois par décret présidentiel ; en RDC, au cours de la même période 165 magistrats accusés de concussion, corruption, dol et autres maux sont également révoqués dans le cadre « d'assainissement du secteur de la justice. » Dans les deux pays, on a reproché à ces révocations d'être là-bas sélectives, ne s'étant attaquées qu'à « de petits poissons », ici irrégulières parce que n'ayant pas respecté la procédure. Mais devant une réalité très visible des pratiques pour le moins regrettables, que faire ?

L'indépendance de la justice tant réclamée est clairement consacrée en RDC, du moins dans les textes. Face au risque toujours présent du corporatisme à la base du laxisme du CSM et devant la nécessité d'assainir la justice par une procédure hors de tout soupçon, la question de la responsabilité civile et pénale du magistrat devrait être reconsidérée. En ce sens, un projet de loi organique modifiant et complétant la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats a été proposé et soutenu devant les parlementaires par le Ministre de la justice. La révision devrait porter sur la modification des articles 4, 12, 15 et 61 du statut des magistrats. Il s'agit en résumé, de la *disciplinarisation* de la prise à partie en droit congolais, selon les termes du professeur LUZOLO BAMBI LESSA, Ministre de la justice, initiateur du projet de loi.

²⁶⁶ Rapports présentés par la Commission de Discipline, et par la Commission de Gestion des Carrières

Plusieurs raisons ont été alors invoquées à l'appui de cette idée. Dans le préambule de ce projet on peut lire : « (...), au registre des affaires disciplinaires de la Chambre nationale de discipline, une seule affaire a été enrôlée sous le numéro 01, ce qui est manifestement insignifiant par rapport à la multitude des plaintes et doléances enregistrées en mon Cabinet contre les Magistrats. Dans ce même contexte, l'augmentation exponentielle du nombre des requêtes de prise à partie traduit le malaise vécu quotidiennement par les justiciables. Et pour preuve, des 30 cas enregistrés de 1968 à 1998, soit 30 actions de prise à partie en 30 ans, on est passé à 700 au cours de la période de 2000 à 2010, soit une moyenne d'une action par an pour la première période, et de 70 par an pour la deuxième période. Face à ce constat malheureux, le Gouvernement ayant, aux termes de l'article 130 de la Constitution, concurremment avec chaque parlementaire, l'initiative des lois, a initié ce projet de réforme dans le but de mettre le statut des Magistrats en parfaite harmonie tant avec la Constitution qu'avec d'autres textes organiques sur le pouvoir judiciaire d'une part, et de poursuivre l'assainissement de la magistrature par le renforcement des dispositions ayant trait au régime disciplinaire des magistrats, d'autre part.²⁶⁷ »

En ce qui concerne principalement l'article qui parle de la « disciplinarisation » de la prise à partie, les arguments ci-après ont été avancés : « (...) La première est que la pratique a montré que pour éviter la révocation du magistrat, les juridictions prennent soin de ne pas prononcer une peine privative de liberté supérieure à trois mois ou de l'y substituer une peine d'amende. La conséquence en est qu'un magistrat condamné du chef d'une infraction, même infamante, poursuit sa carrière normalement dès lors que la peine prononcée n'emporte pas emprisonnement ou ne dépasse pas trois mois. La deuxième raison est que la disposition sous examen ne prend pas suffisamment en compte la nature et la conséquence d'une condamnation d'un magistrat. Et pourtant toute condamnation d'un magistrat, quelle que soit la peine prononcée, doit s'analyser en un désaveu de l'acte posé par celui-ci. Cette condamnation consacre un manquement aux devoirs de son état, à l'honneur ou à la dignité de ses fonctions. Cela étant, toute condamnation prononcée définitivement devrait entraîner la révocation de son auteur exclusivement en matière d'infraction intentionnelle.

Une autre raison est qu'en insistant sur les seules condamnations pénales, la loi a passé sous silence de nombreuses condamnations de nature civile prononcées en l'encontre du magistrat pour les actes commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, lesquels actes ne constituent pas moins de manquements aux devoirs de son état, à l'honneur ou la dignité de ses fonctions.

C'est le cas notamment des condamnations intervenues à la suite de la procédure de prise à partie pour dol ou concussion commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors de la décision rendue et à l'issue de laquelle la République est systématiquement condamnée au paiement de forts dommages et intérêts en sa qualité de civilement responsable. Le constat de cette insuffisance justifie amplement la modification de l'article 61 du statut des magistrats en l'étendant aux condamnations pénales pour infraction intentionnelle et aux condamnations de nature civile de la prise à partie pour dol ou concussion. La poursuite de la concussion est par nature une procédure pénale (...).²⁶⁸ »

Il résulte de ce qui précède que la question de la responsabilité civile et pénale du magistrat est tout aussi fondamentale que tous les autres aspects nécessaires pour son indépendance. Si dans les pays à haute culture juridique le recours au mécanisme de la prise à partie a été rendue moins important dans la mesure où la contribution des juges à l'instauration d'un pouvoir judiciaire indépendant et impartial a été majeure ; dans les pays comme la RDC

²⁶⁷ Intervention de son excellence monsieur le garde des sceaux, ministre de la justice et droits humains devant le Sénat à l'occasion de la présentation du projet de loi organique modifiant et complétant la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats. 03 mai 2010 (Lire l'intégralité du texte sur www.Justice.Gov.cd).

²⁶⁸ Intervention de son excellence monsieur le garde des sceaux, *op. cit.*

ou la république du Congo, une telle procédure peut être rendue nécessaire dans un but purement dissuasif.

CONCLUSION

Dans toutes les sociétés, démocratiques ou non démocratiques, la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire garde toujours son actualité, mais à des degrés de considération très différents. Dans les premières, il s'agit de perfectionner des systèmes construits au fil des plusieurs années, mais dont les adaptations répondent à un niveau de plus en plus croissant des exigences qu'imposent l'état de droit et parfois même, très réclamées par leurs populations²⁶⁹. Dans les deuxièmes en revanche, ces systèmes existent peut-être avec le même esprit que ceux que l'on rencontre dans les premières, ayant été inspirés par celles-ci. Mais n'ayant pas été le résultat d'une production sociale propre, ces systèmes ont eu, et auront encore pour longtemps, du mal à s'adapter et à s'appliquer dans des pays des « hommes de couleur. » L'analyse des textes juridiques de deux pays sous examen a permis de révéler l'existence des facteurs de plusieurs ordres qui n'ont pas permis et ne permettent pas encore au pouvoir judiciaire de s'élever au rang d'un pouvoir autonome dont la collaboration avec les deux autres devrait se dérouler dans les limites strictement prévues par la loi.

La pratique a par ailleurs démontré que le magistrat était et restera au centre de l'indépendance de la justice et donc du pouvoir judiciaire. Une *juridisation* de la société observée ce dernier temps a accru la mission du juge et l'étendue de ses pouvoirs au point que, le politique se sentant parfois menacé, doit multiplier ses interventions, directes ou indirectes dans le cours de la justice pour étouffer une affaire et sauver son pouvoir. Telle est la situation dans les deux pays examinés. Plusieurs réformes ont été initiées pour soustraire le magistrat de l'emprise du politique, d'autres sont en cours. Mais, ce qui permet l'indépendance d'un juge, c'est moins la définition positive qu'on accole par principe à sa fonction plutôt que la culture juridique et sa force de caractère. Aussi, le travail de recrutement des magistrats par exemple devrait se caractériser par une autre face, destinée à présenter aux candidats toutes les contraintes liées à la fonction et à la condition de magistrat, de manière à décourager certains de prendre des responsabilités qu'ils n'ont pas de prédispositions morales à assumer par la suite.

Sans minimiser l'impact des conditions d'ordre matériel et financier du magistrat sur l'affirmation de son indépendance, la composition du Conseil Supérieur de la Magistrature me semble une autre condition de l'acceptation et de l'efficacité de son contrôle sur les magistrats ; c'est même l'un des facteurs de sa légitimation. La disciplinarisation de la prise à partie instituée en RDC devrait permettre aux opérateurs judiciaires d'être le moins complaisants dans la lourde responsabilité qui est la leur. Le Congo Brazzaville devrait également l'adopter quitte à la supprimer lorsque dans les deux pays, le magistrat aura atteint le niveau de son collègue français.

²⁶⁹ Dans une résolution adoptée le 30 septembre 2009 par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), il a été souligné que l'indépendance du système judiciaire est le principal rempart contre toute ingérence motivée par des considérations politiques, dans le fonctionnement de la justice. Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (Allemagne, ADLE), rapporteuse de l'APCE sur cette question, a examiné de quelle manière les politiques peuvent s'ingérer dans la procédure pénale dans quatre pays représentant les principaux systèmes de justice pénale en Europe (Royaume-Uni, France, Allemagne et Fédération de Russie). Dans sa Résolution, l'Assemblée a notamment invité l'Allemagne, à créer un système d'autonomie de la justice en s'inspirant des Conseils de la Magistrature existant dans la plupart des Etats européens, ainsi qu'à abolir la possibilité pour les ministres de la justice de donner des injonctions au parquet sur des cas individuels.

Le juge, disait le Dr Hans Neureuter²⁷⁰, est en principe le fonctionnaire universel de la société humaine. Il est à la disposition de tout citoyen dans toute affaire de juridiction. Il doit agir en toute liberté et se débarrasser de tous sentiments et ressentiments, préoccupations et préjugés sociaux... Mais il n'a jamais le droit de se débarrasser d'un sentiment d'humanité ; bien plus, il doit être pénétré de l'amour du prochain (...). Au de-là d'une définition textuelle, son indépendance devrait demeurer un état d'esprit que le magistrat est appelé à expérimenter tout au long de sa carrière.

Telles sont, en fin de compte, les véritables conditions d'une justice indépendante sans lesquelles les lois et les institutions les plus parfaites demeurent lettre morte.

REFERENCES

- ACIDH, ASADHO, GLOBAL WITNESS ET RAID, *Le procès de kilwa: un déni de justice, chronologie, octobre 2004-juillet 2007*, 17 juillet 2007
- Acte Fondamental du 24 octobre 1997 (Congo Brazzaville)
- Alioune Badara Fall, « Les menaces internes à l'indépendance de la justice », in *Débats sur la protection de l'indépendance du pouvoir judiciaire*, Deuxième Congrès de l'AHJUCAF, Dakar 7-8 Novembre 2007.
- BIBOMBE MWAMBA, « Le droit à un procès équitable à travers la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et le pacte international relatif au droit civil et politique », in *Anales de la Faculté de Droit*, presses de l'Université de Kinshasa, décembre 2007, pp 191-213.
- Canard Enchaîné du 7 avril 2004, *L'affaire n'dengue - les menaces de SASSOU envers Chirac - quand la France-Afrique fait dérailler la justice française*.
- Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Rapport sur l'indépendance du système judiciaire partie I : l'indépendance des juges, Doc. CDL-AD(2010)004, Strasbourg, 16 mars 2010
- Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE, L'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard du pouvoir exécutif au Congo-Kinshasa, Article en ligne.
- Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006
- Constitution de la République du Congo de 2002
- Constitution de la République du Congo du 15 mars 1992
- Cour Suprême de Justice, Arrêt (RC. 2407) du 8 février 2002, Bulletin des Arrêts 2004, pp114-115.
- D. Chagnolaud, *Droit constitutionnel contemporain*, Dalloz, Paris 1999
- Evariste BOSHAB, « La misère de la justice et la justice de la misère en République Démocratique du Congo », in *Revue de la recherche juridique*, 1998

²⁷⁰ Dr Hans Neureuter cité par Jean Louis ROPERS, *op. Cit.*, p 708.

- Fédération Internationale des Droits de l'Homme, Groupe d'action judiciaire de la FIDH, *République du Congo, affaire des Disparus du Beach, Développements et enjeux des procédures en cours en France, en République du Congo et devant la Cour internationale de Justice*, Décembre 2001-juillet 2004, N° 400, juillet 2004, in <http://www.Fidh.org/justice/index.htm>).
- FIDH, Mission d'observation judiciaire au procès des "disparus du Beach", Brazzaville, été 2005, n° 435, Décembre 2005, in <http://www.Fidh.org/justice/index.htm>.
- Ghys Fortuné DOMBE BEMBA, « Grincement des dents, allégresse à la magistrature et déception des peuples », Article en ligne in congoinfos.com.
- Guy CARCASSONNE, « Les éléments théoriques de la problématique de l'indépendance de la justice », *Acte du congrès de l'AHJCA*, Dakar, novembre 2009
- Jean louis ROPERS, « Un colloque international sur l'indépendance des juges, in *RIDC*, T1, 1953 pp 699-709.
- Joseph MVIOKI BABUTANA (Dir.), *Etat des lieux du système judiciaire congolais*, Rapport, op cit, p 179.
- Joseph MVIOKI BABUTANA (Dir.), *Etat des lieux du système judiciaire congolais*, Rapport, Fondation Konrad Adenauer, Commission Européenne, Kinshasa, Aout 2003,
- Joseph MVIOKI BABUTANA, "le système judiciaire congolais : Etat des lieux et perspectives", in Pamphile Mabiala Mantuba-Ngoma, Théodor Hanf et Béatrice Schlee, *La République démocratique du Congo : une démocratisation au bout du fusil*, publications de la Fondation Konrad Adenauer, Kinshasa, 2006, pp.....
- Les Conseils Supérieurs de la Magistrature ou organes équivalents en Afrique : brève présentation comparative de leurs pouvoirs et compositions : avis juridiques à l'intention des parlementaires de la République démocratique du Congo, novembre 2007
- Lettre du Ministre de la justice N° 0226/JPM284/D/CAB/MIN/J/2009 portant « Amnistie à accorder aux membres des groupes armés (CNDP...) »
- Loi N°16-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi 024-92 du 20 août 1992 et de la loi N° 29-94 du 18 octobre 1994 portant institution du CSM.
- Loi 15-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°023 DU 20 août 1992 portant statut de la magistrature, repris à l'article 7 de la loi 16-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi 024-92 du 20 août 1992 et de la loi n°29-94 du 18 octobre 1994 portant institution du Conseil Supérieur de la Magistrature
- Loi 15-99 du 15 avril 1999 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°023-92 du 20 août 1992 portant statut des magistrats en République du Congo
- Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo

- Loi N°078-010 du 15 février 1978 portant révision de la Constitution de 1967 (RDC)
- Loi N°74-020 du 15 Aout 1974 portant révision de la constitution du 24 juin 1967.
- Loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature
- Loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.
- Loi organique N°3/1996 du 29 mars 1996 portant organisation, fonctionnement et compétences du Conseil Supérieur de la Magistrature de la république du Rwanda
- Marcel WETSH'OKANDA KOSO, *République Démocratique du Congo, la justice militaire et le respect des droits de l'homme – L'urgence du parachèvement de la réforme, une étude d'AfriMAP et de l'Open Society for Southern Africa*, publication du réseau open Society Institute, Johannesburg, 2009
- MBUY-MBIYE TANAYI, L'état de la justice congolaise, Discours de rentrée judiciaire, Kinshasa, décembre 2008, in www.justice.gov.cd
- MONUC, *La situation des Droits de l'Homme en RDC au cours de la période de juillet à décembre 2006*, 8 février 2007
- NATIONS UNIES, *Rapport de l'expert indépendant sur la situation des Droits de l'Homme en République démocratique du Congo*, Doc. A/HCR/7/25, 29 février 2008, in <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/Go8/115/59/PDF/Go811559.pdf?>
- NATIONS UNIES, *Rapport du Rapporteur Spécial des Nations unies sur l'indépendance des juges et des Avocats, additif, mission en République Démocratique du Congo*. Doc. A/HCR/8/4/Add.2, § 39, 11 avril 2008 (disponible en ligne sur [http : //daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/Go8/128/48/PDF/Go812848.pdf ?](http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/Go8/128/48/PDF/Go812848.pdf?)).
- Nicole DUPLÉ, « Les menaces externes à l'indépendance de la justice », in *Deuxième Congrès de l'AHJUCAF*, Dakar 7-8 Novembre 2007.
- VUNDWAWE te PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Larcier, Bruxelles, 2007

PROBLÉMATIQUE DE LA CONFORMITÉ À LA CONSTITUTION DE LA LOI ORGANIQUE SUR LES ENTITÉS TERRITORIALES DÉCENTRALISÉES EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO. REGARD SUR LA COMMUNE DE MONT-NGAFULA DANS LA VILLE DE KINSHASA

Par Paulin PUNGA KUMAKINGA*

INTRODUCTION

Réfléchir sur la conformité à la constitution de la loi organique n°08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces n'est, à première vue, pas aisé. L'initiative pourrait même être qualifiée de téméraire d'autant plus qu'il s'agit d'une loi qui est passée au crible du contrôle de constitutionnalité avant sa promulgation²⁷¹.

Néanmoins, le fait qu'une loi ait été déclarée conforme à la constitution quant à sa lettre n'empêche pas une réflexion scientifique sur sa conformité à la constitution quant à son esprit.

La présente étude se propose évidemment de relever et de discuter des dispositions de cette loi que nous estimons entrer en contradiction avec l'esprit du constituant, même si d'apparence, elles ne posent aucun problème de constitutionnalité.

Aussi cette étude aura-t-elle un regard critique sur l'application conforme ou non de certaines dispositions légales à l'esprit, voire à la lettre de la constitution.

Ainsi, deux préoccupations seront tour à tour abordées : la première consistera à relever quelques aspects de cette loi qui sont conformes à la lettre de la constitution, tandis que la deuxième les aspects jugés non conformes à l'esprit de la constitution.

I. DISPOSITIONS DE LA LOI N° 08/016 CONFORMES A LA LETTRE DE LA CONSTITUTION

La loi n° 08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces²⁷² est une application conforme de la constitution de la République à son article 3 et plus spécialement

* *Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa, Membre du CODESRIA*

²⁷¹ D'après l'article 160 de la constitution de la République démocratique du Congo, *Journal Officiel de la RDC*, 47^{ème} n° spécial du 18 février 2006, spécialement en ses alinéas 1 et 2, la cour constitutionnelle est chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi. Les lois organiques, avant leur promulgation, et les règlements intérieurs des chambres parlementaires et du congrès, de la Commission Electorale Nationale Indépendante ainsi que du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication, avant leur mise en application, doivent être soumis à la cour constitutionnelle qui se prononce sur leur conformité. Ainsi, en l'espèce, la Cour suprême de Justice, conformément à l'article 223 a contrôlé la conformité de cette loi organique avant sa promulgation par le chef de l'Etat, et l'a en conséquence jugée conforme à la constitution de la République.

²⁷² *Journal Officiel de la République Démocratique du Congo*, 49^{ème} année, n° spécial, Kinshasa 10 Octobre 2008.

à son alinéa 4.²⁷³

En effet, le constituant du 18 février 2006 a opté pour la décentralisation comme mode de gestion de certaines entités territoriales de la République. Après les avoir énumérées à l'article 3, il pose les principes de leur libre administration et de l'autonomie de gestion de leurs ressources humaines, économiques, financières et techniques²⁷⁴.

I.1. Le principe de la libre administration et de l'autonomie de gestion appliqué à la loi n° 08/016 du 07 octobre 2008 (article 3 de la constitution)

Le principe de la libre administration et de l'autonomie de gestion des entités territoriales décentralisées postule que ces entités que sont la ville, la commune, le secteur et la chefferie disposent de leurs organes propres, capables de décider librement sur la manière d'administrer lesdites entités et elles disposent également des ressources propres mobilisables pour faire face aux besoins des populations respectives, lesquelles sont gérées par les organes locaux sans que ne puissent s'immiscer l'autorité provinciale, encore moins l'autorité centrale.

Comme on le voit, la libre administration et l'autonomie de gestion impliquent premièrement et préalablement l'existence des organes propres habilités à présider à la tête de ces entités territoriales décentralisées.

I.1.1. La libre administration, l'autonomie organique et juridique

La ville, la commune, le secteur et la chefferie disposent par principe, et conformément à la loi qui les organisent, des organes propres formés essentiellement des membres élus par la volonté de leurs citoyens respectifs.

Puisque cette étude porte particulièrement son regard sur une entité territoriale (la commune), il importe de s'attarder un tout petit peu sur l'organisation communale. Cependant, il faut également noter que, d'après la loi sur les ETD, il existe deux catégories de communes : la commune en tant que chef lieu de territoire et la commune en tant que chef lieu de la ville ou toute agglomération ayant une population d'au moins 20.000 habitants, à laquelle un décret du Premier ministre aura conféré le statut de commune²⁷⁵. C'est sur cette deuxième catégorie de commune que se base cette étude, car la commune de Mont-Ngafula est une entité qui fait partie de la subdivision de la ville de Kinshasa.

A. Les organes de la commune

Aux termes de la loi sous examen, les organes de la commune sont le conseil communal et le collège exécutif communal²⁷⁶.

Le conseil communal est l'organe délibérant de la commune. Ses membres sont appelés conseillers communaux. Ils sont élus dans les conditions fixées par la loi électorale²⁷⁷.

²⁷³ L'alinéa 4 de cet article 3 de la constitution dispose que la composition, l'organisation, le fonctionnement de ces entités territoriales décentralisées ainsi que leurs rapports avec l'Etat et les provinces sont fixés par une loi organique.

²⁷⁴ Cfr exposé des motifs de la loi organique n°08/016 du 07 octobre 2008, JORDC, 49^{ème} année.....*op.cit.*

²⁷⁵ Art. 46 alinéa 1^{er} de la loi n°08/016.....*idem.*

²⁷⁶ Art. 47 de la loi n°08/016 du 07 octobre 2008.

²⁷⁷ Art. 48.

Le conseil communal statue par décisions, qui sont essentiellement des règlements d'administration et de police, sur de nombreuses matières lui reconnues par la loi et qui sont toutes d'intérêt communal²⁷⁸.

Les décisions du conseil communal ne sont pas des actes législatifs à l'instar des lois et des édits provinciaux ; elles sont des actes administratifs pris par un organe délibérant²⁷⁹.

A côté du conseil communal, le législateur crée un collège exécutif communal qui sert d'organe de gestion et d'exécution des décisions du conseil communal. Il est composé du Bourgmestre, du Bourgmestre-adjoint et de deux autres membres appelés «Echevins communaux»²⁸⁰.

Le Bourgmestre est l'autorité de la commune. Il est le chef du collège exécutif communal. A ce titre :

- 1° il assure la responsabilité de la bonne marche de l'administration de sa juridiction ;
- 2° il est officier de police judiciaire à compétence générale ;
- 3° il est officier de l'état civil ;
- 4° il est ordonnateur principal du budget de la commune ;
- 5° il représente la commune en justice et vis-à-vis des tiers ;
- 6° il exécute les lois, les édits et les règlements nationaux ainsi que les décisions et les règlements urbains et communaux ;
- 7° il assure le maintien de l'ordre public dans sa juridiction²⁸¹.

L'organisation communale que nous venons de décrire brièvement n'est pas encore d'application effective. En effet, «en attendant l'organisation des élections urbaines, communales et locales par la Commission électorale nationale indépendante instituée par la constitution, les autorités des différentes entités territoriales décentralisées actuellement en poste sont gérées conformément aux dispositions du décret-loi n° 082 du 02 juillet 1998 portant statut des autorités chargées de l'administration des circonscriptions territoriales».²⁸² Il faut néanmoins préciser que toutes les autorités qui sont actuellement à la tête des ETD ont été nommées conformément au décret-loi sus évoqué, excepté les gouverneurs de provinces qui, eux, ne relèvent plus de ce régime juridique, la province ayant été élevée au rang d'entité politique par la constitution.

Ainsi, conformément à ce décret-loi du 02 juillet 1998, le Président de la République a nommé par l'ordonnance n°08/057 du 24 septembre 2008 les bourgmestres et bourgmestres adjoints des communes. Car, d'après l'article 3 du décret-loi n° 082, les bourgmestres sont nommés par le Président de la République sur proposition du ministre des affaires intérieures.

Le décret-loi n°082 avait prévu comme organe de la commune le bourgmestre et le conseil consultatif communal. Les conseils consultatifs communaux n'avaient jamais été installés depuis 1998. Par conséquent, le bourgmestre est resté le seul organe communal, mais on lui a confié un adjoint et un chef de bureau qui fait office de secrétaire communal. Il remplace

²⁷⁸ Art. 50.

²⁷⁹ PUNGA KUMAKINGA , P., "Les relations entre la commune et la province. Autonomie juridique et autonomie financière", Communication présentée lors du deuxième séminaire sur l'Etat de droit organisé par la Fondation Konrad Adenauer et la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, décembre 2009, p.9.

²⁸⁰ Art.55.

²⁸¹ Art. 60.

²⁸² Art. 126 de la loi n°08/016 du 7 octobre 2008.

le bourgmestre et le bourgmestre adjoint dans l'hypothèse où tous les deux sont absents. Il s'occupe de l'administration, coordonne l'ensemble des activités des services communaux.

B. L'autonomie des organes communaux

La question qu'il sied de se poser ici est celle de savoir si les organes de la commune sont actuellement autonomes. Autrement dit, le fait que les autorités communales aujourd'hui en place aient été nommées par le pouvoir central leur garantit-il une autonomie ?

A cette question, nous nous proposons de répondre par oui et non à la fois. Oui, parce que dans la décentralisation, ce n'est pas l'élection des organes locaux qui fait l'autonomie de ceux-ci. L'autonomie d'une entité décentralisée découle des responsabilités ou des affaires locales que lui reconnaît la loi, affaires qui sont des matières sur lesquelles sont habilités à décider librement les organes locaux. Non, dans la mesure où la nomination des organes communaux par l'autorité centrale fragilise quelque peu l'autonomie de ceux-ci.

Dans un Etat où les autorités décentralisées sont habituées à se considérer comme « des simples exécutants des décisions centrales, voire de simples créatures de l'autorité hiérarchique »²⁸³, il est évidemment difficile que la nomination ne puisse pas influencer sur leur comportement par rapport à la hiérarchie.

Telle est la situation qui caractérise les ETD en attendant l'organisation des élections urbaines, communales et locales par la Commission électorale nationale indépendante.

I.1.2. La libre administration et l'autonomie de gestion des ressources financières

Il a été arrêté que les provinces et les entités territoriales décentralisées doivent disposer des ressources financières pour lesquelles elles bénéficient de l'autonomie de gestion²⁸⁴.

Parlant des entités territoriales décentralisées, la constitution dispose qu'elles jouissent de la libre administration et de l'autonomie de gestion de leurs ressources économiques, humaines, financières et techniques.²⁸⁵

Le constituant poursuit en disant que «les finances du pouvoir central et celles des provinces sont distinctes »²⁸⁶. Dans les finances provinciales, il y a également une répartition entre la province et les entités territoriales décentralisées²⁸⁷.

C'est pour cette situation que le législateur a pris soin d'organiser les ressources des entités territoriales décentralisées en leur réservant un titre entier dans la loi n°08/016 du 07 octobre 2008.

En effet, dispose-t-il, les ressources propres d'une entité territoriale décentralisée comprennent l'impôt personnel minimum, les recettes de participation, les taxes et droits locaux.²⁸⁸

²⁸³ MABIALA MANTUBA NGOMA, P., "Les fondements de la décentralisation", in MABIALA MANTUBA NGOMA, P. (dir.), *Le Processus de décentralisation en République démocratique du Congo*, Kinshasa, Publications de la Fondation Konrad Adenauer, 2009, p.49.

²⁸⁴ VUNDUAWE te PEMAKO, F., *Traité de droit administratif*, Bruxelles, éd. Larcier, 2007, p.508.

²⁸⁵ Art. 3 alinéa 3 de la constitution du 18 février 2006.

²⁸⁶ Art. 171.

²⁸⁷ L'article 104 de la loi n°08/016 dispose clairement que les finances d'une entité territoriale décentralisée sont distinctes de celles de la province. Il s'agit là d'une application conforme de l'article 171 de la constitution.

²⁸⁸ Art. 108.

L'impôt minimum est perçu au profit exclusif des communes, des secteurs ou, des chefferies²⁸⁹. Cet impôt minimum a été déjà organisé en République démocratique du Congo par l'ordonnance loi n° 71-087 du 14 septembre 1971.

Aux termes de l'article 4 alinéa 1^{er} de cette ordonnance-loi, sont redevables de l'impôt personnel minimum les personnes physiques adultes qui résident effectivement en RD Congo, à l'exception toutefois des femmes pour autant qu'elles exercent leurs activités exclusivement au foyer.

Aux fins d'expliquer on ne peut plus clairement les termes de référence de la disposition, l'alinéa deuxième dispose : « est considéré comme résidant effectivement en RD Congo :

- a) celui qui, quelle que soit sa nationalité, a établi dans la République Démocratique du Congo son habitation réelle, effective, continue ;
- b) celui qui a dans la République son « domus », sa famille, son centre d'activité, le siège de ses affaires et de ses occupations ;
- c) celui qui a établi dans le pays le siège de sa fortune, le mot siège devant être entendu, non du lieu de la situation des biens, mais du lieu d'où le propriétaire les administre ou en surveille l'administration ou encore du lieu dont il ne s'éloigne que pour y revenir lorsque la cause de l'éloignement a cessé, c'est-à-dire, du lieu où il est tellement fixé qu'il est considéré comme absent quand il ne s'y trouve pas et que l'absence est finie quand il y est revenu²⁹⁰.

Plusieurs années plus tard, le législateur avait jugé important de soustraire l'expatrié de ce régime général de l'impôt minimum personnel pour le soumettre à un régime particulier organisé par le décret-loi n°119/2000 du 9 septembre 2000 tel que modifié par la loi n°005/2003 du 13 mars 2003²⁹¹.

Outre l'impôt personnel minimum, le législateur a créé au profit des ETD des recettes de participation comprenant « les bénéfices ou les revenus de leur participation en capital dans les entreprises publiques, les sociétés d'économie mixte et les associations momentanées à but économique »²⁹².

Comme on le voit, ces recettes ne pourront être perçues par la ville, la commune, le secteur ou la chefferie que pour autant qu'elles auront libéré des parts dans une entreprise publique, telle que organisée actuellement par la législation du 07 juillet 2008.²⁹³

Les autres ressources qui entrent dans la catégorie des ressources propres des ETD sont des taxes et droits locaux qui « comprennent notamment les taxes d'intérêt commun, les taxes spécifiques à chaque entité territoriale décentralisée et les recettes administratives rattachées aux actes générateurs dont la décision relève de celle-ci »²⁹⁴.

²⁸⁹ Art. 109 al.2.

²⁹⁰ Cfr. Dispositions législatives portant impôt personnel minimum (ord.-loi n°71-087 du 14 septembre 1971), in MBOKO DJ' ANDIMA, JMF., *Code général des impôts*, 2^e éd., Kinshasa, PUC, 2009, pp. 178-180.

²⁹¹ L'article 1 de ce décret-loi dispose qu'il est créé un impôt personnel minimum à charge des expatriés résidant en République démocratique du Congo et n'y exerçant aucune activité connue de l'Administration des impôts. Voy. MBOKO DJ' ANDIMA, JMF., *op.cit.*, p. 195.

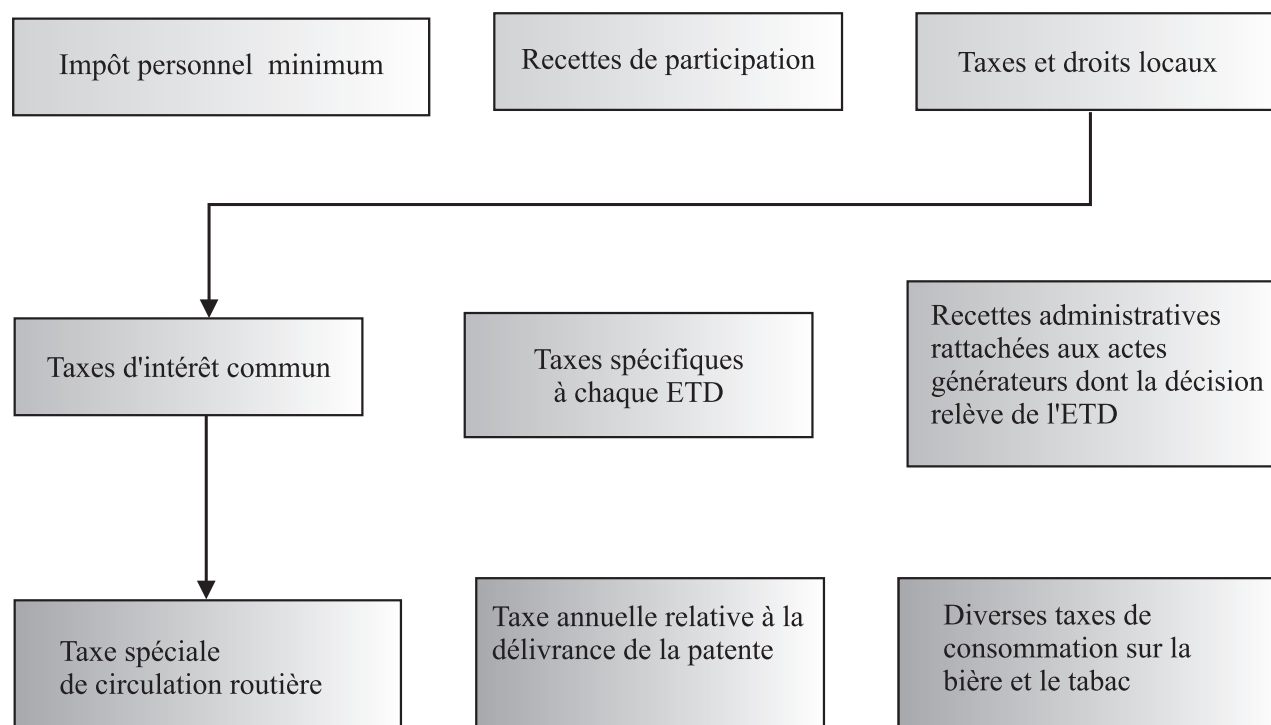
²⁹² Pour d'amples informations, lire la loi n°08/010 du 07 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat, *Journal Officiel de la République démocratique du Congo*, 49^{ème} année, n°spécial, Kinshasa 12 juillet 2008.

²⁹³ Art. 111 de la loi n°08/016. *op.cit.*

²⁹⁴ **Source** : ce tableau a été conçu par nous pour se faire une idée claire des ressources financières réservées aux ETD par le législateur.

Pour se faire une idée claire de la catégorisation des ressources propres affectées par le législateur au profit des entités territoriales décentralisées, nous en proposons la description schématique suivante :

Tableau I. Des ressources propres d'une ETD (article 108-114 de la loi n°08/016)²⁹⁵



Comme nous le savons, ces recettes seront mobilisables lorsque la loi sous examen sera d'application effective, c'est-à-dire à l'issue des élections urbaines, communales et locales qui auront installé les institutions y afférentes.

Mais comment fonctionnent entre-temps les ETD et particulièrement la commune de Mont-Ngafula sur laquelle nous avons un regard particulier dans cette étude ?

Actuellement, les ETD fonctionnent essentiellement grâce aux taxes administratives et quelques droits locaux perçus sur base des décisions des autorités locales.

Les recettes propres perçues par la commune de Mont-Ngafula, par exemple au cours de l'exercice 2009, sont cinq fois inférieures que celles rétrocédées par la ville de Kinshasa. C'est dire que la commune, au stade actuel, dépend essentiellement de la ville (province) de Kinshasa et ce, au risque d'hypothéquer son autonomie financière.

Le schéma ci-après nous montre clairement l'état financier de la commune de Mont-Ngafula au cours de l'exercice 2009.

²⁹⁵ Source : ce tableau a été conçu par nous pour se faire une idée claire des ressources financières réservées aux ETD par le législateur.

Tableau II. Synthèse des recettes de la commune de Mont Ngafula, exercice 2009 ⁽²⁹⁶⁾

ART	LITT.	LIBELLE	BUDGET 2009
02	01	Licence de ventes des boissons alcooliques de fabrication artisanale	3.338.500
02	012	Taxe sur étalage aux marchés municipaux	48.360.000
03	012	Taxe sur attestation de succession	8.800
03	06	Taxe sur les actes de l'état civil	17.468.000
03	07	Taxe sur enregistrement des parcelles	12.650.000
03	15	Taxe professionnelle annuelle	36.866.500
		Autorisation d'ouverture d'activité	
05	04	Frais de justice et de procédure coutumière	990.000
05	05	Amendes et confiscations prononcées	1.650.000
06	02	Taxe sur certificat d'aptitude physique	137.500
08	01	Taxe sur entretien des bêtes prises en divagation	1.100
08	02	Taxe sur inspection vétérinaire	7.535.000
09	01	Patentes	
11	01	Taxe sur ventes plaque vélo et chariot	24.750
16	01	Taxe sur autorisation d'abatage d'arbre	6.464.000
17	01	Taxes cartes planteurs et éleveurs	20.752.500
17	02	Taxes sur pirogues	85.800
		Total Recettes propres	156.332.450
30	12	Rétrocession	803.268.102
		Total général	959.600.552

S'agissant des ressources provenant des recettes à caractère national, la loi dispose que "les entités territoriales décentralisées ont droit à 40% de la part des recettes à caractère national allouées aux provinces" ²⁹⁷. La répartition des ces ressources entre les entités territoriales décentralisées est fonction des critères de capacité de production, de la superficie et de la population ²⁹⁸.

Si l'allocation de ces ressources à caractère national a respecté la lettre de la constitution, c'est-à-dire à la hauteur de 40%, la répartition entre les entités territoriales décentralisées qui sera effectuée par la province, elle, ne respecte ni la lettre ni l'esprit de la constitution. En effet, alors que la constitution propose comme mode d'allocation de ces ressources la

²⁹⁶ **Source** : ce tableau qui présente en détails les différentes recettes perçues par la commune de Mont-Ngafula en 2009 nous a été fourni tel quel au service Budget de cette commune.

²⁹⁷ Art. 115 de la loi n° 08/016.....*op.cit.*

²⁹⁸ Art.116 al.2.

retenue à la source, la loi retient la rétrocession effectuée par la province au profit des entités territoriales décentralisées. Ceci ressort de la lecture et de l'interprétation des articles 115 et 116 de la loi sous examen. Nous y reviendrons avec force détails dans le point suivant relatif aux dispositions non conformes à l'esprit de la constitution.

II. DISPOSITIONS DE LA LOI N° 08/016 NON CONFORMES A L'ESPRIT DE LA CONSTITUTION

La question qui sera discutée ici est celle relative aux rapports des entités territoriales décentralisées avec l'Etat et les provinces.

En effet, le Maire, le Bourgmestre, le chef de secteur et le chef de chefferie sont des autorités exécutives locales et représentent l'Etat et la province dans leurs juridictions respectives. Ils assument, à ce titre, la responsabilité du bon fonctionnement des services de l'Etat et des services provinciaux dans leurs entités et assurent la bonne marche de leurs administrations respectives sous réserve des dispositions des articles 82 et 86 de la présente loi²⁹⁹.

II.1. La problématique de la représentation de l'Etat dans les entités territoriales décentralisées

Pour discuter correctement de la question de la représentation de l'Etat et de la province dans les ETD, il importe au préalable de prendre en considération cette question dans ses rapports entre l'Etat et la province, la logique étant la même à ces deux niveaux du pouvoir. En effet, la base de l'autonomie voulue par le constituant au profit des provinces et des ETD est l'article 3 de la constitution. Cet article dispose à son alinéa 1 que les provinces et les entités territoriales décentralisées de la République démocratique du Congo sont dotées de la personnalité juridique et sont gérées par les organes locaux.

Plus loin, le constituant renchérit en disposant que les provinces sont organisées conformément aux principes énoncés à l'article 3 de la présente constitution³⁰⁰. Ces principes sont évidemment la libre administration et l'autonomie de gestion.

Toujours dans le souci d'opérer une nette distinction entre l'Etat et la province, le constituant dispose que les finances du pouvoir central et celles des provinces sont distinctes³⁰¹.

On le voit bien, le constituant avait dans son esprit une séparation claire et nette de l'autorité centrale et de l'autorité provinciale et ou locale.

De ce point de vue, les organes locaux ou mieux les autorités locales appelées à gérer ces entités sont mues par les principes de la libre administration et de la gestion autonome de leurs juridictions.

En conséquence, le principe du dédoublement fonctionnel qui apparaît dans la législation organisant la décentralisation³⁰² est, à notre avis, contraire à l'esprit de la constitution. En effet, le fait que le Gouverneur de province soit également le représentant de l'Etat en

²⁹⁹ Art. 93 de la loi n°08/016.....*op.cit.*

³⁰⁰ Art. 196 de la constitution.....*op.cit.*

³⁰¹ Art. 171 de la constitution.....*op.cit.*

³⁰² Il s'agit de la loi n°08/012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, JORDC, 49^{ème} année, n°spécial du 31 juillet 2008 et de la loi n°08/016 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces.....*op.cit.*

province peut, à notre avis, menacer l'autonomie dont il jouit face au pouvoir central³⁰³.

La question de la représentation est l'un des problèmes les plus difficiles que la décentralisation rencontre³⁰⁴, et elle procède du débat toujours récurrent sur le rôle de la décentralisation dans le renforcement de la démocratie en Afrique.

Alors que les uns militent pour une démocratie locale, c'est-à-dire pour une réelle autonomie à la base, les autres, tout en acceptant le principe, « insistent pour que l'accent soit prioritairement mis sur un déploiement de la représentation de l'Etat central sur toute l'étendue du territoire national, en vue d'affirmer l'idéal de l'unité nationale, d'instaurer, restaurer ou raffermir l'autorité de l'Etat, et de rapprocher l'administration des administrés³⁰⁵. Cette dernière opinion est vraisemblablement celle qui a influencé le législateur congolais au point de s'écarter de la vision que le constituant avait de l'autonomie des autorités locales. Pour s'en convaincre, un recours à l'histoire constitutionnelle congolaise s'impose.

En effet, la question de la représentation de l'Etat en province était déjà la préoccupation du constituant de la loi fondamentale du 19 mai 1960. Les articles 180 à 184 traitent du représentant de l'Etat en province que la loi fondamentale appelait « commissaire de l'Etat »³⁰⁶.

Le commissaire d'Etat ainsi institué avait, en province, les prérogatives suivantes :

- Diriger les services de l'Etat existant dans la province ;
- Assurer les relations qu'appelle la coordination entre les institutions provinciales et centrales.
- Prendre en cas d'urgence dûment motivée et sous forme de règlement, les mesures d'exécution qu'impose à la province une loi, une ordonnance-loi ou une ordonnance, si deux rappels successifs adressés, selon le cas, au président de l'Assemblée ou au président du gouvernement provincial, sont restés sans suite³⁰⁷.

L'option prise par le constituant de la Loi fondamentale du 19 Mai 1960 a été abandonnée par son successeur en 1964. Celui-ci a, en effet, fait du gouverneur de province en même temps chef de l'exécutif provincial et représentant du président de la République dans la province³⁰⁸.

Pourquoi le constituant de 1964 préféra-t-il supprimer la fonction du commissaire d'Etat tout en transférant ses prérogatives au gouverneur de province ?

La constitution du 1^{er} Août 1964 ne donne évidemment aucune réponse à cette question. Cependant, le rapport publié par la commission constitutionnelle de Luluabourg nous fournit une explication. En effet, « la commission a estimé qu'il fallait supprimer le poste du

³⁰³ PUNGA KUMAKINGA, P., *op.cit.*, p.7.

³⁰⁴ GOMES OLAMBA, P.N., " Le rôle et la responsabilité des autorités décentralisées dans l'émergence de la démocratie locale", in BAKANDEJA WA MPUNGU, G., MBATA BETUKUMESU MANGU, A. et KIENGE KIENGE INTUDI, R. (dir.), *Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en République démocratique du Congo (Actes des journées scientifiques de la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, 18-19 juin 2007)*, Kinshasa, PUK, 2007, p.30.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ L'article 180 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960, *Moniteur Congolais*, 1^{re} année, n°21bis du 27 mai 1960 dispose : « un commissaire d'Etat est, dans chaque province, le représentant du pouvoir central ». Voy. TOENGAHO LOKUNDO, F., *Les constitutions de la République Démocratique du Congo. De Joseph Kasa Vubu à Joseph Kabila*, Kinshasa, PUC, 2008, p.47.

³⁰⁷ Art. 184 de la Loi fondamentale.....idem.

³⁰⁸ Art. 103 de la constitution du 1^{er} août 1964, *Moniteur Congolais*, 5^{ème} année, n°spécial du 1^{er} août 1964, in TOENGAHO LOKUNDO, F., *op.cit.*, p.79.

commissaire d'Etat prévu par la loi fondamentale afin d'éviter les frictions qu'il pourrait y avoir entre le chef de l'exécutif provincial et le commissaire d'Etat»³⁰⁹.

Ce choix relève, à notre avis, de la pure subjectivité, car l'emploi du conditionnel montre qu'il n'y avait pas un fait historique sur lequel se fonda la commission pour étayer son argumentation qui a conduit à cette suppression. Certes, il est de notoriété publique que la politique sous le régime de la Loi fondamentale était caractérisée par l'agitation et que les relations ou les rapports de nombreuses autorités étaient marqués par des frictions. Cependant, nous sommes tentés de croire et d'affirmer qu'aucun cas flagrant d'opposition entre un commissaire d'Etat et un gouvernement provincial n'a été signalé au point d'influencer la commission constitutionnelle de Luluabourg à supprimer ce poste. D'ailleurs, les compétences du gouvernement provincial et celles du commissaire d'Etat ayant été clairement définies, le moindre conflit serait porté devant le juge compétent. Tel est, en principe, la logique de l'Etat de droit.

Il est très probable que ce soit cet argument historique de la commission de Luluabourg qui a influencé le législateur de 2008 pour faire aussi des autorités locales les représentants de la province et de l'Etat.

II.2. Les autorités locales comme représentants de l'Etat et de la province

Comme nous venons de le démontrer à partir des bases constitutionnelles historiques et actuelles, l'option prise par le législateur, celle consistant à faire des autorités locales des représentants du pouvoir central, entre en contradiction avec l'esprit du constituant qui a souhaité voir ces autorités échapper à la puissance souvent abusive des autorités centrales congolaises.

En effet, la tradition centralisatrice de la République Démocratique du Congo, amorcée par le régime de la deuxième république jusqu'aux années 1980 a eu un tel impact sur les autorités locales qu'elles avaient du mal à se savoir autonomes. Après plus de 32 ans de dictature, écrit Mabilia Mantuba³¹⁰, les autorités administratives provinciales et locales ont été habituées à attendre toutes les décisions de Kinshasa...

Depuis la rupture en 1964 avec l'option de la Loi fondamentale, les constitutions congolaises qui ont suivi avaient presque toujours maintenu les autorités locales dans cette double casquette d'autorité locale et de représentant du pouvoir central. Apparemment, le législateur du 07 octobre 2008 l'a également fait par tradition, c'est-à-dire en suivant la voie de ses prédécesseurs.

Si le constituant du 18 février 2006 avait à l'esprit ce statut hybride des autorités provinciales et locales, il l'aurait clairement mentionné dans le texte, à l'instar de son prédécesseur de 1964³¹¹. Pour ne l'avoir pas dit *expressis verbis*, nous sommes poussés à croire que telle n'était pas son intention. En conséquence, le législateur du 07 octobre 2008 se serait délibérément écarté de la pensée du constituant.

³⁰⁹ Commission constitutionnelle, "Mémoire explicatif de la constitution", *Moniteur Congolais*, 6^{ème} année, n° spécial du 5 octobre 1965, p.95.

³¹⁰ MABIALA MANTUBA NGOMA, P., Les fondements de la décentralisation.....*op.cit.*, p.49.

³¹¹ L'article 103 de la constitution du 1^{er} août 1964 dispose que le gouverneur de province est le chef de l'exécutif provincial ; il représente le président de la République dans la province. Voy. TOENGAHO LOKUNDO, F.,*op.cit.*, p.79.

D'après le législateur³¹², le Maire, le Bourgmestre, le chef de Secteur et le chef de chefferie coordonnent et supervisent, dans leurs entités respectives, les services qui relèvent de l'autorité du pouvoir central ou de la province.

Que signifie coordonner et superviser les services qui relèvent de l'autorité centrale ou de la province ? N'est-ce pas là une sorte de déconcentration comprise comme « l'administration générale de l'ensemble des services publics dont les agents de l'Etat assurent la gestion sous l'autorité directe et le pouvoir hiérarchique des autorités centrales »³¹³ ?

Ainsi, comment concilier dans le chef de mêmes organes la déconcentration avec l'autonomie et la libre administration qui postulent « l'indépendance organique qui fait que les organes d'une collectivité qui s'administre librement ne relèvent pas du pouvoir hiérarchique et disciplinaire du pouvoir central »³¹⁴ ?

L'administration communale est constituée des services publics communaux et des services publics qui relèvent du pouvoir central dont la gestion est confiée au même bourgmestre, à la fois autorité décentralisée, c'est-à-dire autonome et agent déconcentré de l'Etat. Ceci pose un problème fondamental, comme l'a si bien dit Jean Michel Kumbu-ki-Ngimbi³¹⁵. Car, poursuit-il, la sanction du pouvoir central en cas de faute de gestion dûment reconnue dans le chef du bourgmestre peut être négative et remettre en cause son autonomie.³¹⁶

Les bourgmestres actuellement en poste dans les communes de Kinshasa reconnaissent déjà cette difficulté mais ils préfèrent plutôt être en harmonie avec le pouvoir central et la province que de vouloir s'attirer des ennuis en revendiquant l'autonomie qui, du reste, est pour le moment précaire, faute d'assise électorale.

L'autre option susceptible de stigmatisation concerne la gestion des ressources financières, principalement à travers la rétrocession en tant que principe de transfert des ressources aux ETD par la province.

II.3. Le principe de la rétrocession des recettes d'intérêt commun aux ETD

Sans que le législateur l'ait prévu expressément dans la loi, le principe de la rétrocession se dégage de la lecture et de l'interprétation des articles 115 et 116. En effet, l'article 115 dispose que les entités territoriales décentralisées ont droit à 40% de la part des recettes à caractère national allouées aux provinces. Et l'article 116 précise que la répartition des ressources entre les entités territoriales décentralisées est fonction des critères de capacité de production, de la superficie et de la population. L'édit en détermine les mécanismes de répartition.

La lecture de ces deux dispositions révèle que les 40% des recettes allouées à la province par le pouvoir central sont réparties par celle-ci et affectées aux ETD respectives.

Cette option soulève deux problèmes. Le premier problème est celui de la non-conformité au principe constitutionnel de la retenue à la source de ces recettes. Et le deuxième problème est celui des conflits éventuels qu'entraînerait cette répartition des recettes suivant les

³¹² Art. 94 de la loi n°08/016 du 07 octobre 2008.....*op.cit.*

³¹³ VUNDUAWA te PEMAKO, F., *op.cit.*, p.407.

³¹⁴ KUMBU-ki-NGIMBI, JM., « Le cadre légal de la décentralisation en République démocratique du Congo », in MABIALA MANTUBA NGOMA, P.(dir.), *op.cit.*, p.58.

³¹⁵ *Idem*, p.69.

³¹⁶ *Ibidem*.

critères de la production, de la superficie et de la population. A y regarder de près, ces critères ne sont pas cumulatifs, ils sont alternatifs. En effet, une entité comme la commune de la Gombe peut beaucoup produire mais sa population est de loin inférieure à celle de Kimbanseke. Quel est dans ce cas le critère qui va primer dans l'allocation des recettes à la commune de la Gombe ?

Avant même que cette loi n'ait une application effective dans les ETD, la rétrocession, elle, est déjà opérationnelle. L'assiette de celle-ci, écrivait, il y a quatre ans Evariste Mabi Mulumba³¹⁷, est basée sur les recettes provenant de trois régies financières : OFIDA, DGI et DGRAD. Et il ajoutait que «le taux de rétrocession au profit d'une province porte sur les recettes collectées par ces régies dans cette province»³¹⁸.

Parlant justement du fonctionnement de la rétrocession dans la ville de Kinshasa, Evariste Mabi Mulumba³¹⁹ écrivait aussi que la répartition s'effectue à raison de 40% pour la ville et 60% pour les communes.

Mais dans une autre étude publiée par le même auteur après la promulgation de la loi sous examen, on peut lire, s'agissant des ressources provenant des recettes à caractère national, que les ETD ont droit à 40% de la part des recettes à caractère national allouées aux provinces³²⁰.

On le voit, la ville de Kinshasa a en principe 40% des recettes à caractère national que lui alloue le gouvernement de la République.

La question fondamentale qu'il faille se poser à ce niveau est celle de savoir si les provinces reçoivent effectivement ces 40% des recettes à caractère national tel que le préconise la constitution ?

Pour répondre à cette question, il faut tout d'abord préciser à la suite de Noël Obotela Rashidi³²¹ que la retenue à la source de ces 40% n'a pas encore été appliquée. Par contre, il a été convenu de l'institution d'un ordre de paiement permanent auprès des succursales de la Banque Centrale pour les dotations au profit des provinces. Ainsi donc, le Gouvernement central garde encore l'initiative en cette matière³²².

D'ailleurs, à l'occasion de son entretien du 3 août 2009 avec les présidents et délégués des Assemblées provinciales, Adolphe Muzito, le chef du gouvernement central avait dit à ceux-ci «de ne pas compter sur la rétrocession qui vient en appui aux recettes provinciales»³²³.

Il apparait clairement ici que le gouvernement central n'applique pas la constitution en ce qui concerne la retenue à la source des recettes à caractère national. Il s'en tient plutôt à la rétrocession dont il ne rassure même pas les provinces !

Comment alors s'applique cette rétrocession de la province aux ETD ? Comment se présente la situation par rapport à la commune de Mont-Ngafula dans la ville de Kinshasa ? Voyons cela à travers ce tableau qui présente la situation financière pour l'exercice 2009.

³¹⁷ MABI MULUMBA, E., « Pour une bonne gouvernance des Entités Administratives Décentralisées », *Congo-Afrique*, n° 402-403, février-mars, 2006, p.115.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ Idem, p. 117.

³²⁰ MABI MULUMBA, E., « Décentralisation et problématique de la fiscalité », *Congo-Afrique*, n°432, février 2009, p.130.

³²¹ OBOTELA RASHIDI, N., « Afrique-Actualités », *Congo-Afrique*, n°437, septembre 2009, p.555.

³²² Idem.

³²³ OBOTELA RASHIDI, N., « Afrique-Actualités », *Congo-Afrique*, n° 438, octobre 2009, p. 637.

Tableau III : Budget 2009 : dépenses de transfert aux provinces et ETD ⁽³²⁴⁾

Province	Crédits votés	Crédits après virement	Engagements	Liquidations	Ordonnancement	Paiement
Kinshasa	197.781.247.235	197.781.247.235	125.398.458	8.802.739.678	8.528.169.362	8.528.169.362

Comme on le voit, au cours de l'exercice 2009, la ville de Kinshasa a reçu du gouvernement central, après toutes les opérations monétaires qui accompagnent l'itinéraire des ressources, la somme de **8.528.169.362FC**.

Si l'on se réfère au tableau II qui reprend synthétiquement les recettes de la commune de Mont-Ngafula de l'exercice 2009, il résulte que la ville de Kinshasa a rétrocédé à cette commune la somme de **31.143.672 FC** en lieu et place de 803.268.102FC prévus au budget soit 4%.

Quoiqu'il en soit, nous retenons que ni le texte de la loi n°08/016 sur les ETD, ni la pratique en vigueur ne respectent la volonté du constituant de 2006 quant à l'allocation des recettes à caractère national aux provinces et ETD par le gouvernement central. Tantôt, la ville de Kinshasa tient compte des critères de la population et de la production pour rétrocéder aux communes, tantôt elle le fait sur base d'un pur forfait. C'est le cas de l'exercice en cours où la ville a, depuis janvier jusqu'à ce jour rétrocédé forfaitairement au mois de mai une somme de **4000.000 FC** à toutes les communes de Kinshasa !

CONCLUSION

Pour autant qu'elle a été promulguée par le chef de l'Etat après son examen de régularité devant la Cour suprême de Justice, la loi organique n°08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces est formellement conforme à la constitution.

Cependant, nous pensons que certaines de ces dispositions, en l'occurrence les articles 93, 94, 115 et 116 sont contraires à la constitution, quant à son esprit. En effet, le fait que le législateur fait des autorités locales en même temps des représentants de l'Etat et de la province n'est pas susceptible de promouvoir leur autonomie voulue par le constituant. Aussi le principe de rétrocession qui procède du contenu des articles 115 et 116 est-il manifestement contraire au principe constitutionnel de la retenue à la source des recettes à caractère national allouées aux provinces par le pouvoir central.

REFERENCES

Commission constitutionnelle, «Mémoire explicatif de la constitution», *Moniteur Congolais*, 6^{ème} année, n° spécial du 5 octobre 1965.

Constitution de la République démocratique du Congo, *Journal Officiel de la RDC*, 49^{ème}, n° spécial du 18 février 2006.

Constitution du 1^{er} août 1964, *Moniteur Congolais*, 5^{ème} année, n°spécial du 1^{er} août 1964.

GOMES OLAMBA, P.N., « Le rôle et la responsabilité des autorités décentralisées dans l'émergence de la démocratie locale», in BAKANDEJA WA MPUNGU, G., MBATA

³²⁴ Source : ce tableau est un extrait du tableau général du Budget de l'Etat de l'exercice 2009 dans sa rubrique des dépenses de transfert aux provinces. Il nous a été fourni au Secrétariat Général au budget, direction de la préparation et suivi du Budget.

BETUKUMESU MANGU,A. et KIENGE KIENGE INTUDI,R.(dir.), *Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en République démocratique du Congo*(Actes des journées scientifiques de la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, 18-19 juin 2007), Kinshasa, PUK, 2007.

KUMBU-ki-NGIMBI, JM.,» Le cadre légal de la décentralisation en République démocratique du Congo», in MABIALA MANTUBA NGOMA, P.(dir.), *Le Processus de décentralisation en République démocratique du Congo*, Kinshasa, Publications de la Fondation Konrad Adenauer, 2009.

Loi fondamentale du 19 mai 1960, *Moniteur Congolais*, 1^{ère} année, n°21bis du 27 mai 1960.

Loi n° 08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces, *Journal Officiel de la République Démocratique du Congo*, 49^{ème} année, n°spécial, Kinshasa 10 Octobre 2008.

Loi n°08/010 du 07 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat, *Journal Officiel de la République démocratique du Congo*, 49^{ème} année, n°spécial, Kinshasa 12 juillet 2008.

Loi n°08/012 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, JORDC, 49^{ème} année, n°spécial du 31 juillet 2008.

MABI MULUMBA, E., « Pour une bonne gouvernance des Entités Administratives Décentralisées», *Congo-Afrique*, n° 402-403, février-mars, 2006.

MABI MULUMBA, E.,» Décentralisation et problématique de la fiscalité», *Congo-Afrique*, n°432, février 2009.

MABIALA MANTUBA NGOMA,P.,» Les fondements de la décentralisation», in MABIALA MANTUBA NGOMA,P.(dir.), *Le Processus de décentralisation en République démocratique du Congo*, Kinshasa, Publications de la Fondation Konrad Adenauer, 2009.

MBOKO DJ'ANDIMA, JMF., *Code général des impôts*, 2 éd., Kinshasa, PUC, 2009.

OBOTELA RASHIDI, N.,» Afrique-Actualités», *Congo-Afrique*, n° 438, octobre 2009.

OBOTELA RASHIDI, N.,» Afrique-Actualités», *Congo-Afrique*, n°437, septembre 2009.

PUNGA KUMAKINGA, P., «Les relations entre la commune et la province. Autonomie juridique et autonomie financière», Communication présentée lors du deuxième séminaire sur l'Etat de droit organisé par la Fondation Konrad Adenauer et la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, décembre 2009.

TOENGAHO LOKUNDO,F., *Les constitutions de la République Démocratique du Congo. De Joseph Kasa Vubu à Joseph Kabila*, Kinshasa, PUC, 2008.

VUNDUAWE te PEMAKO,F., *Traité de droit administratif*, Bruxelles, éd. Larcier, 2007.

RÉFORME DES FORCES ARMÉES DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO (FARDC). RÉFLEXIONS SUR LE RÔLE DES PARTENAIRES INTERNATIONAUX

Par Joseph CIHUNDA HENGELELA*

'Un Etat fait la politique de sa géographie'
Napoléon Bonaparte

INTRODUCTION

La réforme des forces armées congolaises a été réclamée par le peuple depuis le démantèlement du régime monopartiste de Mobutu au début des années quatre-vingt dix. Eu égard à l'évolution politique qui n'a pas offert à l'Etat les chances de connaître une transition pacifique, les aspirations du peuple n'ont pas été prises en compte par les autorités politiques d'alors qui se servaient de cette armée pour se maintenir au pouvoir. Et pendant ce temps, l'armée congolaise ne remplissait sa mission tant à l'égard des citoyens à l'intérieur du pays qu'à l'égard en face des forces étrangères d'occupation. Depuis lors, la terre congolaise deviendra un théâtre des affrontements des armées étrangères ou plus souvent un territoire où celles-ci s'adonnent à l'exploitation de ressources minières. Après cinq millions de morts en l'espace de cinq ans, des viols massifs de femmes et des filles et la présence de groupes armés étrangers sur le territoire congolais ; présence à la fois nuisible à la flore et à la faune et servant d'alibi pour des interventions intempestives de forces étrangères, la réforme des forces congolaises devenait un impératif absolu pour la troisième République conçue pour être un Etat de droit démocratique.

La réforme de l'armée congolaise comme celle de la police nationale et des services des renseignements est apparu comme une condition pour la consolidation de la démocratie et du processus de l'installation de l'Etat de droit. Un tel travail qui exige de moyens financiers et matériels énormes et ne peut effectivement se réaliser sans le concours des partenaires internationaux de la RD Congo. La présente étude analyse le processus de la réforme de l'armée en se focalisant sur deux conceptions émanant de la société civile et des chercheurs congolais d'une part et des autorités politiques et militaires du pays de l'autre. Le rôle des partenaires internationaux dans la réforme de l'armée fait partie intégrante de cette étude. Ce travail se fonde sur les documents du plan de la réforme de l'armée élaboré par l'Etat-major général de l'armée, sur les textes juridiques adoptés ou en discussion au parlement et sur les entretiens réalisés sur le terrain particulièrement à Kinshasa.

I. REFORME DES FARDC ET DEFINITION DES PRINCIPAUX AXES

L'étude de la réforme de l'armée congolaise peut faire l'objet d'une double lecture guidée par l'appréhension qu'en font les acteurs concernés par cette réforme. Il y a lieu de noter que dans le cadre de l'émergence d'un Etat de droit, la question de l'armée et des autres

* Doctorant en Droit Public/Université de Kinshasa, Consultant à Electoral Institute of Sustainable Democracy in Africa (EISA/RDC) et Assistant du Directeur Exécutif de l'Institut pour la Démocratie, la Gouvernance, la Paix et le Développement en Afrique, (www.idgpa.org). Il est également membre du CODESRIA. Tél : +243 81 039 90 60, Email : jcihunda@yahoo.fr, jcihunda@idgpa.org

services de sécurité sont une affaire de tous même si la responsabilité dans la gestion de ces services incombe aux gouvernants devant se conformer aux instruments juridiques dans leurs rapports réciproques. Mais la constitution d'une armée doit répondre aux attentes du peuple qu'elle est appelé à assurer la défense du territoire et à le protéger. Monsieur Camille Nkoa Atenga met en évidence ce lien entre le peuple et l'armée lorsqu'il soutient que « *Les sociétés secrètent toujours des soldats conformes à l'idée qu'elles se font d'elles-mêmes, l'image qu'elles veulent projeter à l'extérieur. En accord aussi avec les relations qu'elles souhaitent entretenir avec la société internationale dans toutes ses dimensions* »³²⁵.

Ainsi, nous avons choisi de faire état de ce que les Congolais pensent de la réforme de l'armée, à côté du plan de la réforme de l'armée suivi du cadre juridique qui l'accompagne pour tenter d'évaluer la correspondance entre les attentes, les aspirations et ce qui est décidé par les gouvernants.

I.1. Impérativité de la réforme de l'armée congolaise telle que ressentie par les Congolais

L'importance de la paix est plus ressentie par ceux qui ont connu les affres de la guerre. Les Congolais de Kinshasa qui ont manqué de l'eau et de l'électricité pendant des jours et plus atrocement les populations de l'Est qui ont subi et subissent encore les méfaits de la guerre le besoin de bâtir une armée qui les sécurise une nécessité absolue. C'est pourquoi il importe de donner une lecture de ceux des Congolais qui ont émis un point de vue sur l'armée et ses missions dans le contexte du 21^{ème} siècle débutant. L'allusion a été faite aux travaux de chercheurs congolais et à celui réalisé par l'Eglise catholique depuis 2003 dans ce domaine. Mwayila Tshiyembe soutenait déjà que la fondation d'un Etat de droit démocratique en RD Congo repose aussi sur la constitution d'une armée nationale dotée d'une capacité de défense dissuasive et crédible³²⁶.

I.1.1. Données techniques et stratégiques dans la construction de l'armée congolaise

La constitution d'une l'armée s'appuie sur un statut des forces armées basé sur la séparation et la clarification des responsabilités entre les autorités civiles et militaires ; un plan de gestion des carrières ; les structures d'accès aux droits économiques, sociaux et culturels ou la condition militaire³²⁷. Cette dernière exigence renferme les conditions de vie et de travail meilleures. L'armée nouvelle doit être une armée professionnelle dans son mode de commandement, de gestion, de formation, d'équipement et de recrutement.

A. Conditions politiques et stratégiques

L'avenir de la RD Congo risque, une fois de plus encore, d'être hypothéqué car, « Un Etat qui n'élabore pas un concept de défense adapté à ses besoins, à ses potentialités, à ses caractères, manque à sa mission principale et se condamne à la soumission, peut être à la disparition. Si la RDC se rappelle au bon souvenir de sa « vocation africaine » et au « recours à l'Authenticité », deux principes de sa diplomatie, sous le régime de Mobutu, l'armée nouvelle doit permettre à Kinshasa de contribuer aux forces de maintien de la paix, soit au compte des Nations Unies, soit au compte de l'Union Africaine, soit au compte de la sous-région de l'Afrique médiane (Afrique centrale et Grands Lacs)³²⁸.

³²⁵ Nkoa Atenga C., *Les armées africaines à l'heure de la démocratie et des droits de l'homme*, Vanves, 1996, p. 36.

³²⁶ Mwayila Tshiyembe, *Géopolitique de paix en Afrique médiane*. Angola, Burundi, République Démocratique du Congo, République du Congo, Ouganda, Rwanda, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 137.

³²⁷ Ibidem.

³²⁸ Idem, p. 139.

B. Conditions de la vie et travail

Les conditions de vie et de travail du soldat de la nouvelle armée telles que le droit au logement, le droit à la santé, le droit à l'éducation de leurs enfants, le droit à la formation et à l'équipement adaptés aux menaces, le droit à la promotion selon le mérite et l'ancienneté. Et ce, en garantissant parallèlement le pouvoir d'achat des soldes ou salaires militaires. L'efficacité de l'armée nouvelle dépend de l'équipement ; de la reconstruction des écoles et centres d'entraînement militaires, du nouveau civisme (loyalisme, la neutralité, le devoir de réserve, à l'accès à la justice normale de tous les soldats, y compris en cas de guerre) ; de la nouvelle doctrine de défense fondée sur la « projection des forces », étant donné l'immensité de la RDC et des mesures pesant sur ses flancs, comme le démontre bien l'agression et l'occupation par le Rwanda et l'Ouganda³²⁹. Pour conjurer le sort, la « stratégie de localisation des forces » doit être la cheville de la doctrine de « projection des forces ».

La confiance rétablie entre le peuple souverain et son armée réhabilitée, la nation congolaise devrait prendre en charge les veuves et les orphelins des soldats tombés au champ d'honneur. Le pays tout entier devrait témoigner une reconnaissance pérenne vis-à-vis de ses morts au front, en s'occupant des familles endeuillées. Les nouveaux soldats devront faire ce pourquoi ils ont prêté serment- la défense de la Patrie, jusqu'au sacrifice suprême. En contre partie, la nation doit s'engager à leur procurer des conditions de vie adéquates : ni luxueuses ni minables. Des conditions qui ne les entraînent pas à enfreindre les règlements militaires pour devoir assurer leur survie et celle de leur famille. Comme garde-fou ou thermomètre du climat des casernes, les autorités civiles et militaires devraient mettre sur pied un organisme ou une commission chargés de contrôler les conditions de vie des militaires, en recevant leurs griefs éventuels. Et en y répondant dans les temps et avec les moyens nécessaires³³⁰.

C. Caractéristiques de la nouvelle armée congolaise

La nouvelle armée doit être conçue comme une institution chargée d'assurer la conduite permanente de la défense de la RD Congo en toutes circonstances et contre toutes les formes d'agression, dont l'unité de décision et de commandement est partagée entre les autorités civiles démocratiquement élues et les autorités militaires maîtrisant l'art de la guerre, légalement investies de cette mission par délégation³³¹. Dans cette acception, l'armée nouvelle est un service public de défense et un miroir de la liberté, où l'obéissance et la vertu du citoyen se réfléchissent dans la puissance de combat pour la défense de la démocratie. C'est cette relation dialectique qui légitime l'usage de la force par l'armée, en tant que capacité d'action fondée en droit et exécutée conformément aux lois³³².

Une nouvelle armée pour un nouveau Congo doit être une armée de combattants et non de déserteurs. Une armée de protecteurs du peuple et non pilleurs et délinquants. Une armée est d'abord l'incarnation de l'esprit de sacrifice suprême pour la Patrie, pour la Nation, pour le Pays³³³. L'armée de demain ne devait pas être composée par des anciens rebelles ou par les non-combattants du Gouvernement. La stratégie de la formation de l'armée par l'intégration des soldats qui se sont affrontés a montré ses limites et a permis que le système

³²⁹ Mwayila Tshiyembe, *Géopolitique de paix en Afrique médiane...* op. cit., p. 138.

³³⁰ Kamana Tshibengabo, *R-D Congo : La défense nationale à l'impératif. Patriotisme et Souveraineté*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 109.

³³¹ Mwayila Tshiyembe, *Géopolitique de paix en Afrique médiane...* op. cit., p. 137.

³³² Ibidem.

³³³ Kamana Tshibengabo, op. cit., pp. 105-106.

de défense et de sécurité de l'Etat congolais soit paralysé par des infiltrations des éléments travaillant pour les compte des pays voisins et spécialement le Rwanda et de l'Ouganda³³⁴. La guerre de Pweto au Katanga en 2000 et l'offensive lancée contre le général déchu Laurent Nkunda sont des exemples de l'infiltration de l'actuelle armée nationale.

Pour opérer un tel bouleversement de mentalité, il faudrait évidemment placer à la tête de la future Armée nationale congolaise des officiers supérieurs à la fois compétents et patriotiques, c'est-à-dire soucieux au premier degré de l'intérêt du Pays et de la Nation. L'intégrité du territoire, la souveraineté de la Nation, la protection des personnes et de leurs biens, mais aussi la protection des institutions républicaines³³⁵.

Le recrutement doit offrir une double garantie juridique (droit à l'égalité d'accès aux emplois publics reconnu à chacun des Congolais par la loi) et intellectuelle (fondée sur la compétence)³³⁶. On peut suggérer que le choix des meilleurs des Congolais pour constituer l'armée nouvelle, exige une formation de base équivalente à un baccalauréat ou diplôme d'Etat de secondaire, si l'on veut que celle-ci soit un lieu d'excellence et non de médiocrité, à l'instar des FAZ. A cela s'ajoute le respect, à compétence égale, de l'équilibre ethnique et régional. Le but est d'éviter que sous le prétexte de la « nation une et indivisible », les gouvernants ne recrutent que dans leur coterie ethnique, au détriment d'autres ethnies et régions du Congo³³⁷.

La première étape pour rétablir l'honneur militaire, c'est d'en finir avec l'armée comme dépotoir des indisciplinés, délinquants, carriéristes ou affairistes de la société mobutiste. Pour cela, les futurs soldats devraient avoir terminé au moins la cinquième année de cycle d'enseignement secondaire et effectué ensuite leur Service Civique et militaire. Sur la base du volontariat, ils pourraient entrer dans l'armée pour y poursuivre des études supérieures³³⁸.

1.1.2. Organisation territoriale de la Défense nationale et la protection des sites stratégiques

L'organisation territoriale de la Défense nationale devait correspondre également au souci de la protection des sites stratégiques du pays. Il s'agit des zones minières dont l'occupation influe sur le fonctionnement des institutions de l'Etat et donne des moyens à l'ennemi pour atteindre ses objectifs. Trois zones méritent une attention particulière dans l'occupation militaire de l'espace de la RD Congo.

A. Site de Kisangani (Province Orientale)

La Ville de Kisangani est dépourvue de toute défense adéquate cette ville devrait être transformée en place-forte militaire. Autrefois, ce bastion du lumumbisme, le site de Kisangani devrait être doté d'une base aérienne et d'une base navale. Une école nationale de guerre devrait y être implantée pour pouvoir décourager aussitôt toute tentative de franchir les frontières nationales venant des pays voisins de l'Est³³⁹.

³³⁴ Kamana Tshibengabo, op. cit., pp. 104-105.

³³⁵ Idem, p. 107.

³³⁶ Mwayila Tshiyembe, Géopolitique de paix en Afrique médiane...op. cit., p. 138.

³³⁷ Ibidem.

³³⁸ Kamana Tshibengabo, *R-D Congo : La défense nationale à l'impératif*...op. cit., p. 111.

³³⁹ Ibidem.

La Province Orientale occupant un territoire grand comme la France est dépourvue de toute installation militaire de poids. Elle n'a donc aucune possibilité de contenir un ennemi en attendant du renfort de Kinshasa ou d'ailleurs. C'est pourquoi l'intrusion de l'ennemi n'a été facile tant en 1997 qu'en 1998. Depuis leur seconde agression d'août 1998, à trois reprises, le Rwanda et l'Ouganda se sont affrontés militairement à l'arme lourde pour contrôler la ville de Kisangani³⁴⁰. Une force navale mouillant dans le port de Kisangani devrait se conjuguer à la force aérienne locale. Les troupes pourraient donc emprunter cette voie dans un sens ou dans l'autre en cas d'invasion étrangère. Le centre névralgique de défense de toute la zone nord-orientale de notre pays se situe bien à Kisangani³⁴¹.

B. Muanda-Kitona-Inga-Mbanza Ngungu (Bas-Congo)

Les sites de Muanda, Kitona, Inga et Mbanza- Ngungu sont tellement stratégiques pour l'Etat congolais. La guerre du 2 août 1998 a démontré l'importance de ces sites dans la stratégie militaire contre la RD Congo. L'occupation par les troupes rwandaises de ces sites et la coupure de l'électricité à partir du barrage d'Inga répondait à un calcul qui consiste à faire pression sur le pouvoir à Kinshasa et a incité la population à se révolter contre les gouvernants. Ce qui aurait pour effet de faciliter la progression vers Kinshasa. Curieusement, l'effet recherché n'a pas été atteint et c'est son contraire qui s'est produit.

L'opération aéroportée des troupes rwandaises était un exploit extraordinaire. Voici le constat de Kamana

« La zone visée comportait une base aérienne (Kitona) et une base navale (Muanda)- toutes deux investies sans coup férir. La route de Kinshasa était donc libre. La côte atlantique devrait donc également devenir une place-forte, pour pouvoir protéger la capitale politique du pays. A partir de cette douloureuse expérience, Kitona devrait être doublée par une autre base militaire dans la région, qui prendrait la relève en cas de débordement de la première, afin d'empêcher le blocage du littoral par l'ennemi »³⁴².

La base militaire de Mbanza- Ngungu n'a pas pu davantage stopper ni même freiner la progression sur Kinshasa des troupes rwandaises. L'expérience a démontré que cette base n'est pas le verrou de la capitale. Ce site militaire devrait être modernisé ou doublé d'une autre base pourvue de blindes d'assaut et d'armement lourd. Entre les deux bases militaires existe un site stratégique du barrage d'Inga³⁴³. La prise d'Inga place Kinshasa dans une pression compte tenu de l'importance de ce grand barrage. Mais l'expérience a prouvé le contraire. Les troupes rwandaises en tentant l'expérience se sont attirées la colère des Kinois qui les ont défaits de la manière dont l'opinion connaît.

C. Sites de Kolwezi (Katanga) et de Mbuji-Mayi (Kasaï)

Kolwezi a été à deux reprises l'enjeu des gendarmes katangais et est stratégique par ce que cette ville constitue une porte d'entrée dans la capitale économique du pays. Les deux attaques en provenance d'Angola et de Zambie, contre Kolwezi au sud du Katanga, en 1977 et 1978, visaient à contrôler cette ville minière. Les troupes rwandaises et leurs alliés locaux de l'AFDL l'ont démontré deux décennies plus tard. Le RCD/Goma annonçait à plusieurs

³⁴⁰ Kamana Tshibengabo, R-D Congo : La défense nationale à l'impératif...op. cit., p. 111.

³⁴¹ L'armée ougandaise pouvant atteindre Kisangani par la route en deux semaines, nous devons nous doter, à partir de ce site stratégique, d'une force capable d'atteindre la frontière ougandaise en moins d'une semaine par la route, et même Kampala par air, en moins de temps qu'il ne faut pour le dire.

³⁴² Kamana Tshibengabo, R-D Congo : La défense nationale à l'impératif...op. cit., p. 113.

³⁴³ Ibidem.

reprises la chute imminente de Mbuji-Mayi et Laurent Désiré Kabila avait fait de Mbuji Mayi l'objectif premier de son dispositif de défense. Kamana Tshibengabo notait en que

« Si Kolwezi et Mbuji Mayi étaient tombées, le gouvernement central n'aurait plus eu les moyens de résister. Un certain type de conquête se dessine ici : l'ennemi attaque les sites non défendus pour en tirer de faciles victoires et démoraliser ainsi le peuple agressé, tandis qu'il vise parallèlement les sites 'utiles' pour soutenir son effort de guerre et ses arrières »³⁴⁴.

1.1.3. Relations entre civil et militaire dans le contexte de la nouvelle armée

Le système de défense de l'espace territorial basé sur l'armée a montré ses limites. Il faut inventer un système de défense qui doit être adapté aux réalités du pays et qui peut être aisément pris en charge. La réflexion sur le système de défense devra prendre en compte les données de l'histoire mais aussi les perspectives d'avenir³⁴⁵. Le système de défense et de sécurité doit reposer sur deux principes fondamentaux : le principe de subordination et celui de la spécialisation. La subordination est un principe suivant lequel toute action des forces armées et de la police doit être soumise à l'initiative et à l'autorité du pouvoir politique civil. La spécialisation, quant à elle, signifie que la défense du territoire contre toute agression ne relève que d'une institution particulière que sont les Forces armées ; la sécurité de la population et la surveillance permanente à l'intérieur du territoire sont de la compétence première la police nationale³⁴⁶.

Mais l'expérience vécue consacre les faits suivants : La seule force militaire ne suffit pas pour remporter la victoire. Cette victoire suppose donc une collaboration étroite du militaire et du civil politique et économique. L'effort d'harmonisation doit consister à imposer au militaire comme au policier une attitude qui doit faire de lui un frère et protecteur du peuple et de ses biens. Une armée et une police bien disciplinées, de bonne conduite bénéficient toujours la coopération de la population civile et obtenir des informations capitales pour la poursuite des opérations en temps de crise comme en temps de paix.

A. Méthodes pour harmoniser les relations entre civils et hommes en uniforme

La création d'une structure de formation mixte pour l'armée telle que l'Institut des Hautes Etudes de défense nationale devant réunir dans des stages d'une durée de plusieurs mois, civils et militaires, de provenance professionnelle diverse pour les amener à discuter librement, à harmoniser leurs points de vue et à prendre l'habitude d'un travail d'équipe en matière de défense. Pour la police, l'Académie de police devrait servir de cadre de cette action afin que policiers et civils aient l'habitude d'un travail en équipe dans le domaine de sécurité et de surveillance intérieure du territoire³⁴⁷. Il faut que l'obligation de service militaire soit imposé à tous les citoyens congolais de 18 à 50 ans. Cette obligation s'est exaltée dans la conscience des Congolais tout au long de l'agression rwando-ougandaise que notre pays a subi.

La mise sur pied de différents comités inter ministériels de défense dans les domaines alimentaires, de recherche scientifique et de renseignement. A la tête de chaque comité doit

³⁴⁴ Kamana Tshibengabo, R-D Congo : La défense nationale à l'impératif...op. cit., p. 114.

³⁴⁵ CENCO, L'Etat et ses services spécialisés. Administration publique et Etat de droit. (Module de formation à l'intention des animateurs paroissiaux de la Commission Justice et Paix et des agents locaux de l'Etat), Kinshasa, Commission Episcopale Justice et Paix, 2003, pp. 52-53.

³⁴⁶ Idem, p. 52.

³⁴⁷ Idem, p. 64.

se trouver un civil matérialisant ainsi la suprématie du pouvoir civil sur le militaire depuis la base jusqu'au sommet de l'Etat. L'organisation des journées ouvertes de l'armée et de la police. Elles doivent permettre aux civils d'accéder aux installations de l'armée et de la police, de palper les réalités de ces deux institutions, d'ouvrir ainsi un dialogue entre civils et militaires sur les questions liées à la défense et à la sécurité. L'organisation des compétitions sportives en vue de parvenir à une unité et une symbiose parfaite de cœur et d'esprit dans le chef de ces partenaires de notre système de défense et de sécurité fait de la stratégie d'harmonisation des rapports entre civils et militaires.

B. Comportement requis de l'homme en uniforme

L'homme en uniforme doit être un citoyen exemplaire dans sa vie publique et privée. Dans l'exercice de ses fonctions, il doit agir correctement, conformément à la loi et aux règlements militaires et de la police. Dans sa vie privée, le citoyen en uniforme doit éviter de poser des actes qui déshonorent ses fonctions et discréditent l'Etat. Le citoyen en uniforme doit se contenir d'exiger des services gratuits aux citoyens. Il a l'obligation de rendre gratuitement service à tout citoyen en difficulté³⁴⁸.

Le citoyen en uniforme est soumis à l'apolitisme et à l'interdiction de faire le commerce. En ce qui concerne l'apolitisme, le soldat et le policier n'exercent pas des activités politiques. Gardien de la cité, le citoyen en uniforme protège tous les acteurs du jeu politique. L'apolitisme de l'armée et de la police ne signifie pas que les citoyens en uniforme ne sont pas au courant des débats d'idées et des orientations des partis politiques. Le citoyen en uniforme n'adhère pas à un parti politique pour la bonne et simple raison que la mission dont il est chargé requiert une neutralité positive. Les forces armées sont le rempart de la patrie. Dès qu'elles s'alignent derrière un homme, ou un groupe d'hommes (parti politique) elles deviennent une menace très grave et dangereuse pour les personnes qui n'appartiennent pas à leur courant politique. Et donc, elles deviennent une menace pour la Patrie³⁴⁹.

Le commerce est interdit aux hommes en uniforme pour les mêmes raisons. Le soldat n'entreprend pas des activités commerciales et lucratives. Car, il est censé veiller sur la cité à tout moment. Or, l'activité commerciale consomme beaucoup de temps. Plus encore, elle entretient la passion aux richesses qui accapare tout l'être. Un général riche ne va pas au front. Mais il peut provoquer la guerre pour s'enrichir davantage. En plus, dès que qu'un citoyen en uniforme entreprend des activités lucratives, il est soumis à la tentation d'abuser de son statut pour opérer illégalement³⁵⁰.

C. Comportement attendu du pouvoir politique civil

En contrepartie des obligations de l'homme en uniforme, l'Etat doit lui garantir tout ce dont il a besoin tant sur le plan professionnel qu'individuel. Professionnellement, le soldat doit être bien formé, bien équipé, bien nourri, bien logé. Individuellement, le soldat ne doit pas se plaindre d'un manque. La solde devrait être utilisée par exemple pour se payer le transport urbain, le ticket d'entrée à un spectacle, constituer une petite épargne. Le soldat est en droit d'attendre cette prise en charge de l'Etat. Dès que l'Etat démissionne de ces obligations, le soldat devient un danger pour la patrie³⁵¹.

³⁴⁸ CENCO, *L'Etat et ses services spécialisés...* op. cit., pp. 65-66.

³⁴⁹ Idem, p. 68.

³⁵⁰ Idem, p. 68.

³⁵¹ CENCO, *L'Etat et ses services spécialisés...* op. cit., pp. 65-66.

Dans la perspective de la nouvelle armée nationale, il est impérieux que les acteurs politiques résolvent les problèmes en amont. Concrètement, il faut concevoir un système de défense et de protection adaptée aux réalités du pays ; veiller scrupuleusement sur le fonctionnement de l'armée et de la police nationale notamment en respectant les critères objectifs de désignation des responsables de ces services³⁵². Pour cela, il découle des travaux consultés dix propositions pour la reconstruction de la nouvelle armée :

- La démobilisation progressive des troupes actuelles ;
- Le même quota de recrutement pour toutes les provinces ;
- La création de nouveaux Centres d'entraînement ;
- La réhabilitation des branches militaires spécialisées : Force aérienne, Force navale, Force terrestre, Services de génie, Services des Transmissions, Services de Sécurité ;
- La création d'une Force aérienne répondant aux besoins réels du pays en matière de défense et de Sécurité ;
- La création de Bases aériennes dans toutes les provinces et de bases navales indispensables ;
- L'instauration d'un Service civique et militaire obligatoire pour tout Congolais ayant terminé le cycle secondaire d'enseignement ;
- La mise en condition obligatoire de tous les anciens soldats retenus aux termes du 'Dixième utile' ;
- La construction des Camps militaires en dehors des grandes agglomérations ;
- La création d'Académies militaires et navales en Province Orientale.

Les idées émises par les Congolais constituent leur conception de l'armée appelée à protéger l'intégrité du territoire congolais qui est le bien commun le plus précieux de la Nation congolaise. Comment ces idées ont été intégrées dans le plan de la réforme de l'armée et à quel niveau de la Constitution et des lois de la République relatives aux FARDC ont consacré ces principes ?

I.2. Principales orientations de la réforme suivant le plan de l'Etat Major Général et fondements juridiques du nouveau système de défense congolais

La vision de la réforme de l'armée telle que conçue par les autorités tant politiques que militaires peut être résumée en ce qui suit : la réforme de l'armée doit être régentée par dix principes directeurs dont le rajeunissement et la performance, le nouveau découpage opérationnel en zone de défense, l'affirmation de la doctrine de défense à triple échelon d'intervention (Unités de couverture, Unités de réaction rapide et Unités de défense principale), le coût de la réforme tenant compte des réalités budgétaires du pays et l'intervention de la coopération militaire des partenaires internationaux notamment dans les domaines des infrastructures (construction des casernes et hôpitaux).

I.2.1. Analyse du plan de réforme de l'Armée nationale

Le Ministère de la Défense nationale et des Anciens combattants en étroite collaboration avec l'Etat major général ont conçu un plan de réforme de l'armée dont les premiers jalons ont été posés à la table ronde sur la réforme du secteur de sécurité tenue à Kinshasa du 25 au 26 février 2008. Ce plan est focalisé sur quatre points allant du diagnostic sur l'armée nationale actuelle aux principes directeurs de la réforme en passant par les objectifs et les stratégies pour y arriver.

³⁵² Idem, p. 69.

A. Diagnostic de l'armée de la RD Congo

Les spécialistes de l'Etat-Major général des FARDC ont posé un diagnostic, qu'ils ont eux-mêmes qualifié de sévère, portant sur six points qu'il importe d'analyser. Sur le plan juridique, les textes légaux qui régissent les Forces armées se sont avérés inadaptés pour des raisons bien mentionnées : la Loi n°04/023 du 12 novembre 2004 portant Organisation générale de la Défense et des Forces armées élaborée sous l'empire de la Constitution de la transition³⁵³ devrait être revue pour la conformer à l'actuelle Constitution du 18 février 2006. Alors que la Loi n° 081-003 du 17 juillet 1981 portant Statut des Agents de Carrière des Services Publics de l'Etat ne tient pas compte des spécificités propres à l'armée³⁵⁴.

Sur le plan morphologique, l'armée nationale présente une image composite avec en son sein des éléments issus des forces armées sous les anciens régimes, des rébellions, des milices et des groupes armés ayant parfois combattus les forces loyalistes dans l'intérêt des pays voisins. Il s'agit en l'occurrence des soldats des Forces armées zaïroises (FAZ, 1971-1997), des Forces armées congolaises (FAC, 1997-2003), des branches armées du Mouvement de Libération du Congo (MLC 1998-2003), du Rassemblement des Congolais pour la Démocratie (RCD 1998-2003), du Rassemblement des Congolais pour la Démocratie- Mouvement de Libération (RCD/KML), des ex-Maï-Maï et des ex-Tigres (anciens gendarmes katangais venus d'Angola en 1997)³⁵⁵. Une telle combinaison des forces d'origine éparse ne peut favoriser une cohésion au sein de l'armée. En sus, elle a créé un déséquilibre géographique et ethnique dans la composition des effectifs des FARDC en violation des dispositions pertinentes de la Constitution y relatives³⁵⁶.

Sur le plan de l'équipement, le manque d'une politique d'acquisition, de gestion et de maintenance des équipements font que les FARDC ne disposent que des matériels insuffisants, vétustes, obsolètes et très souvent inadaptés. Les moyens de transmissions sont dépassés et nettement insuffisants. Sur le plan des infrastructures, les unités n'ont pas de garnisons attitrées où leurs familles peuvent attendre en toute sécurité, sans peur d'être déguerpies en l'absence du chef de famille ; les infrastructures de base sont donc insuffisantes et délabrées parfois même inexistantes à certains endroits. Les militaires se construisent eux-mêmes leurs logis. Sur le plan de l'opérationnalité, les unités ont une très faible capacité opérationnelle et éprouvent d'énormes difficultés pour la projection à cause de l'insuffisance des secteurs de projection et moyens logistiques³⁵⁷.

Sur le plan de l'organisation, la situation actuelle de l'armée n'est pas adaptée aux menaces et aux défis auxquels le pays est confronté. Cette organisation est calquée sur la subdivision politico-administrative actuelle consacrant la coïncidence des régions militaires³⁵⁸ avec les provinces en tant que démembrements de l'Etat.

³⁵³ Les articles 178 à 190 de cette Constitution étaient consacrés exclusivement à l'armée. Voir Constitution de la transition de la République Démocratique du Congo du 04 avril 2003, Journal Officiel, 44ème année, Numéro spécial du 5 avril 2003.

³⁵⁴ Etat-Major général, *Plan de réforme de l'armée*, Kinshasa, 2009, p. 2.

³⁵⁵ Etat-Major général, *Plan de réforme de l'armée*...op. cit, p.2.

³⁵⁶ L'article 183 de la Constitution de la transition...op. cit. stipulait que « Le recrutement dans les Forces armées de la République Démocratique du Congo tient compte des critères objectifs liés à la fois à l'aptitude physique, à une instruction suffisante, à une moralité éprouvée ainsi qu'à l'équilibre entre toutes les provinces ».

³⁵⁷ Etat-Major général, *Plan de réforme de l'armée*...op. cit, p. 3.

³⁵⁸ Selon le Professeur Vunduawe te Pemako F., *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Afrique Editions-Larcier, 2007, p. 454 « La Région Militaire est une circonscription militaire comprenant des Unités de la Force terrestre. Elle correspond à la province administrative. Elle est placée sous le commandement d'un Officier Général appelé Commandant de la Région Militaire ».

B. Objectifs de la réforme des FARDC

La réforme vise donc la création d'une armée républicaine, professionnelle, moderne, crédible et dissuasive. Les FARDC doivent devenir une armée professionnelle, moderne, équilibrée et en mesure d'assurer efficacement la défense de la RDC conformément aux impératifs nationaux³⁵⁹. En tant qu'armée professionnelle, l'armée congolaise devra avoir un personnel bien formé et dévoué ; avoir un équipement adéquat en quantité et en qualité ; une armée où règne la discipline militaire ; dispose d'un budget et des finances suffisants ; avoir une bonne doctrine militaire, être une armée persuasive, crédible et respectée ; une armée avec un leadership et avec des structures impersonnelles, fiables et stables³⁶⁰.

La modernité de l'armée congolaise doit se manifester par le fait qu'elle devra avoir une doctrine adaptable ; avoir une technologie appropriée, avoir un leadership dynamique, être bien entraînée et bien formée ; avoir un système de communication adéquat et performant ; avoir la capacité de répondre à la gestion de tout type de catastrophes, avoir des structures flexibles, avoir une autonomie logistique et garder un seuil satisfaisant dans tous les domaines. Les caractéristiques d'une armée équilibrée obligent à cette institution d'être en adéquation avec le budget national, avoir une représentativité provinciale et répondre aux exigences opérationnelles par toutes ses composantes. Elle doit être une armée capable de satisfaire à tout moment à tous ses besoins. L'idéal est celui d'amener les FARDC à préparer, employer et maintenir les capacités de défense en rapport avec les obligations constitutionnelles, légales et réglementaires³⁶¹.

C. Stratégie globale de la réforme de l'armée

La stratégie globale des forces armées tient compte d'une part de ses missions, de la doctrine d'emploi de ses moyens, du diagnostic fait de la situation actuelle, de différentes menaces redoutées et du budget du pays. D'autre part, elle vise dans une sorte de manœuvre à trois phases dans le but de l'éclosion d'une armée moderne, professionnelle, républicaine, correctement équipée, évoluant dans un nouveau système de défense crédible, à la dimension et à la vocation du pays³⁶². La mise en œuvre de la réforme de l'armée devait connaître trois phases. La première phase qui va de 2009 à 2011 est celle consistant au rétablissement de la situation sécuritaire du pays. Elle est en outre celle qui devrait préparer et exécuter la relève de la MONUSCO. La réorganisation des FARDC devient une urgence en vue de les amener à contribuer à la surveillance des frontières les plus sensibles et à commencer par la formation du personnel de la nouvelle armée en utilisant toutes les opportunités offertes³⁶³. La deuxième phase qui partira de 2011 à 2016 est celle conçue comme consacrant la montée en puissance des FARDC qui se traduira notamment par la mise sur pied des Unités de Réaction Rapide (URR) capables de mener des actions de forces. Cette phase devra être suivie par la mise en place des Unités de Défense Principale (UDP) ayant un équipement complet. La troisième phase est comprise dans l'intervalle des années 2016 à 2025. Cette période est conçue comme celle qui connaîtra l'optimisation du dispositif de la défense nationale congolaise (Ucouv, URR et UDP). L'armée sera capable d'assurer la défense effective du territoire par des moyens propres et autonomes. Cette période est celle qui connaîtra également l'augmentation de la participation de l'armée congolaise aux opérations de maintien de la paix³⁶⁴.

³⁵⁹ Etat-Major général, Le profil des forces armées de la République Démocratique du Congo, Kinshasa, p. 11.

³⁶⁰ Etat-Major général, Le profil des forces armées...op. cit., p. 12.

³⁶¹ Idem, p. 13.

³⁶² Etat-Major général, Plan de réforme de l'armée...op. cit, p. 3.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ Etat-Major général, Plan de réforme de l'armée...op. cit, p. 4.

D. Etude des principes directeurs du plan de la réforme de l'armée

A l'issue du diagnostic fait de l'état des forces armées congolaises, il est ressorti que dix principes directeurs forment la charpente de la nouvelle armée à bâtir sur les cendres de celle l'Etat congolais dispose et qui l'a desservi à plusieurs reprises. Ces principes couvrent notamment le rajeunissement, la formation, l'équipement jusqu'à la définition des sources de financement de cette réforme elle-même.

a) Rajeunissement du personnel militaire des FARDC

Le rajeunissement des forces armées passe nécessairement par la planification de la mise en retraite des militaires ayant atteint la limite d'âge et le recrutement des nouveaux éléments appelés à assurer la relève. Dans le cadre de cette réforme, il est proposé le départ en retraite, dans le court terme, de tous les militaires ayant atteint 60 ans et plus ; de manière à aborder la deuxième législature de la troisième République avec une jeune armée³⁶⁵. C'est ainsi que pour 2009, il a été envisagé le départ en retraite des militaires gérés actuellement par le Ministère des affaires sociales dont le nombre est de 46. 090. En même temps, ceux âgés de 65 ans et plus parmi les actifs et dont le nombre s'élève à 1. 283 devront aussi quitter l'armée³⁶⁶.

La réforme prévoit la retraite de 2. 331 militaires âgés de 63 ans et plus en 2010 et de 4. 615 militaires âgés de 60 ans et plus en 2011. Il est évident que la retraite des militaires qui ont fait une brillante carrière dans l'armée doit être accompagnée des mesures de récupération et de réinsertion. Il peut être proposé par exemple que les officiers généraux et les colonels qui partent en retraite soient récupérés dans la diplomatie ou dans la territoriale comme conseillers en matière de sécurité des Gouverneurs. Pour les autres catégories, l'Etat pourra trouver le mécanisme de les recalcr dans la société³⁶⁷.

Il peut être également être envisagé la création d'une caisse de solidarité à la retraite des militaires, laquelle caisse devrait bénéficier des subventions de l'Etat. Pour combler le vide laissé par tous ces départs, la réforme a prévu un recrutement de 10. 000 jeunes en 2009, qui a déjà commencé. Etant donné que pour les trois années du court terme, 8. 229 militaires partent en retraite et compte tenu de taux d'inaptitude, de désertion et autres estimé à 30%, il a paru opportun de combler ce vide avec 10. 000 éléments dès le départ pour garder à niveau le volume projeté, soit une armée de 140. 000 militaires³⁶⁸.

b) Formation et entraînement continus

Il est important de rouvrir les Ecoles militaires, les Centres d'entraînement et d'instruction pour la formation des jeunes éléments ainsi que le renouvellement des spécialistes. Cette réouverture passe nécessairement par la réhabilitation des infrastructures existantes, l'acquisition des matériels didactiques et la formation des formateurs. En vue d'harmoniser les programmes d'instruction et d'entraînement, la Commission a proposé la création d'un commandement général des écoles militaires, structure relevant de l'Etat-Major général de manière à éviter les dépendances des Ecoles militaires, soit au Ministère, soit aux forces³⁶⁹.

³⁶⁵ Idem, p. 4.

³⁶⁶ Ibidem.

³⁶⁷ Idem, pp. 4-5.

³⁶⁸ Idem, p. 5

³⁶⁹ Etat-Major général, *Plan de réforme de l'armée...* op. cit, p. 5.

c) Acquisition de l'équipement moderne

Pour que les Unités soient opérationnelles, il est important de respecter les tableaux d'organisation (TO) et les tableaux de dotation (TD). Cela passe par l'acquisition des équipements individuels et collectifs, du charroi automobile, des aéronefs pour le transport des troupes et pour le combat, les matériels flottants, les matériels de transmissions adaptés ainsi que les matériels de génie pour le service (construction) et pour le combat³⁷⁰.

d) Amélioration des conditions de vie et de travail du militaire congolais

La réforme de l'armée place l'homme au centre de toutes les préoccupations par l'amélioration de ses conditions sociales et professionnelles qui passe par l'augmentation du taux de ménage pour la fin 2009 à 15\$/H/ mois de manière à atteindre 30\$/H/mois en 2011. Il en est de même de revoir la prise en charge médicale dont le taux est proposé à 3\$/H/mois, et prévoir des frais funéraires. Il est temps d'accorder un traitement minimum de 65\$ pour le dernier soldat à la fin de cette année de manière à remplacer la ration convertie en argent (RCA) accordé actuellement aux militaires de tous grades. La feuille de route donne une estimation globale de ces coûts. L'amélioration des conditions professionnelles des militaires requiert que la gestion de leurs carrières soit codifiée par des textes légaux et réglementaires³⁷¹.

e) Nouvelle organisation territoriale de la Défense nationale

L'organisation territoriale de la Défense a été revue de manière à éviter de continuer de faire coïncider les structures militaires avec les subdivisions politico-administratives. Après analyse des facteurs milieux et menaces, le pays a été subdivisé en trois zones de défense (Zdef). Une zone de défense est une entité territoriale inter-force dans laquelle des Unités terrestres, aériennes et navales opèrent sous un commandement unique³⁷².

La carte géographique de la Défense a été subdivisée en trois zones. La première zone de Défense englobe la Ville de Kinshasa et les actuelles provinces de Bandundu, de Bas-Congo et de l'Equateur. La deuxième zone de Défense comprend les provinces du Kasai-Occidental, du Kasai-Oriental et du Katanga. La troisième zone de Défense couvre les provinces de Maniema, du Nord-Kivu, du Sud-Kivu et de la Province Orientale. Cette subdivision en zones de Défense trouve sa motivation sur le plan historique, stratégique, économique, politique et permet aussi la récupération de tous les cadres en faisant disparaître le phénomène « dispo » et des unités cadre³⁷³.

Les raisons historiques justifiant la subdivision du pays en trois zones de Défense tiennent au fait que de la Force publique à l'ANC, les Unités de l'Armée étaient articulées autour de trois groupements. Le Commandant Groupement avait une responsabilité du territoire sur l'engagement des troupes ; ce qui réduisait les délais de transmission des ordres, d'intervention et de ravitaillement. Sur le plan stratégique, chacune de ces zones présente pratiquement les mêmes menaces : des éléments hostiles au régime peuvent nous attaquer instrumentalisés par des pays limitrophes ou avec leurs appuis³⁷⁴.

Pour la première zone de défense, la menace redoutée proviendrait de l'Angola et du Congo-

³⁷⁰ Ibidem.

³⁷¹ Idem, p. 6.

³⁷² Ibidem.

³⁷³ Ibidem.

³⁷⁴ Etat-Major général, *Plan de réforme de l'armée...* op. cit, p. 7.

Brazzaville. Pour la deuxième zone de défense, elle est due à la convoitise de ressources naturelles et minières et peut provenir de l'Angola, de la Zambie et de la Tanzanie. Pour la troisième zone de défense, elle proviendrait de l'Est avec le Rwanda, l'Ouganda et du Nord-Est avec le Soudan, notamment avec le Sud-Soudan qui s'apprête à proclamer son indépendance. Sur le plan de résorption des effectifs, il y a possibilité d'affecter 16 généraux, 204 officiers supérieurs et 1. 639 officiers subalternes par zone de défense³⁷⁵.

Sur le plan économique, la Constitution du 18 février 2006 a prévu le passage de 11 provinces à 25 plus la Ville de Kinshasa. Pour éviter les velléités sécessionnistes de certains politiciens qui pourraient trouver de répondant dans un petit ensemble, il est nécessaire d'organiser de grands ensembles dans lesquels on trouverait plusieurs réalités culturelles et ethniques. Ceci permet au militaire de transcender le clivage ethnique.

La nouvelle organisation territoriale de la Défense présente beaucoup plus d'avantages que d'inconvénients. Au titre d'avantages, les spécialistes pensent que la concentration des moyens militaires et la réduction du délai de réaction face à une menace ; ensuite pendant que les politiciens cherchent à émietter les pays par la création de nouvelles petites provinces, l'armée crée des grands ensembles pour mieux cimenter l'Unité nationale enfin l'utilisation d'un plus grand nombre d'officiers généraux et d'officiers supérieurs³⁷⁶. L'inconvénient le plus apparent est, à première vue, la concentration des moyens importants sur un commandant. Mais le risque de cette concentration est atténué par la mise en place d'une chaîne de commandement mise en œuvre et d'une chaîne de mise en condition strictement séparées³⁷⁷.

f) Responsabilité dans la chaîne de « Mise en œuvre » et de « Mise en condition »

La chaîne de commandement de « Mise en œuvre » trouve sa justification dans la Constitution. Le chef de l'Etat est le commandant suprême des FARDC et est le seul responsable de leur mise en œuvre. Il est assisté par le chef EMG qui coordonne des activités du Commandant suprême sur le plan stratégique. A l'échelon opératif, le commandant Zdef assume le commandement opérationnel de toutes les unités engagées dans la zone d'action sous la responsabilité du chef EMG sur ordre du Commandant suprême. En temps de paix, il assure l'entraînement des unités à travers la base militaire³⁷⁸. A l'échelon tactique, il est représenté par les unités de base (région militaire Force terrestre, Unités aériennes et navales équivalentes) avec leurs appuis et soutiens, et dont la responsabilité consiste à mettre en œuvre les unités d'une même force ou d'un même service sur le terrain³⁷⁹.

La chaîne de commandement de « Mise en condition » exige qu'avant l'engagement des Unités au sein de la chaîne de commandement opérationnel, leur personnel est recruté, administré, formé, nourri, logé et entraîné. Cette tâche est confiée aux Etats-Majors des forces ainsi que des corps inter-forces pour la mise en condition, sans aucune immixtion dans le domaine du commandement des opérations. En sa qualité de responsable de la politique de défense, le Ministre de la défense est responsable de la mobilisation des ressources nécessaires au développement de l'ensemble des forces armées et aux infrastructures indispensables à la défense, raison pour laquelle il apparaît sur cette chaîne mais ne commande pas³⁸⁰.

³⁷⁵ Ibidem.

³⁷⁶ Idem, p. 8.

³⁷⁷ Idem, p.11.

³⁷⁸ Ibidem.

³⁷⁹ Idem, p. 12.

³⁸⁰ Etat-Major général, *Plan de réforme de l'armée...* op. cit, p. 12.

g) Redéfinition de la doctrine d'emploi des forces

La doctrine d'emploi des forces retenue est la Défense graduelle à trois échelons d'intervention. Il s'agit au premier niveau des Unités de couverture, au deuxième niveau des Unités de réaction rapide et au troisième niveau des Unités de défense principale. Les Unités de couverture sont des Unités de premier échelon, chargées d'observation, de surveillance et d'alerte. Elles sont constituées des Brigades d'infanterie, des Unités navales et aériennes situées dans la zone capables d'engager tout ennemi dans les limites, avant tout renfort éventuel³⁸¹. La réforme prévoit que le personnel des Unités de couverture soit composé de 217 officiers, de 780 sous-officiers et de 2. 503 hommes de troupes par unité (au total 3. 000)³⁸².

Les Unités de réaction rapide interviennent en deuxième échelon. Ce sont des Unités d'infanterie aéromobiles, projetables par des moyens navals et aériens. Elles doivent être capables d'intervenir dans les délais courts dans un secteur engagé. Elles sont caractérisées par une grande mobilité, une puissance de feu, une autonomie d'action, un entraînement spécifique permanent et la durée de service limité. Le personnel de ces Unités est constitué de 177 officiers, de 597 sous-officiers et 1. 932 hommes de troupes par unité (au total 2. 706 hommes au total)³⁸³.

Les Unités de défense principale interviennent en troisième échelon pour faire la décision. Elles sont composées des Unités blindées, d'artillerie lourde et d'infanterie mécanisée. Elles sont caractérisées par une grande puissance de feu, par une faible vulnérabilité et par la possession de matériel performant. Le personnel de chaque Unité est composé de 310 officiers, de 1. 342 sous-officiers et 3. 021 hommes de troupes (au total 4. 673 hommes)³⁸⁴.

h) Réhabilitation et construction des infrastructures militaires

Il y a une urgence pour la construction des camps militaires en commençant par les garnisons de l'Est où sont concentrés les 2/3 des FARDC. Il a été prévu deux modules : le module de Camp-Bataillon pour les Unités de couverture et des Unités de Réaction Rapide et le module de Camp-Brigade pour les Unités de défense principale³⁸⁵. Les bases militaires de Kitona et de Kamina sont à réhabiliter tandis que celles de Walikale et Gombari à construire pour la troisième Zone de Défense. Les infrastructures des écoles militaires, des Centres d'instructions et des Centres d'entraînements sont à réhabiliter.

Dans un premier temps, il serait important de construire au moins un hôpital de référence par Zone de Défense. L'option de construire un Quartier général des Forces armées à Kinshasa étant retenue de manière à laisser l'actuel bâtiment qui abrite l'EMG au MDNAC. Il en est de même de la construction des Quartiers généraux de trois Zones de Défense et ceux de 10 régions militaires. La réhabilitation des pistes d'atterrissage de Kamina et de Kitona sont à envisager dans le court terme étant donné que les deux pistes sont menacées par l'érosion. La construction des installations pour les Groupements navals et d'une Base logistique par Zone de Défense sont également envisager³⁸⁶.

³⁸¹ Ibidem.

³⁸² Idem, p. 14.

³⁸³ Idem, p. 17.

³⁸⁴ Idem, p. 21.

³⁸⁵ Idem, p. 29.

³⁸⁶ Etat-Major général, *Plan de réforme de l'armée...* op. cit, p. 29.

i) Calendrier de mise en œuvre de la réforme de l'armée

La réforme est projetée en trois phases allant de 2009 à 2025, soit dix sept ans durant. Cette réforme tient compte des réalités et contraintes budgétaires du pays. La phase du court terme va de 2009 à 2011, soit trois ans. Elle doit permettre de booster la réforme de l'armée et permettre d'entrer dans le deuxième mandat de la troisième législature avec une armée rajeunie même si elle n'est pas encore professionnelle. La phase du moyen terme va de 2012 à 2016, soit 5 ans, durée d'un mandat et cela après évaluation de la première phase. La phase du long terme va de 2017 à 2025, soit 9 ans. Des évaluations pendant la phase et pour passer à une autre sont prévues³⁸⁷.

j) Sources du financement de la réforme de l'armée

La réforme de l'armée tient essentiellement compte des ressources propres et mobilisables. Les apports de partenaires ne seront que secondaires. Les sources de financement³⁸⁸ déjà identifiées et qui pourraient être exploitées sont :

- Dans le budget national, 12% des recettes propres sont accordées aux Forces armées, soit 240. 000. 000 USD ;
- Une société sud-africaine 'Divine Inspiration' propose dans le cadre de l'exploitation pétrolière d'accorder 120. 000. 000 USD pour trois ans ;
- Une Banque de Malte propose un prêt de 30. 000. 000USD à la Force Aérienne ;
- La coopération chinoise qui est disposée à accorder un don dans le cadre de la réforme des FARDC.

Le plan de réforme de l'armée n'a pas proposé de changement en ce qui concerne la justice militaire qui est susceptible de contribuer à l'éradication de l'impunité devenue la principale source de l'indiscipline dans l'armée nationale. Le plan de réforme est également muet sur la nature et la qualité des relations civil-militaire. Et pourtant ces relations constituent un critère d'évaluation d'une armée dans tout Etat de droit et démocratique. Les lacunes du plan de la réforme de l'armée peuvent être comblées par les différents textes juridiques sur lesquels se fondent toutes les activités militaires en RD Congo.

1.2.2. Cadre juridique de la Réforme du système de défense et des FARDC

Dans tout Etat de droit, l'existence et le fonctionnement de toute institution doivent avoir un fondement constitutionnel et légal. C'est dans cette optique que les délégués au Dialogue inter Congolais ont tenu à réaffirmer la nécessité d'*'édifier un Etat de droit durable fondé sur (...) la subordination de l'autorité militaire à l'autorité civile'*³⁸⁹. La période de transition avait également pour objectif de former une armée nationale, restructurée et intégrée.

A. Bases constitutionnelles de la réforme de l'armée nationale

La Constitution du 18 février 2006 a consacré six articles aux forces armées. Ces dispositions posent les principes fondamentaux à l'organisation et au fonctionnement de l'armée. Il suit de la lecture de ces dispositions que la Constitution a déterminé les caractéristiques

³⁸⁷ Idem, p. 30.

³⁸⁸ Ibidem.

³⁸⁹ §4 du préambule de la Constitution de la Transition, *Journal Officiel* 44^{ème} année, numéro spécial du 5 avril 2003.

d'une armée dont la République a besoin, la composition, les missions des forces armées, le recrutement et la gestion et la destination des membres de l'armée.

a) Principes constitutionnels relatifs à la composition, aux caractéristiques et aux missions des FARDC

Les Forces armées comprennent la force terrestre, la force aérienne, la force navale et leurs services d'appui³⁹⁰. Les effectifs à tous les niveaux, les fonctions de commandement en tout temps et en toute circonstance doivent tenir compte des critères objectifs liés à la fois à l'aptitude physique, à une instruction suffisante, à une moralité éprouvée ainsi qu'à une représentation équitable des provinces³⁹¹. Cette disposition de la Constitution ne prend pas compte expressément la dimension genre. Les stipulations de l'article 14 de la même Constitution ne peuvent pas être suivies à la lettre. En d'autres termes, il ne sera pas difficile de concevoir la parité dans l'armée lorsqu'on sait l'intégration est volontaire et dépend également des aptitudes physiques. En tout état de cause, les quelques femmes qui s'y trouvent devaient bénéficier d'une attention particulière surtout en ce qui concerne la promotion et les grades.

Les FARDC ont pour mission de défendre l'intégrité du territoire national et les frontières. Dans les conditions fixées par la loi, elles participent, en temps de paix, au développement économique, social et culturel ainsi qu'à la protection des personnes et de leurs biens³⁹². Les FARDC sont républicaines. Elles sont au service de la nation toute entière. Nul ne peut, sous peine de haute trahison, les détourner à ses propres fins. Elles sont apolitiques et soumises à l'autorité civile³⁹³. Nul ne peut, sous peine de haute trahison, organiser des formations militaires, para-militaires ou des milices privées, ni entretenir une jeunesse armée³⁹⁴. L'expérience congolaise prouve que les gardes des autorités politiques sont souvent transformée en milices privées mais émergeant au budget national. La tristement célèbre Division Spéciale Présidentielle (DSP) est un des exemples de ce genre de « milicisation » d'une partie de l'armée. Après Mobutu, le passage du Groupe Spécial de la Sécurité Présidentielle (GSSP) au temps de Laurent Désiré Kabila à la Garde Républicaine (GR) n'a donné aucune garantie contre ce phénomène de détournement des Forces armées.

b) Principes constitutionnels relatifs à l'organisation et au fonctionnement des FARDC

L'organisation et le fonctionnement des forces armées sont du domaine du législateur³⁹⁵. Néanmoins, la Constitution a institué un Conseil Supérieur de la défense dont la mission est de donner des avis en matière de défense³⁹⁶. Le Conseil Supérieur de la défense est présidé par le Président de la République et, en cas d'absence ou d'empêchement par le Premier

³⁹⁰ Art. 187, al. 1 de la Constitution de la République, *Journal Officiel* 47^{ème} année, numéro spécial du 18 février 2006. Cette disposition diffère légèrement de l'article 179 de la Constitution de Transition d'avril 2003 en ce qu'elle adjoint les services d'appui.

³⁹¹ Art. 189 de la Constitution de la République, *Journal Officiel* 47^{ème} année ...op. cit.

³⁹² Art. 187, al. 2 de la Constitution de la République, *Journal Officiel* 47^{ème} année ...op. cit. L'article 178 de la Constitution de Transition de 2003 stipulait que 'Les forces de la République Démocratique du Congo ont pour mission de défendre l'intégrité du territoire national contre toute agression extérieure et, dans les conditions fixées par la loi, de participer au développement économique, social et culturel et de protéger les personnes et leurs biens'.

³⁹³ Art. 188 de la Constitution de la République, *Journal Officiel* 47^{ème} année ...op. cit.

³⁹⁴ Art. 190 de la Constitution de la République, *Journal Officiel* 47^{ème} année ...op. cit.

³⁹⁵ Art. 191 de la Constitution de la République, *Journal Officiel* 47^{ème} année ...op. cit.

³⁹⁶ Art. 190 de la Constitution de Transition stipulait que le Conseil Supérieur de Défense donne des avis conforme sur la proclamation de l'état d'urgence, l'état de siège et la déclaration de guerre. Le Conseil Supérieur de Défense donne un avis sur toutes les matières portant sur la formation d'une armée nationale, structurée et intégrée ; le désarmement des groupes armés ; la supervision du retrait des troupes étrangères ; toutes questions relatives à la défense nationale.

Ministre³⁹⁷. Une loi organique détermine l'organisation, la composition, les attributions, et le fonctionnement du Conseil Supérieur de la défense³⁹⁸.

B. Bases légales de la Réforme de l'armée nationale

Trois types de lois relatives à la réforme de l'armée peuvent être analysés dans le cadre de cette étude. Il s'agit d'abord de la Loi n°04/023 du 13 novembre 2004 portant organisation générale de la Défense et des Forces armées dont le projet de modification est présentement en discussion au Parlement, ensuite du projet de loi relatif du statut du personnel militaire des FARDC et enfin, les lois sur la justice militaire.

a) Loi portant organisation générale de la Défense et des Forces armées

L'organisation de l'armée est portée par la Loi n° 04/023 du 13 novembre 2004. Elaborée et promulguée sous la Constitution de Transition de 2003, cette loi était jusque là le texte légal consacré à la réforme de l'armée. Compte tenu des changements intervenus avec l'entrée en vigueur de la Constitution du 18 février 2006, des modifications et des adaptations se sont avérées indispensables en matière de Défense nationale. Il importe dès lors de faire l'économie de ces innovations imposées par le processus de la réforme de l'armée.

Dès l'exposé des motifs, le législateur affirme la nécessité de la réforme de l'armée congolaise en ces termes : « *Il se pose dès lors à la République Démocratique du Congo, pour sa survie en tant qu'Etat et Nation, un sérieux problème de redéfinition et de l'organisation de toutes ses forces et structures de défense*³⁹⁹ ». Dans cet impératif, le projet de loi définit les modes et les conditions d'utilisations des forces (art 6-14) et fixe l'organisation et les missions des FARDC.

Les modifications du projet de loi capitalise des expériences passées et récentes des forces armées en tenant compte de l'importance géopolitique et géostratégique du pays. Au titre de ces innovations, le chef de l'Etat-major général sera secondé par un ou deux adjoints. L'Etat-major particulier du Président de la République fait également l'objet de réglementation par le projet de loi. Il est crée d'autres grandes unités comme le corps de service de santé, le corps logistique, le corps des services d'éducation civique, patriotique et d'actions sociales ; les services de communication et d'information et le commandement général des Ecoles militaires⁴⁰⁰.

Le projet de loi fait des FARDC une armée de métier. Dans cette perspective, elles sont appelées à participer en temps de paix au développement économique, social et culturel ainsi qu'à la protection des personnes et de leurs biens. En temps de guerre ou à l'occasion de la proclamation de l'état d'urgence ou lors de la réquisition des Forces armées, celles-ci assurent la protection des personnes et des biens ainsi que des intérêts fondamentaux du pays sur le territoire national et en dehors celui-ci. Les forces armées de la RDC sont également destinées à participer aux opérations de secours en cas de catastrophes et

³⁹⁷ Art. 189 de la Constitution de la Transition déterminait la composition du Conseil Supérieur de Défense pour cette période en ces termes : « ...sont membres de droit du Conseil Supérieur de la Défense : le Président de la République, les quatre vice-Présidents de la République, le ministre de la Défense, le Ministre de l'intérieur, de la Décentralisation, le Ministre des Affaires étrangères, le Chef de l'Etat-major général des Forces armées, le Chef d'Etat-major des Forces terrestres, le Chef d'Etat-major des Forces aériennes et le Chef d'Etat-major des Forces navales ».

³⁹⁸ Art. 192 de la Constitution de la République, *Journal Officiel* 47^{ème} année ...op. cit

³⁹⁹ Sénat, Projet de loi modifiant et complétant la Loi n° 04/023 du 13 novembre 2004 portant organisation générale de la Défense et des Forces armées, Kinshasa/Lingwala, Palais du Peuple.

⁴⁰⁰ Sénat, Projet de loi modifiant et complétant la Loi n° 04/023 du 13 novembre 2004 portant organisation générale de la Défense...op. cit.

calamités naturelles. Elles effectuent des missions humanitaires, de maintien de la paix et de résolution des conflits dans le cadre des Nations Unies, de l'Union Africaine, de la SADC, de la CEEAC et dans le cadre d'autres accords liant la RD Congo⁴⁰¹.

b) Projet de loi portant statut du personnel militaire des FARDC

Les membres des forces armées de la RDC étaient régis par la Loi portant Statut du personnel de Carrière des Services Publics de l'Etat⁴⁰² en ce qui concerne la gestion de leur carrière. Cette loi était jugée inadaptée au métier d'armes. D'où la nécessité d'une loi particulière qui prendra en charge les spécificités de la fonction publique militaire. Ce projet de loi paraît essentiel pour la réforme parce qu'elle traite de la condition de vie du soldat et de sa famille. Elle s'intéresse également à sa vie après avoir loyalement servi dans l'armée. La réussite de la réforme de l'armée en cours s'appréciera aussi à travers l'amélioration du bien-être social des membres des forces armées congolaises.

Le projet de loi fixe les conditions de recrutement, la gestion de la carrière, prévoit des avantages sociaux et institue un règlement pour la discipline militaire. La formation du personnel de l'armée occupe une place de choix. Les dispositions des articles 9 à 109 et 176 à 196 du projet de loi cité sont de nature à motiver et à encourager les meilleurs de Congolais à servir sous le drapeau. Leur application effective et efficiente pourrait amener l'armée à être une profession enviée des jeunes diplômés universitaires. Un deuxième acquis de ce projet de loi est le règlement de la discipline militaire. L'un des maux qui rongent l'armée congolaise est l'indiscipline caractérisée de ses membres et de l'impunité des actes posés par des militaires récalcitrants. Ce règlement disciplinaire peut être appliqué avec une certaine rigueur en vue d'éradiquer ce phénomène. Il faut pour cela que la justice militaire joue son rôle.

c) Lois sur la justice militaire congolaise

La réforme de la justice militaire a été entreprise depuis 2002 lorsque le législateur a scindé l'ancien code justice militaire en un code judiciaire militaire s'occupant de la procédure devant les juridictions militaires et en un code pénal militaire établissant les infractions et les sanctions y afférentes. Selon le Professeur Akele Adau, '*...l'évolution de l'organisation, des effectifs et de la criminalité au sein des Forces armées ainsi que la nécessité de se conformer aux instruments internationaux dûment ratifiés par notre pays avaient milité, ...pour la réforme... de la justice militaire*⁴⁰³'. La philosophie à la base dans cet élan de réforme de la justice militaire est que cette justice est conçue comme celle '*qui prolonge, appuie et renforce la discipline militaire en se référant aux bases légales et réglementaires qui la fonde dans un Etat de droit*⁴⁰⁴'.

Peut-on aujourd'hui affirmer que cette réforme de la justice entreprise depuis près de 10 ans a-t-elle atteint ses objectifs ? Beaucoup d'études faites tant par les Congolais que par des observateurs étrangers démontrent qu'en dépit des efforts faits ou en cours d'être faits,

⁴⁰¹ Sénat, Projet de loi modifiant et complétant la Loi n° 04/023 du 13 novembre 2004 portant organisation générale de la Défense...op. cit.

⁴⁰² Loi portant Statut du Personnel de Carrière des Services Publics de l'Etat, *Journal Officiel du Zaïre*, 22^{ème} année, numéro 15 du 1^{er} août 1981.

⁴⁰³ Akele Adau P., « Réforme de la justice militaire en RDC. Le nouveau droit judiciaire et pénal militaire transitoire. Un soft landing pour la Cour d'Ordre Militaire », *Congo-Afrique* (Janvier 2002) n° 361, p. 547. Voir également Akele Adau P., « La justice militaire dans le système judiciaire congolais. Quelle réforme ? », *Congo-Afrique* (Janvier 2001) n° 351, pp. 79-124 ; Akele Adau P., « La Cour d'Ordre Militaire : sa nature, son organisation et sa compétence », *Congo-Afrique* (Janvier 1997) n° 311, pp. 541-570.

⁴⁰⁴ Akele Adau P., « Réforme de la justice militaire en RDC...op.cit., p. 563.

le système judiciaire congolais⁴⁰⁵ en général et la justice militaire en particulier connaît des problèmes touchant à la fois à l'organisation et à l'administration de la justice militaire. Le rapport du Secrétaire général de l'ONU, Ban Ki-Moon du 30 mars 2010 est très explicite à ce sujet.

Monsieur Ban Ki-Moon faisait constater le dysfonctionnement du secteur judiciaire en ces termes : *'La justice civile doit fonctionner avec moins de 1% du budget national de la RDC, et aucune structure administrative n'est en place, qu'il s'agisse par exemple de gérer les finances ou le personnel, d'assurer le suivi des affaires, d'établir le budget, d'effectuer les achats ou de gérer les actifs. Des cas d'immixtion de fonctionnaires dans l'administration de la justice et de corruption sont fréquemment signalés et ont provoqué la formation de 200 magistrats dans les domaines de la déontologie et des pratiques anti corruption'*⁴⁰⁶.

En ce qui concerne spécialement la justice militaire, le réquisitoire du Secrétaire général de l'ONU est sans équivoque dans ce secteur :

*'Les institutions de justice militaire, écrit-il, continuent de se heurter à des problèmes analogues à ceux des institutions civiles ; il y a notamment une pénurie de juges et de procureurs militaires, et, sur les 818 magistrats militaires nécessaires, seulement 350 sont en place. Le dispositif de justice militaire subit des pressions politiques ou des interventions du commandant, et les dispositions prises pour assurer la sécurité des magistrats dans les zones de conflit sont insuffisantes. Au cours de la période considérée, la MONUC et le PNUD ont formé 665 de la Justice militaire'*⁴⁰⁷.

Les allégations de Ban Ki-Moon ne sont pas exagérées et elles se confirment par ailleurs par la demande du Gouvernement congolais *'concernant l'appui aux tribunaux militaires y compris par la fourniture d'équipements,...*' à la Mission d'Evaluation Technique. L'aspect de la justice militaire ne figure pas dans le plan de la réforme et suscite quelques interrogations. Cette omission volontaire est-elle justifiée par le fait que le processus dans ce domaine a commencé depuis 2001 et après les dérives extravagantes de la défunte Cour d'Ordre Militaire créée à l'avènement au pouvoir de l'AFDL ? Est-ce cette ancienneté peut-elle faire masquer tout le dysfonctionnement de cette justice ? N'est-il pas évident pour les réformateurs de faire une relation de cause à effet entre l'indiscipline décriée au sein des FARDC et le mal qui ronge la justice militaire. Ces interrogations imposent la nécessité d'une petite évaluation de la feuille de route du plan de la réforme des FARDC.

1.2.3. Evaluation de la feuille de route de la mise en œuvre du plan de la réforme de l'armée congolaise

Toute évaluation du processus de la réforme de l'armée en RD Congo doit, pour le moment, porter sur la première phase (2009-2011). Cette phase était conçue comme celle du rétablissement de la sécurité sur toute l'étendue du territoire national. Elle devait également connaître la réorganisation des FARDC qui les permettra de remplir efficacement leurs missions constitutionnelles même après le départ des Forces internationales. Au regard de ces enjeux, il y a lieu de s'inquiéter quant à l'avancement du processus de la réforme de l'armée congolaise. Il y a certes quelques avancées significatives ouvrant en effet une lueur d'espoir pour l'avenir ; mais beaucoup d'efforts restent à consentir tant de la part de l'Etat congolais que des partenaires internationaux.

⁴⁰⁵ Mvioki Babutana J., « Le système judiciaire congolais : Etat des lieux et perspectives d'avenir », in Mabilia Mantuba-Ngoma, Hanf T. et Schlee B. (dir.), *La République Démocratique du Congo : Une démocratisation au bout du fusil*, Kinshasa, Publication de la Fondation Konrad Adenauer, 2006, pp. 175-193.

⁴⁰⁶ Trente-unième Rapport du Secrétaire général du 30 mars 2010, §44, www.un.org (Consulté le 15 avril 2010).

⁴⁰⁷ Trente-unième Rapport du Secrétaire général du 30 mars 2010, §50, www.un.org (Consulté le 15 avril 2010).

Au titre des avancées dans le processus de la réforme, on note que pendant l'insurrection à Dongo dans province de l'Equateur, le Gouvernement congolais a démontré qu'il était capable de déployer de façon indépendante du personnel des FARDC et de la Police Nationale en cas de crise sécuritaire dans les Zones de défense 1 et 2. Le Secrétaire général de l'ONU, dans le rapport qu'il adressait au Conseil de sécurité, il notait ce qui suit : *'Des éléments des FARDC et de la PNC ont été déployés à l'aide de moyens aériens appartenant au Gouvernement, avec la participation de bataillons hautement efficaces ayant récemment reçu une formation dispensée par la Belgique et l'Afrique du Sud. Les soldats étaient également bien équipés, entraînés et disciplinés ; ils emportaient avec eux des rations alimentaires prêtes à l'emploi pour une durée de plusieurs jours ; et ils étaient spécialement équipés pour la conduite d'opérations impliquant la mise en œuvre de matériels de communication perfectionnés comprenant notamment des téléphones satellitaires'*⁴⁰⁸.

Cette expérience de Dongo ne saurait gommer l'immobilisme qui a atteint le processus de réforme de l'armée congolaise. Cette situation est d'autant plus préoccupante lorsqu'on s'approche de plus en plus des échéances électorales prévues en 2011. Les problèmes sécuritaires risquent de peser négativement comme en 2006 sur le processus électoral favorisant le candidat soutenu par l'establishment qui exerce depuis 1997 le leadership politico-militaire au Congo. Il importe quand même de chercher les causes de la stagnation de la réforme de l'armée congolaise.

Pour des observateurs questions militaires et de défense, la volonté politique peut être retenue à l'unanimité comme l'une des causes principales de cette léthargie. L'émergence d'un leadership politico-militaire et affairiste qui se trouve impliqué dans l'exploitation illégale et trafic des ressources minières constituera un obstacle à la naissance d'une armée professionnelle et totalement soumise au contrôle du pouvoir civil. Une telle armée paraît un danger pour les élites militaires et civiles actuelles qui se servent des forces armées pour maintenir leurs positions et les bénéfices qu'ils en attirent. La réforme de l'armée doit devenir une affaire nationale et une priorité absolue pour la consolidation de la démocratie et de la paix. Dans le même ordre d'idées, le Secrétaire général d'avis lorsqu'il soutient que *'Sans une transformation profonde de l'armée et de la police, y compris une sélection rigoureuse du personnel des services de sécurité, et d'une restauration du système judiciaire, les perspectives d'une paix et d'une stabilité durables s'amenuiseront considérablement'*⁴⁰⁹.

A côté de l'absence de la volonté politique, il faut compter aussi les contraintes financières et opérationnelles qui influent négativement sur le processus de la réforme de l'armée. Sur le plan opérationnel, le Gouvernement congolais est obligé de conduire la réforme en même temps qu'il doit s'occuper des opérations militaires spécialement dans les provinces de l'Est et chercher à asseoir son autorité sur toute l'étendue du territoire national. Les autorités gouvernementales se sentent à peu près acculées par le fait qu'elles doivent réformer tout à la fois devant l'insuffisance des allocations budgétaires eu égard aux besoins énormes des Forces armées.

Cette question est tellement cruciale que l'on ne peut pas la laisser aux seuls des politiciens. Les parlementaires qui n'ont pas encore réussi à exercer un contrôle sérieux sur les l'armée et les services de sécurité devaient inscrire à l'ordre du jour de leurs sessions et traiter avec urgence cette question les trois sessions parlementaires restantes. Il naît dès lors la nécessité de recourir à la coopération internationale pour essayer d'accélérer cette réforme. L'appui des partenaires internationaux peut se résumer à l'accompagnement, les conseils,

⁴⁰⁸ Trente-unième Rapport du Secrétaire général du 30 mars 2010, §42, www.un.org (Consulté le 15 avril 2010).

⁴⁰⁹ MONUC Magazine, numéro 47, Mai-Juin 2009, p. 12.

la formation et l'octroi de l'équipement que le Gouvernement congolais ne peut seul fournir à court terme.

II. ROLE DES PARTENAIRES INTERNATIONAUX DANS LA REFORME DE L'ARMEE CONGOLAISE

Le rôle des partenaires internationaux consiste à l'assistance technique, financière et matérielle. Il y a lieu également de penser que la Communauté internationale peut exercer des pressions sur les autorités politiques congolaises pour les amener à accélérer le processus de la réforme de l'armée. Ces partenaires internationaux sont à la fois multilatéraux et bilatéraux.

II.1. Appui des partenaires multilatéraux

Les partenaires multinationaux qui interviennent dans le processus de la réforme de l'armée congolaise sont essentiellement trois. Il s'agit de l'Organisation des Nations Unies à travers la MONUC devenue depuis le 1^{er} juillet 2010 la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la Stabilisation au Congo (MONUSCO), de l'Union Européenne à travers l'action commune pour la réforme du secteur de sécurité en RD Congo, de la SADC et de la CEEAC.

II.1.1. Contribution de l'ONU à travers la MONUC/MONUSCO

L'ONU a été amenée en l'espace d'un demi-siècle à s'occuper de la crise congolaise avec la responsabilité d'aider à la formation d'une nouvelle armée comme en 1960⁴¹⁰. Depuis le début de la transition 1+4, l'ONU s'est engagée dans le processus de l'intégration de l'armée à travers le mécanisme de brassage. Après l'installation des institutions politiques issues des élections, le mandat de la MONUC en ce qui concerne la réforme du secteur de sécurité a été explicité par la résolution 1756 (2007) du Conseil de sécurité. Aux termes de cette résolution, la MONUC devait à court terme donner la formation à des brigades intégrées des FARDC et au renforcement de la police et devait servir comme conseil du Gouvernement en matière de renforcement de la capacité des systèmes judiciaire et pénitencier, y compris le système de justice militaire et appuyer la planification initiale de la réforme du secteur de la sécurité. Ces tâches seront réalisées en coordination avec d'autres partenaires⁴¹¹.

A. Formation et accompagnement des FARDC

L'un des premiers instruments juridiques qu'il convient de citer est la résolution 1856 (2008) qui recommande à la MONUC de dispenser une formation militaire, y compris dans le domaine des droits de l'homme, du Droit international humanitaire, de la protection des enfants et de la prévention de la violence contre les femmes, à divers membres et unités des brigades intégrées des FARDC déployées dans l'Est de la RD Congo. D'autres résolutions du Conseil de sécurité ont également été prises dans ce sens pour modifier le mandat de la MONUC à l'égard de la réforme de l'armée congolaise. La MONUC a, à la fois formé et accompagné les FARDC dans les opérations militaires contre les FDLR en leur fournissant un appui logistique.

Il y a lieu de noter que la MONUC et les FARDC ont mis au point un plan d'opérations conjoint visant à accroître progressivement les pressions militaires exercées sur les FDLR

⁴¹⁰ Gendebien PH, *L'intervention des Nations Unies au Congo 1960-1964*, Paris-Kinshasa, Mouton & C^{ie} -IRES, 1967, pp. 145-168.

⁴¹¹ MONUC Magazine numéro 48, Volume VIII, Janvier-Mars 2010, p. 15.

dans les zones où celles-ci contrôlent les activités commerciales et l'exploitation illégale des ressources naturelles. Huit bataillons des FARDC, dont l'encadrement et l'appui logistique sont assurés par la MONUC, avaient été déployés dans quatre triangles opérationnels dans les Kivu. Dans le domaine de la collaboration, une directive opérationnelle conjointe de la MONUC et des FARDC donne un plan détaillé pour la coordination des opérations contre les FDLR et définit l'appui logistique que la MONUC doit fournir aux FARDC dans le cadre des opérations planifiées conjointement⁴¹².

En 2006, la MONUC a mis sur pied un projet d'entraînement des brigades intégrées en vue d'accroître leurs capacités opérationnelles et de leur permettre d'assurer leurs missions de sécurité et de défense de façon autonome. La section militaire chargée de la Réforme du secteur de sécurité de la MONUC avait monté un projet pilote d'une durée de trois mois, pour tester et évaluer le programme sur trois bataillons FARDC avant de l'étendre au reste des troupes. C'est le 'Main Training Projet' (MTP). Trois sites d'entraînement étaient retenus, soit ceux de Rwampara en Ituri, Nyakele au Nord-Kivu et Luberezi au Sud-Kivu. Du 2 juillet au 22 septembre 2007, 750 militaires ont été formés dans chacun de ces trois centres. Du 5 novembre 2007 au 1^{er} février 2008, 750 éléments des FARDC ont été formés à Rwampara, 1500 à Nyakele et 1500 à Luberezi. Entre fin 2008 et 2009, la MONUC avait procédé à la formation des formateurs à Luberezi et à Nyakele. Plus de 300 militaires bénéficient ainsi de la formation sur la gestion du personnel et les techniques militaires générales. Ces formations ont permis d'améliorer le savoir faire et l'éthique militaire des FARDC. Mais elle a connu des difficultés dues notamment au manque d'équipements individuels, collectifs et de camp, de matériel dédié à l'instruction⁴¹³.

L'action de la MONUC dans le secteur de sécurité semble avoir plus penché vers les groupes armés avec lesquels certains contingents onusiens ont été accusés d'entretenir des « relations ambiguës sur fond de l'exploitation illégale des ressources minières. D'où la nécessité de la redéfinition du mandat de la mission onusienne dans ce domaine.

B. Mandat de la MONUSCO en rapport avec la réforme de l'armée

La Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la Stabilisation du Congo, MONUSCO, est née de la reconfiguration de la MONUC nécessitée par les exigences du Gouvernement congolais et les réalités sur le terrain. Cette reconfiguration vise à renforcer les capacités nationales en matière de sécurité. A cet effet, la Mission d'évaluation Technique dépêchée par le Secrétaire général Ban Ki-Moon sur place au Congo, s'est employée à mettre au point, en collaboration avec la MONUC, un projet selon lequel la MONUSCO offrirait la formation et éventuellement du matériel de base et apporterait son concours à la construction de casernes pour certaines unités des FARDC faisant partie de l'armée de base durant la première phase du plan gouvernemental de la réforme de l'armée⁴¹⁴.

Conformément aux recommandations du Secrétaire général de l'ONU, la Résolution 1925 du Conseil de sécurité du 28 mai 2010 a donné mandat à la MONUSCO d'aider conformément à la législation pertinente sur la réforme des FARDC et au plan de réforme de l'armée, le Gouvernement congolais à renforcer ses capacités militaires, y compris la justice militaire et police militaire, notamment en harmonisant les activités menées et en facilitant l'échange d'informations et de données d'expérience et, si le Gouvernement en fait la demande, aider

⁴¹² MONUC Magazine, Juillet-Août 2008, p. 9.

⁴¹³ MONUC Magazine, numéro 48, Volume VIII, Janvier-Mars 2010, p. 7.

⁴¹⁴ Trente-unième Rapport du Secrétaire général du 30 mars 2010, § 86, www.un.org (Consulté le 15 avril 2010).

à former les bataillons des FARDC et de la Police militaire, soutenir les institutions de justice militaire et mobiliser les donateurs afin qu'ils fournissent le matériel et les autres ressources nécessaires⁴¹⁵. L'action de la MONUSCO se fera de concert avec les partenaires internationaux parmi lesquels on compte l'Union Européenne.

II.1.2. Intervention de l'Union Européenne à travers l'UESEC

L'action de l'EU en faveur de la réforme du secteur de sécurité en RD Congo a entre autre fondement la Décision EUSEC/1/2010 du Comité Politique et de Sécurité du 18 mai 2010 portant établissement du Comité des contributeurs pour la mission de conseil et d'assistance de l'Union européenne en matière de réforme au secteur de la sécurité en République Démocratique du Congo (UESEC RD Congo)⁴¹⁶. Cette décision faite suite d'une autre prise toujours en application du titre V Traité de l'UE, qui modifiait et prolongeait l'Action commune relative à la Mission de conseil et d'assistance en matière de sécurité en RD Congo⁴¹⁷.

A. Réalisations de l'UESEC depuis sa création

Depuis décembre 2005, la mission de l'UESEC, dont le mandat initial prévoyait la contribution aux opérations d'intégration de l'armée congolaise et le projet 'Chaîne de paiement', a diversifié ses activités pour une modernisation de l'administration et des ressources humaines au sein de l'armée. Cette action vise à soutenir les efforts des autorités congolaises pour mettre en place une structure d'administration moderne et efficace au sein de cette institution publique. Elle a fourni des conseils et assistance technique directement aux autorités congolaises compétentes. Des conseillers ont été, à cet effet, affectés pour travailler avec les autorités militaires à Kinshasa depuis avril 2006 et d'autres sont entrés en fonction auprès des Etats-majors de quatre régions militaires mars 2007⁴¹⁸.

Depuis près de 4 ans après, les conseillers de l'UESEC ont été déployés dans les Kivus dans l'Est du Congo pour superviser les paiements mensuels de la solde des brigades dans le but d'aider les autorités congolaises dans la mise en place de mécanismes assurant une plus grande transparence des flux financiers. L'UESEC a donné un appui technique, financier et logistique au recensement biométrique des militaires. Sur le plan conceptuel, la mission européenne a participé également à l'élaboration du projet de loi portant statut des militaires. Des projets de textes réglementaires, administratifs et financiers ainsi que des processus administratifs et des analyses fonctionnelles ont été élaborés afin de soutenir la restructuration de l'administration des FARDC. Un projet d'installation d'un réseau informatique est actuellement financé par l'UE et ses Etats membres à hauteur de 2,5 millions d'Euros. La formation en informatique des stagiaires qui s'est déroulée de manière suivante 150 personnes pour le 1^{er} module, 60 pour le 2^{ème} module, 45 et 25 personnes respectivement pour le 3^{ème} et 4^{ème} modules⁴¹⁹.

B. Réalisations de l'UESEC en cours

L'UESEC continue d'apporter son appui aux autorités congolaises dans la distribution des cartes d'identité militaire, qui constitue l'étape finale du recensement biométrique de

⁴¹⁵ Résolution 1925 du 28 mai 2010, §12, www.un.org (Consulté le 15 avril 2010).

⁴¹⁶ Journal Officiel de l'Union Européenne, L127/14, 2010/297/PESC du 26 mai 2010.

⁴¹⁷ Journal Officiel de l'Union Européenne, L172/36 FR du 2 juillet 2009.

⁴¹⁸ www.eusec.rdc.eu (Consulté le 20 août 2010).

⁴¹⁹ www.eusec.rdc.eu (Consulté le 20 août 2010).

l'armée congolaise. La distribution a commencé pour la région militaire de Kinshasa et du Bas-Congo et s'étendra graduellement sur l'intégralité du territoire. En plus, la mission a entrepris la réhabilitation de l'Ecole de formation des sous-officiers à Kitona dans la province du Bas-Congo. Les travaux de rénovation, qui comprennent 30 bâtiments de l'école ainsi que 20 bâtiments de logements, sont supervisés par un membre UESEC déployé sur place. Une troisième activité clé est la formation dans 15 villes au profit de cadres administratifs, couplé à une distribution de plus de 7 000 directives administratives permanentes⁴²⁰.

Les autres projets sont relatifs à l'intégration des composantes genre et droits de l'homme aux activités militaires, l'autosuffisance alimentaire à travers des fermes agricoles militaires, la rénovation et l'équipement des locaux de direction informatique vers les régions militaires. Dans le cadre de la réforme de l'armée, les autorités politiques et militaires ont identifié le besoin de recréer une école d'administration pour les officiers subalternes et les sous-officiers. Les différentes études réalisées à ce jour par les FARDC proposent de recréer une école d'administration à Kananga et l'UESEC a manifesté la volonté de s'occuper de cette école⁴²¹.

Les services du MDNAC et l'UESEC ont travaillé dans le même sens pour trouver une stratégie commune qui consistera à organiser une première session de formation au GESM à Kinshasa. Les hypothèses de base de l'étude réalisée sur le terrain à Kananga sont la formation de plus ou moins 100 élèves en même temps, le logement de 60 officiers et de 160 non-officiers, l'indépendance technique (électricité, eau et installation sanitaire) de l'école et l'utilisation du personnel militaire de génie formés à Kananga. La création d'une école d'administration est un des rouages hautement nécessaire à la finalisation du projet de 'Modernisation de l'administration' sans lequel la pérennité de l'action de l'UESEC RD Congo ne saurait pas être assurée⁴²².

Les derniers partenaires multinationaux sont africains. Il s'agit de la SADC et de la CEEAC.

II.1.3. Apport de la SADC et de la CEEAC

Les organisations sous-régionales auxquelles participe la RD Congo, en l'occurrence la SADC et la CEEAC ont toutes prévues dans leurs chartes respectives de branches militaires destinées aux opérations de maintien de la paix tant à leur sein que dans le cadre de l'Union Africaine et de l'ONU. Pour la SADC, il y a une brigade chargée des questions de paix⁴²³. Les membres des FARDC participent aux entraînements et aux formations organisées dans le cadre de cette Communauté économique régionale. La CEEAC a également organisé des séances de formation et d'entraînement des brigades destinées aux opérations de maintien de la paix dans la région de l'Afrique centrale. Une brigade des FARDC a participé à toutes les manœuvres militaires organisées dans ce cadre et à la Mission de maintien de la paix de la CEEAC en Centrafrique⁴²⁴.

II.2. Apport des partenaires bilatéraux

Les partenaires bilatéraux qui prennent part active dans la réforme de l'armée congolaise sont des pays avec lesquels le Congo entretient des bonnes relations diplomatiques de

⁴²⁰ Ibidem.

⁴²¹ Ibidem.

⁴²² Ibidem.

⁴²³ Cfr. Standard Operation Procedures SADC Stanby Brigade. Part III: Operations, June 2008.

⁴²⁴ Lire notamment pour plus de détails Séminaire de la CEEAC sur les réformes des secteurs de sécurité. Module sur la réorganisation des forces armées et services de police, Kinshasa, Hôtel Memling, du 13 au 15 Janvier 2009.

longue date et qui ont manifesté l'intérêt d'aider leur partenaire commun. En réalité, chaque partenaire intervenant dans ce processus a des objectifs à défendre compte de la position géostratégique de la RD Congo. C'est pour cette raison que ces partenaires peuvent être catégorisés selon qu'ils appartiennent au cartel jadis appelé *Troïka*, africains ou asiatique.

II.2.1. Partenaires traditionnels de la Troïka

Les pays de la Troïka congolaise sont suivant la conception des années 90, les Etats-Unis, la France et la Belgique. Appelés également « pays amis », ces Etats étaient impliqués directement dans la crise politique ayant suivi le déclenchement du processus démocratique. Les Etats sont entrain d'apporter leur concours à la réforme de l'armée congolaise.

A. Royaume de Belgique

La Belgique est le premier partenaire bilatéral à s'intéresser à la réforme de l'armée congolaise. Compte tenu de ses liens historiques avec ce pays, elle prend une part active au sein de l'action de l'UESEC. Sur le plan bilatéral, la Belgique a formé la première brigade destinée à servir de base à la nouvelle armée congolaise et qui s'est comportée positivement dans les événements de Dongo ci-haut évoqués. La Belgique a également mis en place une brigade d'intervention rapide basée à Kindu. Suivant le plan de la réforme de l'armée, la Belgique devait aider à la formation des Unités de Réaction Rapide, à la réouverture des Ecoles, des centres d'instruction et des centres d'entraînement. L'apport de la Belgique est attendu aussi dans le domaine de l'acquisition des matériels de génie et des matériels médicaux.

B. République française

La France est partenaire de la Troïka de troisième rang. En tant que tel, elle participe à trois niveaux multinational, européen et bilatéral. Au niveau multilatéral, la France a délégué 5 officiers à l'Etat-major général pour le compte de la MONUC et d'un sous-chef d'Etat-major responsable de la réforme du secteur de sécurité de la MONUC (armée, police et justice). Dans le cadre de l'UESEC, la France a 10 officiers ayant mandat de la réforme de la chaîne administrative des FARDC, qui doit être séparée de la chaîne opérationnelle pour éviter le cumul des mandats et la pratique des effectifs fictifs⁴²⁵. C'est travail qui a abouti au recensement des FARDC en procédant à l'octroi de la carte d'identité biométrique. Ce recensement a prouvé que les FARDC ne comptaient que 152 000 militaires recensés au lieu de 350. 000 comme longtemps présentés.

Dans le cadre bilatéral, quatre projets ont été exécutés touchant à la fois à la formation et à la réhabilitation des infrastructures. En ce qui concerne la formation, la France s'est adonnée à l'accroissement des capacités de commandement. Un officier français a été affecté à l'Etat-major général. Depuis 2007, un centre opérationnel est attaché à l'Etat-major général et devait l'être également pour toutes les régions militaires. L'installation de ces centres n'attend que la décision des autorités congolaises. Un instructeur sera également affecté dans chaque zone de Défense pour la formation des officiers⁴²⁶.

L'Ecole de l'EMG de Kinshasa devait connaître des activités organisées avec le concours de la France. Un officier français était principalement chargé de la gestion de l'Ecole supérieure

⁴²⁵ Entretien avec le Colonel Olivier Demeny, Attaché de Défense de l'Ambassade de France en RD Congo, Kinshasa, le 31 mai 2010.

⁴²⁶ Entretien avec le Colonel Olivier Demeny, Attaché de Défense de l'Ambassade de France en RD Congo, Kinshasa, le 31 mai 2010.

militaire et ce projet débuté en 2009 a pris fin en mars 2010. Un test de sélection pour la deuxième promotion devait organiser avant la fin de mois de juin et de 48 stagiaires à retenir devaient suivre une formation de six mois. La France a dépêché des coopérants pour la formation d'un bataillon FARDC pour le compte de la CEEAC à Mbanza-Ngungu. Cette formation a connu le concours détachement des forces françaises de Libreville. La France a également formé la Compagnie RDC qui participe à la MICOPAX depuis juillet 2009 en RCA. La France a formé deux compagnies des FARDC qui ont participé à l'exercice Kwanza en Angola dans le cadre de la force pré positionnée de la CEEAC⁴²⁷.

Selon le Colonel Olivier Demy, les besoins affichés par le Gouvernement congolais en ce qui concerne l'armée se résumeraient en la formation et au stage de formation individuel. Pour ces besoins la France pourrait se servir de l'Ecole d'appui (ERVN) de Libreville et celle du Cameroun (ESMDD). Mais l'engagement de la France connaît des limites liées au budget militaire de la France et contraintes humaines dues à plusieurs engagements aux opérations de maintien de la paix dans le cadre de l'ONU ou de l'OTAN. Une autre limite est le fait que la RD Congo n'est pas le pré-carré de la France. En tout état de cause, la France est pour la coopération militaire dont le maintien ou l'accroissement dépend de la volonté du gouvernement congolais⁴²⁸.

C. Etats-Unis d'Amérique

L'Administration Obama est intéressée à la situation sécuritaire en Afrique, plus particulièrement en Afrique des Grands Lacs. Le Président américain s'était fixé quatre priorités dans la politique dans cette région de l'Afrique : la sécurité, la promotion de la démocratie, l'aide économique et la lutte contre le SIDA. Dans le domaine sécuritaire, les Etats-Unis ont décidé de « *fournir aux pays africains la formation, l'équipement, la logistique nécessaire à leur stabilité*⁴²⁹ ». Pour la réforme de l'armée congolaise, les USA ont débloqué 35 millions de dollars destinés à la formation d'infanterie légère. Cette formation vise à aider au développement d'une armée professionnelle qui respecte l'autorité civile et garantisse la sécurité du peuple congolais.

La formation de ce bataillon dont la cérémonie officielle s'est déroulée à Kisangani en Province orientale le 17 février 2010, concerne 1000 soldats des FARDC. Ces soldats sont entrain de recevoir une formation de la part des instructeurs américains pour une durée allant de 6 à 10 mois en matière de tactique de petites unités militaires, de préparation alimentaire, de maintenance, de prévention et de sensibilisation du VIH/Sida. Les considérations liées aux droits humains et le respect de ces droits au cours des opérations militaires sont incorporés dans chaque aspect de la formation⁴³⁰.

II.2.2. Autres partenaires bilatéraux occidentaux : Royaume-Uni

La contribution du Royaume-Uni à la réforme de l'armée congolaise s'est concentrée à la formation et aux infrastructures militaires. Au titre des activités relatives à la formation des militaires des FARDC, on compte d'une part 1000 membres des FARDC et d'autres agences gouvernementales formées dans l'art de parler l'anglais dans le but de les faire participer aux missions de maintien de la paix dans le monde⁴³¹. Les militaires étudiant l'art culinaire,

⁴²⁷ Ibidem.

⁴²⁸ Idem.

⁴²⁹ www.lepotentiel.com (Consulté le 24 février 2010).

⁴³⁰ www.lepotentiel.com (Consulté le 24 février 2010).

⁴³¹ Ambassade Britannique, « La coopération militaire RDC-Royaume-Uni au bon fixe », UK in DRC, 4ème édition, p. 3.

au nombre de 50, pour le maintien de la paix ont été formés à la planification et à l'appui des soldats dans ce domaine alimentaire⁴³².

Au cours de mois de novembre 2009, des maîtres de conférences de l'Académie Militaire Royale Sandhurst du Royaume-Uni, en visite de deux semaines en RD Congo, ont également formé plusieurs officiers supérieurs aux techniques britanniques de direction et aux opérations anti-insurrection. Dans le même ordre d'idées, l'Ambassade Britannique annonçait l'arrivée d'autres équipes de formation à Kinshasa pour former les FARDC en Renseignements militaires, la logistique et la restauration ainsi que des cours approfondis dans la gestion du personnel. Le projet d'anglais pour le maintien de la Paix devrait être étendu avec l'ouverture de nouveaux centres à Kisangani et à Kananga⁴³³.

Au chapitre des infrastructures, le Royaume-Uni a construit des installations culinaires nouvelles qui ont coûté plus de 150.000 dollars et qui seront désormais utilisées pour former d'autres cuisiniers au sein des FARDC. Le Royaume-Uni était entrain de construire 16 nouvelles salles de classe ainsi que la base logistique dans le Centre de Kinshasa, de même que qu'il entreprendra les travaux de rénovation du Quartier général et du Centre de formation pour la branche des communications. Suivant les autorités diplomatiques britanniques, le Royaume-Uni reste engagé à la réforme de secteur de sécurité et poursuivra son appui aux FARDC.

II.2.3. Partenaires bilatéraux d'Afrique : Afrique du Sud et Angola

L'Afrique du Sud et l'Angola sont les seuls partenaires africains intervenant dans la réforme de l'armée congolaise. L'Afrique du Sud, à l'instar de la Belgique, a aidé la formation de la première brigade de la nouvelle armée congolaise. Selon les prévisions du plan de réforme de l'armée, elle devrait aider à l'acquisition des matériels flottants, à la formation des Unités de Réaction Rapide et à la formation des bataillons de la FOMAC pour le compte de la CEEAC. Quant à l'Angola, il a fourni des instructeurs qui ont formé un millier des soldats et policiers spécialement à Kitona. L'apport de ces puissances africaines est diversement perçu dans l'opinion congolaise du fait que ces deux pays sont en train de consolider leur domination sur la République Démocratique du Congo.

II.2.4. Chine, partenaire asiatique traditionnelle

La Chine est dans le cadre de cette étude, le seul partenaire asiatique qui s'est engagée à soutenir la réforme de l'armée congolaise. Le plan de réforme a prévu le partenariat avec la Chine notamment dans la construction du nouveau Quartier Général des FARDC, dans l'acquisition des équipements individuels, l'acquisition des armements et munitions. Il est possible que des contrats d'échanges d'armes contre les ressources minières soient signés pour permettre à l'armée d'avoir des équipements dont elle a besoin pour se professionnaliser. L'apport des partenaires internationaux est nécessaire mais non suffisant pour la réforme de l'armée. Il appartient au Gouvernement congolais d'afficher la volonté d'accélérer le processus de la réforme de l'armée en sachant canaliser les opportunités qui lui sont offertes.

⁴³² Ibidem.

⁴³³ Ibidem.

CONCLUSION

La RD Congo a, au cours de son existence en tant Etat indépendant, fait l'expérience de l'importance de l'armée comme moyen de politique interne et un instrument stratégique dans les relations entre les nations. Il suit qu'une armée crédible et efficace est un atout pour la garantie de la stabilité politique, pour la croissance économique et pour la cohésion sociale. Eu égard à ces postulats, l'armée congolaise sous ses différentes dénominations, n'a pas contribué à la conservation de l'indépendance politique à laquelle elle n'avait pas concouru à arracher. Sur le plan économique, elle a aggravé la destruction du tissu économique en militarisant le commerce et en se livrant aux pillages dès le début des années 90. Sur le plan social, le militaire congolais a réussi à inculquer dans l'imaginaire populaire une certaine supériorité de l'homme en uniforme sur le civil devenant très vulnérable en face de ses besoins.

Ces expériences malheureuses ont généré l'idée du type d'armée qu'il faut pour la RD Congo. Après avoir élaboré le plan de la réforme et les textes juridiques qui permettront son application, le processus semble s'enliser dans l'immobilisme dû au manque de volonté politique claire. Le danger qui guette la réforme de l'armée est celui de la voir devenir l'affaire du seul Président de la République et d'un groupe des militaires ; ce qui pourrait déboucher à la « milicisation » de la nouvelle armée. Il urge donc que le processus de la réforme de l'armée soit placé sous le contrôle à la fois politique (Parlement) et citoyen (les organisations de la société civile et les Eglises). L'apport des partenaires internationaux est indispensable mais mérite une coordination pour éviter le double emploi. Tant que la question de l'armée ne sera pas résolue définitivement au Congo, la paix sera toujours en péril.

REFERENCES

- Akele Adau P., « La Cour d'Ordre Militaire : sa nature, son organisation et sa compétence », *Congo-Afrique* (Janvier 1997) n° 311, pp. 541-570.
- Akele Adau P., « La justice militaire dans le système judiciaire congolais. Quelle réforme ? », *Congo-Afrique* (Janvier 2001) n° 351, pp. 79-124.
- Akele Adau P., « Réforme de la justice militaire en RDC. Le nouveau droit judiciaire et pénal militaire transitoire. Un soft landing pour la Cour d'Ordre Militaire », *Congo-Afrique* (Janvier 2002) n° 361, pp. 547-568.
- Ambassade Britannique, « La coopération militaire RDC-Royaume-Uni au bon fixe », *UK in DRC*, 4^{ème} édition.
- CENCO, *L'Etat et ses services spécialisés. Administration publique et Etat de droit. (Module de formation à l'intention des animateurs paroissiaux de la Commission Justice et Paix et des agents locaux de l'Etat)*, Kinshasa, Commission Episcopale Justice et Paix, 2003.
- Constitution de la République, *Journal Officiel* 47^{ème} année, numéro spécial du 18 février 2006.
- Constitution de la transition de la République Démocratique du Congo du 04 avril 2003, *Journal Officiel*, 44^{ème} année, Numéro spécial du 5 avril 2003.
- Constitution de la Transition, *Journal Officiel* 44^{ème} année, numéro spécial du 5 avril 2003.
- Etat-Major général, *Le profil des forces armées de la République Démocratique du Congo*, Kinshasa.
- Etat-Major général, *Plan de réforme de l'armée*, Kinshasa, 2009.

Gendebien PH, *L'intervention des Nations Unies au Congo 1960-1964*, Paris-Kinshasa, Mouton & C^{ie} -IRES, 1967, pp. 145-168.

Journal Officiel de l'Union Européenne, L127/14, 2010/297/PESC du 26 mai 2010.

Journal Officiel de l'Union Européenne, L172/36 FR du 2 juillet 2009.

Kamana Tshibengabo, *R-D Congo : La défense nationale à l'impératif. Patriotisme et Souveraineté*, Paris, L'Harmattan, 2004.

Loi portant Statut du Personnel de Carrière des Services Publics de l'Etat, *Journal Officiel du Zaïre*, 22^{ème} année, numéro 15 du 1^{er} août 1981.

MONUC Magazine numéro 48, Volume VIII, Janvier-Mars 2010.

MONUC Magazine, Juillet-Août 2008.

MONUC Magazine, numéro 47, Mai-Juin 2009.

Mvioki Babutana J., « Le système judiciaire congolais : Etat des lieux et perspectives d'avenir », in Mabiala Mantuba-Ngoma, Hanf T. et Schlee B. (dir.), *La République Démocratique du Congo : Une démocratisation au bout du fusil*, Kinshasa, Publication de la Fondation Konrad Adenauer, 2006, pp. 175-193.

Mwayila Tshiyembe, *Géopolitique de paix en Afrique médiane. Angola, Burundi, République Démocratique du Congo, République du Congo, Ouganda, Rwanda*, Paris, L'Harmattan, 2003.

Nkoa Atenga C., *Les armées africaines à l'heure de la démocratie et des droits de l'homme*, Vanves, 1996.

Résolution 1925 du 28 mai 2010, www.un.org (Consulté le 15 avril 2010).

Séminaire de la CEEAC sur les réformes des secteurs de sécurité. Module sur la réorganisation des forces armées et services de police, Kinshasa, Hôtel Memling, du 13 au 15 Janvier 2009.

Sénat, Projet de loi modifiant et complétant la Loi n° 04/023 du 13 novembre 2004 portant organisation générale de la Défense et des Forces armées, Kinshasa/Lingwala, Palais du Peuple.

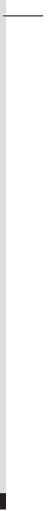
Standard Operation Procedures SADC Stanby Brigade. Part III: Operations, June 2008.

Trente-unième Rapport du Secrétaire général du 30 mars 2010, www.un.org (Consulté le 15 avril 2010).

Vunduwawe te Pemako F., *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Afrique Editions-Larcier, 2007.

www.eusec.rdc.eu (Consulté le 20 août 2010).

www.lepotentiel.com (Consulté le 24 février 2010).



LA RÉFORME DE LA POLICE NATIONALE CONGOLAISE ET LA CONTRIBUTION DES PARTENAIRES INTERNATIONAUX

Par Anne-Marie NSAKA-KABUNDA*

INTRODUCTION

La situation actuelle de l'Afrique est celle de manque de sécurité, de paix, de démocratie et du sous-développement, tous ces maux combinés plongent les peuples africains dans la pauvreté, la maladie et la mort. Cette situation est décrite par Pierre de Charentenay qui constate que l'Afrique est à l'écart des grands courants économiques du monde en dehors de lieux d'élaboration du savoir, en dehors des pôles de richesses (...) rejeté dans les marges du développement, elle offre un spectacle de violence et de corruption⁴³⁴.

L'Afrique est l'une des régions du monde qui a produit le plus de violence et d'exclusion. A l'intérieur de ces pays, de longues années durant des systèmes politiques clos ont déstabilisé des sociétés encore trop fragiles, par l'exercice du pouvoir et la confiscation de ses bénéfices aux dépens du grand nombre. A leur tour, les exclusions ont nourri les frustrations et enfanté les oppositions armées et non armées. Elles ont rallumée les oppositions tribales et renforcé les replis identitaires. Alphonse Ntumba Luaba ajoute que la région des grands lacs offre aujourd'hui le visage d'un paysage tourmenté et désolé⁴³⁵.

La démocratisation du continent est un facteur déterminant dans sa quête de la paix et de la stabilité⁴³⁶. La démocratie est une garantie du développement et de la paix. Les rapports entre le développement et la paix ont été soulignés par de nombreux auteurs.

D'après Andrea Riccardi, « il existe des zones entières plongées dans la misère par la violence de l'économie. Elles peuvent engendrer un grand désespoir, rien ne pouvant conforter l'espoir d'un avenir meilleur pour soi ou du moins pour ses enfants. Le désespoir provoque des réactions incontrôlables, parmi lesquelles la colère envers un monde que l'on découvre riche grâce aux médias globalisés, et que l'on rend responsable de sa pauvreté. Les vastes zones de pauvreté et de désespoir sont des bouillons de culture idéaux pour faire germer une guerre civile moléculaire et pour favoriser le développement du terrorisme »⁴³⁷.

* Assistante à la Faculté de Droit, Doctorante en Droit PUBLIC/ UNIKIN, Membre du CODESRIA, Email : nsakamar@yahoo.fr

⁴³⁴ De Charentenay P., «L'Afrique dans les marges», Etudes, n°4022, 2005, p.149

⁴³⁵ Lukunda Vakala-Mfumumu, R, La conférence internationale sur la paix, la sécurité, la démocratie et le développement dans la région de Grands Lacs : coquille vide ou nécessité impérieuse pour le redécoupage du Congo Démocratique. Quelques considérations sur le processus, Editions CEDI, Kinshasa, 2004, p.11.

⁴³⁶ Cihunda Hengelela, J, Sécurité régionale et règlement des conflits armés en Afrique. Contribution de la République Sud-Africaine post-apartheid, Mémoire de Licence, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2005, p.6

⁴³⁷ Riccardi, A, La paix préventive, Salvator, Paris, 2004, p.15.

Il n'y a pas de paix, de démocratie, de développement sans sécurité. Dans le sens inverse, la démocratie et le développement engendrent la sécurité et la paix.

Le choix du sujet est motivé par le fait que la RDC est un pays jeune qui tente de bâtir un Etat de droit dans une nation marquée depuis son origine coloniale par une administration oppressive à travers le comportement des militaires, des policiers, du personnel des services de l'intelligence, des fonctionnaires et autres agents de l'administration publique. Il est observé que toute personne qui exerce une parcelle d'autorité au nom de l'Etat s'arroge le droit de brimer le citoyen ordinaire. L'on peut se rendre compte que le virus qui gangrène le pays est celui de l'idée même que l'on se fait du service public. Il y a de fait nécessité de «refonder» l'Etat à partir de la conscience de chaque citoyen⁴³⁸.

L'idéal inscrit dans la Constitution qui régit le pays depuis sa promulgation le 18 février 2006 est de «bâtir au cœur de l'Afrique un Etat de droit et une nation puissante et prospère fondée sur une véritable démocratie politique, économique, sociale et culturelle». La naissance de cet Etat de droit nécessite la réforme des institutions publiques, y compris celles opérant dans le secteur de la sécurité comme la police nationale⁴³⁹.

L'intérêt que revêt cette étude consiste à faire avancer le débat sur la question de la réforme de la police en RDC. En effet, aussi sensible soit-il, la police demeure encore en RDC un domaine mystifié et auquel on colle diverses dénominations de «secret d'Etat», de «secret militaire», de «secret de défense», de «secret professionnel»⁴⁴⁰ ainsi tout débat public sur cette question n'est pas ouvert à tout le monde. Peu de travaux d'envergure ont été consacrés à ce sujet à cause notamment de l'opacité qui entoure l'organisation et le fonctionnement de la police.

Les agents de la police nationale sont devenus des facteurs d'insécurité⁴⁴¹. D'où la nécessité de reformer la police en instruments au service du développement⁴⁴², de la consolidation des institutions politiques démocratiques et l'édification d'un Etat de droit au Congo Kinshasa⁴⁴³. En fait, la PNC est composée d'éléments ayant des histoires particulières et par conséquent, affichant des comportements souvent atypiques, fruit d'une formation inégale. Dans les effectifs de la PNC, on trouve non seulement d'anciens gendarmes et gardes civils de la Gendarmerie et de la Garde civile des régimes de Mobutu, voire même des veuves et des enfants orphelins des militaires dont les tâches, le comportement et les rapports avec la population congolaise étaient différentes mais également des militaires, des combattants des factions belligérantes, des miliciens et autres. Peut-on alors comprendre que, le peuple congolais se doit-il de prendre sa sécurité en mains, comme l'avait si bien recommandé le Président M'zee L.D Kabila.

⁴³⁸ CENCO, L'Etat et ses services spécialisés. Administration publique et Etat de droit, CEJP, Kinshasa, 2003, p.1.

⁴³⁹ Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 Février 2006, paragraphe 2 du Préambule.

⁴⁴⁰ Vunduawe Te Pemako, F., A l'ombre du léopard. Vérités sur le règne de Mobutu Sese Seko, Editions Zaire Libre, Bruxelles, 2000, p.156-157.

⁴⁴¹ Mpinga Tshibusu, J., Actes du Forum national sur les droits de l'homme en RDC. Etat de lieu de la situation en RDC, Kinshasa (Centre catholique Nganda) du 25 au 29 octobre, ONDH, 2004, p.43.

⁴⁴² Mbata Mangu, A., "The conflict in the Democratic Republic of Congo and the protection of rights under the African charter", African Human Rights Law Journal, vol 3, n°2, 2003, p.239.

⁴⁴³ Mpongo Bokako, E., "La théorie des relations civiles et militaires", in Bula-Bula, S, Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise. Liber Amicorum Marcel Antoine Lihau, PUK-Bruylant, Kinshasa-Bruxelles, 2006, p.236.

Le recours à la littérature, bien que rare, sur la police nationale congolaise et aux textes qui l'organise a été d'un grand apport de cette recherche. Il a permis de bien connaître ces services pour envisager leur réforme en vue de leur permettre de jouer le rôle que l'on attend d'eux pour consolider l'Etat de droit démocratique qui s'érige en RDC.

La police est une notion plurale. Elle ne se limite pas au silence des armes. Elle est aussi politique, économique, militaire, sociale, ou même alimentaire. Il va de soi que dans le cadre de ce travail, nous insistons sur le rôle des partenaires internationaux au sens militaire et institutionnel en nous penchant sur la réforme de la police au Congo, ses crises et les défis de sa transformation dans le contexte de l'émergence démocratique et les impératifs du développement dans le pays.

I. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA POLICE NATIONALE CONGOLAISE

Les services de sécurité au sens général (armée, police et autres services spécialisés) sont les principaux instruments par lesquels l'Etat exerce son pouvoir oppressif sur les citoyens. L'image que la population se fait de l'Etat est en partie tributaire de la manière dont ces services assument leurs tâches⁴⁴⁴ (CENCO 2003 : 49). La police nationale congolaise est, aux termes de l'article 182 de Constitution du 18 février 2006 et de l'article 5 du décret-loi n°002/2002 du 26 janvier 2002, une force chargée de veiller à la sécurité et à la tranquillité publique, de maintenir et de rétablir l'ordre ainsi que de la protection rapprochée de hautes autorités.

De par la définition légale de la mission de la police nationale, on peut déduire que la police nationale exerce les missions suivantes :

- veiller à la sécurité et à la tranquillité publique;
- maintenir et rétablir l'ordre public;
- assurer la protection rapprochée des hautes autorités.

La loi organique portant organisation et fonctionnement de la police nationale congolaise s'inscrit dans le cadre de la réforme du secteur de la sécurité et répond au pressant besoin de doter le pays d'une police efficace, civile, démocratique, républicaine, apolitique, professionnelle et organisée à l'image des autres polices du monde⁴⁴⁵.

En effet, le développement du secteur de la police et de la sécurité de toute nation, surtout après une longue période dictatoriale émaillée de nombreux conflits armés comme dans le cas de la République Démocratique du Congo, repose fondamentalement sur les bases d'une réforme structurelle et audacieuse.

Une telle réforme ne peut être véritablement et intégralement réalisée que par une organisation rationnelle du dit secteur, susceptible de garantir non seulement son fonctionnement au-delà de toute conjoncture politique, mais aussi d'assurer sa continuité et son efficacité par des structures viables et fiables, des équipements et matériels adéquats, ainsi que par un renouvellement continu des hommes qui l'animent et qui n'ont d'intérêt que national.

⁴⁴⁴ CENCO, op.cit, 2003, p.49.

⁴⁴⁵ Article 5 du décret-loi n° 002/2002 du 26 janvier 2002 portant institution, organisation et fonctionnement de la police nationale congolaise.

L'institution de la Police Nationale en 2002, sur les cendres des ex-forces Publiques, Polices urbaines, Gendarmerie et Garde Civile, consacrée par le Décret-loi n°002/2002 du 26 janvier 2002, a eu pour objectif principal et louable, de doter urgemment le pays d'une Police Nationale efficace à même d'assurer la sécurité publique sur toute l'étendue du territoire de la République, sans malheureusement lui donner les chances de succès⁴⁴⁶.

Noble dans son esprit, le Décret-loi de 2002 a péché par excès en incluant dans cette police les personnels des forces précitées, auxquels se sont ajoutés des ex-combattants des factions belligérantes, des retraités en tout genre, des intellectuels non formés policièrement, voire des veuves et orphelins des militaires et policiers. Loin de mettre en place une Police professionnelle, ce Décret-loi a produit une institution policière atypique, délicate dans son emploi.

En outre, beaucoup des missions traditionnelles de Police étaient jusque-là exercées par d'autres services disposant de pouvoirs coercitifs. Pourtant, au regard des dispositions de la Constitution, notamment en ses articles 182 et 183 alinéa 2, plus qu'à toutes autres institutions, c'est à la police nationale que le constituant a confié de façon permanente la charge d'exécuter les missions de sécurité, et cela, sur l'ensemble du territoire national⁴⁴⁷. D'où l'origine du principe de l'unification au sein de la police nationale de tous les services de police jadis éparpillés.

Cependant, actuellement la présente Loi-organique relative à la Police Nationale, notamment à son article 104, n'en a retenu que trois à intégrer au sein de celle-ci, en l'espèce :

- ☐ La Police des frontières de la Direction Générale des Migrations;
- ☐ La Police Judiciaires des Parquets;
- ☐ Le Bureau Central National- Interpol, BCN- INTERPOL en sigle.

Notre souci est que la PNC soit débarrassé de son caractère militaire, afin de la doter d'une organisation et des missions propres à une police moderne à caractère civil.

Par conséquent, il importe de repenser sans complaisance la police nationale dans son organisation et son fonctionnement en vue de répondre aux exigences d'un Etat démocratique et de droit. La police nationale est chargée de la sécurité publique, de la sécurité des personnes et de leurs biens, du maintien et du rétablissement de l'ordre public ainsi que de la protection rapprochée des hautes personnalités. Elle est apolitique et au service de la nation congolaise⁴⁴⁸. Nul ne peut la détourner à ses fins propres. La Police Nationale exerce son action sur l'ensemble du territoire national dans le respect de la Constitution et des lois de la République.

I.1. Les missions de la police nationale

Les missions de la police nationale se regroupent en trois volets dont :

- ☐ Les missions ordinaires qui s'exécutent quotidiennement à l'initiative des différents responsables de la police nationale;
- ☐ Les missions extraordinaires, s'exécutent sur réquisitions légales écrites ou demandes de concours des différentes autorités n'ayant pas directement la police nationale sous leurs ordres, mais investies du droit de la faire agir dans l'intérêt national;

⁴⁴⁶ Lire le Réseau pour la Réforme du Secteur sécuritaire et Groupe Technique et Stratégique Première Edition, Mai 2009, Kinshasa/ Centre Lassalien de Kinshasa Article.

⁴⁴⁷ Articles 182 et 183, alinéa 2 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 12 février 2006.

⁴⁴⁸ Article 183 de la Constitution Congolaise du 18 février 2006.

Les missions spéciales qui s'exécutent à titre de suppléance, d'appui ou de concours des services spéciaux.

Le titre 2 de la loi sur la police vise également à mettre fin à la coexistence de deux types de police à savoir celle des parquets et celle de la police nationale⁴⁴⁹. Cette fusion emportera du même coup l'intégration du bureau de l'interpol de la police nationale. L'unification envisagée ici a essentiellement en vue l'efficacité de la répression des auteurs présumés des infractions compte tenu des moyens dont va disposer la police nationale et ne diminue en rien l'autorité du Ministère public sur les officiers de police judiciaire ainsi regroupés au sein de notre police nationale, lesquels, de par la Loi demeurent placés sous les ordres du Ministère Public et exercent leurs attributions judiciaires sous sa direction et surveillance.

1.1.1. Les missions ordinaires

Les missions ordinaires sont celles qui s'opèrent quotidiennement ou à des époques déterminées, sans qu'il soit besoin d'une réquisition de la part des autorités. Elles s'exercent dans le cadre du service normal de police. Elles ont pour but de prévenir les troubles à l'ordre public et les infractions, de constater celles-ci, d'en rassembler les preuves, d'en rechercher les auteurs et de les déférer aux autorités compétentes.

Ces missions comportent notamment : les renseignements généraux, la lutte contre le crime organisé, la protection de l'environnement et des ressources naturelles, la sauvegarde de la salubrité et de l'hygiène, la sécurité routière, des voies de communication et de transport, le contrôle frontalier, douanier et migratoire, la participation au secours de la population en cas de catastrophes, la participation aux missions internationales de maintien de la paix et la participation à la reconstruction et au développement du pays.

La PNC est chargée de veiller à la tranquillité publiques, de protéger les personnes et leurs biens, de maintenir et de rétablir l'ordre public ainsi que d'assurer la protection rapprochée des hautes autorités. La surveillance continue du territoire national en vue de faire respecter les lois et règlements de la République constitue même l'essence de sa mission⁴⁵⁰.

1.1.2. Les missions extraordinaires et spéciales

Les missions extraordinaires sont celles dont l'exécution n'a lieu qu'en vertu de réquisitions écrites émanant des autorités administratives ou judiciaires.

La PNC peut, suivant les circonstances, être appelée à accomplir des missions spéciales qui s'exécutent au titre de suppléance, d'appui ou de concours à d'autres services.

Dans le cadre de ces missions, certains membres du personnel de la PNC peuvent être détachés auprès de ces services et, le cas échéant, auprès des missions diplomatiques et consulaires. Elle participe à la lutte contre la fraude, la contrebande, le braconnage et le vol des substances précieuses en apportant son concours aux organes et services spécialisés compétents en la matière. Elle assiste les entreprises minières dans la protection de leur patrimoine.

⁴⁴⁹ Article 104 du décret-loi no 002/2002 du 26 janvier 2000, *op.cit.*

⁴⁵⁰ Articles 17 et 18 du projet de loi organique portant organisation et fonctionnement de la police nationale congolaise.

La PNC poursuit sur avis de recherche émis par les autorités compétentes tout militaire déserteur ou irrégulièrement absent de son unité, elle prend à son égard les mesures prescrites par les lois et règlements de la République. Dans tout le cas, elle en informe le commandant de l'unité à laquelle appartient le militaire concerné⁴⁵¹.

I.2. Les Structures de la Police nationale congolaise

La police nationale comprend quatre structures à savoir⁴⁵² :

- ☞ Le Conseil Supérieur de la police;
- ☞ Le Commissariat Général;
- ☞ Les Groupements de Police.

I.2.1. Le Conseil Supérieur de la Police

Le CSP est un organe consultatif du gouvernement en matière de police et de sécurité. Ce conseil est chargé de mener toute étude et d'émettre des avis sur toute question en rapport avec ses missions; élaborer le code de déontologie de la police nationale et élaborer la politique criminelle nationale et veiller à son application.

Le Conseil Supérieur de la Police nationale est, outre le Conseil Supérieur de la Défense, entendu dans les cas de nomination, de relèvement de leurs fonctions, et le cas échéant, de la révocation des officiers généraux et supérieurs de police.

Le conseil est composé de : ministre en charge de l'intérieur; ministre de justice; commissaire général de la police nationale; inspecteur général de la police nationale; les commissaires des groupements⁴⁵³.

I.2.2. Le commissariat général de la police nationale congolaise

Le commissariat est placé sous l'autorité d'un Officier Général appelé commissaire général de la police nationale, assisté de deux adjoints dont : un chargé des missions et des renseignements et un chargé de l'administration et de la logistique.

Le commissaire général et ses adjoints sont nommés, relevés de leurs fonctions et, le cas échéant, révoqués, par le président de la République, le conseil supérieur de la défense entendu après avis du conseil supérieur de la police nationale.

Les commissaires généraux adjoints secondent le commissaire général dans ses fonctions. Chaque commissaire général adjoint assiste le commissaire général dans la supervision des services selon ses attributions propres.

Toutefois, les commissaires généraux adjoints assument toutes les matières que leur confie le commissaire général avec délégation de signature. En cas d'absence ou d'empêchement, le commissaire général de la police nationale est remplacé par l'un des commissaires généraux adjoints conformément à leur acte de nomination.

⁴⁵¹ Art 20 du projet de loi sur la police, 2002, op.cit.

⁴⁵² Art 23 et 25 du projet de loi sur la police, 2002, op.cit.

⁴⁵³ Art 26 projet de loi sur la police, Idem.

Le commissariat général de la police nationale comprend :

- 📁 Les directions centrales;
- 📁 Les services centraux
- 📁 Les formations nationales spécialisées.

L'organisation et le fonctionnement détaillés du commissariat général de la police nationale sont fixés par le décret du premier ministre⁴⁵⁴.

1.2.3. Le regroupement et le commissaire provincial

Le regroupement de la police comprend deux à cinq commissariats provinciaux. Il est placé sous l'autorité d'un commissaire de regroupement ayant rang de commissaire divisionnaire ou officier général de police.

Le commissaire de regroupement coordonne, contrôle et appuie les commissariats provinciaux de son ressort. Il est assisté d'un adjoint.

Le commissaire de groupement et son adjoint sont nommés, relevés de leurs fonctions et, le cas échéant, révoqués, par le Président de la République, le conseil supérieur de la défense entendu après avis du conseil supérieur de la police nationale⁴⁵⁵.

Le commissariat provincial est une structure de commandement des unités de police au niveau provincial. Il est placé sous l'autorité d'un commissaire provincial assisté de deux commissaires provinciaux adjoints, dont l'un est chargé des opérations et des renseignements et l'autre de l'administration et de la logique.

Le commissaire provincial de police et ses adjoints sont nommés, relevés de leurs fonctions et, le cas échéant, révoqués, par le président de la République, le conseil supérieur de la défense entendu après avis du conseil supérieur de la police nationale.

II. LES DROITS ET LES OBLIGATIONS DES PERSONNELS DE LA POLICE

Outre les droits et obligations prévus pour les personnels des agents de carrière publics de l'Etat, les policiers de carrière de la police nationale sont soumis aux dispositions complémentaires.

II.1. Les droits et les avantages

Outre les droits et avantages accordés aux agents publics de l'Etat, tout policier de carrière bénéficie des droits et avantages suivants :

- 📁 Une protection dans l'exercice de ses fonctions;
- 📁 Une indemnité de sujétion.

La protection du policier dans l'exercice de ses fonctions s'entend par une protection juridique, judiciaire et financière fixée par la Loi portant statut autonome du corps des policiers de carrière.

⁴⁵⁴ 28 et 29 du projet de loi, *op.cit*

⁴⁵⁵ Art.32 du Projet de loi, 2002, *op.cit*

L'indemnité de sujétion s'entend par le paiement d'une allocation financière mensuelle allouée au policier pour sa disponibilité permanente. Les conditions de son octroi sont déterminées par la loi portant statut autonome du corps des policiers de carrière⁴⁵⁶.

II.2. Les obligations et les incompatibilités

Dans l'accomplissement de ses devoirs, le policier doit respecter et protéger la dignité humaine, défendre et protéger les droits de l'homme, les droits humanitaires ainsi que les droits et libertés fondamentales de l'individu conformément aux normes internationales et nationales en vigueur. Il doit veiller particulièrement à la protection des droits de la femme et de l'enfant en tout temps et en tout lieu.

Il ne peut se livrer ni infliger, provoquer ou tolérer des actes de torture, des peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants pour quelque raison que ce soit. Il est tenu en toute circonstance de veiller à la sauvegarde des intérêts de la nation. A ce titre, il s'engage, sous serment, à servir avec loyauté, dévouement, intégrité, dignité et dans le respect des lois et règlements de la république.

Est incompatible avec la qualité de policier toute occupation même accessoire, exercée soit par intéressé lui-même, soit par personne interposée, qui serait de nature à nuire à l'accomplissement des devoirs de la fonction, à la dignité de celle-ci ou assujettir moralement ou matériellement le policier à des intérêts privés ou particuliers.

Il est notamment interdit au policier de briguer tout mandat électif ou tout autre mandat public; d'éditer un journal ou tout autre périodique de quelque nature que ce soit, de contribuer à son administration ou à sa rédaction régulière; de publier, même anonymement des articles ou de faire éditer des livres sans autorisation préalable du commissaire général de la police nationale, à l'exception des œuvres à caractère scientifique, académique et professionnel⁴⁵⁷.

II.3. Les régimes disciplinaires et juridiques du policier

Les policiers de carrière sont soumis au régime disciplinaire prévu par la loi portant statut autonome du policier de carrière. Les textes de discipline militaire notamment le règlement disciplinaire militaire régissant les membres des forces armées ne sont pas applicables au personnel de la police nationale.

Il est constitué en matière disciplinaire deux types de conseil : le conseil d'enquête de la police nationale pour la catégorie A du corps des policiers et le conseil de discipline pour les catégories B, C, D et E du corps des policiers.

Les policiers de carrière sont, conformément à l'article 156 de la constitution, justiciables des juridictions militaires pour les infractions qu'ils commettent. Lorsque le comparant ou l'un des comparants appartient à la police nationale, les juridictions militaires de jugement comprendront en leur sein, à peine de nullité de jugement, au moins trois policiers de carrière.

⁴⁵⁶ Art 67 à 74 du projet de loi, 2002, op.cit

⁴⁵⁷ Article 75 du Projet de loi 2002, op.cit.

III. LA REFORME DE LA POLICE NATIONALE CONGOLAISE

Les services de renseignements avaient constitué un atout majeur pour le pouvoir dictatorial du maréchal Mobutu. Honoré N'gbanda a estimé que l'apport de ces services était précieux du fait de leur rôle multisectoriel et multidimensionnel⁴⁵⁸. Les services secrets congolais sous la deuxième République étaient comptés parmi les services les plus expérimentés et les mieux équipés en Afrique. L'équipement leur était fourni dans le cadre de la guerre froide par certaines puissances euro-américaines pour la protection des intérêts géostratégiques de l'occident capitaliste en Afrique, surtout en Afrique centrale⁴⁵⁹. Des luttes intestines, violentes et pernicieuses qui empêcheront le fonctionnement harmonieux de tous les services de renseignements vont débiter au sein de corps d'élite. Pendant cette période il y avait la garde civile et la gendarmerie qui jouaient le rôle de la police nationale.

Parmi les conséquences, il y a lieu de noter d'abord la désintégration du système de sécurité de l'Etat dont le principal résultat fut notamment les violations massives des droits humains. En effet, les gardes et gendarmes impayés ou sous payés n'obéissant pas à leurs chefs faute d'autorité morale, se servaient sur les paisibles civils.

Il faut noter aussi que c'est pendant ce temps que les ennemis du Congo ont lancé leur offensive pour la balkanisation du pays. C'est ici qu'il conviendra également de souligner que la victoire facile et étonnante des forces combattantes de l'AFDL sur l'armée du maréchal Mobutu est à situer dans la défaillance du système de sécurité de cette époque, un système personnalisé et mal géré, désavoué par la population victime de ses extravagances et tracasseries. L'avènement de l'AFDL au pouvoir engendrera une autre ère pour les services de sécurité au Congo-Kinshasa.

La mise en place de la force de police nationale était un objectif clef de la transition. La Mémoire sur l'armée et les forces de sécurité signée le 29 juin 2003 par les signataires de l'Accord global et inclusif prévoit la création de deux unités de police : un corps de protection rapproché (CPR) responsable de la sécurité des leaders politiques et des sites institutions de la transition et une Unité de Police Intégrée (UPI). Dans le cadre de sa réforme, l'accent était mis sur le renforcement des capacités des policiers à assurer la sécurité pendant la période électorale⁴⁶⁰.

Toutes fois, les dispositions de l'article 186 de la Constitution relative à la loi organique nous permet d'aborder de la question de la réforme de la police nationale congolaise.

Au terme de sa lettre du 14 novembre 2005, le ministère de l'intérieur, décentralisation et sécurité a mis en place un groupe mixte de réflexion composé de 25 membres dont 9 congolais et 16 expatriés de divers pays, de réorganisation et de la réforme de la police nationale instituée par la loi organique sus-évoquée avec mission de procéder à l'état des lieux de l'actuelle police, afin de formuler des recommandations pour la définition de la future police dans le respect de la nouvelle Constitution et qui aboutirait à une rédaction d'un projet de loi organique relatif à son organisation et son fonctionnement.

Après une autopsie profonde faite par ce groupe mixte de réflexion, il a constaté qu'en dehors des carences logistiques, en raison de la présence en son sein des anciens gendarmes et gardes civils, des militaires, des combattants des anciennes factions belligérantes, des

⁴⁵⁸ N'gbanda H, 1998, op.cit, p.58

⁴⁵⁹ N'gbanda H, op.cit, 1998, p.62

⁴⁶⁰ SEBAHARA P., « La réforme du secteur de la sécurité en RD Congo », GRIP, Note d'analyse, in <http://www.grip.org/bdg/g4600.htm1>, Consulté le 18/05/2010, p.2

miliciens, des veuves et des orphelins de policiers et des intellectuels sans formation policière, dans son état atypique actuel, cette police ne peut convenablement assurer le rôle de pilier d'un état démocratique et d'un état de droit⁴⁶¹.

Néanmoins, en dépit des lacunes ci-haut relevées, le potentiel humain présent au sein de la police nationale permet d'envisager la réforme nécessaire au rétablissement d'un Etat de Droit.

C'est ainsi qu'après quelques séminaires de restitution organisés à cette fin, des recommandations ont été affirmées et transmises au gouvernement pour approbation et à soumettre au parlement pour adoption de la loi organique sur l'institution, l'organisation et fonctionnement de la police nationale congolaise revue. En résumé, ces recommandations sont présentées sous trois aspects : humain et social, amélioration du caractère professionnel de la PNC et l'acquisition des moyens minima, nécessaires à la remise en fonctionnement du service.

La stratégie d'appui de la MONUC à cette réforme était définie par le Secrétaire général des Nations-Unies, dans son troisième rapport spécial sur la MONUC du 16 août 2004 écrit : « Il est envisagé que la police civile de la MONUC accomplisse sa tâche en trois phrases.

En premier lieu, durant la phase préélectorale d'une durée d'environ huit mois, elle serait principalement chargée de préparer et de commencer à exécuter le plan de cinq ans pour la réforme de la police nationale, tout en commençant à former quelque 6.000 policiers locaux aux préparatifs des élections.

En deuxième lieu, durant la phase électorale d'une durée d'environ quatre mois, elle assurerait une formation supplémentaire sur place ainsi que le suivi et l'encadrement des activités.

En troisième lieu, durant la phase postérieure aux élections d'une durée de six mois, la MONUC continuerait d'appuyer les unités de police locale chargées du maintien de l'ordre; elle formerait des unités supplémentaires de réserve et de police d'intervention rapide et mettrait davantage l'accent sur le contrôle des frontières, tout en préparant à transférer ses compétences et ses connaissances pour assurer le suivi de l'appui nécessaire à la mise en œuvre du programme de réforme de la police »⁴⁶².

Suivant ce programme, la MONUC a participé à l'élaboration, en 2005, du Plan National de formation de la police, par ailleurs, sa police (Police /MONUC)⁴⁶³ a assuré la formation d'un grand nombre de policiers et a donné à celle-ci une aide consultative appréciable.

La formation décrivait les activités de la formation qui serait menées avec l'appui de la MONUC, mais aussi avec des partenaires bilatéraux, notamment l'Angola, l'Afrique du Sud, la France et l'Union européenne⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Lire la Constitution de la RDC à ses articles 156, 182 à 186 et le Décret-loi n°002/2002 du 26 janvier 2002, et aussi les recommandations du Groupe mixte de réflexion, de réorganisation et de la réforme de la police nationale congolaise (GMRRR), p.11 à 15.

⁴⁶² Mazyambo Makengo Kisala A., "La participation de l'Organisation des Nations Unies au processus démocratique de la RDC", in Bakandje wa Mpungu G, Mbata B. Mangu A. et Kienge - Kienge Intudi R, *Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en RDC*, Actes des Journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa 18-19 juin 2007, p.173.

⁴⁶³ CESA, «Contrôle démocratique du secteur de la sécurité», Séminaire pour Hauts Responsables Programme, Washington DC, 2004, p.12-13.

⁴⁶⁴ La Police/MONUC a vu le jour le 15 juin 2001 en application de la résolution 1355, adoptée par le Conseil de sécurité le 15 juin 2001.

La MONUC a aussi mené une intense activité d'assistance consultative à la police nationale congolaise. Cette assistance a consisté dans : la sensibilisation des responsables de haut niveau à l'importance de la mise en place d'une police démocratique par le biais de séminaires, d'ateliers et autres initiatives de la mobilisation; l'apport d'un soutien à la mise au point et en œuvres d'initiatives de formation; localisation des conseillers au niveau des sièges de la police nationale et provinciale; la fourniture de conseils de planification sur les rôle de la police pendant les élections et l'appui à la mise des plans en la matière; la coordination de l'aide apportée par la communauté internationale pour ce qui est du renforcement des capacités, notamment la formation et le soutien logistique⁴⁶⁵.

C'est dans ce cadre qu'en 2005, les policiers de la MONUC ont été déployés aux côtés de l'inspecteur général de la police et des inspecteurs provinciaux, auxquels ils apportent des conseils techniques sur divers aspects des activités de police⁴⁶⁶.

La MONUC travaille avec le Gouvernement de la RDC dans le renforcement des capacités pour une police professionnelle à travers le pays. L'objectif principal de la réforme est de «former et de recycler la police; de mettre en place un cadre juridique pour l'évaluation des performances; de créer une base de données pour gérer la paie des salaires et les recrutements; et d'assurer le déploiement progressif des policiers et policières dans les différentes localités du pays⁴⁶⁷.

III.1. Nécessité d'une police réformée

A l'époque coloniale, la raison d'être de la Force Publique (Armée et Police) était avant tout une force de police intérieure. Son rôle était d'assurer la tranquillité et la sécurité là où se trouvait des ressortissants étrangers, de prévenir et d'enrager les luttes intestines entre indigènes, de garantir la liberté des voies de communication et d'exécuter les décisions de la justice, de concourir à la répression de la traite et de rendre effectives les occupations de certaines parties du territoire encore en dehors de l'action immédiate de l'Etat indépendant⁴⁶⁸. La force publique resta comme telle jusqu'à l'indépendance⁴⁶⁹.

Aux temps de la dictature Mobutienne, la police congolaise a été incorporée dans l'armée sous l'appellation de « gendarmerie et la garde civile ». Elle a évolué comme force de répression des citoyens au lieu de les sécuriser en période de paix et des conflits armés.

La réforme du secteur de sécurité est une étape obligatoire du processus de consolidation post-conflit de la. Sans elle, il ne serait pas possible de parvenir à la dépollution post-conflit du paysage politico-militaire hérité de la guerre, c'est-à-dire l'accomplissement du DDR et la restructuration de la Force Publique⁴⁷⁰. Ainsi, quelle lecture ferions-nous aujourd'hui du processus de restructuration post-conflit en RDC? Quel est l'état des lieux du processus de la réforme des forces et services de police dans le pays ?

⁴⁶⁵ *Seizième rapport du Secrétaire Général sur la Mission des Nations Unies en République Démocratique du Congo, (S/2004/1034), 31 décembre 2004, §49.*

⁴⁶⁶ *Dix-neuvième rapport du Secrétaire général sur la Mission de l'Organisation des Nations Unies République Démocratique du Congo (S/2005/603), 26 septembre 2005, §52.*

⁴⁶⁷ MONUC Magazine N°48-Volume VIII, Janvier-Mars 2010, p.8

⁴⁶⁸ Hil Eynikel, Congo Belge, Duculot, 1984, p.122.

⁴⁶⁹ Séminaire sous-régional sur la réforme des secteurs de sécurité en Afrique central sur la succession des interventions du 13 au 15 janvier 2009, Kinshasa, RSS TOME II, 2009, p.3 et 4.

⁴⁷⁰ *Séminaire sous-régional sur la réforme des secteurs de sécurité en Afrique central sur la succession des interventions du 13 au 15 janvier 2009, Kinshasa, RSS TOME II, 2009, p.3 et 4.*

En RDC, la chaire UNESCO a accompagné la Société Civile, Forces Vives de la Nation, dans ses réflexions pour la refondation de l'Etat, spécialement à travers la réforme de la police engagée par le Groupe mixte de réflexion sur la réforme et la réorganisation de la Police Nationale Congolaise, GMRRR.

Relevons ici qu'en février 2007, parlant de la réforme du secteur de sécurité congolaise, International Crisis Group rapportait que : « ...La Police congolaise n'a jamais été capable d'assumer un minimum d'ordre, de garantir l'application de la loi.... Certaines forces spécialisées comme la Police de l'immigration, l'ANR et la Garde Républicaine constituent des structures parallèles échappant aux chaînes de commandement traditionnelles...L'Armée est toujours faible et pourrait encore s'effondrer rapidement devant une menace sérieuse... ».

Nous pensons qu'à l'instar de ce qui se passe en RDC, la plupart des processus de réforme du secteur de sécurité en cours en Afrique Centrale sont confrontés à un problème structurel. C'est celui du déficit des bases conceptuelles.

S'agissant de la réforme du secteur de sécurité congolais, depuis l'entrée en fonction du Gouvernement de transition en 2003 jusqu'à ce jour, nationaux et expatriés, officiels et privés, experts et ou simples praticiens de la sécurité, tout le monde se limite à faire des recommandations et non avancer les contours théoriques et aspects opérationnels de la forme.

Il ne pas très possible de consolider la paix et d'accomplir une réforme du secteur de sécurité dans un contexte post-conflit sans l'élaboration préalable d'une stratégie nationale de sécurité et d'une politique nationale de défense sensées guider la planification et la programmation des réformes.⁴⁷¹ Une réforme du secteur de sécurité est une entreprise qui requiert de gros efforts de conception pour trouver le juste milieu entre les ressources budgétaires de l'Etat, les effectifs des forces armées et de police escomptés et leurs capacités opérationnelles.

Au niveau de la Chaire UNESCO pour la l'Afrique Centrale et les pays de la SADC, dans l'esprit de l'Accord de coopération signé le 5 mai 2005, nous disposons des bases conceptuelles et de l'expertise nécessaire pour diligenter un accompagnement scientifique de la CEEAC dans cette très complexe entreprise⁴⁷². Sous d'autres cieus, la réflexion sécuritaire part souvent des milieux universitaires avant d'être appropriés par les gouvernants.

A titre illustratif, parlant de la réforme du secteur de sécurité (armée et police) en cours en RDC, à quoi rimerait de monter vingt brigades d'infanterie dès lors que le pays ne dispose même pas d'un seul avion de transport des troupes. Il serait plutôt sensé de créer trois à quatre brigades dotées d'un minimum des moyens requis que d'en disposer des dizaines dont les hommes ne bénéficient pas d'un encadrement logistique et social, et se doivent de vivre sur le dos de la population civile, devenant ainsi ipso facto un facteur d'atteinte à la sécurité humaine⁴⁷³.

En outre, il n'est pas évident de parfaire un processus de paix, et encore moins de mener avec succès une réforme du secteur de sécurité, en ne s'appesantissant que sur les seuls

⁴⁷¹ Booth K, A Security Regime in Southern Africa: Theoretical Considerations. Southern African Perspectives, N°30, CSAS, p.4.

⁴⁷² Un rapport de "World Market Research Center" publié par Jeune Afrique en novembre 2003 plaçait la RDC et la Tanzanie parmi les cinq pays du monde les plus exposés aux risques d'une attaque terroriste.

⁴⁷³ Elesse Yombentole M., « La Reforme de la police : expérience de la RD Congo, Comité de Suivi de la Réforme de la Police (CSR) », Séminaire sous-régional sur la réforme des secteurs de sécurité en Afrique Centrale du 13 au 15 janvier 2009 à Kinshasa, RSS TOME II, 2009, p.6.

aspects militaires et politiques des crises au détriment d'une démarche plus sociologique dont l'avantage serait de bien cibler des racines profondes des crises, des violences et des conflits armés qui en résultent, et d'accroître ainsi les chances de la consolidation de la paix, de la sécurité, de l'Etat de droit et du retour de la stabilité .

III.2. Fonctionnement de la Police sous Kabila

Cette période marque le règne de Laurent-Désiré Kabila suivi de celui de son fils Joseph Kabila. Au début de l'installation du pouvoir de l'AFDL, la police nationale n'existait pas. La sécurité de nouvelles autorités était assurée par les détachements militaires rwandais et ougandais qui avaient accompagné l'AFDL à Kinshasa et ensuite les zimbabwéens et namibiens. Laurent Désiré Kabila allait commencer de recruter pour avoir une police nationale composée seulement des nationaux.

Cette opération sera interrompue avec le début de la deuxième guerre du 02 août 1998. Les officiers rwandais et ougandais qui avaient la maîtrise des rouages sécuritaires déclencheront facilement la guerre depuis l'Est jusqu'à occuper une bonne partie de l'Ouest du pays.

La réforme de la police nationale aura pour ambition d'adapter tous services aux exigences de la démocratie et de l'Etat de droit en cours de construction depuis les élections de 2006.

Les exigences du contexte démocratique sont des habitudes et comportement compatibles à la gestion transparente du secteur. Il s'agit des fonds alloués au fonctionnement des différentes branches de la police, au traitement des policiers, de renforcement des capacités humaines et des matériels ou équipements policiers.

III.3. Principaux axes de la réforme de la police nationale congolaise

Ce qui importe plus dans cette étude est d'indiquer les principaux axes que suivra cette réforme. En effet, il sied de soutenir que, dans le contexte du Congo, la réforme débutera par la redéfinition des missions de la police nationale par rapport aux exigences de l'Etat de droit et de la démocratie.

Le deuxième axe est lié à la formation des policiers. C'est ici qu'il faut évoquer les critères objectifs d'admission des congolais dans les différentes branches de l'appareil de la police nationale.⁴⁷⁴ Hormis les conditions de santé physique, un accent devrait être mis sur le niveau d'études et surtout sur les exigences éthiques. Comme corps de discipline, on évitera que la police nationale devienne un réservoir pour résorber le chômage dans le pays. La formation en elle-même devrait insister sur la promotion et la protection des droits de l'homme, l'exigence de l'amélioration des rapports Civil-policier, la contribution de la police au développement du pays, le sens du patriotisme qui doit caractériser tout agent de la police.

Le troisième axe touche aux moyens financiers et matériels. En effet, on peut bien avoir des hommes techniquement bien formés et normalement intègres, cette formation à elle seule ne suffirait pas à atteindre les objectifs de la réforme à envisager. Il faut octroyer aux différentes branches de la police, les moyens financiers et matériels qu'il leur faut pour l'accomplissement de leurs devoirs.

⁴⁷⁴ Art 36 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la police nationale congolaise.

En grosso modo, l'esprit de la réforme se résume ainsi :

« En démocratie, toutes les décisions en matière de politique sont arrêtées ou entérinées par des fonctionnaires civils élus par le peuple ou nommés par les élus. Cette exigence s'applique aussi aux questions relatives à la sécurité et aux affaires militaires. En vertu de ce principe, l'armée et les autres forces de sécurité en tant qu'administration ne doivent pas être impliquées dans les décisions relatives aux politiques gouvernementales à moins que les leaders civils leurs délèguent ce pouvoir. Cela s'applique aussi bien aux décisions politiques fondamentales (...) qu'aux enjeux organisationnels ou de gestion (la taille, la structure, la composition, le budget et le contrôle administratif de l'armée)... à l'instar des contraintes imposées à l'ensemble des institutions publiques en démocratie, le contrôle civil doit se soucier de subordonner l'appareil sécuritaire à des contraintes constitutionnelles et juridiques »⁴⁷⁵.

III.4. Contraintes liées à la réforme du secteur de police congolaise

Une telle réforme ne peut que se buter à certaines contraintes. Il s'agit d'abord des contraintes internes liées aux aléas de la politique nationale. Ici on pense au rôle que doit jouer le Parlement dans le contrôle des services de la police. Ce contrôle doit se faire, en amont comme en aval. Entourée de neuf pays, la RDC doit compter sur la collaboration de ses voisins, ses partenaires et sur l'apport de la communauté internationale. Il faut noter qu'à l'heure actuelle où les services de sécurité du pays sont en pleine restructuration, le pays fait face à beaucoup de groupes armés qui ne sont pas sous le contrôle du gouvernement et qui défient toute volonté politique de la création d'une armée structurée et intégrée. Seul, le Congo ne saura pas relever ce défi. Il doit s'appuyer sur ses partenaires internationaux occidentaux et africains.

La réforme de la PNC elle-même, en tant que processus comportant plusieurs défis interconnectés, il nous revient à relever d'autres réformes visant la structure et le fonctionnement de la PNC, leurs équipements, l'éducation et la formation des policiers, leurs conditions de travail et leur paiement, le processus de recrutement et de promotion, les droits et les obligations des policiers.

La complexité et l'implication des différents facteurs et domaines dans la réforme de la police congolaise se traduisent également au niveau politique qui requiert l'intervention simultanée de plusieurs autorités ministérielles aux côtés du Ministère de l'Intérieur qui a la sécurité dans ses attributions (Ministères de la Justice, des Finances, du Plan, de la décentralisation et autres). Il existe à ce niveau, assez souvent des tensions entre les différents ministères sur des questions qui touchent à la réforme de la police. Et aussi le non implantation de la décentralisation de l'Etat, fait également l'objet d'une réforme.

En plus, à côté des réformes qui concernent la structure et le fonctionnement de la PNC, un des plus importants défis de la réforme est celui de relation entre la population et la police nationale congolaise⁴⁷⁶. Comme évoqué plus haut, plusieurs perceptions populaires existent de la police et son fonctionnement qui n'est pas toujours perçue comme un service

⁴⁷⁵ CESA, «Contrôle démocratique du secteur de la sécurité», Séminaire pour Hauts Responsables Programme, Washington DC, 2004, p.12-13

⁴⁷⁶ JUSTAERT A., "Coordination et alignement européens dans la réforme de la police nationale congolaise", In La sécurité interne en République Démocratique du Congo : perspectives congolaises et européennes, M.E.S Numéro spécial Avril 2010, Kinshasa, p.31

public, mais plutôt comme *force publique*, entraîne une relation difficile entre la police et la population. La composition de la police et les antécédents des policiers jouent un rôle important dans cette relation.

Dans cette optique, la réforme de la police implique prioritairement la réforme des policiers de même que le changement de la perception populaire sur les policiers en vue de permettre à la RDC de disposer d'une police qui rend véritablement service à la communauté.

III.5. La contribution des partenaires internationaux dans la réforme de la police nationale congolaise

La réforme du secteur de la sécurité était un des plus grands défis pour l'Etat congolais et pour ses partenaires internationaux.

Les activités de l'Union Européenne en RDC se sont fortement intensifiées depuis l'accord global et inclusif en 2002 qui marquait le début de la transition, elle était impliquée dans le processus de réformes sécuritaires.

Il s'agit ici de la politique étrangère qu'a menée l'Union Européenne dans ce domaine. Au niveau européen d'abord, entre les différentes activités à travers des institutions européennes, et plus particulièrement entre le Conseil de l'UE et de la Commission Européenne. Ensuite, entre les initiatives bilatérales des Etats membres de l'UE. Un autre espace de coordination est celui qui se présente entre les acteurs européens et les autres acteurs de la communauté internationale engagés dans le processus⁴⁷⁷. Enfin, s'ajoute la coordination entre ces différents acteurs européens et les autorités congolaises.

Depuis 2003, l'UE a déployé deux opérations militaires et trois missions civiles au Congo dans le cadre de la politique étrangère de sécurité et de défense (PESD).

En 2003, l'opération militaire était déployée au Nord-est du pays afin de stabiliser la région de Bunia et permettre le renforcement de la MONUC. En 2006, la deuxième opération militaire a été déployée par l'UE au Congo l'EUFOR RDC, qui avait pour mission de garantir la sécurité pendant les élections. Au plan civil, une mission a été entreprise à partir de 2005, pour assurer la réforme des FARDC ainsi que deux missions pour la réforme de la Police congolaise (EUPOL Kinshasa) 2005-2007 et (EUPOL RDC) depuis 2007⁴⁷⁸. C'est dans cette optique qu'elle a contribué aux structures sécuritaires congolaises sur le plan financier, logistique et opérationnel, en termes d'infrastructures, de formation et d'équipements.

La Commission européenne avait, dans le cadre de Fonds Européen de Développement (FED), formé et équipé une Unité de Police intégrée (UPI). Cette initiative a été continuée par la commission civile de Conseil de l'UE : EUPOL Kinshasa entre 2005 et 2007, elle a pour but d'assister la PNC à la conceptualisation des réformes. Elle est financée et supportée logiquement par la commission européenne dans le cadre de son budget pour la politique étrangère et de sécurité (PESC)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Mazyambo Makengo Kisala A., « La participation de l'Organisation des nations Unies au processus de démocratisation de la RDC », In Bakandeja wa Mpungu G., Mbata Betukumesu Mangu A. et Kienge Kienge Intudi R., Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en République Démocratique du Congo, Actes des Journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa 18-19 juin 2007, Kinshasa, PUK, 2007, p.173

⁴⁷⁸ Idem

⁴⁷⁹ Justaert Arnout, op.cit, M.E.S, p.33

A côté des initiatives des institutions de l'UE, certains Etats membres développent des politiques bilatérales dans le processus de la réforme de la PNC. Le Royaume-Uni plus particulièrement leur Département pour le Développement International (Department for Development International- DFID) a le budget le plus élevé pour la réforme de la police. A côté de Royaume- Uni, on trouve la France et l'Allemagne qui sont engagées de manière bilatérale dans cette réforme.

Le Royaume-Uni fait appel à la coopération multinationale pour l'implémentation de son budget et coopère fortement avec l'Afrique du Sud et le Japon pour la conceptualisation et l'opérationnalisation des réformes policières.

Certains Etats membres, outre que ceux qui développent des politiques bilatérales contribuent également aux initiatives par le soutien aux activités du Conseil de l'UE, du PNUD, de la MONUC, et d'autres. La Belgique, de la Suède, du Portugal ne développent pas de politiques bilatérales dans la réforme de la PNC, mais préfèrent contribuer aux initiatives de l'UE, de la MONUC et autres organisations internationales. Quant aux pays membres, ils entretiennent des relations parfois privilégiées avec d'autres pays tiers impliquées dans la réforme de la police congolaise, comme le Portugal et l'Angola.

Aux termes de la Résolution 1355 de 2001 du Conseil de Sécurité des Nations Unies, en appui à la démilitarisation de la ville de Kisangani, une composante de la Police a été autorisée et mandatée pour évaluer les capacités et les besoins en formation de la Police nationale. Des résolutions ultérieures ont autorisé le déploiement des formateurs de la Nations Unies dans des régions du pays, surtout celles de l'Est⁴⁸⁰.

Le Conseil a approuvé la configuration de la composante police et l'a mandatée d'assister la création et la formation d'une unité de la police congolaise intégrée à côté des tâches telles le renforcement des capacités. Des unités de la police ont été déployées dans des zones sensibles de la Mission pour aider les forces de sécurité locales à maintenir lors des troubles de l'ordre public et d'autres situations semblables, mais elles n'interviennent pas directement. Elle travaille en étroite collaboration avec la Police Nationale Congolaise et les forces militaires et sécuritaires de la MONUC.

Les activités de la police de la MONUC ont pour but de maintenir un environnement pacifique, des rassurer les populations locales et de promouvoir la réconciliation entre les autorités et les populations locales en cas de besoin. Elles rassurent également des patrouilles conjointes et le renforcement des capacités⁴⁸¹.

Aux termes de la Résolution 1756 de 2007, le mandat de la MONUC en ce qui concerne la Réforme du Secteur de la Sécurité a été explicité. En plus de la formation à court terme pour brigades intégrées des FARDC et du renforcement des capacités de la police, la MONUC a reçu mandat de servir de conseil au Gouvernement en matière de renforcement de la capacité des systèmes judiciaires et pénitenciers, y compris le système de justice militaire et à appuyer la planification initiale de la réforme du secteur de la sécurité; toutes ces tâches seront réalisées en coordination avec d'autres partenaires.

⁴⁸⁰ MONUC vers la reconfiguration de son mandat, Texte Ian Steel, traduit de l'anglais par Yulu Kabamba, MONUC Magazine N°48-Volume VIII, Janvier-Mars 2010, p.8

⁴⁸¹ Idem

Le mandat a été modifié pour inclure l'aspect appui au renforcement des institutions démocratiques et à l'état de droit en collaboration avec le Gouvernement, l'équipe du système des Nations Unies et d'autres partenaires; la promotion de la réconciliation nationale et du dialogue politique; la promotion et la protection des droits de l'Homme ainsi que l'assistance à l'élaboration et à la mise en application d'une stratégie de justice transitionnelle; l'appui à l'organisation des élections locales et la promotion de la bonne gouvernance et du devoir de rendre compte.

Cette résolution et d'autres déclarations ultérieures ont demandé au Gouvernement et à la MONUC d'élaborer un plan intégré pour la sécurisation et stabilisation de l'Est de la RDC à travers le DDRRR des combattants étrangers et congolais et la promotion de la réconciliation, la relance et le développement.

III.6. Quelques réalisations de la Monuc

La Police de la Monuc a joué un rôle important dans la sécurisation des élections en 2006. Elle a assurée la formation de plus de 17.303 policiers et policières pendant la période pré-électorale. En 2005, quatre pays de l'Union Européenne ont contribué avec un montant de 52 millions de dollars américains pour l'achat de 56.000 uniformes, 28.000 équipements et 140 véhicules pour la sécurisation des élections. Depuis lors, la police de la MONUC a aidé à la formation de plus de 5.000 policiers supplémentaires chaque année. En 2009, 5.125 policiers dont 551 femmes, ont reçu leurs diplômes au bout d'une formation destinée à renforcer leur professionnalisme⁴⁸².

La communauté internationale a promis un appui, à travers la MONUC, pour la formation, l'équipement et le déploiement de 5.000 policiers dans les provinces de l'Est en compagnie des autorités judiciaires. Leur travail consiste à restaurer l'autorité de l'Etat dans des localités qui ont été débarrassées de la présence des groupes rebelles par les forces armées de la République Démocratique du Congo (FARDC).

Au mois de février 2009, la PNC a été déployée le long des axes routiers Rutshuru-Inasha et Sake-Masisi et le nombre des policiers conseillers de la MONUC dans la zone est passé de 98 à 148. Trois unités de police formées de la MONUC ont été également déployées à Bunia, Goma et Bukavu. Pour rendre opérationnels la police nationale, la justice et les services administratifs dans ces zones, la Police de la MONUC a mis en place des Equipes de Monitoring conjointes pour observer et orienter les équipes déjà déployées⁴⁸³.

La Police de la MONUC participe, donc, à la Stratégie d'Appui des Nations Unies à la sécurité et la Stabilisation de l'Est du pays. Ce programme dont le budget est évalué à 19,82 millions de dollars américains contribue à la formation de la PNC, la construction des commissariats et à l'achat des équipements ainsi que des rations alimentaires pour la PNC déployée.

CONCLUSION

La crise qui sévit depuis des années en RDC est fondamentalement une crise de l'Etat, un Etat fragile qui a poussé de nombreuses personnes à se demander si l'Etat existait toujours dans ce pays. La crise de l'Etat en RDC est aussi une crise de ses services de sécurité. Reconstruire ou refonder l'Etat dans ce pays revient donc aussi à restructurer les services de sécurité tant dans leur mission, leur organisation et leur fonctionnement.

⁴⁸² Texte Ian Steel, traduit de l'anglais par Yulu Kabamba

⁴⁸³ Idem

Cette restructuration devrait tenir compte de la nouvelle mission de ces services qui est de contribuer à la consolidation de la démocratie, de la réconciliation nationale, de la paix, de l'Etat de droit ainsi qu'au développement du pays qui passe par le respect des droits humains. Il importe pour ce faire qu'il soit mis fin à la multitude des services qui existent et fonctionnent parfois sans coordination et de manière non transparente pour qu'ils soient désormais soumis au contrôle et à l'autorité des élus du peuple. La sécurité est une question trop importante pour être laissée entre les mains des militaires et policiers ou de seuls dirigeants.

Comme les FARDC, la Police nationale congolaise est handicapée par son passé d'intégration de groupes armés, cause de manque de cohésion et de différences importantes sur le plan du contrôle des antécédents et de la formation, voire d'absence de contrôle et de formation, voire d'absence de contrôle et de formation. D'autres part, ses capacités opérationnelles sont fortement limitées par le manque de véhicules, de matériel de transmissions, de fournitures et de matériel connexe. Le système d'indemnités présente lui aussi des faiblesses et des lacunes.

Malgré ces difficultés, la mission d'évaluation de la MONUC a noté qu'un certain progrès avait été accompli sur le plan de la réforme de la police, notamment lorsque les autorités congolaises avaient adopté, le 26 octobre 2009, un plan stratégique à 15 ans et un plan d'action triennal aux fins du développement des capacités de la Police nationale congolaise. Il importe de « civiliser » les services de sécurité, de les « dépolitiser » pour qu'ils ne soient pas au service d'un parti politique, fut-il le parti dominant, de les « professionnaliser », de les « nationaliser » en mettant fin à leur ethnicisations ou à leur régionalisation chronique, pour leur permettre de mériter de la confiance du peuple. Le déficit de légitimité est l'un des facteurs ayant contribué à l'inefficacité de ces services.

La Constitution actuelle de la RDC jette les bases d'une réforme en profondeur du secteur de sécurité. D'autre part, la sécurité en RDC est de nature à contribuer à la sécurité dans la sous-région et en Afrique de façon générale.

Cependant, pour un pays qui se remet péniblement debout après des décennies d'insécurité dans tous les domaines, il faudra que non seulement le peuple regagne le contrôle des services de sécurité restés longtemps au service d'un homme – le Président de la République –, l'organisation et le bon fonctionnement des services de sécurité nécessitera la présence en leur sein des hommes et femmes animés d'un esprit nouveau et faute de moyens, la communauté internationale si préoccupée à la refondation de l'Etat dans ce pays devra également contribuer à la réforme du secteur de sécurité qui corresponde au nouveau cadre juridique et à l'idéal qui anime désormais le peuple congolais de vivre dans un environnement démocratique qui puisse promouvoir le développement économique et social ou le bien être de tous tout en contribuant aussi à promouvoir la paix, le développement et la démocratie sur le reste du continent africain en commençant par la région des grands lacs et l'Afrique centrale.

Puisse la réforme tant attendue, apporter à la police nationale congolaise des moyens et des avantages appropriés pour accélérer le changement de mentalité du policier et pour le rendre réellement professionnel et partenaire convaincu de la population. La police nouvelle exige une gestion qui implique la redevabilité en respectant les droits humains.

En conclusion, la nouvelle doctrine de la police reformée met en évidence l'idée de service public comme ensemble de fonctions d'intérêt général gérées par l'Etat ou ses relais à l'usage de la communauté des citoyens.

Des obligations nationales, la pénibilité statut de Police exigera que la nation accorde au policier un statut particulier, une politique sociale conséquente et un équipement approprié. Pour réussir la réforme de la police nationale, il y a la très urgente nécessité de la refondation de l'Homme et de la police. L'homme doit améliorer la vie de tous les jours. Il est important que s'instaure une culture de paix qui doit être élevée dans tous les esprits des citoyens congolais.

REFERENCES

1. Assindie Mungala, La reforme des institutions et services de la police, In Succession des interventions RSS Tome II, Chaire UNESCO UNIKIN, 2009.
2. Ellesse Yombentole M, La reforme de la police : experience de la RDC, Comité de suivi de la reforme de la police (CSRP), Séminaire sous-régional sur la reforme de secteur de securite en Afrique Centrale du 13 au 15 janvier 2009 à Kinshasa, 2009.
3. CENCO, 2003, *L'Etat et ses services spécialisés. Administration publique et Etat de droit*, CEJP, Kinshasa.
4. CESA, 2004, «Contrôle démocratique du secteur de la sécurité», *Séminaire pour Hauts Responsables Programme*, Washington DC
5. Cihunda Hengelela, J, 2005, *Sécurité régionale et règlement des conflits armés en Afrique. Contribution de la République Sud-Africaine post-apartheid*, Mémoire de Licence, Faculté de Droit, Université de Kinshasa.
6. Cihunda Hengelela, J, 2007, «Darfour-Somalie : l'Union Africaine sur les traces de l'OUA ?», *Afrique d'Espérance*, n°2, XIV^e Année Mars-Août.
7. Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 Février 2006.
8. Constitution de Transition du 05 Avril 2003.
9. De Charentenay, P, 2005, «L'Afrique dans les marges», *Etudes*, n°4022.
10. Décret-loi n°002/2002 du 26 Janvier 2002 portant création de la Police nationale congolaise.
11. Ellesse Yombentole, « La Reforme de la police : Expérience de la RD Congo », In Séminaire sous-régional sur la reforme des secteurs de sécurité en Afrique Centrale du 13 au 15 janvier 2009 à Kinshasa, 2009.
12. Lode Vanoost, Le contrôle démocratique des institutions et services de sécurité, In La reforme des institutions et services de la police, Partenariat Africain pour la paix, Séminaire de la CEEAC sur les reformes des secteurs de sécurité du 13 au 15 janvier 2009, Kinshasa, 2009.
13. Lukunda Vakala-Mfummu, R, 2004, *La conférence internationale sur la paix, la sécurité, la démocratie et le développement dans la région de Grands Lacs : coquille vide ou nécessité impérieuse pour le redécollage du Congo Démocratique. Quelques considérations sur le processus*, Editions CEDI, Kinshasa.
14. Mbata Mangu, A, 2003, "The conflict in the Democratic Republic of Congo and the protection of rights under the African charter", *African Human Rights Law Journal*, vol 3, n° 2.
15. Mpinga Tshibasus, J, 2004, *Actes du Forum national sur les droits de l'homme en RDC. Etat de lieu de la situation en RDC*, Kinshasa (Centre catholique Nganda) du 25 au 29 octobre, ONDH.
16. Mpongo Bokako, E, 2006, «La théorie des relations civiles et militaires», in Bula-Bula, S, *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise. Liber Amicorum Marcel*

Antoine Lihau Ebua Libana La-Molengo, PUK-Bruylant, Kinshasa-Bruxelles.

17. Mpongo Bokako, E, 2007, «Le rôle de l'armée dans la construction de l'Etat de droit en République Démocratique du Congo», in Bakandeja wa Mpungu, G, Mbata Mangu, A et Kienge-Kienge Intudi, R, *Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en République Démocratique du Congo. Actes des journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa 18-19 juin 2007.*, PUK, Kinshasa.
18. N' gbanda Nzambo ko atumba, H, 1998, *Ainsi sonne le glas ! Les derniers jours du maréchal Mobutu*, GIDEPPE, Paris.
19. Ngoy Kabongo, 2003, «La constitution d'un service de renseignement efficace, in Les défis de la nouvelle République Démocratique du Congo», Facultés Catholiques de Kinshasa.
20. Nsaka Kabunda A, Secteur de sécurité congolais : crises et défis, communication lors de la session 2007 de l'Institut sur la Gouvernance Démocratique, CODESRIA, Dakar, Août 2007.
21. Obotela Rashidi, N, 2006, «Afrique-Actualités», *Congo-Afrique*, XLVI (Octobre), n°408.
22. Peju, M, 2000, «Ils voulaient la mort de Lumumba», *Jeune Africaine*, n°2055, Mai-Juin.
23. Riccardi, A, 2004, *La paix préventive*, Salvator, Paris.
24. Sennen, A, 1989, «Pourquoi les Zaïrois n'oublient pas», *Jeune Afrique*, n°2, Septembre-Octobre.
25. Vunduawe Te Pemako, 2000, *A l'ombre du léopard. Vérités sur le règne de Mobutu Sese Seko*, Editions Zaïre Libre, Bruxelles.
26. Wola Mbale Impongo, J, «L'éthique des gestionnaires de la nouvelle République Démocratique du Congo», In les défis

LA POURSUITE PÉNALE DES CRIMES COMMIS PAR LES ARMÉES EN PÉRIODE DE CONFLIT : CAS DE PILLAGES DES BIENS ET VIOLS

Par MABIALA NKANGU De Gaulle*

INTRODUCTION

La vie mieux la personne humaine, écrit-on ça et là, est inviolable⁴⁸⁴, sacrée. Ceci résulte d'un des commandements divin : « *Tu ne tueras point*⁴⁸⁵ » et, est consacré comme principe fondamental notamment dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et dans bien d'autres instruments internationaux et nationaux qui prohibent *expressis verbis* toute atteinte à la vie humaine.

Bien malheureusement, depuis que le monde existe, 1.200.000 années environ se sont déjà écoulées sans qu'il soit possible pour l'homme de vivre en toute quiétude si bien qu'à des intervalles irréguliers, le monde a été, sinon, est le théâtre des violents et sanglants affrontements.

Tenez ! durant le seul 20^{ème} siècle et plus exactement au cours des années allant de 1904 à 1905, le Japon fut en guerre contre la Russie puis contre la Chine entre 1937 et 1945. Le 10 mai 1940, l'aviation allemande anéantit les aéroports belges et bombarda d'importants centres ferroviaires⁴⁸⁶.

Dans le même ordre, entre les années 1914-1918 et 1940-1945, le monde vécut deux grandes guerres qui eurent une implication internationale de triste mémoire pour beaucoup d'Etats et ce, après qu'en avril 1940, l'Allemagne s'empara du Danemark et envahit la Norvège⁴⁸⁷ et qu'Hitler attaqua, le 22 juin 1941, l'URSS.

Et, comme si cela n'a pu suffire, de mars 1948 à mai 1949, se fut la guerre froide⁴⁸⁸, de juin 1950 à juillet 1953, la guerre de Corée⁴⁸⁹ eut lieu alors qu'entre 1990 et 1991 eut lieu la guerre du golfe avant que les forces libanaises se soient illustrées en septembre 1982 par des exactions macabres dans les camps de Sahara et Chatila contre les civils palestiniens⁴⁹⁰.

En Afrique même, on a dénombré divers mouvements d'indépendance notamment qui débouchèrent à de luttes violentes émaillées d'attentats, de mutineries, d'émeutes outre les affrontements ethniques, les luttes tribales et fratricides d'une part et d'autre part, les

* Doctorant en Droit économique et social, Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa, Avocat à la Cour, Expert sur les questions de bonne gouvernance et de distribution d'une Justice équitable.

⁴⁸⁴ Lire également les articles 4 et 5 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ; 3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.

⁴⁸⁵ Exode 20, 13.

⁴⁸⁶ GALLOY,D, et HAYT, F, *Précis d'histoire du temps présent (1914 à 1994)*, De Boeck Wesmael, Bruxelles, 1994, p. 139.

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 54.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁸⁹ *Idem*, pp. 66 et 71.

⁴⁹⁰ GALLOY,D, et HAYT, F, *op.cit*, p. 77.

rébellions combattant de l'intérieur des territoires des Etats parfois alimentées et parrainées de l'extérieur dans la perspective notamment de la conquête et de l'exercice du pouvoir politique.

A cela, il convient d'ajouter les invasions militaires ou des peuples dans la recherche de plus d'espaces de terre au-delà des limites héritées de la colonisation et ce, en violation du principe « d'intangibilité des frontières héritées de la colonisation ».

De ce qui précède, il y a lieu de remarquer que toute guerre n'en est pas une sans conséquences politiques, économiques, sociales et culturelles sur la population et ne manque jamais de faire des victimes mieux de contraindre ou de soumettre plus d'une personne à *des infirmités, à des déplacements, déportations, massacres ou exterminations et d'occasionner des pillages, vols des biens et viols des femmes, enfants et de bien d'autres actes désolants, humiliants et inhumains*.

Il en a été pareil en République Centrafricaine où l'alors Président de ce pays, **Ange Felix PATASSE**, invita le Mouvement de Libération du Congo (MLC) pour une intervention militaire. Il en a également été ainsi en République Démocratique du Congo qui a connu, au cours de la période allant de 1996 à 1998, une guerre d'agression⁴⁹¹ menée par les armées Ougandaises, Rwandaises et Burundaises venues soutenir les forces rebelles du Rassemblement Congolais pour la Démocratie (RCD) et autres bandes armées incontrôlées faisant approximativement **3.500.000** morts et **600.000** déplacés et réfugiés.

Par delà ces considérations, la préoccupation qui y revient est bien celle de savoir s'il y eut des poursuites pénales ou s'il est possible de poursuivre pénalement les auteurs des crimes perpétrés en temps de guerre. Dans l'affirmative, il sera impérieux de voir comment c'est-à-dire par quel mécanisme ? mieux, qui répond juridiquement des atrocités commises en période de guerre par les forces armées d'un Etat donné sur son propre territoire d'une part et d'autre part par les forces rebelles, invitées ou non ainsi que celles intervenant dans le cadre d'une mission des nations unies ?

Comme on peut le constater, une double problématique est remise en surface et précisément celle de la responsabilité et même du droit de répression des auteurs de telles exactions ignobles et de l'indemnisation de telles victimes selon tels dommages subis. Il s'en déduit donc qu'au-delà de l'impérieuse nécessité de ressortir la juridiction compétente à réprimer les auteurs des crimes commis en temps de conflit armé, il y a lieu de se demander si les victimes d'actes de viol et de pillages perpétrés en temps de conflit armé peuvent espérer obtenir réparation des dommages qu'elles subissent en période de conflit armée.

La présente réflexion se propose donc de répondre aux préoccupations relevées ci avant et ce, après une brève rétrospection sur les différents modes d'intervention d'une force armée sur un territoire donnée en proie à une incursion, à une invasion ou à une attaque des forces armées rebelles.

I. Différents modes d'interventions militaires sur le territoire d'un Etat

Dans l'histoire du monde, la guerre qui remplissait fondamentalement deux fonctions à savoir d'une part qu'elle était un moyen de faire respecter des droits existants que l'Etat

⁴⁹¹ Suivant l'article 1^{er} de la résolution 3314 du 14 décembre 1974, l'agression est l'emploi de la force armée par un Etat contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre Etat ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies. Aussi, d'après le dictionnaire du droit international public, l'agression est une attaque armée par un Etat agissant le premier contre un autre Etat en violation des règles du droit international.

qui y avait fait recours estimait violé et d'autre part qu'elle permettait aussi d'imposer par la force un changement juridique, naissait de l'exercice souveraine qu'avaient les Etats de recourir entre eux à la violence⁴⁹².

Et donc, le recours à l'usage de la force militaire ne faisait pas l'objet de restrictions générales par le droit positif. Au fil du temps d'ailleurs, il s'est avéré de manière unanime que la guerre résultait des causes aussi bien intrinsèques qu'extrinsèques du fait des mutations et impératifs de fonctionnement de la communauté internationale.

C'est dans ce sens que CLAUSEWITZ écrivit « *la guerre est un conflit de grands intérêts réglés par le sang et c'est seulement en cela qu'elle se distingue des autres conflits*⁴⁹³. Et, les visées économiques aussi bien des pays alliés aux forces loyalistes que des parrains de la rébellion ne sont pas à comprendre comme une simple jouissance du butin de guerre. Il s'agit plutôt d'une volonté réelle de prendre part à un gâteau lucratif ».

En tout état de cause, il existe plusieurs modes d'intervention militaires sur le territoire d'un Etat donné.

I.1. Interventions militaires sur le territoire d'un Etat donné.

La déclaration 2625 (XXV) proclame de manière particulièrement nette « *qu' aucun Etat ni groupe d'Etats n'a le droit d'intervenir directement ou indirectement, pour quelle que raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat* ».

En conséquence, il va de soi que non seulement l'intervention armée mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace dirigée contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels sont contraires au droit international.

Comme l'a si bien indiqué la Cour Internationale de Justice dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua: « *l'intervention interdite doit porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des Etats permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures* ».

En règle générale, les Etats évoquent le principe de souveraineté pour refuser toute ingérence extérieure et soustraire tel ou tel problème à l'intervention d'autres Etats. Ce principe est constamment réaffirmé et le respect des droits qu'il réserve à l'Etat est notamment consacré dans les actes constitutifs des organisations internationales. Aussi, à la lumière des écrits de Michel Virally, « *l'intervention désigne l'immixtion d'un Etat dans les affaires relevant de la compétence d'un ou de plusieurs Etats en vue d'en influencer le cours*⁴⁹⁴ ».

C'est que, l'élément de contrainte est constitutif de l'intervention prohibée et forme son essence en ce qu'il est particulièrement évident dans le cas d'une intervention utilisant la force soit sous la forme directe d'une action militaire soit sous celle indirecte du soutien à

⁴⁹² D'ARGENT, P, *Les réparations de guerre en droit international public*, LGDJ, Bruyant, 2000, p. 243.

⁴⁹³ FONTAINE, A, *Histoire de la guerre froide, de la révolution d'octobre à la guerre de Corée*, Fayard, Paris, 1965, p. 7.

⁴⁹⁴ Cfr. Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », Michel VIRALLY, RCADI, 1983-V, cité par BASUE BABU KAZADI, G, L'action en vue de la démocratie : relecture du principe de non-intervention dans un contexte d'émergence démocratique, Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en République Démocratique du Congo, In *Actes des Journées Scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa*, 18-19 juin 2007, PUK, 2007, p.205.

des activités armées, subversives ou terroristes à l'intérieur d'un autre Etat⁴⁹⁵. En d'autres termes, lorsqu'un Etat est en proie à une guerre ou qu'il fait face à une guerre déjà déclenchée, l'intervention armée peut être directe ou indirecte.

I.1.1. Intervention armée directe

L'intervention armée directe est, par définition, celle qui s'effectue par la pénétration des troupes étrangères sur le territoire d'un Etat⁴⁹⁶. Comme dit ci avant, il en a été ainsi avec l'incursion mieux l'agression répétée dont fut victime la République Démocratique du Congo entre 1996 et 1998 vis-à-vis des armées rwandaises, ougandaises et burundaises. Il en a aussi été pareil avec l'intervention en République Centrafricaine des éléments armés du MLC⁴⁹⁷ sur invitation officielle de Ange Felix Patassé, l'alors Président de ce pays. Pourtant, l'intervention armée fait l'objet d'une double prohibition à savoir :

- l'interdiction du recours à la force⁴⁹⁸,
- l'interdiction de l'intervention telle que l'a prescrit la déclaration 2625 (XXV).

I.1.2. Intervention armée indirecte

Une intervention armée indirecte consiste en l'action de soutenir les insurgés dans une guerre civile ou les activités armées subversives de l'opposition ou les activités de sécession⁴⁹⁹. C'est que l'intervention armée indirecte suppose l'implication d'un Etat tiers dans les affaires réservées à la compétence exclusive d'un Etat et ce, en violation du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. La déclaration 2625 (XXV) affirme : « chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser ou d'encourager l'organisation des forces irrégulières ou des bandes armées notamment de bandes de mercenaires en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat ». De même, chaque Etat a le devoir de s'abstenir d'organiser et d'encourager des actes de guerre civile ou des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre Etat, d'y participer ou de tolérer sur son territoire des activités organisées en vue de perpétrer de tels actes lorsque ces actes mentionnés dans le présent paragraphe impliquent une menace ou l'emploi de la force.

C'est dans ce contexte que les fréquentes interventions des USA à Saint Domingue, au Panama, au Vietnam, à la Grenade et en Irak ... ou de l'ex URSS en Hongrie, en Tchécoslovaquie et en Afghanistan ... sont d'une part ouvertement critiquées comme constituant des actes de recours à la force et, d'autre part, condamnées comme contraires aux principes de base de la non-intervention, de l'intégrité territoriale et du non recours à la force, en dépit de l'argument humanitaire ou de l'application des accords de défense ou encore d'affinité idéologique et de lutte contre le terrorisme⁵⁰⁰.

Comme on le voit donc, ce qui précède confirme le principe de la non intervention qui est le corollaire de l'égalité souveraine des Etats. Ces derniers sont, par conséquent, tenus à honorer de bonne foi leurs engagements internationaux en vertu du principe « *pacta sunt servanda* »⁵⁰¹ encore qu'il demeure que le prétendu droit d'intervention comme manifestation

⁴⁹⁵ FONTAINE, A, *op.cit.*, p. 7.

⁴⁹⁶ DAVID, E, et SALOMON, J, *Droit de guerre*, Tome III, 17^{ème} édition, PUB, Bruxelles, 1978, p. 609.

⁴⁹⁷ Le Mouvement pour la Libération du Congo fut une formation rebelle en République Démocratique du Congo dirigée et financée par Jean Pierre Bemba

⁴⁹⁸ Art 2§4 de la Charte des Nations Unies.

⁴⁹⁹ DAVID, E, et SALOMON, J, *op.cit.*, p. 567.

⁵⁰⁰ BASUE BABU KAZADI, G, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁰¹ Articles 7§2, 22 et 29 de la charte des Nations Unies.

d'une politique de force a donné lieu dans le passé à des abus d'extrême gravité et ne peut, en dépit des insuffisances de l'organisation internationale actuelle, être admis par le droit international. De même, l'intervention est encore moins admissible en la forme qu'elle est ici présentée étant donné qu'elle est l'apanage des Etats puissants, facilement elle pourrait conduire à dévertuer la propre administration de la justice internationale.

Mais hélas ! des guerres d'agression, des rebellions ça et là. Bien pis, des crimes les plus graves intéressant la communauté internationale se commettent infiniment dans plus d'un pays au monde en général et africain en particulier.

Dès lors, il est reconnu à tout Etat, en vertu de sa souveraineté, la latitude de solliciter, par toutes voies, le secours des forces armées d'un autre Etat ou d'une organisation régionale ou sous régionale, tel il en a été avec l'intervention des forces armées des pays membres de la SADC en l'occurrence le Zimbabwe, l'Angola et la Namibie sur invitation officielle du gouvernement de la République Démocratique du Congo.

A l'extrême, un Etat peut formuler devant le Conseil de sécurité des Nations Unies une demande d'intervention des forces onusiennes sur son territoire.

I.2. Intervention des forces internationales sollicitées par un Etat donné

Lorsqu'un Etat n'est plus en mesure d'assurer la sécurité et la paix à l'intérieur de ses frontières, elle sollicite du conseil de sécurité l'envoi d'une force intervention onusienne en vue des opérations de maintien de la paix.

Les opérations de maintien de la paix sont des organes subsidiaires du conseil de sécurité ou de l'assemblée générale, organes principaux des Nations Unies habilités à créer des organes subsidiaires nécessaires à l'exercice de leurs fonctions⁵⁰². Pour **Maurice Flory**, les opérations de maintien de la paix (OMP) des Nations Unies sont toutes les opérations militaires et paramilitaires qui sont organisées sous la pression de la nécessité, faute de pouvoir mettre en œuvre les mécanismes de l'article 43 de la Charte et parfois faute de pouvoir s'appuyer sur les décisions du Conseil de sécurité⁵⁰³.

Les OMP varient énormément elles en fonction des mandats qui leur sont confiés par le Conseil de sécurité. C'est ainsi que ces opérations peuvent être des missions de maintien de la paix classiques, des missions de restauration de la paix, des missions d'imposition de la paix, des missions de prévention des conflits armés, des missions de construction de la paix ou même des missions de consolidation de la paix⁵⁰⁴.

I.2.1. La mission de maintien de la paix (peace-keeping)⁵⁰⁵

Une mission de maintien de la paix (peace-keeping) consiste dans l'établissement d'une présence de l'ONU sur le terrain par le déploiement d'effectifs militaires et/ou de police, ainsi que, fréquemment, de personnel civil. Cette présence nécessite le consentement et la coopération de toutes les parties au conflit et n'implique pas le recours à la force, sauf

⁵⁰² Articles 7§2, 22 et 29 de la charte des Nations Unies.

⁵⁰³ Flory, M, « L'ONU et les opérations de maintien de la paix », In Annuaire français de droit international, 1965, p. 446, cité par Yves Petit, Droit international de maintien de la paix, Paris, LGDJ, 2000, p. 40.

⁵⁰⁴ Flory, M, op.cit, p. 56.

⁵⁰⁵ Cfr. Chapitre VI de la charte des Nations Unies.

légitime défense⁵⁰⁶(...). En principe, les forces de maintien de la paix – les casques bleus – interviennent, sans adversaire désigné, soit pour observer un cessez-le-feu, soit pour geler une situation sur le terrain en attendant qu'une solution diplomatique soit trouvée⁵⁰⁷.

1.2.2. La mission de restauration de la paix

Une mission de restauration de la paix consiste dans une opération fondée sur le chapitre VII, dont l'objectif est d'œuvrer en faveur de la paix dans un Etat victime d'un conflit interne, pour assurer la sécurité des populations civiles, mais sans qu'aucun agresseur ne soit désigné.

1.2.3. La mission d'imposition de la paix (peace enforcement)

Une mission d'imposition de la paix est une intervention également instituée sur la base du chapitre VII, pour rétablir ou imposer la paix, grâce à l'utilisation de la force contre un agresseur clairement désigné⁵⁰⁸.

1.2.4. La mission de prévention des conflits (peace protection)

Une mission de prévention des conflits entre dans le cadre de la diplomatie préventive. Cette diplomatie a pour objet d'éviter que des différends ne surgissent entre les parties, d'empêcher qu'un différend existant ne se transforme en conflit ouvert et, si un conflit éclate, de faire en sorte qu'il s'étende le moins possible. Une mission de prévention des conflits peut être déployée afin de circonscrire géographiquement une crise nationale ou interne⁵⁰⁹.

1.2.5. La mission de construction de la paix (peace building)

Une mission de construction de la paix est une mission qui, à côté des tâches militaires, comme le contrôle d'un cessez-le-feu ou la démobilisation des troupes, connaît une augmentation considérable des tâches civiles. Elle a pour objet de bâtir de nouvelles structures politiques et administratives, lorsque les anciennes ont été détruites la plupart du temps après un conflit interne⁵¹⁰.

1.2.6. La mission de consolidation de la paix (peace consolidation)

Une mission de consolidation de la paix est une mission par laquelle l'ONU s'engage sur le long terme dans un pays, son action interférant alors avec l'ordre interne et la souveraineté de l'Etat⁵¹¹.

Dans tous les cas, le déclenchement d'un conflit armé au sein d'un Etat mène l'intervention militaire des forces invitées, sollicitées ou non peut se poursuivre par la perpétration de beaucoup d'actes graves attentatoires à la dignité humaine comme aux biens d'autrui. Les cas les plus frappants quant à ce sont ceux des femmes victimes d'empalement ou enlevées

⁵⁰⁶ PETIT, Y, *Droit international du maintien de la paix*, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 41 cité par MAZYAMBO MAKENGO KISALA, A, *La participation de l'organisation des Nations Unies au processus de démocratisation de la République Démocratique du Congo : rôle particulier de la Monuc*, In *Actes des Journées Scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa*, 18-19 juin 2007, PUK, 2007, p. 155.

⁵⁰⁷ DECAUX, E, *Droit international public*, 5ème édition, Paris, Dalloz, 2006, p. 3008.

⁵⁰⁸ PETIT, Y, op.cit, pp. 55-56.

⁵⁰⁹ *Idem*, p. 68.

⁵¹⁰ PETIT, Y, op.cit, p. 65-66.

⁵¹¹ *Idem*, p. 68.

par les pygmées à l'occasion de l'attaque de la ville de Kalemie en République Démocratique du Congo.

De même, à Kindu, dans la province du Maniema précisément, une vieille femme de 89 ans environ et veuve depuis l'âge de 38 ans, pour ne se référer qu'à elle, fut violée par 20 combattants, outre qu'elle eut ses jambes écartelées et le bassin fissuré. A ses côtés, une fillette de 6 ans, victime de viol de la part des hommes en armes⁵¹².

Pas moins que cela, lors de l'intervention des éléments de la police nationale congolaise envoyés en mission de restauration de l'autorité de l'Etat dans l'ensemble de la province du Bas - Congo à la suite des tensions enregistrées, depuis le mois d'octobre 2007, entre les autorités locales et les membres du BDK qualifié « d'organisation terroriste » et accusé de pratiquer des rites sataniques et d'autres pratiques occultes outre le fait ce dernier aurait :

- tabassé des commandants locaux de la PNC dans les villages de Kinkenge et de Mbanza-Muembe,
- obtenu, après menace des autorités locales, la libération de tous les détenus de la prison de Luozi,
- brûlé vifs, les 24 et 25 février 2008, deux hommes accusés de sorcellerie à Kinkenge et à Bethelimi etc ...

En réaction, le 28 février 2008, le gouvernement central de la République Démocratique du Congo, par le biais des éléments de la Police d'Intervention Rapide (PIR) y compris le bataillon simba et de l'Unité de Police Intégrée (UPI) déployés de Kinshasa, fit mener des opérations ayant pour objectif initial : - l'arrestation des auteurs des meurtres susvisés⁵¹³.

Bien malheureusement, plusieurs exactions furent perpétrées parmi lesquelles on peut citer :

- les pillages de plus de 200 églises et maisons du BDK, des résidences privées appartenant à des personnes non affiliées au BDK, des magasins, d'au moins deux hôpitaux, une pharmacie locale et une église catholique⁵¹⁴ et d'autre part,
- les actes de violences sexuelles furent réalisées dans les zones des opérations au point que deux policiers locaux de seke-banza avaient été condamnés à la prison à perpétuité pour des viols commis après la fin des opérations⁵¹⁵ d'autre part.

Pis est, en mai 2001, sur invitation du gouvernement Centrafricain, les troupes du MLC de Jean-Pierre Bemba pénétrèrent pour la première fois dans ce pays pour contrer une menace de coup d'Etat contre l'alors Président de ce pays Ange Felix PATASSE néanmoins, à la seconde intervention militaire qui eut lieu entre octobre 2002 et mars 2003, les troupes du MLC auraient commis des crimes, assassinats, des viols des femmes et enfants et des pillages ; ce qui constitue des crimes de guerre⁵¹⁶ et des crimes contre l'humanité⁵¹⁷.

⁵¹² Périodique des droits de l'homme, Etat des libertés et violations des droits de l'homme en RDC, In *Justice et Démocratie*, 2^{ème} trimestre 2005, p. 28.

⁵¹³ Lire à cet effet le Rapport spécial des Nations Unies sur les événements de février et mars 2008 au Bas - Congo, Division des Droits de l'Homme de la Mission des Nations Unies au Congo, Haut commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, mai 2008.

⁵¹⁴ *Idem*, p. 17.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁵¹⁶ Les crimes de guerre sont des atrocités et délits commis sur les personnes ou des biens en violation des lois et usages de la guerre tels que les assassinats, les mauvais traitements de prisonniers de guerre, les meurtres d'otages, la destruction sans motif des cités, des villes ou villages etc. Les crimes de guerre est aussi une infraction qui consiste à violer sciemment les règles applicables dans les conflits armés internationaux et à bafouer volontairement les lois et coutumes de la guerre. Lire également les conventions de Genève 12 août 1949.

⁵¹⁷ Les crimes contre l'humanité sont des atrocités et délits tels que l'assassinat, l'extermination, la mise en esclavage, la

De ce qui précède, il s'affiche une double interrogation dont la perspective tendrait à savoir :

1. Quelle est la juridiction compétente et quelle est la loi applicable sur les crimes dont sont auteurs soit les éléments des forces armées du pays attaqué par une force rebelle, soit les éléments d'une force rebelle ou d'agression ainsi que par les éléments des forces onusiennes sur le territoire d'Etat en période de conflit ?
2. Qui répond des actes de viols et de pillages perpétrés par ces forces à l'occasion de la guerre ?

II. Juridiction compétente, loi applicable sur les infractions commises sur le territoire d'un Etat pendant un conflit armé

Lorsqu'une personne est auteur ou victime d'un acte infractionnel, les questions qui se posent soulèvent nettement la double préoccupation de détermination de la juridiction habilitée à poursuivre son auteur d'une part et, d'autre part de détermination de la loi de répression contre ce dernier dans la perspective de restaurer l'ordre public perturbé à cet effet.

En effet, en principe, lorsqu'une infraction se commet sur le territoire d'un Etat donné, la compétence de pouvoir réprimer l'auteur est reconnue à l'Etat sur le territoire duquel cet acte infractionnel s'est produit ou se produit. Autrement dit, le droit de punir les infractions qui se commettent sur un territoire est inhérent à la souveraineté⁵¹⁸. Il s'affiche en tant que tel qu'un crime ne peut être puni que dans le pays où il a été commis, parce que c'est là seulement et non ailleurs, que les hommes sont forcés de réparer, par l'exemple de la peine, les funestes effets qu'a pu produire l'exemple du crime⁵¹⁹.

C'est bien dans cet ordre d'idées que l'Etat, à travers ses institutions judiciaires, diligente une action pénale contre les auteurs d'actes d'agressions sexuelles ou de pillages perpétrés en temps de guerre.

Cette appréhension vaut son pesant d'or dans la mesure où sur le territoire de la commission des infractions, la procédure est facilitée lorsqu'elle a lieu sur le territoire de l'infraction. Les enquêtes peuvent être facilement conduites, les indices peuvent être mieux recueillis et l'audition des témoins devient possible et peu coûteuse.

Cette perception est en l'occurrence celle du législateur congolais qui a opté pour le système de « *la territorialité de la loi pénale* » qui veut que la loi pénale s'applique à tous les individus, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs victimes, qui ont commis une infraction sur le territoire du pays dans lequel cette loi est en vigueur⁵²⁰.

Il s'en suit que les crimes commis en période de conflit armé sur le territoire d'un Etat en l'occurrence la République Démocratique du Congo connaissent l'application de la loi congolaise et donc, en vertu des articles 2 et 3 du Code pénal, l'article 14 du code civil livre I^{er}, l'article 2 de l'AR du 22 décembre 1934, les juridictions congolaises en sont compétentes dans la nette limite de la prescription de ceux-ci.

déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou autres actes inhumains commis contre les populations civiles pour leur appartenance politique, ethnique, raciale, philosophique ou religieuse. Lire également article 2 de la loi n° 10 du conseil de contrôle.

⁵¹⁸ MINEUR, G, Commentaire du code pénal congolais, Maison F. Larcier, Bruxelles, 1953, p. 16.

⁵¹⁹ Traité des délits et peines, § 21 cité par NYABIRUNGU mwene SONGA, Traité de droit pénal général congolais, 2ème édition, Editions universitaires africaines, Kinshasa, 2007, p. 111.

⁵²⁰ NYABIRUNGU mwene SONGA, op.cit, p. 110.

Néanmoins, au fil du temps, au constat non seulement que certains Etats, à travers leurs systèmes juridiques, refusaient ou manquaient à leurs obligations juridiques d'enquêter et de poursuivre les personnes suspectées d'avoir commis les crimes les plus attentatoires à l'essence de l'humanité en l'occurrence les cas de viol, de pillages ou d'appropriation des biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire perpétrés en période des hostilités ou de punir celles qui ont été jugées coupables mais aussi que leurs systèmes juridiques s'étaient effondrés⁵²¹, l'Assemblée Générale des Nations Unies, par sa résolution 53/105 du 08 décembre 1998, créa la *Cour Pénale Internationale* à la suite de l'adoption de son statut à l'issue de la Conférence diplomatique de Rome qui eut lieu le 17 juillet 1998.

Par ce fait, il a été reconnu à la Cour la compétence « *de juger les crimes qui heurtent profondément la conscience humaine, les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale*⁵²² » tels que les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, les crimes contre la paix et le crime de génocide avec comme particularité qu'il empêche que des personnes ne soient jugées devant une Cour deux fois pour des actes constitutifs du crime pour lequel elles ont été déjà soit condamnées soit acquittées. En d'autres termes, une personne qui a été condamnée ou acquittée par une Cour pour des crimes relevant de la compétence de la CPI ne peut faire l'objet des poursuites devant la Cour pour la même infraction.

A proprement parler, la Cour a compétence d'appréhender, juger, de réprimer et condamner ou de châtier les auteurs des crimes de guerre, de génocide⁵²³ et contre l'humanité principalement lorsqu'ils sont commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématisée lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque⁵²⁴.

C'est donc en considération de la gravité des atteintes à l'ordre public international perpétrées ça et là dans le monde au fil de l'histoire que le Conseil de sécurité des Nations Unies créa successivement :

- le *Tribunal militaire international de Nuremberg en Allemagne* chargé de juger les crimes nazis commis pendant la deuxième guerre mondiale,
- le *Tribunal militaire international pour l'Extrême-orient* institué le 19 janvier 1946 et installé à Tokyo, ainsi que
- *deux tribunaux chargés de juger les personnes présumées coupables des violations graves de droit humanitaire au Rwanda et en ex-Yougoslavie* respectivement en 1993 et 1994.

Ainsi qu'on peut le relever aisément, à la nette différence de ces tribunaux *ad hoc* dont la compétence était réduite aux crimes commis sur les populations civiles d'un Etat déterminé, à un moment donné, la Cour jouit d'une compétence à la fois prospective⁵²⁵, universelle et permanente si bien qu'elle est l'extension de la juridiction pénale nationale et ne peut se substituer aux tribunaux nationaux et empiéter sur la souveraineté nationale ni supplanter les systèmes internes de justice qui ont la capacité et la volonté de mettre sur pied des juridictions nationales efficaces.

⁵²¹ Art 18 al. 3 du statut de Rome.

⁵²² Article 5 du statut de Rome.

⁵²³ Le génocide est un crime consistant en actes accomplis avec l'intention de détruire un groupe national, ethnique ou religieux. Cfr Lire également la convention du 09 décembre 1948.

⁵²⁴ NYABIRUNGU mwene SONGA, op.cit, p. 118.

Il appert donc que c'est à titre purement complémentaire aux systèmes juridiques internes des Etats que la Cour Pénale Internationale intervient dans l'administration de la justice internationale.

III. Organisation de la répression des infractions commises en période de conflit armé à travers la législation de la République Démocratique du Congo

Comme dit ci avant, le droit de punir les infractions qui se commettent sur le territoire d'un Etat donné en l'occurrence en période de conflit armée est inhérent à la souveraineté.

S'agissant singulièrement de la République Démocratique du Congo, au-delà de la compétence juridictionnelle tirée des articles 2 et 3 du Code pénal, l'article 14 du code civil livre I^{er}, l'article 2 de l'AR du 22 décembre 1934, la répression de l'infraction de pillages des biens perpétrés en temps de guerre est organisée par l'article 436 de l'ordonnance-loi n°72/060 du 25 septembre 1972 portant institution d'un code de justice militaire qui dispose : *« Sont punis de servitude pénale à perpétuité tous pillages ou dégâts de denrées, marchandises ou effets, commis en bande par des militaires ou par des individus embarqués, soit avec des armes ou force ouverte, soit avec bris des portes et clôtures extérieures, soit avec violences envers les personnes »*.

Et, à l'article 65 de la loi du 18 novembre 2002 portant Code de justice militaire tel que modifié à ce jour de préciser : *« Si les pillages ont été commis en temps de guerre ou dans une région où l'état de siège ou d'urgence est proclamé ou à l'occasion d'une opération de police tendant au maintien ou au rétablissement de l'ordre public, les coupables sont punis de mort »*.

Cette infraction n'est tout de même pas à confondre avec celle de destructions des constructions qui expose son auteur, au regard de l'article 110 du décret du 30 janvier 1940 tel que modifié jusqu'au 31 décembre 2009 et ses dispositions complémentaires, à une servitude pénale de *cinq ans au maximum et d'une amende de vingt-cinq francs ou d'une de ces peines seulement*.

A ce sujet, il y a lieu de noter que dans l'un ou l'autre cas, le législateur congolais considère que « toutes infractions aux lois de la République commises pendant la guerre et qui ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre sont constitutives de crime de guerre⁵²⁶ ». En plus, précise-t-il à l'article 174 du même code : *« sont poursuivis devant les juridictions militaires, conformément aux dispositions en vigueur et à celles du présent code(entendez par là le code de justice militaire), ceux qui, lors de la perpétration des faits, étaient au service de l'ennemi ou d'un allié de l'ennemi, à quelque titre que ce soit, notamment en qualité de fonctionnaires de l'ordre administratif ou judiciaire, de militaires ou assimilés, d'agents ou préposés d'une administration ou de membres d'une formation quelconque ou qui étaient chargés par eux d'une mission quelconque, et se sont rendus coupables de crimes commis depuis l'ouverture des hostilités soit dans le territoire de la République, ou dans toute zone d'opérations de guerre, soit à l'encontre d'un national, d'un étranger ou d'un réfugié sur le territoire de la République, soit au préjudice des biens de toutes les personnes physiques visées ci-dessus et de toutes les personnes morales nationales, lorsque ces infractions, même accomplies à l'occasion ou sous le prétexte de l'état de guerre, ne sont pas justifiées par les lois et coutumes de la guerre »*.

Comme on le constate, qu'il s'agisse du viol, de destructions ou de pillages de biens, les juridictions congolaises sont habilitées à réprimer leurs auteurs et ce, quand bien même ces faits et actes sont commis pendant la guerre. Et, lorsque la perpétration de ces infractions

⁵²⁶

a connu la participation d'un militaire, la compétence est expressément dévolue aux juridictions militaires.

C'est donc cette considération qui, dans une certaine mesure, devrait guider le chef militaire ou le seigneur de guerre, d'un mouvement insurrectionnel ou d'une rébellion en ce qu'il se doit d'organiser, en tout état de cause, une répression des auteurs présumés de tels actes au risque d'alimenter sa responsabilité quant aux exactions dont seraient auteurs les éléments armés sous son commandement ou son autorité. Mais, hélas !

IV. Culpabilité ou responsabilité des infractions commises en période de conflit armée

Lorsque la guerre éclate sur le territoire d'un Etat, pas mal d'actes barbares et criminels sont commis par les forces présentes au champ de bataille mieux dans les zones de guerre en ce que multiples femmes et filles sont victimes de viol⁵²⁷ et parfois même amenées dans des campements pour servir d'esclaves sexuels et de domestiques en même temps que se commettent les pillages des biens des particuliers.

Ainsi, la question essentielle qui se pose est celle de savoir qui répond des infractions commises par des éléments armés en période de conflit.

La réponse à cette question tient de la considération qu'il est unanimement admis qu'en matière pénale, l'infraction comme la responsabilité sont individuelles ; ce qui revient à affirmer en d'autres termes que l'auteur d'une infraction en répond seul, hormis les cas de complicité ou de co-activité, devant les juridictions établies.

C'est en se fondant sur ce dernier aspect de culpabilité que la compétence de la Cour, lorsqu'elle est saisie par le conseil de sécurité de l'ONU en vertu du chapitre VII de la charte, s'exerce sur le territoire des Etats membres où un crime a été commis, ou non membres lorsque l'auteur du crime est ressortissant d'un Etat membre, enfin, la Cour est également compétente à l'égard d'un Etat non membre qui a ponctuellement accepté sa compétence pour un crime qui y est commis ou qui implique ses nationaux sur un autre territoire non membre.

Il s'en dégage une nette incompétence de la Cour vis-à-vis de la souveraineté des Etats quoique celle-ci considère et prévoit deux sortes de responsabilités à savoir : la responsabilité pénale individuelle et la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques.

En fait, que le crime soit commis individuellement ou conjointement avec une autre personne, un individu est pénalement responsable des comportements et des actes qui constituent un crime relevant de la compétence de la Cour, si cette personne :

- a ordonné, sollicité ou encouragé la commission du crime,
- a contribué de toute manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe des personnes agissant de concert⁵²⁸.

En tant que tel, aucun individu ne peut bénéficier d'une exonération de sa responsabilité pénale fondée sur sa qualité officielle en vertu du droit international. En d'autres termes, la

⁵²⁷ Le viol est une relation sexuelle imposée par fraude ou par violence à une femme par un homme qui n'est pas son époux. Lire aussi VINCENT, J, et GUILLIEN, R, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 1970, pp. 353-354.

⁵²⁸ Art 25 du statut de Rome.

responsabilité individuelle ne tient pas compte de :

- la qualité officielle de celui qui l'a commis⁵²⁹,
- l'imprescriptibilité des crimes.
-

De même, un chef militaire ne peut échapper à la responsabilité pénale pour les crimes commis sous son commandement dès lors que ce chef savait ou aurait dû savoir que ces crimes étaient commis ou allaient être commis et n'a pas pris des mesures nécessaires et raisonnables pour en empêcher la commission.

C'est vraisemblablement suivant cette considération que le **maréchal MONTGOMERY**, s'adressant, en 1946 à l'armée britannique, déclara : « *si l'essence de la démocratie est la liberté, celle de l'armée est la discipline. Le soldat n'a rien à dire, quel qu'il soit (...). Il est du devoir du soldat d'obéir, sans poser de questions, à tous les ordres que lui donne l'armée, la nation* »⁵³⁰. Et donc, le militaire qui répond des ordres de sa hiérarchie se dédouane étant entendu que l'ordre suppose « supériorité d'une part, infériorité de l'autre ; il est donné à des personnes soumises à notre autorité ou à notre pouvoir »⁵³¹.

Ce qui précède trouve approximativement illustration à travers le procès de Nuremberg où le tribunal international chargé de juger les crimes nazis commis pendant la deuxième guerre mondiale, a eu à établir la responsabilité pénale aussi bien dans le chef des dirigeants que des agents sous les ordres en ce que la responsabilité des dirigeants a été engagée pour avoir ordonné des crimes contre la paix et des crimes contre l'humanité, en violation de l'ordre public et de la légalité commune aux nations civilisées⁵³².

Aussi, la préoccupation est permanente lorsqu'il s'agit de répondre à la question de savoir qui répond des actes de viol et pillages dont sont auteurs les éléments des forces onusiennes sur le territoire de leur intervention ?

A cette question, la réponse à cette question est telle qu'en l'absence de toute convention d'extradition⁵³³ entre le pays dont est originaire le présumé auteur d'une infraction contre l'humanité ou autre et le pays de la nationalité de la victime, ce dernier a compétence à statuer sur toute infraction commise sur son territoire.

A défaut pour cet Etat de faire bénéficier aux victimes d'une justice effective en vue d'une réparation notamment, la Cour pénale internationale trouve pleinement justification de sa compétence qui, du reste, demeure imprescriptible vis-à-vis des infractions commises après son entrée en vigueur et ne tient pas compte du principe de l'immunité des chefs d'Etats et ministres en exercice⁵³⁴ dans les poursuites à engager contre les auteurs et complices d'actes barbares commis contre les populations civiles en temps de guerre principalement.

V. Droits des victimes des viols et pillages des biens perpétrés en période de conflit armé.

Les actes de viol s'accompagnent le plus souvent des pillages mieux de destruction et de l'appropriation des biens des populations civiles trouvées sur le lieu.

⁵²⁹ Art 27 du statut de Rome

⁵³⁰ VERHAEGEN, Le refus d'obéissance aux ordres manifestement criminels, conférence donnée en octobre 1998 au séminaire de droit militaire et de droit de guerre, p. 1 cité par NYABIRUNGU mwene SONGA, *op.cit.*, p. 186.

⁵³¹ NYABIRUNGU mwene SONGA, *op.cit.*, p. 191.

⁵³² L'extradition est une procédure internationale ayant pour objet la remise de l'auteur d'une infraction à la disposition d'un Etat étranger qui le réclame pour le juger, ou pour lui faire exécuter sa peine. Cfr. VINCENT, J, et GUILLIEN, R, *op.cit.*, p. 160.

⁵³³ Résolution 60/147 adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2005.

⁵³⁴ Lire à cet effet le Rapport d'Amnesty International 2007, p. 301.

Bien pis, la brutalité des actes de violences sexuelles subis par les femmes et enfants ont provoqué chez les victimes des conséquences psychologiques, économiques, sociales et sanitaires graves si bien qu'elles sont pour la plupart atteintes du VIH/SIDA ou des infections sexuellement transmissibles, de frigidité, d'impuissance et des troubles psychiques graves et profonds⁵³⁵.

De là, la question de savoir quels sont les droits dont disposent les victimes de telles exactions ? En d'autres termes, les victimes des exactions perpétrées en période de guerre, ont-elles la possibilité d'obtenir réparation des préjudices qu'elles subissent à cet effet ?

En effet, les dommages causés par les conflits armés se caractérisent par une ampleur hors du commun, par une multitude des victimes et par leur extraordinaire intensité. Il va naturellement et sous toutes les considérations que les victimes de violences et traumatismes ont le droit de bénéficier, dans des conditions d'égalité, d'un accès effectif à la justice⁵³⁶, d'un procès équitable et impartial, d'une sollicitude et de soins particuliers afin de leur éviter de nouveaux traumatismes au cours des procédures judiciaires et administratives destinées à assurer justice et réparation.

On entend par victimes, les personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, en raison d'actes ou d'omissions constituant des violations flagrantes du droit international humanitaire⁵³⁷.

In casu speciei, il n'y a pas mieux pour une victime que d'obtenir réparation des dommages subis en se constituant partie civile car, au-delà de la responsabilité pénale, il persiste l'obligation de réparer le préjudice résultant soit de l'inexécution d'un contrat (responsabilité contractuelle) soit de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, (...), ou du fait des personnes dont on répond⁵³⁸.

En droit de la responsabilité civile, la réparation s'entend à un mécanisme tendant à remettre la victime d'un fait dans l'état qui était le sien avant le fait dommageable. Pour y parvenir, il convient d'individualiser les victimes et d'évaluer les dommages par elles subis.

Il s'agit du dommage subi par la victime et rien que le dommage ou les conséquences immédiates du dommage.

Sans le moindre doute, le but d'une réparation adéquate, effective et rapide est de promouvoir la justice en remédiant aux violations des droits de l'homme ou aux violations graves du droit international humanitaire. Cette réparation devrait être à la mesure de la gravité de la violation et du préjudice subi.

Il revient donc en premier à l'Etat, conformément à sa législation interne et à ses obligations juridiques internationales, d'assurer aux victimes la réparation des actes ou omissions qui

⁵³⁵ Dans les Etats modernes fondés sur la conventionalité, la justice joue un rôle de première importance, celui d'assurer la paix publique. Elle assure la paix publique quand elle substitue le châtimement légal à la vengeance privée. Elle assure enfin la paix publique quand, par l'effet de ses décisions, elle sauvegarde les libertés individuelles. La justice n'a, au fond, qu'un but : garantir la liberté en lui fixant des frontières.

⁵³⁶ Résolution 60/147 adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2005.

⁵³⁷ VINCENT, J, et GUILLIEN, R, *op.cit.*, p. 307.

⁵³⁸ * *Assistant à l'Université de Kikwit (Bandundu/RD Congo), Doctorant en Droit.*

peuvent lui être imputés et qui constituent des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire.

Et, dans le cas où la responsabilité de la réparation incombe à une personne physique, à une personne morale ou à une autre entité, la personne ou l'entité devrait assurer réparation à la victime ou indemniser l'Etat lorsque celui-ci a déjà assuré réparation à la victime.

CONCLUSION

La poursuite pénale des crimes commis par les armées en période de conflit demeure, à ce jour, un problème qui se pose avec beaucoup d'acuité sur la scène internationale en dépit des brutalités, privation et traumatisme dont sont victimes ça et là certaines populations civiles.

Au niveau national, les victimes, le plus rarement inventoriées d'ailleurs, ont de la peine à accéder à une réparation effective, les immunités, le protectorat et la faiblesse de l'appareil judiciaire de bon nombre de pays signataires prenant vraisemblablement le dessous sur les valeurs humaines à préserver et à sauvegarder.

Voilà qui explique l'institutionnalisation de la Cour Pénale Internationale censée contribuer, tant soi peu, à rendre irréversible le mouvement de lutte contre l'impunité.

Bien malheureusement, cette dernière se révèle incompétente vis-à-vis aussi bien des crimes odieux commis avant son entrée en vigueur que des pays non signataires qui, pourtant et à bien scruter l'histoire du monde, ont été et sont encore, de près ou de loin, à l'affiche de la désolation.

Les victimes attendent encore et toujours bénéficier d'une justice effective qui ne soit de « deux poids, deux mesures ».

REFERENCES

I. Conventions et instruments internationaux

- Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
- Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1945.
- Charte des Nations Unies, New York, 26/6/1945.
- Statut du Tribunal de Nuremberg du 14 novembre 1945.
- Protocole I de la convention de Genève du 12 avril 1949.
- Résolution 60/147 adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 2005.
- Résolution 3314 du 14 décembre 1974
- Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.
- Statut de Rome du 17 juillet 1998.

II. Ouvrages

- BASUE BABU KAZADI, G, « L'action en vue de la démocratie : relecture du principe de non-intervention dans un contexte d'émergence démocratique, Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en

- République Démocratique du Congo », In *Actes des Journées Scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa*, 18-19 juin 2007, PUK, 2007.
- D'ARGENT, P, *Les réparations de guerre en droit international public*, LGDJ, Bruyant, 2000.
 - DAVID, E, et SALOMON, J, *Droit de guerre*, Tome III, 17^{ème} édition, PUB, Bruxelles, 1978.
 - DECAUX, E, *Droit international public*, 5^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006.
 - FLORY, M, « L'ONU et les opérations de maintien de la paix », In *Annuaire français de droit international*, 1965.
 - FONTAINE, A, *Histoire de la guerre froide, de la révolution d'octobre à la guerre de Corée*, Fayard, Paris, 1965.
 - GALLOY, D, et HAYT, F, *Précis d'histoire du temps présent (1914 à 1994)*, De boeck Wesmael, Bruxelles, 1994.
 - KOLB, R, *Droit humanitaire et opération de maintien de la paix internationale*, Bruylant, Genève, 2002.
 - LLOPIS, P, *Compétence universelle en matière des crimes contre l'humanité*, Bruylant, Bruxelles, 2003.
 - MAZYAMBO MAKENGO KISALA, A, La participation de l'organisation des Nations Unies au processus de démocratisation de la République Démocratique du Congo : rôle particulier de la Monuc, In *Actes des Journées Scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa*, 18-19 juin 2007, PUK, 2007.
 - MINEUR, G, *Commentaire du code pénal congolais*, Maison F. Larcier, Bruxelles, 1953.
 - NYABIRUNGU mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, 2^{ème} édition, Editions universitaires africaines, Kinshasa, 2007.
 - PETIT, Y, *Droit international du maintien de la paix*, Paris, L.G.D.J, 2000
 - VINCENT, J, et GUILLIEN, R, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Paris, 1970.

III. Rapport et autre document

- Rapport spécial des Nations Unies sur les événements de février et mars 2008 au Bas - Congo, Division des Droits de l'Homme de la Mission des Nations Unies au Congo, Haut commissariat des Nations Unies aux Droits de l'Homme, mai 2008.
- Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », Michel VIRALLY, RCADI, 1983-V.



LES MANIFESTATIONS DE L'EFFET MATTHIEU DANS LE RÉGIME FISCAL DE LA RÉMUNÉRATION EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

Par Yves-Junior MANZANZA LUMINGU*

INTRODUCTION

De tous temps, le travail est considéré comme la clé de tout développement socio-économique. Toutes les sociétés recourent à ce moyen afin de faire face aux aléas de la vie et de garantir un avenir plus ou moins meilleur en se mettant à l'abri des risques.

Aujourd'hui plus qu'hier, les efforts de modernisation nécessitent encore beaucoup plus d'assiduité au travail afin d'être au même diapason que nos contemporains. Le travail ennoblit l'homme, lui rend sa dignité et l'élève. L'heure n'est plus en effet à l'inertie, à l'attentisme ni à l'interventionnisme divin à outrance, car la manne du ciel appartient à une époque révolue.

Ainsi, l'importance du travail n'étant plus à démontrer, diverses législations au monde, se fondant sur les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme, ont perçu l'impérieuse nécessité d'ériger le droit au travail parmi les droits fondamentaux. Il en est ainsi de la République Démocratique du Congo dont la Constitution proclame que « le travail est un droit et un devoir sacrés pour chaque congolais »⁽⁵³⁹⁾.

Par ailleurs, s'il est vrai que l'ardeur au travail et la conscience professionnelle sont pour une grande partie affaires de tempérament, de culture, de rectitude morale et de sens de l'honneur, elles sont cependant pour une partie importante aussi affaire de rémunération. Car le travail, s'il est création et service, est également gagne-pain. Par son travail, l'homme s'efforce d'améliorer sa situation matérielle et d'assurer à sa famille une bonne éducation et un avenir radieux. C'est pourquoi tout effort de valorisation du travail au sein d'une nation comporte nécessairement un effort pour améliorer les conditions de travail, les salaires et le pouvoir d'achat des travailleurs.

Certes, engageant sa personne même dans le contrat du travail, le salarié doit recevoir en échange les moyens de mener une vie convenable. Et bien que la valeur économique du travail fourni puisse justifier parfois les différences de salaire, elle ne permet pourtant pas de descendre en dessous d'un certain montant⁽⁵⁴⁰⁾, ni de recourir à certains procédés en vue d'amaigrir l'enveloppe du salarié.

Néanmoins, il existe certaines dérogations occasionnant les prélèvements autorisés par les textes légaux et réglementaires. Il en est ainsi des retenues légales sur la rémunération. Celles-ci, en tant qu'elles affectent l'enveloppe salariale du travailleur, demeurent souvent une charge que ce dernier n'accepte pas de bon cœur.

*Assistant à l'Université de Kikwit (Bandundu/RD Congo), Doctorant en Droit.

⁵³⁹ Art. 36, al. 1er de la Constitution du 18 février 2006.

⁵⁴⁰ Le salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG).

Nous allons dans le cadre de cette réflexion analyser exclusivement l'impôt professionnel sur la rémunération afin de présenter les différentes règles fiscales qui concourent à son prélèvement.

En effet, l'on assiste souvent à des pratiques *contra legem* initiées par certains employeurs tantôt pour favoriser une certaine catégorie de leur personnel au détriment du fisc, tantôt pour exploiter d'autres de connivence avec les agents de fisc. Il convient de signaler également le cas des contribuables qui recourent au trafic d'influence pour organiser « l'incivisme » fiscal et faire peser toute la charge fiscale sur les honnêtes gens.

C'est donc là le lieu principal de notre réflexion qui part du postulat selon lequel les bénéficiaires d'importantes rémunérations seraient les plus favorisés.

En vue de vérifier cette hypothèse, la collecte des données a été réalisée grâce à l'usage cumulatif des techniques d'interview, d'observation des groupes et de la technique documentaire. L'interprétation, quant à elle, a été effectuée grâce à une approche pluridisciplinaire et transversale qui dépasse la simple exégèse normative pour s'interroger sur les pratiques, les réalisations effectives, les obstacles et les perspectives. Par ailleurs, nous avons emprunté essentiellement aux organisations professionnelles, en l'occurrence celles des travailleurs, les « vérités » contenues dans les rapports qui leur servent de base d'action pour décrypter l'état des lieux des conditions socio-économiques de leurs membres et ce, en recourant à l'histoire politique et à la sociologie.

Ainsi circonscrite, cette démarche revêt un intérêt certain à plusieurs égards. En effet, elle s'inscrit dans une logique de promotion et de protection des droits des travailleurs dans un contexte de reconstruction nationale que nécessite le développement socio-économique de l'Etat congolais.

Dès lors, l'appréciation du principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt à travers l'effet *Matthieu* passe par l'étude du régime fiscal de la rémunération. Cette approche permettra de circonscrire la notion de rémunération, ses éléments constitutifs ainsi que toutes les règles fiscales qui s'y attachent avant de parcourir *in concreto* les réalités qui l'affectent.

I. REGIME FISCAL DE LA REMUNERATION

La rémunération en tant qu'elle constitue la contrepartie de la prestation de travail dans le contrat synallagmatique du travail, présente un caractère alimentaire. C'est le revenu qui assure la subsistance de la presque totalité des salariés. Ainsi la nécessité d'allouer au travailleur un salaire suffisant, périodique et régulier, est absolument vitale.

Par conséquent, le régime fiscal qui régit les revenus résultant des prestations de travail doit reposer sur des règles qui tiennent compte de l'aspect social de cette matière imposable dont il convient d'explicitier la notion.

I.1. Notion de rémunération

Notons *in limine litis* que les termes rémunération et salaire sont souvent employés indistinctement pour désigner une même réalité. Aussi allons-nous, dans le cadre de cette réflexion, faire allusion à l'un ou l'autre concept.

Certes, la notion du salaire présente un grand intérêt pratique ; et pour la préciser, il faut

l'envisager d'un double point de vue. C'est que le salaire est, selon la conception classique, la contrepartie du travail ; mais l'évolution va aujourd'hui dans le sens de ce que Philippe LANGLOIS a appelé *une socialisation du salaire*, celui-ci devant être considéré en tant que revenu du travailleur ⁽⁵⁴¹⁾.

Par conséquent, il conviendra de parcourir la notion de salaire selon sa conception classique avant d'en analyser la définition extensive.

I.1.1. Définition classique

La définition classique du salaire est celle qui résulte notamment du code du travail congolais où les expressions salaire et rémunération sont employées indistinctement.

En effet, aux termes de l'article 7, litera h) de la loi n° 015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail, la rémunération est « *la somme représentative de l'ensemble des gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés par accord ou par les dispositions légales et réglementaires qui sont dus en vertu d'un contrat de travail, par un employeur à un travailleur* ».

Il s'agit en d'autres termes de toute somme ou tout avantage accordé en contrepartie de la prestation du travail ⁽⁵⁴²⁾.

I.1.2. Définition extensive

Le salaire est étudié dans son sens le plus large notamment en droit de la sécurité sociale où il sert à calculer les cotisations dues par l'employeur et certaines prestations versées aux assurés sociaux ; la loi adopte ici une définition très large (...) et englobe toute somme perçue à l'occasion du travail ⁽⁵⁴³⁾.

Ainsi donc, les sommes versées en l'absence de toute prestation effective de travail sont assimilées au salaire. La doctrine fait alors appel à la notion de salaire social.

En effet, écrit LUWENYEMA LULE, si l'on se référait à la notion de salaire proprement dit, c'est-à-dire au salaire lié à la présence effective du travailleur et à sa prestation de travail, celui-ci devrait disparaître avec la suspension ou l'arrêt. Or, le droit de travail contemporain s'efforce au contraire d'assurer la garantie de la continuité des moyens d'existence du travailleur malade ou en congé ⁽⁵⁴⁴⁾.

Le droit fiscal adopte également une définition très large du salaire, en intégrant en particulier la rémunération de beaucoup de dirigeants de sociétés qui, cependant, ne sont pas liés par un contrat de travail ⁽⁵⁴⁵⁾. C'est également dans ce sens que la législation fiscale belge entend par travailleurs « *tous les fonctionnaires et agents du secteur public dont l'emploi est statutaire, les militaires de carrière, les magistrats, les ministres d'un culte public* » ⁽⁵⁴⁶⁾, en vue d'étendre le régime fiscal des rémunérations à leurs revenus professionnels.

Enfin, il y a lieu de signaler que selon le Bureau International du travail (BIT), le terme

⁵⁴¹ LANGLOIS, P., *Droit du travail*, 6^{ème} éd., Paris, Sirey, 1987.

⁵⁴² Comp. LUWENYEMA LULE, *Précis de droit du travail zaïrois*, Kinshasa, Editions Lule, 1989, p. 169

⁵⁴³ LANGLOIS, P., *Op. cit.*, p. 205

⁵⁴⁴ LUWENYEMA LULE, *Op. cit.*, p. 169

⁵⁴⁵ LANGLOIS, P., *Op. cit.*, p. 205

⁵⁴⁶ Commentaire du Code des impôts sur les revenus, n° 20/21. Voy. MALHERBE, J. et THILMANY, J., *Cours de droit fiscal. Impôts sur les revenus*, UCL, 1992-1993, p. 67

rémunération tel que défini par la Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération ratifiée par la République Démocratique du Congo est entendu de la façon la plus large et inclut les allocations familiales légales, les soins de santé, les frais de voyage ainsi que les avantages accordés exclusivement en vue de faciliter au travailleur l'accomplissement de ses fonctions.

1.1.3. Eléments de la rémunération

Aux termes l'article 7 h) du code du travail, la rémunération comprend notamment :

- ✓ le salaire ou traitement ;
- ✓ les commissions ;
- ✓ l'indemnité de vie chère ;
- ✓ les primes ;
- ✓ la participation aux bénéfices ;
- ✓ les sommes versées à titre de gratification ou de mois complémentaires ;
- ✓ les sommes versées pour prestations supplémentaires ;
- ✓ la valeur des avantages en nature ;
- ✓ l'allocation de congé ou l'indemnité compensatoire de congé ;
- ✓ les sommes payées par l'employeur pendant l'incapacité de travail et pendant la période précédant et suivant l'accouchement ;
- ✓ les allocations familiales pour la partie dépassant le montant légal.

En revanche, ne sont pas éléments de la rémunération (*sic*) :

- ✓ les soins de santé ;
- ✓ l'indemnité de logement ou le logement en nature ;
- ✓ les allocations familiales légales ;
- ✓ l'indemnité de transport ;
- ✓ les frais de voyage ainsi que les avantages accordés exclusivement en vue de faciliter au travailleur l'accomplissement de ses fonctions.

En réalité, il est question de déterminer si telle ou telle somme suit le régime du salaire ou pas. Il serait erroné pour le législateur de prétendre que les avantages indiqués ci-haut ne sont pas des éléments de la rémunération, alors qu'ils en font réellement partie sauf qu'ils ne suivent pas le régime du salaire ⁽⁵⁴⁷⁾.

Remarquons donc qu'en dehors du salaire qui est le traitement d'activité ou traitement de base, le salarié peut recevoir des sommes à des titres divers ou bénéficier d'avantages accordés par l'employeur. Les sommes ainsi versées ou l'équivalent monétaire des avantages octroyés n'ont pas toujours le caractère d'un salaire. Il faut certes distinguer entre les sommes qui sont des compléments de salaire et celles qui représentent soit des remboursements de frais, soit des libéralités de l'employeur. Il est essentiellement question des avantages en nature d'une part et des avantages en espèces d'autre part.

Les avantages en nature ⁽⁵⁴⁸⁾ concernent essentiellement le logement et la nourriture. En effet, le code du travail impose à l'employeur l'obligation de fournir le logement en nature au travailleur muté ou engagé en dehors du lieu d'emploi. A défaut, l'employeur verse au travailleur une indemnité conséquente. En outre, l'employeur doit fournir des aliments dans le cas où le travailleur ne peut, par ses propres moyens, se procurer des denrées alimentaires de première nécessité.

⁵⁴⁷ Comp. KUMBU ki Ngimbi, *Droit du travail. Manuel d'enseignement*, Kinshasa, Galimage, 2010, p. 49

⁵⁴⁸ Art. 138 du Code du travail.

Quant aux avantages en espèces, allusion est faite aux gratifications, primes, remboursements des dépenses professionnelles et aux indemnités.

Les gratifications sont des libéralités faites par l'employeur au travailleur. Philippe LANGLOIS les définit comme « des sommes d'argent versées par l'employeur pour marquer sa satisfaction au regard du travail accompli ayant contribué à la prospérité de l'entreprise »⁽⁵⁴⁹⁾. Leur particularité est qu'elles ne sont pas en relation directe et nécessaire avec l'accomplissement du travail à la différence de la prime de rendement ou de productivité.

Parlant de leur nature exacte, la jurisprudence, la doctrine et diverses conventions collectives distinguent entre la gratification bénévole et la gratification contractuelle.

On parle de gratification bénévole ou libéralité, lorsque l'employeur peut décider en toute liberté de l'opportunité de son versement ainsi que de son montant. Elle échappe au régime du salaire et il n'en sera pas tenu compte dans le calcul de l'indemnité de préavis ou de congé payé. En revanche, la gratification contractuelle ou complément de salaire prend sa source soit dans le contrat individuel soit dans la convention collective soit dans les usages.

Dans ce cas, elle devient obligatoire et suit le régime du salaire. Mais elle doit présenter les trois caractères suivants : la constance, la fixité et la généralité.

Les primes, elles, sont inspirées par le souci pour l'employeur d'obtenir un résultat, une production accrue, continue, de meilleure qualité et au moindre prix de revient. Elles peuvent être classifiées de la manière suivante :

- *Les primes de rendement* : qui consistent en un supplément proportionnel à l'élévation de la production.
- *Les primes tenant à récompenser la fidélité du salarié* : elles peuvent se traduire aussi en prime d'ancienneté.
- *Les primes de pénibilité* : pour les travaux pénibles ou dangereux.

Il faut aussi mentionner que dans plusieurs cas, le salarié reçoit des versements qui n'ont pas de contrepartie dans son travail, mais qui se réfèrent au contrat de travail. Les indemnités *réparatrices*, c'est-à-dire celles qui réparent un préjudice, ne font pas partie du salaire, alors que celles qui compensent le salaire (*indemnités compensatrices*) en font partie.

Enfin, il y a les dépenses professionnelles qui, elles, sont exclues du régime du salaire parce qu'elles ne peuvent être considérées comme la contrepartie du travail du salarié. *Exemple* : les frais de transport, la prime d'usure des vêtements.

I.1.4. Taux et paiement du salaire

Le taux du salaire dépend de plus en plus de l'autorité publique ou parfois des conventions collectives. Et l'interventionnisme étatique en cette matière se perçoit à travers la fixation du Salaire minimum interprofessionnel garanti (SMIG)⁽⁵⁵⁰⁾.

⁵⁴⁹ LANGLOIS, P., *Op. cit.*, p. 207

⁵⁵⁰ Cfr Ordonnance n° 08/040 du 30 avril 2008 ayant abrogé les décrets n° 079/2002 du 3 juillet 2002 déterminant les modalités de fixation du SMIG, des allocations familiales minima et de la contre-valeur du logement et n° 080/2002 du 3 juillet 2002 portant fixation du SMIG, des allocations familiales minima et de la contre-valeur du logement.

A. La fixation du salaire ⁽⁵⁵¹⁾

Le montant du salaire est déterminé soit à l'heure, soit à la journée, soit à la semaine ou au mois, soit à la pièce, soit à la tâche. En conséquence, on peut relever deux modes de fixation de salaire.

- *Le salaire au temps* qui peut être défini comme celui qui résulte du travail effectué par un salarié sans qu'il soit fait référence à une production quantitative déterminée. C'est le mode de rémunération le plus répandu et le plus simple.
- *Le salaire au rendement* : c'est un mode de rémunération par lequel la rémunération varie en fonction de la quantité de production réalisée par un individu ou une équipe dans un temps donné. Mais cette technique de rémunération tend à disparaître pour certaines raisons.

En effet, dans l'ordre psychologique, elle tend à établir une concurrence entre les travailleurs et risque ainsi de rompre leur solidarité vis-à-vis de l'employeur. Il faut aussi souligner des difficultés juridiques et techniques concernant les normes de production et le montant de la rémunération.

Enfin, il faut noter que tout travail effectué au-delà de 45 heures légales par semaine donne lieu obligatoirement à une majoration : c'est le paiement des heures supplémentaires.

B. Les modalités de paiement du salaire

Par modalités de paiement, nous voudrions faire allusion à la forme, à l'époque et au lieu ainsi qu'aux garanties de paiement du salaire.

Certes, en raison du caractère alimentaire de la créance du salaire, il importe que le travailleur soit payé en monnaie métallique ou fiduciaire. Tel est l'esprit du législateur quand il précise à travers les articles 89 et 98 que le salaire doit être stipulé en monnaie ayant cours légal et doit être payé en espèces. Aussi, le paiement en nature est-il interdit ; mais il est possible d'utiliser des procédés modernes de règlement par chèque et par virement postal ou bancaire. Quant à l'époque et au lieu, les parties sont libres de déterminer la périodicité de paiement du salaire ; à défaut, il est fait référence aux usages. Mais le rôle de la volonté ou des usages s'est trouvé singulièrement limité par l'intervention du législateur qui veut que le paiement de la rémunération soit effectué à des intervalles réguliers n'excédant pas un mois ⁽⁵⁵²⁾, étant donné que la fin première de la rémunération consiste à assurer la subsistance du travailleur ⁽⁵⁵³⁾. C'est dans ce sens que le législateur congolais dispose que le paiement doit avoir lieu au plus tard dans les six jours suivant la période à laquelle il se rapporte.

Le non paiement justifie le recours du salarié à l'exception d'inexécution ⁽⁵⁵⁴⁾ en plus des condamnations prévues à l'article 321 du Code du travail. Alain BENABENT estime qu'il

⁵⁵¹ Art. 89, al. 2 et art. 92 du code du travail.

⁵⁵² Art. 99 du Code du travail.

⁵⁵³ NZANGI BATUTU, « L'institution du salaire », in NDOMELO KISUSA Kaïmba et KIENGE-KIENGE Intudi (dir.), *Droits et obligations du travailleur en droit congolais. Apparence ou réalité d'un conflit d'intérêts*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, Kinshasa, Editions Kazi, 2003, pp. 113-126

⁵⁵⁴ L'exception d'inexécution ou *exceptio non adimpleti contractus* est le droit qu'à chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter son obligation tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due. A celui qui lui réclame l'exécution de ce qu'elle doit, elle répond : « donnant-donnant », « trait pour trait », « droit pour droit ». L'origine de cette institution se trouverait chez les canonistes, sensibles à des préoccupations morales, avec comme argument l'adage « *fragenti fidem non est fides servanda* » (on n'a pas à tenir sa parole envers celui qui ne la tient pas). Cf. Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Cours de Droit civil*. Tome VI, *Les obligations*, 6^{ème} éd., Paris, Cujas, 1995, pp. 413-414 ; Gérard LEGIER, *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1993, p. 84.

est conforme au bon sens que le contractant qui ne reçoit pas son dû ne veuille pas payer immédiatement sa prestation corrélative : par exemple le salarié de continuer à travailler tant qu'il n'est pas payé ⁽⁵⁵⁵⁾.

Mais certains compléments du salaire échappent par nature à une périodicité rapprochée et le principe de la périodicité est écarté par le recours à des pratiques comme les acomptes, les avances et les rappels ⁽⁵⁵⁶⁾.

Et le lieu de paiement est généralement le siège de l'établissement ; mais les parties sont libres de convenir dans leur contrat individuel ou dans les conventions collectives d'un lieu différent de ce siège, à condition que ce lieu ne soit pas un débit de boisson, ni un magasin de vente (sauf pour les salariés qui y prestent déjà) et que le paiement s'effectue un jour ouvrable et pendant les heures de service ⁽⁵⁵⁷⁾.

Enfin, conscient des dangers susceptibles de menacer le salaire, lesquels dangers proviendraient soit de l'employeur, soit de ses créanciers, soit enfin des créanciers du salarié, le législateur a institué des mécanismes de garantie du salaire vis-à-vis de ces trois groupes. A l'encontre de l'employeur, le législateur a mis en place un dispositif protecteur garantissant le paiement effectif. Cependant, l'employeur peut procéder à des retenues notamment dans des cas ci-après ⁽⁵⁵⁸⁾ : retenues fiscales (l'impôt professionnel sur la rémunération), cotisation due à l'Institut national de sécurité sociale, retenues à titre d'avances, retenues à titre d'indemnités compensatoires ⁽⁵⁵⁹⁾, retenues à titre de cautionnement et à titre d'avances, etc. Puis, envers les créanciers de l'employeur, le travailleur dispose d'un privilège et d'un super privilège ⁽⁵⁶⁰⁾. C'est que le salarié constitue un créancier privilégié par rapport à d'autres créanciers en cas de liquidation d'une entreprise ⁽⁵⁶¹⁾. Autrement dit, les salaires doivent être payés nonobstant l'existence de toute autre créance, même celle du Trésor public.

Et vis-à-vis des créanciers du salarié, l'article 114 du code du travail soumet la créance du salaire à un régime d'insaisissabilité et de cessibilité partielle.

Le parcours ainsi fait de la notion de rémunération, de ses éléments constitutifs et de ses modalités de paiement nous permet d'analyser l'impôt professionnel sur la rémunération (IPR).

I.2. Impôt professionnel sur la rémunération

L'étude de l'IPR nécessite de circonscrire sa place dans l'ordonnancement fiscal congolais avant de présenter la matière imposable à cet impôt et les revenus immunisés, le taux d'imposition ainsi que les règles relatives à la déclaration et au versement.

⁵⁵⁵ Alain BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, 4^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1994, p. 179

⁵⁵⁶ Les *acomptes* sont une sorte de paiement anticipé : le salarié bénéficiaire ne touchera plus que le reliquat de sa rémunération. Par contre, les *avances* sont des prêts consentis au salarié. Ici l'employeur n'est en droit d'effectuer une retenue que jusqu'à concurrence du montant autorisé par la loi (art. 114). Enfin, les *rappels* viennent compléter le salaire qui n'a pas été entièrement libéré à l'échéance.

⁵⁵⁷ Art. 98 du Code du travail.

⁵⁵⁸ Cfr art. 112 du Code du travail.

⁵⁵⁹ Ces retenues se justifient uniquement en cas de violation par le travailleur de l'article 52 du code du travail, lequel article fait obligation au travailleur de restituer en bon état à l'employeur les marchandises, produits, espèces et, d'une façon générale, tout ce qui lui a été confié dans le cadre de l'exercice de ses fonctions.

⁵⁶⁰ Art. 109 et 110 du même Code.

⁵⁶¹ Comp. Frédéric-Jérôme PANSIER, *Droit du travail. Relations individuelles et collectives*, 3^{ème} éd., Paris, Editions du Juris-Classeur, 2003, p. 123.

I.2.1. Contexte

Le contexte de l'impôt professionnel sur la rémunération nous amène à présenter la base légale de l'impôt professionnel en général ainsi que les différentes catégories des revenus professionnels.

Dans l'état actuel de la législation fiscale congolaise, l'impôt professionnel en général a pour base légale l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 relative aux impôts sur les revenus telle que modifiée et complétée à ce jour ⁽⁵⁶²⁾. Cet impôt vise certaines catégories des revenus professionnels.

La législation fiscale congolaise retient quatre catégories des revenus provenant des activités professionnelles exercées en République Démocratique du Congo, mais les soumet à trois régimes qui recourent aux mêmes principes comportant des adaptations dans leur mise en œuvre respective ⁽⁵⁶³⁾. Il s'agit des revenus ci-après ⁽⁵⁶⁴⁾ :

- ✓ Les bénéfices de toutes entreprises industrielles, commerciales, artisanales, agricoles ou immobilières, y compris les libéralités et avantages quelconques accordés aux associés non-actifs dans les sociétés autres que par actions ;
- ✓ Les rémunérations diverses de toutes personnes rétribuées par un tiers, de droit public ou de droit privé, sans être liées par un contrat d'entreprise, celles des associés actifs dans les sociétés autres que par actions ou que l'exploitant d'une entreprise individuelle s'attribue ou attribue aux membres de sa famille pour leur travail, ainsi que les pensions, les rémunérations diverses des administrateurs, gérants, commissaires, liquidateurs des sociétés et de toutes personnes exerçant des fonctions analogues ;
- ✓ Les profits, quelle que soit leur dénomination, des professions libérales, charges et offices ;
- ✓ Les profits autres que les trois premières catégories des revenus.

Notons, à la suite de Robert UMBA di NDANGI, que les dispositions légales pouvant être considérées comme le régime général de ces revenus, il se révèle qu'en outre, les deux premiers ont chacun un régime spécifique tandis que le troisième régime spécifique régit les deux catégories des profits ⁽⁵⁶⁵⁾.

Notre réflexion ne se consacre qu'à la deuxième catégorie de ces revenus, à savoir les rémunérations diverses (...) soumises à l'impôt professionnel sur la rémunération (IPR).

I.2.2. Assiette de l'impôt

A l'origine, l'IPR se définissait comme un impôt frappant les rémunérations de toutes les personnes rétribuées par un tiers sans être liées par un autre contrat que celui de la subordination (le contrat de travail) ; c'est que les contribuables de l'IPR devraient se trouver dans un lien de subordination vis-à-vis de la personne à qui ils rendent service et qui les rémunère ⁽⁵⁶⁶⁾.

⁵⁶² Cfr art. 1^{er} 3° de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 relative aux impôts sur les revenus.

⁵⁶³ UMBA di NDANGI, R., *Finances publiques. Commentaires de principes, procédures, pratiques des origines à nos jours en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, B.E.C.I.F., 2006, p. 229

⁵⁶⁴ Art. 27 de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 relative aux impôts sur les revenus telle que complétée par le décret-loi n° 109/2000 du 19 juillet 2000.

⁵⁶⁵ UMBA di NDANGI, *Op. cit.*, p. 229

⁵⁶⁶ Voy. notamment Marcel GONTHIER, *Droit fiscal appliqué*, Foucher, Paris, 2001, p. 174

Mais ce critère d'existence d'un contrat du travail n'est pas exclusif parce qu'en vue d'enrayer l'éventualité d'une évasion fiscale, même le contrat de mandat y a été assimilé chaque fois que le législateur fiscal a estimé qu'une confusion délibérée pouvait être créée entre les deux catégories de contrat pour échapper à cet impôt ⁽⁵⁶⁷⁾.

C'est que cette définition a été battue en brèche depuis 2000 et semble dépassée. En effet, renseigne le Professeur Kola Gonze, même les personnes ayant un mandat politique sont aujourd'hui assujetties à cet impôt ⁽⁵⁶⁸⁾. Cette solution a déjà été mise en évidence en droit fiscal français où l'on établit la différence entre traitements et salaires : la première notion désigne la rémunération perçue en fonction d'un statut professionnel, alors que la deuxième désigne la rémunération perçue au titre d'un contrat de travail écrit ou verbal ⁽⁵⁶⁹⁾.

Nous allons donc parcourir ici les différents revenus imposables avant d'évoquer ceux qui sont immunisés, c'est-à-dire qui ne rentrent pas, au vœu du législateur, dans l'assiette de l'impôt.

A. Des revenus imposables ⁽⁵⁷⁰⁾

Les revenus imposables à l'IPR comprennent les éléments de la rémunération constituant un enrichissement chez le salarié. Ces éléments sont notamment :

- ✓ Les traitements, les salaires, les émoluments, les indemnités qui ne représentent pas le remboursement des dépenses professionnelles effectives, les gratifications, primes et toutes autres rétributions fixes ou variables, quelle que soit leur qualification ;
- ✓ Les traitements des administrateurs, gérants, commissaires, liquidateurs des sociétés, gouverneurs, régents, censeurs et toutes personnes exerçant des fonctions analogues ;
- ✓ Les traitements et jetons de présence des présidents-délégués généraux, des administrateurs et commissaires des entreprises publiques et sociétés d'économie mixte ;
- ✓ Les traitements, salaires et avantages octroyés aux membres des institutions publiques et aux agents de carrière des services publics d'une part et, d'autre part, les traitements, salaires et avantages accordés aux membres des cabinets politiques ⁽⁵⁷¹⁾ ;
- ✓ Les pensions de toute nature, quelles que soient les circonstances ou les modalités qui en conditionnent l'octroi, ainsi que les sommes payées par l'employeur ou le mandant, contractuellement ou non par suite de cessation de travail ou de rupture de contrat d'emploi ou de louage de service ;
- ✓ La rémunération que l'exploitant d'une entreprise individuelle s'attribue ou attribue aux membres de sa famille pour leur travail.

Sont ajoutés à ces éléments, les avantages en nature à l'exception de ceux visés à l'article 48. 3° de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 précitée.

⁵⁶⁷ Idem, p. 230

⁵⁶⁸ KOLA GONZE, *Cours de Droit fiscal*, Université de Kinshasa, Faculté de droit, 1^{ère} licence, 2008-2009 ; Voy. également le Décret-loi n° 109-2000 du 19 juillet 2000 et la circulaire ministérielle n° 0023 du 9 janvier 2001.

⁵⁶⁹ Christine NOEL, *Droit fiscal*, Paris, Gualino éditeur, 2009, p. 336

⁵⁷⁰ Voy. art. 47 de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 relative aux impôts sur les revenus telle que modifiée et complétée par la loi n° 73/003 du 5 janvier 1973, par la loi n° 77/016 du 25 juillet 1977, par l'ordonnance-loi n° 84-022 du 30 mars 1984 et par le décret-loi n° 109/2000 du 19 juillet 2000.

⁵⁷¹ Voy. commentaires de Jean-Marie F. MBOKO N'DJANDIMA, *Code général des impôts*, 2^{ème} éd., Kinshasa, Presses Universitaires du Congo, 2009, p. 114. Certes, il convient de relever que les rémunérations et avantages accordés à toute personne liée à l'Etat par un pacte ou mandat quelconque sont imposables à l'IPR. Il s'agit notamment des traitements, salaires, jetons de présence, avantages alloués aux membres des institutions publiques (Gouvernement, Parlement Cours et tribunaux), aux fonctionnaires et agents des services publics de l'Etat, etc.

De ce qui précède, il sied de signaler que la base imposable de cet impôt reste la base brute⁽⁵⁷²⁾. Néanmoins, certains détails méritent d'être tirés au clair en vue de permettre tant aux employeurs qu'à leurs salariés d'en avoir une nette perception. En effet, si pour le salaire ou traitement de base les choses semblent claires, il est pourtant nécessaire d'explicitier le régime des indemnités, des pensions et des avantages en nature.

Ainsi, deux conditions permettent d'imposer les indemnités au titre de l'IPR : que celles-ci ne constituent pas les remboursements des dépenses supportées par le salarié dans l'exercice de sa profession et qu'elles ne soient pas expressément exonérées par la loi. C'est qu'en dehors des remboursements et de l'exonération, toutes les indemnités demeurent imposables à l'IPR.

Concernant les pensions, il existe une différence entre les pensions accordées gratuitement et celles octroyées sur base des retenues antérieures. La première catégorie concerne notamment les pensions accordées aux membres du personnel qui ont atteint un certain âge ou qui sont incapables de travailler ; elles équivalent à un traitement et sont par conséquent imposables à l'IPR. Tandis que la seconde catégorie concerne les pensions octroyées sur base des retenues antérieures, lesquelles sont également astreintes à l'IPR. Notons cependant que ne sont pas prises en considération dans cette rubrique les pensions alimentaires et les pensions pour décès d'un être cher.

Enfin, quant aux avantages en nature, à savoir la fourniture des vivres ou denrées alimentaires, la fourniture gratuite d'eau et d'électricité, la fourniture gratuite des vêtements non professionnels, les communications privées à charge de l'entreprise, la fourniture des repas pris sur place dans l'entreprise, les frais médicaux, la réparation, le ravitaillement en carburant, il convient de retenir que la base d'imposition est leur valeur réelle.

B. Des revenus immunisés⁽⁵⁷³⁾

Ne rentrent pas dans l'assiette imposable à l'IPR :

- ✓ les indemnités ou allocations familiales réellement accordées aux employés et salariés dans la mesure où elles ne dépassent pas les taux légaux ;
- ✓ les pensions, rentes et indemnités accordées en vertu des lois qui régissent les pensions de vieillesse, l'octroi de secours en cas d'invalidité prématurée ou de décès ; les pensions aux invalides, aux veuves, orphelins et ascendants de combattants, aux victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles et aux estropiés congénitaux ; les pensions alimentaires ;
- ✓ les indemnités et avantages en nature concernant le logement, le transport et les frais médicaux pour autant que :
 - l'indemnité de logement soit inférieure ou égale à 30% du traitement brut.
 - l'indemnité journalière de transport soit égale au coût du billet pratiqué localement avec un maximum de quatre courses de taxi pour les cadres et quatre courses de bus pour les autres membres du personnel, et dans la mesure où la nécessité et la réalité du transport sont démontrées : certes, l'employeur est tenu d'assurer le transport de

⁵⁷² La circulaire départementale n° 4133 du 23 décembre 1988 portant interprétation de l'article 48-3° de l'Ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 entend par « traitement brut » ou « base brute » le total des sommes payées en espèce à titre de rémunération, à l'exclusion par conséquent de la valeur des avantages en nature et des sommes présentant le caractère d'indemnités ou avantages sociaux (logement, transport, frais médicaux, allocations familiales légales, etc.) et sans déduction des cotisations sociales ou syndicales. Voy. MBOKO N'DANDIMA, *Op. cit.* p. 115

⁵⁷³ Art. 48 de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 telle que modifiée par l'O.-L. n° 84-022 du 30 mars 1984 et par le décret-loi n° 109/2000 du 19 juillet 2000.

- ses travailleurs lorsque ceux-ci résident à plus de 3 km du lieu de travail ⁽⁵⁷⁴⁾.
- les frais médicaux ne revêtent pas un caractère exagéré.

Mais si ces indemnités dépassent, la partie supplémentaire doit être réintégrée pour être soumise à l'IPR. La circulaire ministérielle n° 0023 du 9 janvier 2001 précise la notion de *caractère exagéré* pouvant justifier pareille réintégration.

Ces précisions ont été également apportées par plusieurs auteurs dont JAGENEAU qui s'exprime en ces termes : « ne constituent pas les éléments de la rémunération à intégrer dans la base imposable ou taxable : les soins de santé, les allocations familiales, les frais de voyage, le transport » ⁽⁵⁷⁵⁾. Pour sa part, François DUQUESNE rappelle qu'en principe, il incombe à l'employeur de rembourser au salarié les frais qu'il justifie avoir exposés pour les besoins de son activité et dans l'intérêt de l'entreprise ⁽⁵⁷⁶⁾.

De même, Gabriel GUERY confirme que doivent être déduites de l'assiette imposable, les primes ou indemnités de transport, dès lors qu'elles ont pour objet de rembourser des frais réellement subis par des salariés pour couvrir la distance séparant leur domicile de leur travail ⁽⁵⁷⁷⁾ ; ce point de vue est exprimé dans des termes similaires par Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON ⁽⁵⁷⁸⁾.

La matière imposable ci-haut identifiée est l'élément économique qui est à la source de l'impôt ; son évaluation permet d'établir la base imposable, c'est-à-dire le montant auquel s'appliquera le tarif de l'impôt.

I.2.3. Taux d'imposition

Les taux de l'IPR sont progressifs et varient entre 3 et 50% suivant les tranches des revenus annuels. Toutefois, le Décret-loi n° 109/2000 du 19 juillet 2000 tel que modifié et complété par le Décret-loi n° 015/2002 du 30 mars 2002 relatif à l'impôt cédulaire sur les revenus a introduit un taux forfaitaire en matière d'IPR pour le personnel domestique et les salariés patentés.

A. Notion et domaine de progressivité

Contrairement au taux proportionnel qui est constant et reste inchangé quelle que soit la quantité de la matière soumise à l'impôt ⁽⁵⁷⁹⁾, le taux progressif augmente en fonction de cette quantité.

Mais l'application de ce taux suppose la connaissance des biens et des revenus des assujettis. Aussi, dans le cas d'espèce, le domaine de progressivité doit-il être précisé, en distinguant bien sûr la progressivité globale ou par classe de la progressivité par tranche ou par palier. Pour le premier cas, les revenus sont atteints dans leur totalité par des taux d'imposition qui vont en augmentant en même temps qu'augmentent lesdits revenus. Ces derniers sont

⁵⁷⁴ Il en est de même en droit français où le principe est que les frais de déplacement entre le domicile et le lieu de travail sont des frais professionnels déductibles, à condition que la distance soit inférieure ou égale à 40 km. Cf. Hamid DJOUNIDI, *Droit fiscal*, Paris, Hachette, 2000, p. 91

⁵⁷⁵ JAGENEAU, GH., *Bref aperçu de droit congolais du travail*, Editions Shalamo, Likasi, 2001, p. 26

⁵⁷⁶ François DUQUESNE, *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Paris, Gualino éditeur, 2003, p. 199

⁵⁷⁷ Gabriel GUERY, *Pratique du droit du travail*, 11^{ème} éd., Paris, Gualino éditeur, 2003, p. 284

⁵⁷⁸ Brigitte Hess-Fallon et Anne-Marie SIMON, *Droit du travail*, 16^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 187

⁵⁷⁹ Comp. BAKANDEJA wa MPUNGU, G., *Les finances publiques. Pour une meilleure gouvernance économique et financière en République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Larcier, Kinshasa, Afrique Editions, 2006, p. 84

repartis dans des classes préalablement fixées. Chaque classe comporte un taux supérieur à celle qui la précède ou inférieur à celle qui la suit. L'on observe donc dans la progressivité globale que la matière imposable est rangée dans telle ou telle classe selon son montant et le taux augmente de classe en classe. Ce procédé est simple même s'il constitue un facteur d'inégalité, dans la mesure où une faible différence des matières imposables suffit pour que deux individus soient imposés différemment.

Quant à la progressivité par tranche ou par palier, tous les revenus, quelle que soit leur importance, sont découpés à un certain nombre des tranches, partant du principe que les revenus compris dans la même tranche sont destinés à la satisfaction de mêmes besoins et doivent être imposés au même tarif. Chaque tranche est atteinte par un taux qui va en croissant. Ce système est conçu pour éviter l'inconvénient de la totalité ou de sauts brusques provoqués par la progressivité globale ⁽⁵⁸⁰⁾.

B. Tableau synoptique ⁽⁵⁸¹⁾

Pour les rémunérations autres que celles versées au personnel domestique et aux salariés patentés, le taux de l'IPR est fixé de la manière suivante :

Tranches annuelles des revenus en Francs Congolais	Taux
0 à 72.000	3%
72.001 à 126.000	5%
126.001 à 208.000	10%
208.001 à 330.000	15%
330.001 à 498.000	20%
498.001 à 788.400	25%
788.401 à 1.200.000	30%
1.200.001 à 1.686.000	35%
1.686.001 à 2.091.600	40%
2.091.601 à 2.331.600	45%
Au-delà de 2.331.600	50%

I.2.4. Perception de l'impôt

Présentons d'abord les redevables de l'impôt avant d'exploiter ses modalités de perception. Sont redevables de l'IPR, les personnes physiques, les communautés, les sociétés et les autres personnes juridiques qui paient ou attribuent à un titre quelconque des revenus mentionnés à l'article 27.2° de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 telle que modifiée et complétée à ce jour ⁽⁵⁸²⁾.

Il ne s'agit là que des redevables légaux qui ont la charge de procéder aux prélèvements au bénéfice du fisc. En tant que tels, ils doivent souscrire une déclaration mensuelle dans les dix jours qui suivent le mois au cours duquel les rémunérations imposables ont été versées ou

⁵⁸⁰ KOLA GONZE, *Cours de Droit fiscal*, Université de Kinshasa, Faculté de Droit, 1^{ère} Licence, 2008-2009.

⁵⁸¹ Source : MBOKO DJ'ANDIMA, *Code général des impôts*, 2^{ème} éd., Kinshasa, PUC, 2009, p. 130

⁵⁸² Art. 77. 2°) de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 telle que modifiée et complétée à ce jour.

mises à la disposition des bénéficiaires qui demeurent les contribuables réels de cet impôt. Par ailleurs, trois procédés sont généralement utilisés pour le prélèvement des recettes fiscales ⁽⁵⁸³⁾ :

- ✓ le versement direct par le contribuable ;
- ✓ le prélèvement par un tiers ;
- ✓ le timbre (qui est peu usité).

Pour l'IPR, l'on recourt au deuxième procédé, à savoir le prélèvement par un tiers : on parle alors du système de retenue ou de stoppage à la source.

Tout compte fait, il sied de se demander si les différentes règles mises en œuvre dans le cadre du régime fiscal de la rémunération veillent au respect du principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt.

II. EFFET MATTHIEU OU ATTEINTE AU PRINCIPE DE L'EGALITE DES CITOYENS DEVANT L'IMPOT

Dans l'histoire des nations et des peuples, il a souvent été constaté des injustices sociales dues notamment à l'influence ou à la puissance des uns sur les autres, surtout au rapport des forces sur le plan économique. C'est ainsi que les détenteurs ou les bénéficiaires d'immenses richesses ont souvent été les plus protégés et les moins imposés. En revanche, c'est au petit peuple qu'il revient de subir constamment la pression fiscale ! Ainsi, c'est non sans raisons que s'exclamait, avec un cynisme brutal, la veuve d'un milliardaire américain spéculateur immobilier : « payer des impôts, c'est bon pour les pauvres ».

Toutefois, avant d'exposer les différentes manifestations de l'injustice fiscale telle que constatée dans le régime de la rémunération en République Démocratique du Congo, il importe d'explicitier la portée de l'expression « Effet Matthieu » et du principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt.

II.1. Position du problème

Corriger par l'impôt l'inique répartition des richesses n'a guère inspiré des politiques généralement conduites, au mieux de leurs intérêts, par les classes dominantes et leurs représentants dont la constante préoccupation est de transférer sur d'autres la charge fiscale chaque fois que le rapport de forces sociales le permet.

C'est que les classes dominantes ont su mettre en place des structures et des dispositions telles que les « déjà plus favorisés », les « illuminés », les détenteurs des rennes de la société ne se sentent pas inquiétés par le fisc, ce qui justifierait le recours à l'expression « *effet Matthieu* » en matière fiscale.

II.1.1. De l'expression « Effet Matthieu »

L'effet Matthieu (*Matthew effect*) désigne, de manière très générale, les mécanismes par lesquels les plus favorisés tendent à accroître leur avantage sur les autres.

⁵⁸³ Voy. Grégoire BAKANDEJA wa MPUNGU, *Op. cit.*, p. 85

Le terme est dû au sociologue américain Robert K. Merton ⁽⁵⁸⁴⁾. Celui-ci, dans un article publié en 1968 ⁽⁵⁸⁵⁾, cherchait à montrer comment les scientifiques et les universités les plus reconnus tendaient à entretenir leur domination sur le monde de la recherche. D'autres chercheurs ont par la suite réutilisé la formule d'effet Matthieu dans d'autres contextes, notamment dans des études montrant pourquoi, lors d'un processus d'apprentissage, les meilleurs tendent à accroître leur avance.

Il en est ainsi de Derek de Solla Price qui parlera plus tard plus généralement de théorie des « avantages cumulés » ⁽⁵⁸⁶⁾ et l'idée rejoint l'adage selon lequel la richesse entraîne la richesse ⁽⁵⁸⁷⁾. Dans ce sens, l'Effet Matthieu est le phénomène qui permet aux déjà plus favorisés (dans n'importe quel domaine) d'obtenir plus que les autres ⁽⁵⁸⁸⁾.

Pour sa part, Jacques BICHOT se penche sur cette notion et son impact sur les politiques de réduction des inégalités sociales ; il constate ici une réelle inadéquation qualitative des systèmes sociaux (santé, éducation, logement...) qui contribue à maintenir la stratification et l'inégalité des classes sociales ⁽⁵⁸⁹⁾.

Dans le cadre précis de cette réflexion, nous désignons par *effet Matthieu* le phénomène des inégalités qui se constatent dans le régime fiscal de la rémunération en République Démocratique du Congo où les gagnes-petits subissent les charges de l'impôt alors que les bénéficiaires d'importantes rémunérations voient leurs revenus être exemptés.

Mais pourquoi *Effet Matthieu* ? Cette appellation fait référence à une phrase de l'évangile selon saint Matthieu : « A celui qui a, il sera beaucoup donné et il vivra dans l'abondance, mais à celui qui n'a rien, il sera tout pris, même ce qu'il possédait ». C'est qu'aux riches il sera donné, et aux pauvres, il sera retenu ; ce qui, dans le langage de tous les jours, signifie que les riches s'enrichissent, les pauvres s'appauvrissent.

II.1.2. Du principe de l'égalité des citoyens devant l'impôt

Les impôts sont des prestations pécuniaires mises à la charge des personnes physiques et morales en fonction de leurs capacités contributives et sans contrepartie déterminée en vue de la couverture des dépenses publiques et de la réalisation d'objectifs économiques et sociaux fixés par la puissance publique ⁽⁵⁹⁰⁾.

⁵⁸⁴ Né à Philadelphie en Pennsylvanie le 5 juillet 1910 et décédé à New York le 23 février 2003, Robert K. Merton fut étudiant à Harvard où il a été l'élève de Pitirim Sorokin et de Talcott Parsons. Il est le fondateur de la sociologie des sciences ; il se situe juste avant les interactionnistes et il est tenant d'un fonctionnalisme dit de "moyenne portée". Il est le père de Robert Merton, l'économiste Prix Nobel.

⁵⁸⁵ Robert K. MERTON, « *The Matthew effect* », *Science*, vol. 159, n° 3810, 1968, p. 56-63. Il synthétise sous le vocable d'*Effet Matthieu* le fait que les chercheurs les plus reconnus, les plus en vus, reçoivent toujours plus de mérite que leurs collègues à travail égal (souvent dans le cas de collaborations ou de découvertes simultanées). Selon les propres mots de Merton : *The Matthew effect consists to the accruing of greater increments of recognition for particular scientific contributions to scientists of considerable repute and the withholding of such recognition from scientists who have not yet made their mark.*

⁵⁸⁶ Comp. J. Cole et S. Cole, *Social Stratification in Science*, University of Chicago Press, 1973

⁵⁸⁷ The *Matthew effect* is the phenomenon consisting for the rich to get richer.

⁵⁸⁸ Cf. <http://www.abcm-concepts.com/2010/02/leffet-matthieu-matthew-effect.html>

⁵⁸⁹ Jacques BICHOT, « L'effet Matthieu revisité », in *Droit social*, n° 6, Paris, Librairie technique et économique, 2002, pp. 575-581

⁵⁹⁰ Hamid DJOUNIDI, *Droit fiscal*, Paris, Hachette, 2000, p. 21

En tant que tels, ils postulent certains principes généraux qui, dans bon nombre d'Etats, ont acquis une valeur constitutionnelle. Il en est ainsi des principes de la légalité et de l'égalité.

La légalité voudrait qu'à la différence des autres prélèvements obligatoires, l'impôt ne puisse être établi et recouvré qu'en vertu d'un acte du pouvoir législatif. Ce principe est consacré par l'article 174 de la Constitution congolaise du 18 février 2010 aux termes duquel la loi fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature.

C'est que la contribution aux charges publiques constitue un devoir pour toute personne vivant sur le territoire national. Et il ne peut être établi d'exemption ou d'allègement fiscal qu'en vertu de la loi.

En revanche, le principe de l'égalité vise l'égale répartition de l'impôt entre tous les citoyens sur base de leurs facultés contributives. C'est que tous les contribuables qui se trouvent placés dans une situation identique doivent être soumis à un même régime fiscal. Il n'en demeure pas moins que le législateur est libre de déterminer les règles selon lesquelles les facultés contributives des contribuables doivent être appréciées ⁽⁵⁹¹⁾.

Ce principe est très déterminant pour la mobilisation des recettes publiques étant donné que le glissement d'un système vers sa négligence est source de démotivation pour les loyaux contribuables ⁽⁵⁹²⁾.

En France, renseigne Christian De Brie, « le gouvernement s'était engagé à baisser l'imposition des hauts revenus afin de ne pas décourager les plus riches de gagner de l'argent. En attendant, ils devraient bénéficier de la solidarité des autres citoyens qui devraient prendre en charge la moitié du salaire de leurs employés de maison ; ils étaient ainsi incités financièrement à déclarer un personnel généralement employé au noir, autrement dit à respecter la loi. Grâce à cette réduction d'impôt, les foyers aisés devraient être exonérés, tandis que leur personnel, même payé au salaire minimum, acquitterait l'impôt sur le revenu » ⁽⁵⁹³⁾.

En résumé, soulignons que nombre d'irrégularités enregistrées dans les opérations de perception de recettes constituent diverses modalités d'atteinte au principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt. C'est que toutes les fraudes, les évasions fiscales et les favoritismes sous quelque forme que ce soit portent entorse à ce principe dans la mesure où ils épargnent à un groupe d'assujettis tout ou partie des dépenses nécessaires au paiement de l'impôt que les autres effectuent en intégralité.

II.2. Manifestations de l'injustice fiscale

L'impôt professionnel sur la rémunération est l'un des impôts dont le recouvrement est relativement facilité par le système de retenue à la source évoqué supra. Nonobstant, il laisse entrevoir certaines injustices fiscales dont les unes sont légales et d'autres de fait.

Dans le cadre de cette réflexion, trois cas nous préoccupent, à savoir les différentes exemptions et exonérations, les abus orchestrés par certains employeurs (surtout les ONG internationales) et la réticence observée chez des membres des institutions politiques à payer l'impôt.

⁵⁹¹ Ibidem, p. 40

⁵⁹² Cf. UMBA di NDANGI, *Op. cit.*, p. 220

⁵⁹³ Christian De BRIE, « Une fiscalité au service des privilégiés », in http://www.monde-diplomatique.fr/1995/01/DE_BRIE/1123

II.2.1. Exemptions et exonérations

Sont exemptés et exonérés de l'IPR ⁽⁵⁹⁴⁾ :

- 1) L'Etat, les Provinces, les Villes, les Territoires, les Communes, les Circonscriptions administratives ainsi que les Offices et autres établissements publics de droit congolais n'ayant d'autres ressources que celles provenant de subventions budgétaires ;
- 2) - Les institutions religieuses, scientifiques ou philanthropiques créées par application de l'article 1^{er} du décret du 28 décembre 1888 et satisfaisant aux conditions requises par le décret-loi du 18 septembre 1965 ;
 - Les associations privées ayant pour but de s'occuper d'œuvres religieuses, scientifiques ou philanthropiques qui ont reçu la personnalité civile par application de l'article 2 du décret du 28 décembre 1888 et visées à l'article 5 du décret-loi du 18 septembre 1965 ;
 - Les établissements d'utilité publique créés par application du décret du 19 juillet 1926 ;
 - Les associations sans but lucratif ayant pour fin de s'occuper d'œuvres religieuses, sociales, scientifiques ou philanthropiques qui ont reçu la personnalité civile en vertu de décrets spéciaux ;
- 3) Les employés des organismes internationaux, du chef des rémunérations touchées par eux et payées par lesdits organismes ;
- 4) Les diplomates et agents diplomatiques, les consuls et agents consulaires accrédités en RDC du chef des rémunérations et profits touchés par eux en leur qualité officielle lorsqu'ils sont de l'Etat qu'ils représentent et ce, sous réserve de réciprocité, c'est-à-dire à la condition que les Gouvernements dont ils sont mandataires accordent la même immunité aux diplomates et agents consulaires de la RDC.

Il faut par ailleurs signaler qu'en vertu de l'Accord de Cotonou signé en 2000 entre les pays ACP et l'Union Européenne, les primes versées à des nationaux dans le cadre de la mise en œuvre des projets financés sur fonds de l'Union Européenne sont exonérées de l'IPR ⁽⁵⁹⁵⁾.

De tout ce qui précède, nous reconnaissons que la fiscalité préférentielle n'est pas mauvaise en soi ; mais elle doit être entourée des mécanismes d'encadrement afin d'éviter des abus. Certes, certaines exonérations et exemptions comporteraient en elles-mêmes des germes, mieux des ingrédients d'une éventuelle évasion fiscale, provoquant ainsi de l'animosité dans le chef des contribuables honnêtes et privant même l'administration fiscale d'importantes recettes.

A titre d'exemple, la loi fiscale dispense les missions diplomatiques et les organismes internationaux, dont les agences du Système des Nations Unies, de l'obligation de déclarer les rémunérations payées à leurs salariés.

Signalons que si le problème ne se pose pas pour les bénéficiaires des « immunités fiscales », l'inquiétude demeure quant aux engagés locaux en dépit de la brèche ouverte par la loi n° 06/003 du 27 février 2006 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 004/2003 du 13 mars 2003 portant réformes des procédures fiscales.

Pour rappel, la loi précitée fait obligation aux engagés locaux des missions diplomatiques

⁵⁹⁴ Art. 94 de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 telle que modifiée et complétée à ce jour.

⁵⁹⁵ Cfr Lettre n° 042/COFED/FINANCES/2005 du 4 mai 2005 du Ministre des Finances et Ordonnateur national du Fonds Européen de Développement, lettre citée par MBOKO DJANDIMA, *Op. cit.*, p. 117

et des organismes internationaux de souscrire personnellement la déclaration sur les rémunérations leur allouées et d'acquitter l'impôt correspondant.

A tout bien considérer, cette solution constitue à notre sens « une utopie », étant donné que la culture fiscale n'est pas encore profondément enracinée dans le mental de l'homme congolais. En effet, constate Ernest Midagu Bahati, « dans un monde essentiellement tourné vers le matérialisme, monde où la recherche de l'argent et de la richesse sont érigées en véritable culte, les hommes cherchent à amasser toujours plus d'argent et, une fois arrivés à leurs fins, ils déploient des trésors d'imagination pour dépenser moins et surtout, payer moins d'impôts » ⁽⁵⁹⁶⁾.

Abondant dans le même sens, Kola Gonze écrit : « l'odeur de la sainteté ou de la perfection n'est pas l'apanage du genre de commun de mortels. En fait, l'on ne peut la sentir que, du moins pour ceux qui se disent croyants, en s'approchant du divin créateur ou de ses anges messagers. L'imperfection qui caractérise l'être humain a été manifestée depuis sa création lorsque ce dernier, fait à l'image de son créateur, a violé les principes de bonne gouvernance et de loyauté établis dans sa première sphère d'existence terrestre » ⁽⁵⁹⁷⁾.

C'est que la criminalité économique et financière en général et la fraude en particulier ont pris racine à cette époque de l'existence terrestre de l'homme. En effet, comme le soulignait André Bossard, ancien secrétaire général de l'Interpol, « les caractéristiques de la grande criminalité rappellent celles de la société moderne à savoir la recherche constante du profit, la maîtrise des instruments existants et le recours à la technologie ainsi que la mobilité » ⁽⁵⁹⁸⁾.

Par conséquent, la liberté laissée aux engagés locaux des Organismes internationaux ne peut que renforcer ces *trésors d'imagination* destinés à éluder l'impôt. Il suffit, pour s'en convaincre, de consulter les archives de la Direction Générale des Impôts afin de se rendre compte des statistiques de ceux qui accomplissent ce devoir légal. Pourtant, à comparer avec les salariés des entreprises locales, ceux des organismes internationaux sont relativement mieux payés.

II.2.2. La réticence à l'IPR chez les membres des institutions politiques

Il convient de rappeler que les rémunérations et avantages accordés à toute personne liée à l'Etat par un pacte ou mandat quelconque sont imposables à l'IPR. Il s'agit notamment des traitements, salaires, jetons de présence, avantages alloués aux membres des institutions publiques (Gouvernement, Parlement Cours et tribunaux), aux fonctionnaires et agents des services publics de l'Etat, etc ⁽⁵⁹⁹⁾.

Malheureusement, le manque de culture fiscale qui habite tous les congolais en général et le trafic d'influence qui est devenu un véritable culte congolais rendent ces dispositions légales inefficaces.

L'imposition des traitements, salaires et autres avantages alloués aux membres des institutions politiques et aux membres de leurs cabinets reste plus que livresque.

⁵⁹⁶ MIDAGU BAHATI, E., « Fraude et évasion fiscales : problématique et lutte », in *Congo Fiscalité*, n° 001-2008, pp. 12-15.

⁵⁹⁷ KOLA GONZE, « La lutte contre les prédatons et prévarications économiques et financières comme élément de politique criminelle. Cas de fraude fiscale et douanière », in AKELE ADAU, *Réforme du Code pénal congolais*, tome II : *A la recherche des options fondamentales du Code pénal congolais*, Kinshasa, Editions du Cepas, 2008, p. 274

⁵⁹⁸ André BOSSARD, cité par KOLA GONZE, « La lutte contre les prédatons et prévarications économiques et financières comme élément de politique criminelle. Cas de fraude fiscale et douanière », *Op. cit.*

⁵⁹⁹ Voir supra

A. Feuilleton des députés

Le Gouvernement congolais avait décidé la retenue à la source de 30 % sur le salaire de tout le personnel politique pour augmenter les recettes de l'Etat. Et le Ministre du Budget avait précisé, en son temps, que l'opération ne concernait pas que les députés nationaux, mais l'ensemble du personnel politique de la République.

Cependant, le séjour dans l'eau ne pouvant pas transformer un tronc d'arbre en crocodile, quelques mois seulement ont suffi pour voir les élus congolais verser dans l'incivisme fiscal. En effet, renseigne Okapi.net, les députés avaient boudé de toucher leurs émoluments du mois de mars 2009 ⁽⁶⁰⁰⁾; les fonds avaient été, certes, mis à la disposition de la chambre basse à cet effet, mais les élus du peuple avaient refusé de toucher à cet argent, pour protester contre la manière dont le gouvernement a retenu à la source l'impôt sur leurs revenus.

« Nous devrions déjà entrer en possession de nos émoluments, mais il y a eu une erreur qui s'est glissée dans les calculs de nos émoluments. C'est ainsi que nous avons retourné l'argent à la Banque pour qu'on corrige l'erreur. Alors, nous avons demandé à la questure de l'Assemblée nationale de corriger l'erreur qui s'était glissée », avait expliqué à la radio onusienne Okapi le député Boongo Nkoy du MLC. A la question de savoir de quelle erreur il s'est agi, le même député avait fait allusion au prélèvement à la source sur les émoluments des élus, de l'impôt.

Modeste Bahati, alors questeur du bureau de l'Assemblée nationale avait confirmé le mécontentement de ses collègues, en précisant que les députés, à l'unanimité, avaient refusé de percevoir leurs émoluments, et avaient estimé que le gouvernement avait violé la loi en amputant leur traitement à la base, le système fiscal congolais étant déclaratif (*sic*).

Ce feuilleton prouve l'ignorance de la loi par son propre auteur, le législateur. En effet, le système déclaratif ne concerne pas tous les impôts. Dans le cas d'espèce, l'impôt professionnel sur la rémunération est toujours retenu par celui qui attribue ladite rémunération, à l'exception des organismes internationaux qui sont exemptés de cette obligation vis-à-vis des rémunérations allouées à leurs engagés locaux.

Cette attitude affichée par les députés dont les émoluments sont enviés par les communs des Congolais ne pouvait que troubler la paix sociale. On entendait les fonctionnaires menacer de boycotter leur « SIDA » ⁽⁶⁰¹⁾ au motif qu'on leur demande trop de sacrifice pendant que le sommet se la coule douce ! Si les temps sont durs pour les députés à qui l'on a retiré 30%, ils sont encore plus durs pour les fonctionnaires dont les derniers gagneraient aujourd'hui, environ 30 dollars. Or, même avec ce prélèvement à la source, il n'y a aucun député avec moins de 3.000 dollars, signale le quotidien Le Palmarès ⁽⁶⁰²⁾.

Toutefois, les congolais n'en sont pas à leur premier. En effet, Paulin Manwelo cite parmi les cas présentés par Mabika Kalanda dont il analyse l'œuvre, le cas des responsables politiques véreux et cupides et reprend les termes de l'auteur : « à peine élus, nos parlementaires et nos ministres discutent indemnités (...). Lors de la première séance, ils parlent de porter leurs indemnités de 100.000 à 500.000 francs par an » ⁽⁶⁰³⁾.

⁶⁰⁰ Lire Okapi/MCN, « Les députés refusent de percevoir leurs émoluments pour protester contre la retenue à la source de l'impôt », in <http://www.mediacongo.net/show.asp?doc=12371>, 15 avril 2009.

⁶⁰¹ Entendez par là non pas le traditionnel « Syndrome d'immunodéficience acquise », mais plutôt le « Salaire insuffisant difficilement acquis »

⁶⁰² Le Palmarès n° du 16 avril 2009

⁶⁰³ Paulin MANWELO, « Le procès de la mentalité congolaise dans l'œuvre de Mabika Kalanda », in *Congo-Afrique*, n° 441,

Il convient cependant de noter que ce mal n'est pas le propre des « enfants gâtés »⁽⁶⁰⁴⁾ de « l'Hémicycle de Lingwala ». En effet, constate non sans regret le Professeur Roger Kola Gonze, « beaucoup d'activités politiques et militaires échappent au paiement de l'impôt. Certains hommes politiques et militaires s'arrosent des exonérations et exemptions à volonté. [Or] cette utilisation abusive de la notion d'autorité et de force publique crée un impact négatif dans la perception fiscale. En effet, on ne mesure pas les effets réels de ces exonérations et exemptions dans le développement du pays »⁽⁶⁰⁵⁾ ; d'où la nécessité d'appliquer à juste titre la politique de tolérance zéro par la criminalisation du trafic d'influence.

B. Criminalisation du trafic d'influence

Pour contrer le trafic d'influence qui constitue la pierre d'achoppement dans l'imposition des revenus des « *kuluna en cravate* »⁽⁶⁰⁶⁾, il convient de faire intervenir les dispositions pénales incriminant ce genre des mentalités.

En France, ce comportement serait qualifié de délit d'opposition à l'établissement ou au recouvrement de l'impôt⁽⁶⁰⁷⁾. En effet, le législateur français réprime les agissements de toute personne qui met obstacle, par son comportement, à l'établissement de l'impôt, en organise le refus collectif, incite le public à en refuser ou à en retarder le paiement ou s'oppose, de manière plus générale, à l'accomplissement des fonctions des agents chargés de l'application de la loi fiscale⁽⁶⁰⁸⁾.

Et l'article 1741 CGI vise toute personne qui s'est frauduleusement soustraite ou a tenté de se soustraire volontairement à l'établissement ou au paiement partiel de l'impôt. Deux éléments servent à caractériser le délit de fraude fiscale :

- L'élément matériel, c'est-à-dire l'existence des faits visant à permettre au contribuable de se soustraire à l'impôt ;
- Élément intentionnel : avoir été animé par une volonté de fraude.

Ainsi, quiconque, par voie de fait, menaces ou manœuvres concertées, aura organisé ou tenté d'organiser le refus collectif de l'impôt sera puni des peines prévues l'article 1^{er} de la loi du 18 août 1936 réprimant les atteintes au crédit de la Nation⁽⁶⁰⁹⁾.

janvier 2010, pp. 41-54

⁶⁰⁴ L'expression est de TSHITENGE LUBABU M. K., « Les députés, ces "enfants gâtés" de la République », in *Jeune Afrique*, n° du 24 février 2010.

⁶⁰⁵ KOLA GONZE, « Analyse de l'économie populaire et de sa formalisation en RDC », in BAKANDEJA wa MPUNGU et Bernard REMICHE, *D'une économie populaire à une économie fiscalisée. Actes du Colloque international de l'INEADEC* (19 septembre 2008), Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 143-190

⁶⁰⁶ Le « Kuluna » est un phénomène qui a pris des proportions inquiétantes à Kinshasa où des groupes constitués en gangs et armés de machettes, couteaux et même parfois d'armes à feux terrorisent les populations de certains quartiers de la capitale congolaise. Et l'expression « *kuluna en cravate* » est utilisée pour désigner les criminels en col blanc, lesquels se retrouvent malheureusement parmi l'élite et même au sein des Institutions publiques. Retrouver l'expression dans les articles ci-après : Le Phare, « La chasse aux "Kuluna (voleurs) en cravate" relancée résolument par le Chef de l'Etat dans le cadre de la "Tolérance zéro !" », in <http://www.digitalcongo.net/article/68742>, 26 juillet 2010 ; La République, « Tolérance zéro en marche. Des "Kuluna en cravate" aux arrêts », in <http://www.7sur7.cd/index.php?>, 30 juillet 2010 ; LP/MCN, « Tolérance zéro : Luzolo Bambi s'attaque aux intouchables », in *mediacongo.net*, 30 août 2010.

⁶⁰⁷ Art. 1737 et 1746, Code général des impôts (CGI)

⁶⁰⁸ Gérard LEGRAND, *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, Paris, Editions du Juris-Classeur, 2003, p. 221

⁶⁰⁹ Art. 1747 Code général des impôts.

En résumé, il convient de retenir que l'organisation du refus collectif de l'impôt nécessite la mise en œuvre des voies de fait, des menaces ou des manœuvres concertées qui peuvent être dirigées aussi bien contre les agents des impôts que vers les contribuables. D'autre part, la mise en œuvre de ces moyens doit viser le refus du paiement de l'impôt par un ensemble de personnes ou une catégorie de contribuables.

Aussi peut-on, à la suite de Jacques BRURON, qualifier le comportement des membres d'institutions politiques congolaises d'agitation antifiscale ou d'opposition collective à l'établissement de l'assiette de l'impôt ⁽⁶¹⁰⁾.

II.2.3. Parabole de « la petite brebis du pauvre » ⁽⁶¹¹⁾

Epris de Bethsabée, femme de Urie le Hittite, le roi David commit l'adultère avec cette femme et fit tuer son mari à la guerre. Et pour lui annoncer la colère de Yahvé, le prophète Nathan lui parla en parabole comme suit :

Il y avait dans une ville deux hommes, l'un était riche, l'autre était pauvre. Le riche avait beaucoup de petit et de gros bétail, le pauvre n'avait qu'une seule brebis qu'il avait achetée. Il la nourrissait, elle grandissait à côté de lui avec ses fils, elle mangeait de son pain, buvait de sa coupe et dormait sur son sein : elle était pour lui comme une fille. Un jour, l'homme riche reçut de la visite ; comme il ne voulait pas prendre sur son petit ou sur son gros bétail pour préparer un repas au voyageur qui lui arrivait, il vola la brebis du pauvre et la prépara pour son visiteur.

Cette parabole s'applique ici aux abus constatés chez certains employeurs dans le traitement réservé à leurs salariés. En effet, des recherches menées auprès des salariés de certaines entreprises et des ONG, surtout internationales, nous avons décelé des violations répétées des dispositions fiscales et sociales applicables en RDC.

Il s'agit surtout des prélèvements opérés au mépris des règles régissant l'assiette de l'IPR. Certes, nos enquêtes sur terrain révèlent que certains employeurs abusent de l'expression « traitement brut » utilisé par le législateur fiscal pour la détermination de la matière imposable à l'IPR. Par ailleurs, le taux appliqué est parfois très élevé.

A. Des revenus imposables

Certains employeurs prélèvent l'impôt non seulement sur les revenus imposables tels que mentionnés à l'article 47 de l'ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 relative aux impôts sur les revenus telle que modifiée et complétée notamment par la loi n° 73/003 du 5 janvier 1973, par la loi n° 77/016 du 25 juillet 1977, par l'ordonnance-loi n° 84-022 du 30 mars 1984 et par le décret-loi n° 109/2000 du 19 juillet 2000, mais aussi sur les revenus qui, en vertu de l'article 48 du même texte, sont immunisés.

Or, à ce propos, la circulaire départementale n° 4133 du 23 décembre 1988 portant interprétation de l'article 48-3° de l'Ordonnance-loi n° 69/009 du 10 février 1969 est claire : elle entend par « traitement brut » ou « base brute » le total des sommes payées en espèce à titre de rémunération, *à l'exclusion par conséquent de la valeur des avantages en nature et des sommes présentant le caractère d'indemnités ou avantages sociaux (logement, transport, frais médicaux, allocations familiales légales, etc.)* et sans déduction des cotisations sociales

⁶¹⁰ Jacques BRURON, *Droit pénal fiscal*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 73-74

⁶¹¹ Cf. 2 Samuel 11 et 12.

ou syndicales ⁽⁶¹²⁾.

De même, une bonne partie de la doctrine ⁽⁶¹³⁾ qui se penche sur cette question signale que pour le calcul de l'IPR, la rémunération brute ou base imposable est analysée par tranche au fur et à mesure, le taux augmentant de tranche en tranche. Mais l'on déduit de cette somme les frais de logement (au maximum 30% du salaire), le transport et les allocations familiales pour *n* enfants à charge ; il reste une rémunération nette comme base d'imposition.

En réalité, l'impôt professionnel sur la rémunération en tant qu'impôt cédulaire sur les revenus vise toute idée d'enrichissement de la part du bénéficiaire de ces revenus. Pourtant, le transport pour ne citer que ce cas, ne peut être considéré comme un revenu encaissé par le salarié qui en serait enrichi ; c'est plutôt le remboursement d'une dépense professionnelle engagée par le travailleur. Le logement et les soins médicaux, quant à eux, sont des avantages sociaux que le législateur a expressément soustraits de l'assiette de l'IPR.

B. De l'application du taux d'imposition

Il a été indiqué plus loin que le taux d'imposition de l'IPR est progressif et évolue suivant la consistance des revenus. Cette progressivité est soit globale, soit par tranche ou par palier. Malheureusement, le taux appliqué dans certaines entreprises ne reflète en rien les dispositions fiscales en vigueur. C'est que non seulement que ces employeurs considèrent les revenus tous azimuts de leurs salariés, mais ils y appliquent des taux très élevés.

A titre d'exemple, Mme Mimie-Aimée M., agent d'une ONG internationale œuvrant dans le domaine humanitaire à Kinshasa nous a déclaré qu'elle gagnait un salaire de base de 271.116, mais que son impôt s'élevait à plus de 101.086FC ⁽⁶¹⁴⁾. En fait, cet impôt porte sur le salaire brut contenant, outre les 271.116FC de salaire de base, l'indemnité de logement (100.584FC) et l'indemnité de transport (31.896FC).

Pour réprimer ce comportement des employeurs, il sied de recourir à l'article 321 du Code du travail qui punit d'une amende qui ne dépasse pas 20.000FC, les auteurs des infractions aux dispositions de certains articles, notamment l'article 112 qui nous intéresse dans le cadre de cette réflexion, lequel article rend nulle de plein droit toute stipulation attribuant à l'employeur le droit d'infliger des réductions de rémunérations à titre de dommages-intérêts, même s'il autorise certaines retenues.

En effet, bien que ces retenues soient autorisées, elles ne peuvent être opérées que conformément aux dispositions légales et réglementaires les régissant. C'est que tout employeur qui les aura appliquées de manière arbitraire, c'est-à-dire sans respecter les règles requises pour leur prélèvement, devrait répondre de ses actes devant la loi en vertu de l'article 321 précité.

Malheureusement, la sanction à encourir n'est pas de nature à dissuader les employeurs véreux de recourir à des pratiques *contra legem*.

⁶¹² Voy. MBOKO N'DANDIMA, *Op. cit.* p. 115

⁶¹³ Voy. notamment JAGENEAU, GH., *Op. cit.*, pp. 68-69 ; Jean-Pierre CASIMIR et Martial CHADEFAUX, *Droit fiscal. Manuel et applications*, 2^{ème} éd., Paris, Nathan, 2008, p. 301 ; Jean-Jacques BIENVENU et Thierry LAMBERT, *Droit fiscal*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2003. p. 104 ; Emmanuel DISLE et Jacques SARAF, *Droit fiscal*, Paris, Dunod, 2004, p. 435

⁶¹⁴ Interview réalisée à Kinshasa, le 03 décembre 2009.

En fait, l'on assiste à une ingéniosité juridique face à l'inefficacité des mécanismes traditionnels de condamnation des infractions commises en matière du travail. Certes, lorsque le gain espéré de la commission est supérieur à l'amende à laquelle l'auteur pourra éventuellement être condamné, ce dernier a souvent tendance, par rationalité économique, à transgresser la loi. Il est donc plus facile, par exemple, pour un industriel ou un commerçant d'accepter de perdre sur le terrain juridique alors qu'il est convaincu d'avoir gagné économiquement ⁽⁶¹⁵⁾.

CONCLUSION

L'étude que nous venons d'entreprendre sur le régime fiscal de la rémunération en République Démocratique du Congo nous a permis de découvrir certaines difficultés rencontrées d'une part par les salariés et d'autre part par le fisc.

Pour ce faire, nous avons parcouru le régime de la rémunération dans la réglementation du travail et ce, en précisant sa notion et en circonscrivant ses éléments constitutifs avant de déterminer les modalités de son paiement.

Ensuite, nous avons présenté l'IPR comme régime fiscal de la rémunération en le situant dans le contexte général des impôts cédulaires sur les revenus professionnels. Nous avons noté que l'IPR vise aujourd'hui les rémunérations diverses, incluant même les traitements des membres des institutions politiques.

Dans tous les cas, nous avons déploré les abus occasionnés par les employeurs dans les prélèvements de cet impôt. C'est que dans la détermination de l'assiette de l'impôt, certains employeurs incluent même des revenus qui seraient immunisés. Il faut, par conséquent, que les inspecteurs du travail et les agents du fisc œuvrent pour la protection des salariés victimes de pareils abus.

En outre, les réticences observées dans le chef des membres des institutions politiques brisent le principe d'égalité de tous les citoyens devant l'impôt. Aussi faut-il prévoir des mécanismes efficaces pouvant permettre au fisc de recouvrer cet impôt dans le chef de ceux qui gagnent beaucoup de fortunes grâce aux recettes de l'Etat, mais qui refusent de contribuer au Trésor public.

Certes, comme on le sait, le système fiscal congolais est déclaratif. Cela veut dire qu'il est basé sur la bonne foi du contribuable appelé à déclarer sa matière imposable dont l'évaluation sera finalement confirmée par l'agent du fisc. C'est à ce niveau que se joue la prédation économique et financière constituée par les fraudes fiscales ⁽⁶¹⁶⁾. C'est donc là que le recours au droit pénal fiscal devrait être de mise. En effet, il a été observé en droit comparé que, « même réduit à un rôle adjuvant, le droit pénal fiscal est une discipline riche : riche en incriminations, en spécificités procédurales et particularismes relatifs aux sanctions » ⁽⁶¹⁷⁾, ce qui n'est pas le cas en droit congolais où les pratiques de fraude semblent être tolérées (...) ⁽⁶¹⁸⁾.

⁶¹⁵ MANZANZA LUMINGU, « La condamnation aux dommages-intérêts punitifs : une nouvelle dimension dans la répression de la contrefaçon des œuvres de l'esprit », in *Paroles de Justice*, 2010.

⁶¹⁶ BAKANDEJA wa MPUNGU, « La lutte contre les prédatons et les prévarications économiques et financières comme éléments de police criminelle », in *Réforme du Code pénal congolais*, tome II : *A la recherche des options fondamentales du Code pénal congolais*, Kinshasa, Editions du Cepas, 2008. pp. 255-271

⁶¹⁷ Voy. Jean Didier WILFRID, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005.

⁶¹⁸ BAKANDEJA wa MPUNGU, « La lutte contre les prédatons et les prévarications économiques et financières comme éléments de police criminelle », in *Op.cit.*

REFERENCES

- BAKANDEJA wa MPUNGU, G., *Les finances publiques. Pour une meilleure gouvernance économique et financière en République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Larcier, Kinshasa, Afrique Editions, 2006.
- BAKANDEJA wa MPUNGU, « L'amélioration de la gouvernance économique et financière : une conditionnalité de la relance en RDC », in TAMBWE KITENGE et MAKOSSO A.C. (dir.), *RD Congo, les élections et après ? Intellectuels et politiques posent les enjeux de l'après-transition*, Paris, L'Harmattan, 2006.
- BENABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 4^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1994.
- BICHOT, J., « L'effet Matthieu revisité », in *Droit social*, n° 6, Paris, Librairie technique et économique, 2002, pp. 575-581
- BIENVENU, J.J. et LAMBERT, T., *Droit fiscal*, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2003.
- B.I.T., *Rapport mondial sur les salaires*, Genève, 2009.
- BOUVIER, M., *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris, LGDJ, 2004.
- BRURON, J., *Droit pénal fiscal*, Paris, LGDJ, 1993
- CASIMIR, J.P. et CHADEFAUX, M., *Droit fiscal. Manuel et applications*, 2^{ème} éd., Paris, Nathan, 2008.
- COLE, J. et COLE, S., *Social Stratification in Science*, University of Chicago Press, 1973.
- DISLE, E. et SARAF, J., *Droit fiscal*, Paris, Dunod, 2004.
- DJOUNIDI, H., *Droit fiscal*, Paris, Hachette, 2000.
- DUQUESNE, F., *Droit du travail*, 2^{ème} éd., Paris, Gualino éditeur, 2003.
- GUERY, G., *Pratique du droit du travail*, 11^{ème} éd., Paris, Gualino éditeur, 2003.
- HESS-FALLON, B. et SIMON, A.-M., *Droit du travail*, 16^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2004.
- JAGENEAU, GH., *Bref aperçu de droit congolais du travail*, Editions Shalamo, Likasi, 2001.
- KALONGO MBIKAYI et AKELE ADAU, *Réforme du Code pénal congolais*, tome I : *Etat des lieux et inventaire des problèmes du droit pénal congolais*, Kinshasa, Editions du Cepas, 2008.
- KOLA GONZE, « Analyse de l'économie populaire et de sa formalisation en RDC », in BAKANDEJA wa MPUNGU et Bernard REMICHE, *D'une économie populaire à une économie fiscalisée. Actes du Colloque international de l'INEADEC (19 septembre 2008)*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 143-190
- KOLA GONZE, *Cours de Droit fiscal*, Université de Kinshasa, Faculté de Droit, 1^{ère} Licence, 2009-2010.
- KOLA GONZE, « La lutte contre les prédatons et prévarications économiques et financières comme élément de politique criminelle. Cas de fraude fiscale et douanière », in AKELE ADAU, *Réforme du Code pénal congolais*, tome II : *A la recherche des options fondamentales du Code pénal congolais*, Kinshasa, Editions du Cepas, 2008, pp. 274
- KUMBU ki Ngimbi, *Droit du travail. Manuel d'enseignement*, Kinshasa, Galimage, 2010.
- LANGLOIS, P., *Droit du travail*, 6^{ème} éd., Paris, Sirey, 1987.
- LEGIER, G., *Droit civil. Les obligations*, 14^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1993.

- LEGRAND, G., *La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprise*, Paris, Editions du Juris-Classeur, 2003.
- LUWENYEMA LULE, *Précis de droit du travail zaïrois*, Kinshasa, Editions Lule, 1989.
- MALAURIE, P. et AYNES, L., *Cours de Droit civil. Tome VI, Les obligations*, 6^{ème} éd., Paris, Cujas, 1995.
- MALHERBE, J. et THILMANY, J., *Cours de droit fiscal. Impôts sur les revenus*, UCL, 1992-1993.
- MANWELO, P., « Le procès de la mentalité congolaise dans l'œuvre de Mabika Kalanda », in *Congo-Afrique*, n° 441, janvier 2010, pp. 41-54
- MANZANZA LUMINGU, « La condamnation aux dommages-intérêts punitifs : une nouvelle dimension dans la répression de la contrefaçon des œuvres de l'esprit », in *Paroles de Justice*, 2010.
- MANZANZA LUMINGU et ENAGOGO AGADUSAMESO, « Le critère de la territorialité réelle en droit fiscal congolais : esquisse d'une réforme », in *Mouvements et Enjeux Sociaux*, n° 61, juillet - août 2010.
- MBOKO DJ' ANDIMA, *Code général des impôts*, 2^{ème} éd., Kinshasa, PUC, 2009.
- MERTON Robert K. « The Matthew Effet », *Science*, vol. 159, n° 3810, 1968, p. 56-63
- MUKENZA, D., « Congo-Kinshasa : les députés crient famine », in <http://fr.allafrica.com/stories/200902040776.html>, 4 février 2009
- NOEL, C., *Droit fiscal*, Paris, Gualino éditeur, 2009, p. 336
- NZANGI BATUTU, « L'institution du salaire », in NDOMELO KISUSA Kaïmba et KIENGE-KIENGE Intudi (dir.), *Droits et obligations du travailleur en droit congolais. Apparence ou réalité d'un conflit d'intérêts*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, Kinshasa, Editions Kazi, 2003, pp. 113-126
- PANSIER, F.J., *Droit du travail. Relations individuelles et collectives*, 3^{ème} éd., Paris, Editions du Juris-Classeur, 2003.
- Okapi/MCN, « Les députés refusent de percevoir leurs émoluments pour protester contre la retenue à la source de l'impôt », in <http://www.mediacongo.net/show.asp?doc=12371>, 15 avril 2009.
- TABALO Maakabi-Kyela et BOBELE Boponde, « Statut juridique, financier et sécurité sociale des députés provinciaux », in PNUD, *Mandats, rôles et fonctions des pouvoirs constitués dans le nouveau système politique de la République Démocratique du Congo*, Kinshasa, PNUD, 2007, pp. 120-130
- TSHITENGE LUBABU M. K., « Les députés, ces «enfants gâtés» de la République », in *Jeune Afrique*, n° du 24 février 2010
- UMBA di NDANGI, R., *Finances publiques. Commentaires de principes, procédures, pratiques des origines à nos jours en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, B.E.C.I.F., 2006.
- WALBERG Herbert J. et SIOW-LING Tsai, « Matthew Effects in Education », *American Educational Research Journal*, vol. 20, n° 3, 1983, p. 359-373.
- WILFRID, J. D., *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2005.