



UNIVERSITÉ DE LIKASI



FACULTÉ DE DROIT

Revue des Sciences Juridiques et de l'Interdisciplinarité

Fondée en 2018

Volumes 6-7 numéro 1

Review of legal sciences and
interdisciplinarity

Volumes 6-7, issue 1

2024

ÉDITORIAL .

Robert MUKUNA TSHIMPELA, Professeur ordinaire, secrétaire général à la recherche

Prévention des menaces écologiques en Afrique centrale : étude de cas à partir du transfert des eaux d'Ubangi de la RDC vers le Lac Tchad

SIFA SEGHIHOBE Clémence

Système pénitentiaire congolais pour mineurs face à la réinsertion sociale dans le cas de l'Établissement de garde et d'éducation de l'État (EGEE) de Bifay-Fay de 2013 à 2022 : Une analyse sociojuridique

LILEMBA My father

Le juge consulaire face à la compétence pénale du tribunal de commerce en République démocratique du Congo.

Jean-Pitié MUTOMBU KAYAK, L. Landry YAV ELES, Richard KAFUKIS KAPEND, MULAND KATAL Joseph et IKONGA KAPENDA Timothée

Péréquation financière comme levier de la décentralisation financière : paradigme congolais et excursus en droit suisse .

Thésor-Gauthier M. KALONJI

Analyse de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'article 535 alinéa premier du code de la famille : Étude critique de l'intention du législateur congolais et des habitudes judiciaires au Tribunal de grande instance de Likasi.

Blaise BWANGA ANEMBALI, Evrard MISIMA WILOZA, Michel MUSHINGI ABONABO et Giresse KABUYA TSHISHIMBI

Souveraineté du pouvoir constituant entre droit international et assistance internationale : Contribution à la réflexion à partir du cas de la Constitution de la RDC du 18 février 2006 ..

KIYOMBO MAKONGA Janvier Lemere

De l'admissibilité de la preuve électronique par le juge congolais .

Héritier KAZADI MITONGA

Fichier électoral dans l'"exécution" de la stabilité de la RDC.

Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO & Déogratias TAMBWE AKSANTI

Cour d'Appel du Haut-Katanga : - Arrêt R.P.A. 7824 du 8 août 2024

Aff. M.P. c. Ilunga Kabongo & consorts

Note d'observation sur les Notions de "l'intérêt supérieur de l'enfant" et de la "présomption de la minorité" lors de sa poursuite pénale .

Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO, Danny OYOMBO TAMBEDIMA et Dodo MBUYI KAYOMBO

Presses Universitaires de Likasi
(P.U.L.I.)

UNIVERSITÉ DE LIKASI



FACULTÉ DE DROIT

Revue des sciences juridiques et de l'interdisciplinarité

**Volumes 6-7
Numéro 1 - 2024**

Fondée en 2018



**Presses Universitaires de Likasi
(P.U.L.I.)**



© *Revue des Sciences Juridiques
et de l'Interdisciplinarité (RSJI)*

Likasi 2024

Dépôt légal : 09.20.2024.91

III^e trimestre 2024

ISSN : 3078-4077(Imprimé)

ISSN : 3078-4085(En Ligne)

REVUE DES SCIENCES JURIDIQUES ET DE L'INTERDISCIPLINARITÉ
REVUE SEMESTRIELLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Directeur de publication

Pr Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO
Faculté de droit, Université de Likasi

Comité facultaire

Doyenne de la Faculté de droit
Évodie KALENGA BAMBI
Chef de travaux, Faculté de droit

Vice-doyen chargé de l'Enseignement
Fridolin LENGE
Chef de travaux, Faculté des Lettres

Vice-doyen chargé de la Recherche
Rams IDI RAMAZANI
Assistant, Faculté des sciences politiques et administratives

Secrétaire Académique Facultaire
Franck KABULO
Assistant, Faculté de droit

Chef de Département de Droit Économique et social
Gérard MAWANGA
Chef de travaux, Faculté de droit

Chef de Département de Droit privé et judiciaire
AMANI ZAKWANI
Chef de travaux, Faculté de droit

Chef de Département de Droit public
Paul TSHIBANGU
Chef de travaux, Faculté de droit

Comité des Assistants à la rédaction

Jeancord MWAMBA
Professeur, Faculté de droit
Université de Likasi
ASUMANI NGENGELE
Chef de travaux, Faculté de droit, Université
de Likasi
Blaise BWANGA ANEMBALI
Chef de travaux, Faculté de droit, Université

de Likasi
Jeancord MWAMBA, Ph.D.
Chef de travaux, Faculté de droit, Université
de Likasi
Igor KAYIBU BECKER
Chef de travaux, Faculté de droit, Université
de Likasi.

Conseil scientifique

Pr Beaudouin WIKHA TSHIBINDI

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Daniel DJEDI DJONGAMBOLO

Faculté de droit, Universités de Montréal, de Tshumbe et de Djibouti

Pr Dieudonné KALUBA DIBWA

Faculté de droit, Université de Kinshasa

Pr Dieudonné LUABA KUNA

Faculté de droit, Université de Kinshasa

Pr Éric NASSARAH

Faculté de droit, Université de Cotonou

Pr Ghislain MABANGA MONGA

Faculté de droit, Université Paris X Nanterre et Université de Kisangani

Pr Gilbert MUSANGAMWENYA WALYANGA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Jean Pierre BAKATUAMBA BOKA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Jean Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Joana FALXA

Faculté de droit, Université de Guyane

Pr Joseph DJEMBA KANDJO

Faculté de droit, Université de Kikwit

Pr Joseph KAZADI MPIANA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Joseph YAV KATSHUNG

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Junior MUMBALA ABELUNGU

Ecole Supérieure de Commerce de Lubumbashi et

École de criminologie, Université de Lubumbashi

Pr Léon MUSANS KAPEND-A-KATSHIW

Faculté des sciences sociales, politiques et administratives, Université de Likasi

Pr Marcel IMANI MAPOLI

Faculté de droit, Université Officielle de Bukavu

Pr Médard LUYAMBA WA LEMBA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Patrick CONGO IBRAHIM

Faculté de droit, Université d'Ouagadougou

Pr Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO

Faculté de droit, Université de Likasi

Pr Twison FIMPA TUWIZANA

Faculté de droit, Université de Kinshasa

Pr Victor KALUNGA TSHIKALA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

REVUE DES SCIENCES JURIDIQUES ET DE L'INTERDISCIPLINARITÉ DE L'UNIVERSITÉ DE LIKASI

Fondée à Likasi en 2018

par

Prof. Pierre Félix KANDOLO

NORMES DE PUBLICATION

La *Revue des Sciences Juridiques et de l'Interdisciplinarité*, RSJI en sigle, est une revue scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Likasi. Elle publie des articles s'intéressant aux phénomènes juridiques selon des approches scientifiques diversifiées, notamment inter, trans et pluridisciplinaires, comparées et positivistes critiques.

La *Revue* publie également des chroniques jurisprudentielles et des recensions. Tous les articles et chroniques soumis font l'objet d'un processus rigoureux d'évaluation qui en assure la qualité ; le texte est évalué anonymement par deux universitaires experts (professeurs) du sujet ou plus largement du domaine sur lequel porte l'article. La *Revue* est publiée deux fois par année académique, aux premier et troisième trimestres. Les auteur(e)s sont prié(es) de bien vouloir suivre les normes de publication qui suivent.

I. Exclusivité et droits d'auteur

La *Revue* ne publie que des textes originaux et inédits qui n'ont pas déjà été publiés, sous quelque forme que ce soit, ou qui n'ont pas été concurremment soumis pour publication ailleurs.

Une fois que l'évaluation est satisfaisante, l'auteur(e) accorde à la *Revue* l'autorisation de publier son article et il (elle) s'engage à ne pas publier ou faire publier le même texte ailleurs, sous quelque forme que ce soit dans les 120 jours suivant sa publication dans la *Revue*. Ces droits et obligations sont établis dans un contrat d'édition et de diffusion qui sera signé entre les parties après l'acceptation de publication du manuscrit. Après l'expiration de ce délai, l'auteur(e) est libre de publier son texte ailleurs, sauf mentionner sur la première page que l'article a déjà fait l'objet d'une parution dans la RSJI et à en indiquer la référence complète.

II. Présentation matérielle des manuscrits

A. Limite. La *Revue* invite les auteur(e)s à limiter la longueur de leurs textes à environ 25 000 mots, incluant les notes en bas de pages, environs 35 pages. Les textes dont la longueur dépasse excessivement cette limite pourraient ne pas être considérés pour publication.

B. Mise en page. La mise en page des manuscrits doit être au format lettre (21,5*28cm/ 8,5*11po) à double interligne. Les manuscrits doivent être écrits avec le logiciel Word.

C. Notes en bas de pages et références. Pour les références et les abréviations, l'auteur(e) doit suivre les règles développées dans le *Guide Kandolo. Méthodes et règles de rédaction d'un travail de recherche en droit*, publié dans les éditions Universitaires européennes, Mauritius, 2018 ou travailler avec le logiciel zotero.

D. L'auteur(e) indique ses fonctions, ses diplômes ou tout autre renseignement pertinent en utilisant l'astérisque après son nom.

E. Résumé, mots-clés et sommaire. Les manuscrits doivent être accompagnés d'un résumé, en français et anglais, d'un seul paragraphe ne dépassant pas 250 mots et d'un minimum de 5 mots-clés dans chaque langue. Un sommaire constitué des divisions et subdivisions du texte doit y être joint. Ces dernières doivent renvoyer aux numéros de pages du texte et être insérées dans le texte. Sauf pour des textes assez longs, la *Revue* suit l'ordre de subdivision suivant :

I. Intitulé

A. Intitulé

1. Intitulé

a. Intitulé

i. Intitulé

III. Processus d'évaluation et d'édition du manuscrit

Tous les manuscrits sont soumis par e-mail à l'adresse ci-après :

rev.gene.droit2018@gmail.com.

Une fois réceptionné, le texte est transmis aux experts (pairs évaluateurs) anonymes pour leurs avis et considérations sur l'opportunité et l'acceptation du sujet. Ces derniers n'ont pas le droit de diffuser l'information sur l'appartenance du manuscrit, surtout qu'à chaque texte leur transmis il est joint un code d'identification dont le secret appartient à la RSJI. Les évaluations sont remises à la Revue dans un délai d'un mois à compter de la réception.

Le texte n'est publié que si l'ensemble des évaluations rend le texte publiable à 70 % au moins.

IV. Exemple à l'auteur(e)

Lors du dépôt du manuscrit, l'auteur du texte verse à la Revue une somme constituant les droits de lecture et d'impression et le droit pour son unique exemplaire. Ces frais sont fixés par la RSJI et communiqués à l'auteur avant la pré-évaluation. Ils tiennent compte du nombre de pages du projet soumis.

V. Coordonnées de la Revue générale de droit

Les correspondances peuvent être adressées à :

Revue des Sciences Juridiques et de l'Interdisciplinarité

Université de Likasi, Faculté de droit

Site de Mivuka à Likasi

B.P. 1946 Lubumbashi

Haut-Katanga, RDC

Tél. : +243 995 472 023

e-mail : rev.gene.droit2018@gmail.com

VI. Responsabilité

La Revue décline toute responsabilité sur les différents points de vue émis par les auteur(es) et sur les fraudes et autres actes d'improbité qu'ils commettraient et qui préjudicieraient aux droits des tiers.

UNIVERSITÉ DE LIKASI

FACULTÉ DE DROIT

REVUE DES SCIENCES JURIDIQUES ET DE L'INTERDISCIPLINARITÉ



Volumes 6-7 numéros 1 – 2024

Table des matières

ÉDITORIAL3

Robert MUKUNA TSHIMPELA, Professeur ordinaire et Secrétaire général chargé de la Recherche

PREMIÈRE PARTIE : DOCTRINE

Prévention des menaces écologiques en Afrique centrale : étude de cas à partir du transfert des eaux d'Ubangi de la RDC vers le Lac Tchad6

SIFA SEGHIHOBE Clémence

Système pénitentiaire congolais pour mineurs face à la réinsertion sociale dans le cas de l'Établissement de garde et d'éducation de l'État (EGEE) de Bifay-Fay de 2013 à 2022 : Une analyse sociojuridique23

LILEMBA My father

Le juge consulaire face à la compétence pénale du tribunal de commerce en République démocratique du Congo39

Jean-Pitié MUTOMBU KAYAK, L. Landry YAVELES, Richard KAFUKIS KAPEND, MULAND KATAL Joseph et IKONGA KAPENDA Timothée

Péréquation financière comme levier de la décentralisation financière : paradigme congolais et excursus en droit suisse56

Thésor-Gauthier M. KALONJI

Analyse de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'article 535 alinéa premier du code de la famille : Étude critique de l'intention du législateur congolais et des habitudes judiciaires au Tribunal de grande instance de Likasi83

Blaise BWANGA ANEMBALI, Evrard MISIMA WILOZA, Michel MUSHINGI ABONABO et Giresse KABUYA TSHISHIMBI

Souveraineté du pouvoir constituant entre droit international et assistance internationale : Contribution à la réflexion à partir du cas de la Constitution de la RDC du 18 février 200696

KIYOMBO MAKONGA Janvier Lemere



De l'admissibilité de la preuve électronique par le juge congolais118
Héritier KAZADI MITONGA

Fichier électoral dans l'"exécution" de la stabilité de la RDC135
Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO & Déogratias TAMBWE AKSANTI

DEUXIÈME PARTIE : JURISPRUDENCE

Cour d'Appel du Haut-Katanga : Aff. M.P. c. Ilunga Kabongo & consorts - Arrêt R.P.A. 7824 du 8 août 2024
.....161

*Note d'observation sur les Notions de "l'intérêt supérieur de l'enfant" et de la "présomption de la minorité" lors de sa
poursuite pénale*164
**Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO, Danny OYOMBO TAMBEDIMA et Dodo MBUYI
KAYOMBO**

ÉDITORIAL

Avec le présent numéro, le Secrétariat Général chargé de la Recherche au sein de l'Université de Likasi voudrait lancer la publication du sixième volume qui symbolise la sixième année de parution depuis sa naissance en 2018. En effet, la Revue des Sciences Juridiques et de l'Interdisciplinarité est une œuvre conçue et réalisée par les chercheurs de la Faculté de droit qui ont eu le souci de rassembler les différentes réflexions qui se construisent et se développent au sein de notre Université doublé d'un souci de donner aux chercheurs un cadre scientifique permanent d'expression et de proximité tout en préservant la liberté pour chaque chercheur de s'adresser à une Revue de son choix.

Créée originellement sous le nom de Revue générale de droit et interdisciplinaire (RGDI), elle vient dès ce volume de subir une modification de nom aux fins de s'adapter à la nouvelle configuration du nouveau système existant dans nos Universités et qui est qualifié du système Licence-Maîtrise-Doctorat (LMD). Ce nouveau système est venu créer une nouvelle configuration et dénomination de nos différentes facultés et sections. Ainsi par exemple, la Faculté de droit, jadis autonome par son nom, se trouve aujourd'hui fusionnée avec la Faculté des sciences sociales, politiques et administratives pour devenir "Faculté des sciences juridiques et politiques. Cette nouvelle dénomination commande donc un réaménagement du nom de cette revue.

La RSJI est une revue scientifique avec une ligne éditoriale qui couvre tous les sujets du domaine juridique et criminologique, sur tous les espaces et à toutes les échelles géographiques et matérielles avec une ouverture vers les approches interdisciplinaires.

L'orientation éditoriale de la revue repose sur une volonté de publier des numéros privilégiant de nouvelles approches juridiques et mobilisant les principaux questionnements contemporains traversant le droit classique et les sciences sociales. Même si son objet est la diffusion et la publication des articles s'intéressant aux phénomènes juridiques selon des approches scientifiques diversifiées, notamment inter, trans et pluridisciplinaires, comparées et positivistes critiques, elle publie également des chroniques jurisprudentielles et des recensions.

Le but à la base de création d'une telle plate-forme scientifique demeure la promotion de la recherche en droit et dans notre Université ainsi que la collaboration scientifique internationale et interdisciplinaire par la diffusion de travaux de recherche venant de pays et d'horizons disciplinaires différents, rassemblés sur des thèmes définis par le Comité de Rédaction de la revue. Créer un cadre scientifique dans lequel devant paraître les diverses réflexions scientifiques des chercheurs en droit ou d'autres disciplines tant de l'Université de Likasi que d'ailleurs demeure également un des objectifs à atteindre.

Il ne faut pas oublier que l'imagination de sa création provient du constat des difficultés dans lesquelles se trouvaient les enseignants de la Faculté de droit en particulier et des autres Facultés de l'Université de Likasi en général, d'avoir une plate-forme scientifique devant assurer l'expression de leurs productions scientifiques. Pour ce faire, elle demeure ouverte à d'autres établissements universitaires, institutions, organismes ou associations, congolais ou étrangers, qui apportent leur concours scientifique et/ou financier.

Bien que destinée principalement aux chercheurs et praticiens en sciences juridiques, aux spécialistes et professionnels de droit, au public enseignant et aux étudiants, elle s'étend aux chercheurs d'autres disciplines si le thème proposé a des liens directs ou indirects avec les sciences juridiques. Cette vision a fait de cette revue, en peu d'années, une revue internationale publiant les articles rédigés par les chercheurs de tous les quatre coins du globe.

Ainsi définie, cette Revue a besoin d'une équipe efficace, qui doit être encadrée par les autorités de cette Université et



par celles de sa Faculté d'attache, pour arriver pérenniser cette idée novatrice à travers leur encouragement moral, administratif, financier et scientifique. Certes, les difficultés pour la rendre régulière sont énormes, mais la volonté qui pousse ses fondateurs doit se placer au-dessus de toutes les difficultés et de tous les découragements qu'ils peuvent recevoir des personnes qui ne partagent probablement pas la même vision. Le souci doit rester celui d'augmenter sa périodicité et la visibilité nationale et internationale de la Faculté et de notre Université.

L'œuvre humaine étant toujours imparfaite, vos avis, commentaires et critiques sont les bienvenus pour que la Revue soit de mieux en mieux structurée, de plus en plus professionnelle, utile, et agréable à lire. Merci donc pour vos contributions très attendues et courage à toute l'équipe.

**Secrétaire général chargé de la Recherche
Université de Likasi**

**ROBERT MUKUNA TSHIMPELA
Professeur Ordinaire**



PREMIÈRE PARTIE

DOCTRINE

ARTICLES

Prévention des menaces écologiques en Afrique centrale : étude de cas à partir du transfert des eaux d'Ubangi de la RDC vers le lac Tchad

SIFA SEGHIHOBE Clémence*

RESUMÉ

La dégradation du lac Tchad, convoque une réflexion profonde sur les principes du développement durable applicable dans la gestion des ressources partagées. De nos recherches, il a été relevé que le transfert des eaux d'Ubangi de la RDC allait être une solution contre la sécheresse des eaux du lac Tchad. Mais faute de consentement et du manque d'étude préalable de l'environnement, les projets lancés n'ont pas pu être mis en œuvre. Dans le but de prévenir les différentes menaces écologiques qu'encourent actuellement le bassin du lac Tchad, il a été question d'analyser le principe de prévention qui vise à organiser une intervention en amont de l'évènement susceptible de perturber un équilibre écologique. Par ailleurs, il existe des instruments et institutions juridiques relatifs à la gestion des cours d'eaux et des lacs internationaux qui ont pour but de protéger et d'interdire la pollution des eaux pouvant causer des dommages substantiels.

Mots-clés : *Prévention - menaces écologiques - ressource naturelle partagée - transfert des eaux.*

ABSTRACT

The degradation of Lake Chad calls for in-depth reflection on the principles of sustainable development applicable to the management of shared resources. Our research revealed that the transfer of Ubangi water from the DRC would provide a solution to the drought in Lake Chad. However, due to a lack of consent and a lack of prior environmental studies, the projects launched could not be implemented. With the aim of preventing the various ecological threats currently facing the Lake Chad basin, we analyzed the principle of prevention, which aims to organize intervention upstream of an event likely to disrupt an ecological balance. In addition, there are legal instruments and institutions relating to the management of international rivers and lakes, the aim of which is to protect and prohibit water pollution that could cause substantial damage.

Keywords: *Prevention - ecological threats - shared natural resource - water transfer.*

//

* Assistante à l'ISC-Goma (RDC) et Doctorante en droit, Université de Yaoundé II (Cameroun).



Plan de l'article

Introduction

LES MECANISMES NORMATIFS DE PREVENTION DES MENACES ECOLOGIQUES DANS LE CADRE DU TRANSFERT DES EAUX D'UBANGI

A. Les mécanismes généraux du die dans la prévention des menaces écologiques dans le cadre du transfert des eaux d'Ubangi.

1 : Les mécanismes normatifs de lutte contre la pollution des eaux

2 : Les principes du développement durable

B : Les mécanismes spécifiques de droit régional africain relatifs à la gestion des ressources en eaux

1 : Les stratégies africaines de protection de l'environnement

2 : La gestion des ressources en eau dans le bassin du lac Tchad

II : LE CADRE INSTITUTIONNEL DE PREVENTION DES MENACES ECOLOGIQUES DANS LE CADRE DU TRANSFERT DES EAUX D'UBANGI

A. Les organes institués par la CBLT

B. Les organes non institués par la CBLT

C. Les juridictions régionales

Conclusion

Introduction

Les procédures de préventions sont fondées sur la volonté de combattre non le dommage, mais la menace elle-même, selon la sagesse populaire qui estime qu'il vaut mieux prévenir que guérir¹. En effet, la rareté croissante, la surexploitation des ressources et les changements climatiques constitueraient un mélange explosif, dont les effets déstabilisants commencent à se faire sentir en de nombreuses régions pour donner suite à la pénurie d'eau et de quoi vivre.² C'est la situation actuelle que traverse le lac Tchad.

Sur le plan social l'on remarque que le système du développement intégré des ressources en eau a connu un essor spécial en Afrique. L'assèchement du lac Tchad serait une catastrophe naturelle qui marquerait à jamais l'histoire du continent africain. Des millions de personnes dépendent de ce lac que ce soit pour y pêcher ou puiser l'eau incroyablement douce. Le lac Tchad serait « le poumon d'eau et vecteur de vie économique pour l'Afrique central.

Sur le plan économique, le lac a perdu 80 pourcents de sa biodiversité, ce qui constituait une sécurité alimentaire importante ainsi qu'une source de revenus pour la population du bassin et au-delà. A l'époque, le pâturage était riche et les conflits entre les éleveurs et les agriculteurs étaient rares. Cependant, au fil des ans, les sécheresses ont entraîné la perte de pâturages. Par conséquent, beaucoup d'éleveurs ont été contraints de quitter la région.³ Ce qui constitue une perte énorme sur le plan économique. Qu'en est-il du contexte juridique ?

Le contexte juridique est marqué par la prolifération d'instruments juridiques pour assurer la protection des ressources partagées notamment l'eau. Relativement au lac Tchad, il constitue une figure emblématique de la menace du changement climatique dans les pays riverains.

Dans le cadre de la gestion des eaux partagées, le droit s'est principalement préoccupé des cours d'eaux internationaux en adoptant un instrument à vocation universelle : la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (ONU New York 1997)⁴. L'union Internationale

¹ Ce principe a été très tôt consacré par le droit international dans la sentence arbitrale de 1941, « Fonderie du Trail » entre le Canada et les USA à propos d'émission de soufre d'une usine canadienne causant des dommages à des agriculteurs américains. Il a été introduit en droit communautaire et retenu aussi par la cour de Strasbourg dans l'affaire « oneryildiz » de 2004 : il y a une obligation positive de prendre préventivement des mesures concrètes nécessaires et suffisantes pour protéger les habitants. Lire à ce propos : Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Le droit de l'environnement*, coll. « Que sais-je ? », 10^{ème} éd. Mise à jour, Paris, PUF, 2010, p.13.

² Frederic LASSERE et Yenny VEGA CERDENAS, « L'entrée en vigueur de la CNY sur l'utilisation des cours d'eau internationaux quel impact sur la gouvernance des bassins internationaux », (2016) *Revue Québécoise de Droit International*, p.85.

³ "Catastrophes et conflits : l'histoire d'un lac qui disparaît", en ligne : https://www.un_environment.org/Fr/actualités-et-récits/récit/ (consulté le 15/3/2020).

⁴ Laurence BOISSON DE CHAZOURNES, « Eaux internationales et droit international : vers l'idée de gestion commune », dans L. BOISSON DE CHAZOURNES et S. M. A. SALMAN (dir.), *Les ressources en eau et le droit*

pour la Conservation de la Nature (UINC) s'inscrit dans cette noble mission, ainsi implantée en Afrique centrale pour y être la conscience de la protection de l'environnement.

Sur le plan régional, des dispositions ont été prises pour assurer l'effectivité du droit de l'environnement en général et pour souligner l'importance et la nécessité de protection de l'environnement. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples adoptée à Nairobi, est l'une des Conventions particulièrement importantes dans la mesure où elle fait référence dans son préambule, aux valeurs de civilisation. Cet instrument juridique affirme que tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global. Ce droit ainsi reconnu n'est pas individuel, mais collectif en ce qu'il appartient aux peuples. A côté de ces normes, plusieurs institutions accompagnent les États dans la gestion de ces ressources partagées. Ces institutions sont à la fois internationales, régionales et même sous régionales.

Ainsi, définir le concept prévention des menaces écologiques revient d'abord à définir le terme prévention puis menace écologique. C'est à la suite de leur clarification que l'on précisera ce qu'il faudrait entendre par le concept de prévention des menaces écologiques. La prévention est un substantif découlant du verbe prévenir qui signifie devancer quelqu'un dans l'accomplissement d'une chose, agir avant un autre.⁵ Entendu au sens juridique, le terme prévention recèle une diversité de signification⁶. Dans le cadre de la présente étude, l'accent sera mis sur son contenu en Droit International. C'est ainsi qu'avec Jean Salmon, la prévention s'entend des mesures destinées à empêcher la réalisation d'un risque d'atteinte à des personnes ou des biens. Et en matière de droit de l'environnement, il est un des principes fondamentaux de cette discipline dont la finalité consiste dans l'évitement de dommage au lieu de le combattre après qu'il s'est produit, par des mesures curatives ou d'en atténuer les effets par des mesures réparatrices. Ensuite, la menace selon le langage courant est une manifestation par laquelle on marque à quelqu'un sa colère, avec une intention de lui faire craindre le mal qu'on lui prépare. Ce terme peut aussi renvoyer au signe par lequel se manifeste ce qu'on doit craindre de quelque chose ; un indice d'un danger, ou ce danger lui-même⁷. Accolé à l'adjectif écologique, il est une appréhension sociologique du terme préjudice. En droit, le préjudice renvoie au dommage matériel (perte d'un bien, d'une situation professionnelle...), corporel (blessure) ou moral (souffrance, atteinte à la considération, au respect de la vie privée) subi par une personne par le fait d'un tiers. Le terme est employé en particulier pour exprimer la mesure de ce qui doit être réparé : on parle de préjudice réparable. Cette notion inclut les conséquences du dommage⁸. Ce dernier peut être causé à l'environnement qui à bien des égards est considéré comme synonyme de l'écologie. Selon le dictionnaire Petit Larousse, l'écologie est l'étude des milieux où vivent les êtres vivants ainsi que des rapports de ces êtres entre eux et avec le milieu⁹.

De ce qui précède, il convient de préciser le contenu du concept menace écologique. Elle sera entendue dans cette étude comme une érosion de la biodiversité d'un écosystème ou d'une espèce donnée de telle sorte qu'elle est

international, Leiden, M. Nijhoff, 2005, p.3-43, (spéc. p.23).

⁵ Ibid, p.2020.

⁶ En procédure pénale, ce terme renvoie à la situation d'un prévenu en phase de détention provisoire.

⁷ Le Petit Robert, p.1570.

⁸ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017-2018, p.1577.

⁹ Petit Larousse, p. 812.

pérenne et son impact sur le reste de l'écosystème considéré altère définitivement les ressources au sein de cet écosystème ou la résilience de cette espèce.

Dans le cadre du transfert des eaux de l'Ubangi, les menaces écologiques constatées sont entropiques (la pollution des eaux par les différents déchets domestiques ou industriels, le détournement des eaux etc.) et naturelles (la saturation du lit du fleuve par les boues et sables, problème d'électrification). Il découle de ce qui précède que la prévention des menaces écologiques renvoie à l'ensemble des mesures prises pour éviter, atténuer les atteintes à l'écologie. Enfin le transfert des eaux d'Ubangi vers le lac Tchad

Premièrement, l'on peut relever que le transfert est l'action de transférer, de déplacer.¹⁰ Littéralement, le transfert d'eau représente le transport d'un volume d'eau d'un lieu géographique vers un autre, souvent d'un lieu de captage vers un lieu de distribution et d'utilisation. Dans le cadre de cette étude, il est observé que la dégradation du lac Tchad est un sujet qui préoccupe de longue date les chercheurs, les experts en développement et les défenseurs de l'environnement. En effet, depuis les années 70, on constate une rétraction de la surface des eaux que l'on a liée aux épisodes récurrents de sécheresse durant les années 70 et 80 sur l'ensemble du sahel. De nombreuses réunions internationales se sont penchées sur le sujet, avec pour but d'identifier les causes du phénomène et de tenter d'y remédier. Le réchauffement climatique est souvent mentionné comme première cause de cet assèchement, par assimilation avec d'autres dérèglements à l'échelle mondiale, mais aussi peut-être par souci de ne pas incriminer les véritables causes des drames humains qui en sont la conséquence.

Dans cet espace géographique, les populations font face à une augmentation de la température et de la variabilité socio-économiques. Or, l'économie y est essentiellement basée sur l'agriculture, l'élevage et la pêche. L'assèchement progressif de ce lac et de son impact sur l'écosystème de la région constituent une menace écologique et socio-économique majeure.¹¹ Il faut donc y trouver des solutions adéquates. Partant de cette situation, la question fondamentale que pose cette étude peut être formulée en ces termes : comment s'articule la prévention des menaces écologiques dans le cadre du transfert des eaux d'Ubangi de la RDC vers le Lac Tchad?

Il découle de la question ci-dessus posée que la prévention des menaces écologiques dans le cadre du transfert des eaux d'Ubangi de la RDC vers le Lac Tchad sont duales. Cette dualité s'observe à travers les mécanismes normatifs (I) et ceux institutionnels (II) mobilisés pour prévenir les menaces à l'environnement.

I. LES MECANISMES NORMATIFS DE PREVENTION DES MENACES ECOLOGIQUES DANS LE CADRE DU TRANSFERT DES EAUX D'UBANGI

Le mécanisme est une combinaison d'organes ou de pièces de façon à obtenir un résultat déterminé¹². Il peut

¹⁰ Le Petit Robert, p. 2601.

¹¹ Marc LAVERGNE, *Le lac Tchad, entre l'assèchement et l'intrusion de Boko Haram : la faute au changement climatique, ou à l'immobilité politique ?*, Paris, éd. Archives-ouvertes, 2017, p.4.

¹² Larousse maxipoche, 2010, v^o "Mécanisme".

donc être qualifié d'un ensemble des normes en vue d'orienter les comportements ou les usages¹³. Ainsi, dans cette partie, il sera question d'analyser d'une part des instruments juridiques normatifs (A) et d'autre part les mécanismes de droit régional africain (B) pouvant prévenir et régler ces menaces écologiques dans le cadre de transfert des eaux d'Ubangi.

A. Les mécanismes généraux du die dans la prévention des menaces écologiques dans le cadre du transfert des eaux d'Ubangi

Dans le domaine de la prévention et du règlement des différends, les Etats devraient étudier et examiner plus avant des méthodes permettant d'élargir l'éventail des mécanismes actuellement disponibles et d'accroître leur efficacité, en tenant compte notamment du bilan des accords, instruments ou institutions internationaux existants et selon qu'il conviendra, des résultats obtenus par leurs mécanismes d'application, tels que les modalités de prévention et de règlement des différends.¹⁴ Ceci peut être des mécanismes normatifs de lutte contre la pollution des eaux et le changement climatique (1) et les principes du développement durable et l'étude d'impact environnemental (2).

1. Les mécanismes normatifs de lutte contre la pollution des eaux

La pollution est une dégradation d'un milieu naturel, de l'environnement humain par des substances chimiques des déchets industriels ou ménagers : la pollution de la mer par des naufrages de pétroliers¹⁵. Cette dernière a des effets sur la santé et la biosphère, et transforme le climat de la terre et son écosystème, en entraînant l'apparition de maladies, comme c'est le cas actuel de la Covid 19 qui a de nombreux impacts sur l'environnement et le climat. Cette pandémie se traduit également par une augmentation de la quantité de déchets médicaux et dangereux générés.

En effet, des progrès particuliers importants ont pu être faits en ce qui concerne les règles de droit protégeant les eaux continentales, c'est le cas de la Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux qui énumère quelques obligations et principes auxquels les Etats ayant en commun les ressources naturelles sont dans l'obligation de s'adapter, celle-ci a aussi joué un rôle capital dans le cadre du renforcement des constructions institutionnelles.

Plusieurs principes dont celui de l'utilisation et participation équitables et raisonnables, ainsi que celui de coopération en temps d'urgence sont prévus par la convention de New York dans le cadre de la gestion des eaux transfrontalière. Le premier est énoncé à l'article 6 de la Convention. Ce dernier indique des facteurs pertinents à prendre en compte dans l'application de l'article 5 qui dispose que : 1. Les États du cours d'eau utilisent sur leur territoires respectifs le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. En particulier, un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les États du cours d'eau en vue de parvenir à l'utilisation et aux

¹³ <https://toupie.org/Dictionnaire//Normatif.htm> (consulté le 17 juin 2020).

¹⁴ NATIONS UNIES, "Développement durable. Action 21", en ligne : <https://www.un.org/frech/special/sids/agenda/action21> (consulté, le 20 juin 2020).

¹⁵ Larousse Maxipoche, 2010, v^o "Pollution".

avantages optimaux et durables compte tenu des intérêts des États du cours d'eau concernés compatibles avec les exigences d'une protection adéquate de la cour d'eau. 2. Les États du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau internationale de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles. »¹⁶

2. Les principes du développement durable

Le droit de l'environnement repose sur de grands principes juridiques. Ils résultent soit du droit international conventionnel ou coutumier, soit du droit national à travers les constitutions ou les lois - cadre sur l'environnement¹⁷. On va donc le distinguer selon qu'il s'agit d'anticiper afin de réduire les risques et selon qu'il s'agit de réparer en cas de dommage.

Les principes d'anticipation, sont des principes auxquels on se réfère prioritairement en amont du fait environnemental. Ils sont juridiquement encadrés à travers les principes de prévention et de précaution, qu'il ne faut surtout pas confondre. D'ailleurs leur affirmation ne s'est pas faite simultanément et, de nos jours encore, le principe de précaution suscite, par exemple pour ce qui est de son champ d'application, plus de controverses que le principe de prévention¹⁸.

En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption des mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement » (principe 15). Les deux conventions de Rio consacrent aussi ce principe. Il s'agit de la Convention sur la diversité biologique (point 9 du préambule) et la Convention-cadre sur les changements climatiques (art. 3, § 3). En Afrique, ce principe est repris dans la Convention de Bamako (29 janvier 1991), qui interdit l'importation en Afrique, des déchets dangereux¹⁹. Par ailleurs à deux reprises, le principe de précaution a été invoqué devant la CIJ, laquelle a refusé de statuer sur son fondement.²⁰ Au niveau interne, les États l'ont également réceptionné. C'est aussi par exemple la loi de la RDC sur la gestion de l'environnement²¹ énonce que « l'État, la province et l'entité territoriale décentralisée veillent à la mise en œuvre des procédures d'évaluation des risques et prennent toute mesure de précaution nécessaire pour assurer la protection efficace de l'environnement.

¹⁶ L. BOISSON DE CHAZOURNES, préc., note 4, p. 29.

¹⁷ Michel PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, 2019, p.49.

¹⁸ Frederic OGE, « Introduction aux Concepts et Principes du Droit de l'Environnement », CNRS, 2014, 20 p. 6, en ligne : <https://hal.science/hal-01258436/document>

¹⁹ "Sans attendre d'avoir la preuve scientifique" des risques encourus, consacre aussi le principe de précaution.

²⁰ Raphaël ROMI, Gaëlle BOSSIS et Sandrine ROUSSEAU, *Droit international et européen de l'environnement*, Domat, Montchrestien, 2005, p.49.

²¹ Loi n° 11/009 du 9 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement.

Le principe d'action préventive ou de prévention est d'une très grande importance en droit de l'environnement. Il vise à organiser une intervention en amont de l'évènement environnemental susceptible de perturber un équilibre écologique. Dans la mesure du possible, sa mise en œuvre doit permettre d'éviter toute atteinte à l'environnement ou, à tout le moins, d'en limiter les effets négatifs d'autant plus facilement que le principe de prévention est invoqué lorsque le risque est avéré, reconnu, indiscutable.²² Il trouve son origine dans le droit international à la faveur d'un litige opposant les USA et le Canada en raison d'émissions de soufre générées par une usine canadienne (la Fonderie du Trail) et impactant des agriculteurs des Etats-Unis en 1941.

Cette décision constitue une étape importante dans le développement de la jurisprudence du droit international public en matière de protection de l'environnement. Le litige est né des fumées de plomb qui, provenant d'une usine située au Canada, avaient entraîné des dommages à des agriculteurs américains et rendu des terres impropres à toute culture. Le Canada fut jugé responsable des dommages causés par ces fumées nocives provenant de son territoire, alors même que leur propagation était due à des facteurs climatiques. Cette affaire vient d'abord mettre en évidence la clause dite de règlement d'intérêts s'agissant des attributions d'un organe arbitral ; ensuite, cet arbitrage consacre un principe essentiel du droit international de l'environnement : les États sont tenus, sur leur territoire, par une obligation de due diligence ou de vigilance en matière écologique²³.

On peut se poser donc la question de savoir si le principe de prévention n'est qu'un appendice ou un corollaire de l'obligation de diligence due. La réponse semble négative. Tout d'abord, le devoir de diligence due n'est pas en soi une règle générale imposant une obligation autonome. Cette diligence doit être suivie dans la poursuite d'une obligation internationale particulière. Cela peut être le cas dans le domaine du traitement à accorder aux étrangers ou dans le domaine du respect des droits des autres États à l'intérieur ou depuis son territoire, pour ne citer que deux exemples. Ensuite, le principe de prévention semble imposer une obligation et donc une responsabilité plus contraignante que ce que l'on exige comme diligence due dans l'accomplissement de certaines obligations.²⁴

Pour sa part, la Charte de l'eau du bassin du lac Tchad consacre aussi, le principe de prévention, « en vertu duquel il est nécessaire d'analyser et d'évaluer les effets négatifs qu'un projet envisagé pourrait avoir sur l'environnement et la santé humaine et de concevoir les mesures appropriées pour éliminer, du moins atténuer les effets négatifs envisagés » (art. 7). Ce principe de prévention se matérialise par des techniques d'évaluation environnementale et par des outils de planification. Pour la mise en œuvre du principe de prévention, l'étude d'impact est nécessaire mais est-elle suffisante ? Certes, au fil du temps, son contenu et son mode de présentation ont évolué vers plus de lisibilité tandis que la jurisprudence a permis de mieux cerner la notion d'insuffisance pour ce type de document.

²² F. OGE, préc., note 18, p. 8.

²³ Blaise TCHIKAYA, *Mémento de la jurisprudence. Droit international public*, coll. "Les fondamentaux. Droit", Paris, Hachette supérieur, 2017, p.53.

²⁴ Marcelo G. KOHEN, *Les principes généraux du droit international de l'eau à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour Internationale de Justice*, Paris, A. Pedone, 2011, p.70.

C'est pourquoi, la mise en œuvre de l'étude d'impact environnemental (EIE) est assurément l'institution la plus spécifique et sans doute la plus originale du droit de l'environnement. Elle est au cœur du développement durable. On peut entendre, en première approximation, l'étude d'impact comme étant une procédure d'évaluation d'un projet ou d'une activité. Une telle évaluation peut avoir lieu avant ou après la réalisation de l'ouvrage ou l'exécution de l'activité.²⁵ En effet, On peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée.

L'étude des principes d'anticipation et la mise en œuvre de l'EIE nécessitent un renforcement du développement durable à travers le principe de réparation. C'est l'essentiel de ce qu'on espère du principe pollueur-payeur généralement utilisé dans le droit des cours d'eau et des lacs, et le principe de responsabilité, qui permet de dégager les engagements et les responsabilités des personnes se livrant à des activités potentiellement nocives à l'environnement. Ce principe postule que le coût de l'environnement ne peut être systématiquement supporté par la collectivité, mais doit davantage être pris en charge par l'activité qui le provoque.²⁶ En matière de responsabilité civile ce principe a une dimension curative,²⁷ qui on le sait, plaide en faveur de la réparation du préjudice écologique en aval. Ce qui le distingue notablement du principe de précaution qui lui dispose des vertus d'anticipation du dommage. L'importance du principe réside dans le souci de réparation de tout dommage écologique.

Pour l'Anglais Pigou, ce principe doit être intégrer dans le prix du bien ou du service, les externalités négatives (un bien ou un service cause dommage à l'environnement), en les imputant à ceux qui en sont les causes.²⁸ D'un certain point de vue, ce principe recouvre exactement l'idée de bon sens selon laquelle « celui qui casse paie » et qui se trouve à la base de tous les systèmes d'indemnisation des préjudices.²⁹

B. Mécanismes spécifiques de droit régional africain relatifs à la gestion des ressources en eaux

Il est nécessaire qu'au niveau régional, les États membres conçoivent des stratégies de gestion de ressources naturelles (1) et des projets visant à sauver la dégradation des eaux dans le Bassin du lac Tchad (2).

1. Stratégies africaines de protection de l'environnement

Au niveau Africain les États et organisations régionales se réunissent et mettent sur pieds des plans d'actions

²⁵ Maurice KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, Edicef, 1996, p.95.

²⁶ Raphaël ROMI, Gaëlle AUDRAIN-DEMEY et Blanche LORMETEAU, *Droit de l'environnement et du développement durable*, 10^e édition, Paris, LGDJ, 2021, p.133.

²⁷ Nicole DE SADELEER, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.41.

²⁸ Arthur Cécile PIGOU, *The economics of welfare*, 2th edition, London, Macmillan, 1920, p.41.

²⁹ François OST, "La responsabilité, fil d'Ariane du droit de l'environnement", (1995) 30-31 *Droit et société. L'environnement et le droit*, p.281-322, Doi : <https://doi.org/10/3406/dresso>, p.10.

dans le but non seulement de prévoir les catastrophes afin d'éviter ou de réduire les pertes en vies humaines et dégâts matériels mais aussi et surtout de gérer du mieux possible la période post-catastrophe. Ainsi, au niveau africain, l'UA a mis sur pied le plan d'action régionale pour la prévention des risques de catastrophe, l'organisation mondiale de la santé a fait une proposition de stratégie.

En effet, le programme de développement durable à l'horizon 2030 de l'ONU constitue un plan d'action pour le monde entier. Il encourage l'avènement des sociétés pacifiques, justes et inclusives et exige la participation de l'ensemble des pays, des parties prenantes et des populations. Cet ambitieux programme vise l'éradication de la pauvreté d'ici l'an 2030 et la promotion du partage de la prospérité économique, du développement au bénéfice de tous. Conscient des enjeux, le Tchad s'est engagé dès son adoption en septembre 2015, à l'opérationnalisation des 17 objectifs de développement durable (ODD) qui en découlent. C'est à l'issue de la décennie du millénaire et après le Tsunami de 2004 dans l'océan indien, qui a été adopté le Cadre d'Action de Hyōgo 2005-2015³⁰.

En matière de gestion des risques de catastrophes, la sous-région d'Afrique centrale fait face à plusieurs contraintes. Parmi celle-ci les contraintes naturelles, les contraintes sociopolitiques, les contraintes démographiques, les contraintes économiques, les contraintes financières et matérielles. Afin d'offrir un meilleur cadre de vie aux Tchadiens, le gouvernement a élaboré la "Vision 2030, le Tchad que nous voulons"³¹. Traduire cet objectif national dans les faits a nécessité l'élaboration d'un premier document de planification opérationnel "plan national 2017-2021"³², dont la mise en place sera faite à travers un environnement sain avec des ressources naturelles préservées et un cadre propice à l'épanouissement du bien-être de la population. Ainsi, la résolution des problèmes de pénurie d'eau dans la région a justifié l'adhésion par le Tchad à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention sur l'eau), le 23 mai 2018.

2. Gestion des ressources en eau dans le bassin du lac Tchad

Couvrant une superficie de 966.955 km², le bassin du lac Tchad qui regroupe le Cameroun, le Niger, le Nigeria, la RCA, le Soudan et le Tchad est un véritable centre d'échanges inter communautaires et un exemple symptomatique de coopération sous régionale. A l'image de la plupart des bassins fluviaux et de la dégradation de

³⁰ Le cadre d'action de Hyogo est le principal instrument que les Etats membres de l'ONU ont adopté pour réduire les risques de catastrophe, son but fondamental est d'instaurer la résilience des nations et des collectivités face aux catastrophes par une réduction considérable des pertes dues aux catastrophes d'ici 2015. Il est nommé d'après la préfecture japonaise de Hyogo dont la principale ville est Kobé ou s'est tenu en 2005 la conférence, région qui a été touchée par un sévère tremblement de terre en 1995.

³¹ Vision 2030 le Tchad que nous voulons, est l'aboutissement d'un long processus inclusif et participatif ayant impliqué, non seulement des expertises aux profils divers et variés et les partenaires techniques et financiers, mais aussi et surtout la population tchadienne dans toute sa diversité, Tchad.

³² République du Tchad, Ministère de l'Économie et de la planification du développement, "Vision 2030, le Tchad que nous voulons", juillet 2017, p.7.

l'environnement planétaire, le bassin tchadien a subi ces dernières années une détérioration sans précédent de son écosystème. En effet, les crises écologiques répétées, conduisent à l'érosion de la biodiversité et à l'épuisement des ressources naturelles.

Pour sauver la sécheresse du lac Tchad et prévenir la dégradation du lac sis dans cette région, la CBLT a initié des projets dans le cadre du partenariat avec certaines organisation étrangères, il s'agit du projet Transaqua malgré qu'il n'a jamais été mis en œuvre et du projet et du projet interbassin (PITB). Transaqua est la dénomination d'un projet de réalisation des infrastructures permettant le transfert d'eau d'environ 100 milliards de m³ par an sur un parcours long de 2500km, depuis le fleuve Congo en RDC vers le lac Tchad afin de remplir ce dernier en voie de disparition. Beaucoup d'études de faisabilité ont été menées depuis lors. Malgré les campagnes de sensibilisation menées par la CBLT et par les Chefs d'État membres au cours de différentes rencontres bilatérales et multilatérales, le projet Transaqua n'arrive pas à attirer l'attention des bailleurs de fonds pour son financement par soit de subventions ou de prêts. Si tel est le cas, l'on est en droit de douter de sa faisabilité technique et économique.

Ce projet procède comme pour le pillage des minerais de cette triste logique de partage-spoliation du patrimoine congolais décidé en Occident, dans le mépris et sans aucune consultation des peuples africains souverains concernés (les peuples de la RDC, les peuples de la République du Congo, et ceux de la RCA).

Grégoire Bakandeja qualifie ce projet d'une prédation. C'est-à-dire, système par lequel certains États et structures internationales s'approprient les richesses d'autrui. Il s'agit, pour lui, d'une des nouvelles formes de violence développées par le capitalisme ambiant, d'où la peur des États du tiers-monde et principalement des pays africains. L'appropriation des richesses d'autrui n'est rien d'autre que la prédation. Vue sous l'angle économique, celle-ci définit comme la relation où l'une des deux parties impose une transaction à l'autre.³³ Tel que dépeint ce tableau de prédation ne semble pas s'éloigner des couleurs qu'annonce le transaqua. En effet, en cherchant à imposer aux États du bassin du Congo, particulièrement à la RDC, le transfert de leurs eaux au bassin du lac Tchad en plein processus de désertification, le capitalisme spéculatif tente de rééditer, sous un nouveau jour, la sombre expérience de l'internationalisation du bassin du Congo et de la libéralisation de la navigation sur ce bassin, décidées à Berlin, pour les seuls intérêts des puissances parties à l'Acte et de leurs sociétés à charte.

Suite à de multiples problèmes de mise en œuvre du projet Transaqua, le cabinet Canadien CIMA+ a proposé à la CBLT en 2011 une nouvelle version du projet qui consiste à alimenter le lac Tchad à travers les eaux du bassin de l'Oubangui. Ainsi, deux barrages ont été proposés à cet effet, un sur la Kotto à Bria et un autre sur l'Oubangui à Palambo (RCA).

II. CADRE INSTITUTIONNEL DE PREVENTION DES MENACES ECOLOGIQUES DANS LE CADRE DU TRANSFERT DES EAUX D'UBANGI

³³ François BOKONA WIIPA BONDJALI, "Le projet Transaqua ou l'épreuve de force entre mondialisation et droit international économique", dans *Du droit à l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 195-231 à la page 201.

Il est fait une distinction institutionnelle de protection de l'environnement. D'une part, il s'agit des institutions non juridictionnelles (A) et, d'autre part, des institutions juridictionnelles de règlement des différends relatifs à la gestion des eaux (B).

A. Institutions non juridictionnelles de prévention des menaces écologiques

De cette analyse, deux types d'organes peuvent être distingués. Il s'agit d'une part des organes institués par la CBLT (1) et des organes non institués (2) d'autre part.

1. Organes institués par la Commission du Bassin du lac Tchad (CBLT)

La Commission du Bassin du Lac Tchad (CBLT) est l'instance institutionnelle légale dans le Bassin conventionnel du Lac Tchad. Créée le 22 mai 1964 par la Convention de Fort Lamy (actuelle ville de N'Djamena), signée par les Chefs d'Etat du Cameroun, du Niger, du Nigeria et du Tchad, la CBLT naît du souci qu'ont ces Etats de se regrouper pour résoudre des problèmes communs. La vocation de la CBLT à sa création est celle d'un organisme de coordination et de promotion de la coopération sous-régionale en vue du contrôle et de la mise en valeur des ressources en eau. La CBLT est une organisation internationale dotée d'attributions régulatrices et régionales, telles que définies dans sa convention et ses statuts³⁴.

2. Organes non institués par la CBLT

La convention du bassin du lac Tchad, permet de recourir, outre les organes internes, à des organes extra-CBLT en cas de tout différend concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention qui n'aurait pas été résolu par la Commission³⁵. En effet, il est évident que les organes de la CBLT seuls ne peuvent pas résoudre le problème de sécheresse et ses impacts sans demander l'aide des autres organisations. C'est notamment l'intervention de plusieurs institutions universelles. Ces institutions sont étatiques et non-étatiques. Les premières sont à situer dans le cadre de l'ONU tandis que les secondes ne sont que des ONGs s'intéressant à l'environnement au sein de cette sous-région. En effet, l'Organisation des Nations Unies et plusieurs autres organisations jouent tout naturellement un rôle central dans la protection de l'environnement. En raison de la diversité l'aspect de la protection de l'environnement, presque toutes les organisations internationales s'y intéressent désormais, certes à des degrés différents et chacune dans son domaine d'activité. Au niveau régional, l'UA, en tant qu'organisation continentale, ne cesse d'intervenir en faveur des États africains en difficulté.

B. Institutions juridictionnelles de règlement des différends relatifs à la prévention des menaces écologiques dans le bassin du lac Tchad

On attend par mécanismes juridictionnels, un ensemble des juridictions (cours et tribunaux) instituées pour le règlement des différends entre parties litigantes par l'interprétation du droit. Il est fort possible de constater que les juridictions internationales (1) et régionales (2) jouent un rôle important dans la protection des ressources en

³⁴ Rapport d'Audit environnemental conjoint sur l'assèchement du lac Tchad, Afrique du sud, mai 2015 p.19.

³⁵ Article VII de la CBLT.

eaux.

1. Juridictions internationales

En dehors de la Cour internationale de justice (CIJ) dont la compétence matérielle et spatiale est élargie, d'autres juridictions s'activent dans la protection des intérêts fondamentaux de la société internationale. Mais leur compétence reste limitée. Cette circonscription fonctionnelle est soit spatiale, soit matérielle. Le cas de la CPI dont la compétence est limitée à la répression des quatre crimes³⁶ est éloquent.

En partant de la remarque selon laquelle à la CIJ, le juge ne s'est pas tôt prononcé sur les litiges environnementaux, il conviendrait de rechercher le moment à partir duquel celui-ci a effectivement commencé à s'intéresser aux questions d'ordre environnemental. Ce n'est qu'en 2006 qu'elle a été priée d'appliquer les règles du droit international concernant des activités qui seraient au moins potentiellement dangereuses pour l'environnement, a expliqué le président de la Cour. Il s'agissait de l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay).

Dans ce différend opposant l'Argentine à l'Uruguay, la Cour a clairement statué dans son arrêt rendu en 2010 que les États ont l'obligation de s'assurer que les activités menées sous leur juridiction et contrôle respectent l'environnement des autres États et zones sous leurs contrôles. La Cour a également souligné que de telles obligations font maintenant partie du corpus des normes internationales relatives à l'environnement. Dans le même arrêt, la Cour est allée plus loin, en considérant que l'EIE sur les risques potentiels, notamment dans un contexte transfrontalière, était une pratique acceptée si largement par les États ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontalière, et en particulier sur une ressource partagée.

En revanche, la CPI se penche aussi sur les atteintes à l'environnement. Celles-ci sont associées aux crimes prévus à l'article 5 de son statut, en particulier en ce qui concerne l'exploitation illégale des ressources et la spoliation des terres. Créée pour juger les auteurs de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crimes d'agression, la CPI s'adapte à son temps. Cependant, il ne s'agit pas d'ajouter de nouveaux crimes aux compétences de la Cour, qui a ouvert dix (10) enquêtes principalement en Afrique et lancé 6 procès depuis 2002.

La CPI a cependant rendu une décision historique pour la première fois le 27 septembre 2016 dans l'affaire Procureur c. Ahmad Al Faqi pour les crimes internationaux perpétrés à l'encontre du patrimoine culturel de l'humanité (monument de Tombouctou au Mali). Avec l'entrée en vigueur de la CPI, le 1^{er} juillet 2002, la protection des biens culturels a été érigée au travers l'incrimination de crimes de guerre en intérêt supérieur pour l'humanité et

³⁶ Il s'agit de l'article 5 de son statut qui définit que cette cour ne peut juger que les auteurs des crimes de guerre, contre l'humanité, de génocide et l'agression.

la communauté internationale³⁷. En effet, la Cour précise que l'accusé était coupable de la destruction de mausolées dans la ville malienne de Tombouctou, étant donné "sa participation directe à de nombreux incidents et son rôle en tant que porte-parole pour justifier les attaques dans les médias". Dans leur motivation, les juges avaient retenu plusieurs circonstances atténuantes, dont son admission de culpabilité, sa coopération, son empathie pour les victimes et ses remords ainsi que sa "réticence initiale à commettre les crimes". Son procès fut qualifié d'historique à plusieurs égards : c'étaient pour la première fois que la CPI jugeait un djihadiste, clôturait un dossier judiciaire en 374 jours (soit un an et 9 jours), rendait un arrêt sur la protection des biens culturels et que les avocats se refusaient d'interjeter appel de la décision, etc³⁸.

2. Juridictions régionales

L'application de protection de droit de l'environnement en Afrique appelle le juge à jouer un rôle central. Sa contribution à cet égard est néanmoins demeurée relativement modeste dans la plupart des pays africains. Toutefois, les efforts visant à renforcer le droit d'accès à la justice environnementale et les initiatives tendant à rehausser le niveau d'implication du juge dans la résolution des conflits environnementaux se multiplient à travers le monde, y compris en Afrique³⁹. Des développements jurisprudentiels du droit de l'environnement sont ainsi enregistrés graduellement dans le continent africain, sous l'impulsion conjuguée des juges tant par la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples que par la Cour de justice de CEMAC.

La CADHP a inauguré sa jurisprudence le 15 décembre 2009 dans l'affaire *Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal*⁴⁰. Une autre affaire récente en droit de l'environnement, c'est celle relative au peuple Ogoni⁴¹ contre le gouvernement Nigérian. La communication allègue que le gouvernement militaire Nigérian est directement impliqué dans l'exploitation du pétrole par le biais d'une société d'Etat, le *Nigeria National Petroleum Company*

³⁷ Marie NICOLAS, "Le procès de Tombouctou : un tournant historique ?", (2016) *Revue des droits de l'Homme*, 16 juin 2016, en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/2109>, DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2109> (consulté le 30 juin 2020).

³⁸ Lire à ce propos : CPI, situation en République du Mali : le procureur c. Ahmad Al Mahdi, arrêt du 27 septembre 2016.

³⁹ Vincent JAY, "Appel à la contribution : La protection de l'environnement par les juridictions africaines : avancées nationales et régionales", (2020) 5 *RADE*, p.1.

⁴⁰ *Affaire Michelot Yogogombaye c. République du Sénégal*, ci-après dénommé : *Affaire Yogogombaye*, Requête n° 001/2008.

⁴¹ Les Ogoni sont une minorité autochtone du sud du Nigeria, comptant environ 500 000 personnes. La région Ogoni s'étend sur une superficie d'environ 100 000 mètres carrés au sud-est du delta du Niger. Traditionnellement, les Ogoni vivent de l'agriculture et de la pêche. Ils révèrent la terre sur laquelle ils vivent et les rivières qui les entourent. Dans la langue locale, Doonu Kuneke (tradition) signifie « honorer la terre ». La terre, qui subvient aux besoins vivriers est vénérée comme un dieu, et le temps des semailles n'est pas seulement une période d'activité agricole mais aussi un évènement spirituel, religieux et social.

(NNPC), laquelle est actionnaire majoritaire dans un consortium avec *Shell Petroleum Development Corporation* (SPDC) ; et que les activités de ce consortium ont causé de graves dommages à l'environnement et des problèmes de santé au sein la population Ogoni du fait de la contamination de l'environnement.

La communication allègue aussi que le consortium pétrolier a exploité les réserves d'Ogoni sans tenir compte de la santé ou de l'environnement des collectivités locales, déversant les déchets toxiques dans l'air et dans les cours d'eaux de la région, en violation des règles internationales applicables en matière d'environnement. Le consortium a également négligé et/ou n'a pas pu entretenir ses infrastructures, ce qui a causé beaucoup d'accidents prévisibles à proximité des villages. La contamination de l'eau, du sol et de l'air qui en a résulté a eu de graves conséquences à court et à long termes sur la santé, y compris des infections cutanées, des maladies gastro-intestinales et respiratoires et l'accroissement des risques de cancer, ainsi que des problèmes neurologiques et de reproduction. La communication allègue que le gouvernement a facilité et fermé les yeux sur ces violations en mettant les pouvoirs judiciaires et militaires de l'État à la disposition des compagnies pétrolières⁴².

Conclusion

L'actualité juridique de ce sujet est justifiée par le besoin de restauration du lac Tchad à partir des eaux du Bassin du Congo. En effet, le lac Tchad se vide intensément de ses eaux. Face à cette situation, plusieurs mécanismes normatifs et institutionnels sont mobilisés pour éviter les conséquences de ce tarissement. Cependant, il appert que l'efficacité de ces mécanismes reste à parfaire. En effet, il y a lieu de déplorer le caractère soft des normes encadrant la prévention des menaces écologiques dans cette région. L'absence des contraintes contre les auteurs présumés des menaces écologiques demeure un défi à relever. Il faut plus d'audace et de coopération entre États membres de la CBLT si l'on tient à préserver les éléments de l'environnement dans cette sous-région. La persistance de la diminution ou régression du lac Tchad doit interpeller les États africains pour éviter que les conséquences de ce tarissement ne mettent en péril la sécurité des États. Cette sécurité est susceptible d'être menacée à cause de la survenance du phénomène des réfugiés écologiques.

Néanmoins des solutions alternatives pour la restauration du lac Tchad sont possibles. Il s'agit de mener des études approfondies sur les possibilités d'utiliser les eaux des nappes souterraines. Cependant, certaines études montrent que le sous-sol tchadien renferme des réserves importantes d'eau. Il suffit de contrôler l'agriculture irriguée aux environs du lac et ses affluents. Ensuite, les cultures très gourmandes en eau comme de cotonnier (il faut en moyenne 5 200 litres pour produire 1kg de coton) doivent être minutieusement planifiées dans une région où l'eau est déficitaire. En effet, instaurer le système des quotas et appliquer les textes règlementaires pour une utilisation rationnelle des eaux du lac et ses affluents. Les États doivent dorénavant contrôler la croissance démographique aux environs du lac en vue de réduire la pression anthropique sur l'eau et la biodiversité associée.

Tout en développant des projets de reboisement, reforestation sur l'ensemble du Bassin du lac Tchad en vue de favoriser l'infiltration des eaux de pluies et réduire l'évaporation. Sensibiliser la population sur la gestion

⁴² Affaire des peuples d'Ogoni c. Nigéria.



rigoureuse de l'eau. Si la solution pour sauver le lac Tchad reste le transfert d'eau du Bassin du Congo, il faudrait alors relever de l'eau à partir de l'embouchure du fleuve Congo. Dans ce cas de figure des études sont aussi indispensables. L'absence d'une étude incontestée d'impact écologique du détournement de l'Ubangi justifierait la diabolisation de tous les projets présentés pour restaurer le lac Tchad. Pour un pays comme la Rd Congo, qui a connu plusieurs affres belliqueuses, une perpétuation de la prédation de ses ressources naturelles ne saurait être tolérée. C'est pourquoi une diplomatie écologique s'avère pertinente pour convaincre ce pays à accepter de ravitailler le lac Tchad des eaux de son Bassin hydrographique afin de restaurer le lac menacé de disparition.

Cette diplomatie devrait lutter pour que la résorption du tarissement du bassin tchadien ne crée d'autres catastrophes écologiques dans le bassin congolais. Les mesures de compensations devront être pensées et muries si tant est que l'on veut réussir le projet de transfert des eaux analysé dans la présente étude.

Æ

Æ Æ



II. APERÇU GENERAL DE L'ETABLISSEMENT DE GARDE ET DE L'EDUCATION DE L'ETAT DE BIFAY-FAY (PROVINCE DE LA TSHOPO)

- A. Aperçu historique*
- B. Aperçu géographique*
- C. Fonctionnement*
 - 1. Infrastructures*
 - 2. Du Budget*
- D. Du personnel*

III. ANALYSE CRITIQUE DU SYSTEME PENITENTIAIRE CONGOLAIS POUR MINEURS : CAS DE L'EGEE DE BIFAY-FAY

- A. Analyse du système pénitentiaire congolais pour mineurs*
 - 1. Mécanismes de prévention*
 - 2. Mécanismes thérapeutiques*
- B. Critique du système pénitentiaire congolais pour mineurs dans l'EGEE de Bifay-Fay*
 - 1. Statistiques judiciaires*
 - 2. Critique des mécanismes de traitement des enfants placés dans l'EGEE de Bifay-Fay*
 - a. Critique des mécanismes de préventions*
 - b. Les mécanismes thérapeutiques*

Conclusion



Introduction

L'objet de cette recherche est la réinsertion des ex-détenus mineurs (enfants en conflits avec la loi) placés dans l'établissement de garde et d'éducation de l'État Bifay-Fay dans la province de la Tshopo, qui, une fois dehors, redeviennent de plus en plus récidivistes qu'avant en lieu et place de s'amender, de se resocialiser en vue de leur réinsertion sociale. Cette récidive est provoquée du fait de l'inapplication de l'ordonnance 3-140 du 23 Avril 1954 portant régime des Établissements de garde et d'éducation de l'État, spécialement dans son article 11 qui précise que : « les mineurs sont repartis en deux catégories selon qu'ils ont au moins 14 ans ; au sein de ces catégories, le directeur peut créer des groupes d'après l'âge, le caractère, l'instruction et la moralité des mineurs ; pendant leur séjour à l'établissement, les mineurs reçoivent une formation morale, scolaire et professionnelle ».¹

De ce fait, le système pénitentiaire congolais pour mineurs en général, particulièrement celui de Bifay-Fay dans la province de la Tshopo, devrait, pour le traitement des ex-détenus mineurs (enfants en conflits avec la loi), mettre en œuvre d'une part les mécanismes de prévention qui ne sont autre que le classement ou la catégorisation des détenus afin d'écarter ces derniers qui, en raison de leur passé criminel ou de leurs mauvaises dispositions, d'exercer une influence fâcheuse sur les codétenus ; et aussi pour éviter la contamination criminelle ; et d'autre part, les mécanismes thérapeutiques consistant d'améliorer les conditions de vie des détenus ainsi que d'organiser certaines activités éducatives, professionnelles, religieuses, récréatives afin de préparer leur retour dans leur société habituelle ; car le système pénitentiaire pour mineurs n'a pas seulement pour mission, de recevoir les enfants ayant commis les manquements à la loi pénale mais plutôt et surtout de favoriser l'amendement et la resocialisation en vue de la réinsertion sociale de ces derniers (ex-détenus mineurs). C'est dans cette optique que Likulia Bolongo soutient qu'un système pénitentiaire qui ne se préoccupe pas de l'amendement du délinquant en vue de sa réinsertion fait une œuvre vaine, inhumaine et inutilement onéreuse². De même que Nyabirungu Mwene Songa qui renchérit que « la peine carcérale depuis sa création était sérieuse pour l'humanité de ceux qu'elle enfermait ; elle était considérée comme un progrès car, son but majeur était la resocialisation et l'amendement du délinquant en vue de sa réinsertion sociale³. Pierre de Quirini conclut que « les lois pour les jeunes ou mineurs n'ont qu'un seul but ; elles visent à les aider à devenir des hommes, des vrais c'est-à-dire des individus capables de se conduire selon leur conscience et sont appelés à être utiles à la société. Cependant, retenons que l'objet de cette recherche mobilise « la théorie de la réinsertion sociale ».

D'après Nadine Des Laurien Varin, la réinsertion sociale, en plus d'être une finalité légale, elle constitue un processus par lequel un individu reconnu coupable d'un crime peut bénéficier d'intervention visant le développement des capacités lui permettant d'être une personne autonome, respectueuse des lois et intègre à sa communauté ;⁴ dans cette même optique soutient Paul Mbanzoulu que la réinsertion sociale en milieu carcéral signifie en réalité l'accueil et la prise en charge individuelle des détenus⁵ ; de même que Elsa Euvard renchérit que la réinsertion sociale a depuis longtemps été au cœur des préoccupations publiques ; elle est l'un des objectifs derrière l'attribution d'une peine⁶. Par ailleurs, pour bien aborder notre problématique, les questions suivantes méritent d'être posées ; question principale : pourquoi l'article 11 de l'ordonnance 3-140 du 23 Avril 1954 portant régime des établissements de garde et d'éducation de l'État n'est-il pas d'application dans l'EGEE de Bifay-fay ? Question spécifique : comment l'État congolais peut-il faire face à la récidive des ex-détenus mineurs détenus de l'EGEE de Bifay-fay ?

Pour mener notre étude et atteindre nos objectifs ou résultats, le recours a été fait à la méthode dogmatique juridique, appuyée par l'approche de la sociologie de droit et secondée par les techniques documentaire, d'enquête

¹ Ordonnance 3-140 du 23 Avril 1954 portant régime des établissements de garde et d'éducation de l'État, article 11.

² LIKULIA BOLONGO, *Droit et sciences pénitentiaires vers un traitement scientifique de la délinquance au Zaïre*, Kinshasa, PUZ, 1981, p.30.

³ NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, éd. D.E.S, 2001, p.407.

⁴ Nadine DES LAURIEN VARIN, "Enquête policière et techniques d'enquêtes : un regard scientifique", (2020) 53:4 *Revue Criminologie*, 5-383, 309.

⁵ Paul MBANZOULOU, *La réinsertion sociale des détenus. De l'apport des surveillants de prison et des outils professionnels pénitentiaire*, coll. "Sciences criminelles", Paris, L'Harmattan, 2000, p.5.

⁶ Elsa EUVARD, "La réinsertion sociale : construction d'un objet de recherche" (2021) 54 : 2 *Revue Criminologie*, 5-11.

ainsi que d'interview libre, dans la récolte des données et le traitement des résultats.

La méthode dogmatique juridique nous a aidé non seulement à analyser mais aussi à interpréter les textes juridiques tant internationaux que nationaux relatifs à la rééducation des mineurs placés en milieu carcéral. Quant à l'approche de sociologie juridique elle nous a été utile du fait elle a permis d'expliquer la vie carcérale dans son contexte juridique par rapport aux réalités observées sur terrain ; quant aux techniques, la technique documentaire a servi à la compulsions d'écrits, des doctrines, des jurisprudences, revues, articles et à interroger même l'internet pour toutes les questions relatives à cette recherche.

La technique d'enquête a permis, lors des différentes descentes effectuées dans l'EGEE de Bifay-Fay, de s'imprégner des réalités de la vie carcérale au regard des mineurs lui confiés ; l'interview libre a aidé de dialoguer avec le personnel pénitentiaire ainsi que les enfants en conflit avec la loi placés dans l'EGEE de Bifay-Fay en vue d'obtenir quelques informations cadrant à notre recherche.

I. CADRE CONCEPTUEL

Ce point est consacré à l'éclaircissement des certains concepts clés utilisés dans la présente étude ; car ils peuvent avoir de sens très différent selon la manière dont on les envisage. Ainsi, pour mieux cerner la portée de chaque concept développé dans cette dissertation, il est nécessaire de reprendre successivement tous les termes clés qui composent l'intitulé du sujet d'étude et de les définir pour faciliter une meilleure compréhension au lecteur habitué à la littérature juridique et étrangère en ce domaine. Cependant, dans le premier temps, nous procéderons à une brève analyse de trois concepts influents de cette recherche. Il s'agit de système pénitentiaire (A), du mineur (B) et de la réinsertion sociale (C).

A. Système pénitentiaire

Le système pénitentiaire désigne l'organisation des prisons et les principes gouvernant la répartition des détenus dans les différents établissements en vue de les traiter. Son rôle, à travers son administration, consiste de préparer la réinsertion du délinquant ; elle a pour but essentiel l'amendement et le reclassement du condamné. En effet, en réadaptant l'individu, l'on assure la protection de la société et l'on prévient la récidive ; le sens donné à la peine détermine le regard du citoyen sur la prison, le regard du détenu sur son temps de détention, le regard du personnel pénitentiaire sur les missions qui lui incombent ; la peine est un moyen à la fois de réparation pour les victimes et de protection de la société.

Bref, le système pénitentiaire a pour missions de participer à l'exécution des décisions et sanctions pénales et au maintien de la sécurité sociale ; il favorise la réinsertion sociale des personnes qui lui sont confiées par l'autorité judiciaire ; il est organisé de manière à assurer l'individualisation des peines.

B. Mineur

Le concept mineur est riche en signification selon le domaine ; et il prête même une confusion avec le concept enfant, alors qu'ils agissent de deux concepts différents ; en effet, le sens qui nous retient le plus dans cette étude, est bel et bien le sens juridique ; en droit congolais, la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la constitution, à son article 41, précise que : « l'enfant mineur est toute personne, sans distinction de sexe, qui n'a pas encore atteint 18 ans révolus ». Cette même définition est aussi développée par la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant dans son article deuxième. Cependant, selon l'article 2 de la même loi précitée, tel que renchérit aussi Jacques FIRENS, on peut catégoriser plusieurs types d'enfants, notamment l'enfant déplacé, l'enfant réfugié, l'enfant en situation difficile, l'enfant en situation exceptionnelle, l'enfant avec handicap physique ou mental, l'enfant séparé, l'enfant en conflit avec la loi, l'enfant rejeton, l'enfant terre-glaïse, l'enfant planète, l'enfant victime, l'enfant héros, l'enfant menace...

Ainsi, de tout ce qui précède, précisons que l'enfant mineur qui intéresse cette étude est uniquement « l'enfant en conflit avec la loi » c'est-à-dire l'enfant mineur qui a commis le manquement qualifié d'infraction à la loi pénale et qui mérite un placement dans l'EGEE.

C. Réinsertion sociale

La réinsertion sociale est un processus mis en place, pour permettre aux individus vivant dans des situations difficiles de retrouver une certaine dignité ; l'objectif est de permettre aux personnes isolées et exclues de la société de trouver un travail et de nouer des liens sociaux afin de retrouver une autonomie personnelle, professionnelle et de retrouver une confiance en soi ; ce processus passe par la mise en place d'un certain nombre d'interventions ; celles-ci ont pour rôle de les aider à devenir autonomes et à mieux s'intégrer dans la communauté ; elles prennent en compte par exemple la formation professionnelle, l'inclusion à des ateliers, ou encore à un projet socioéducatif dont le but est de favoriser l'insertion sociale et professionnelle. Il faut noter que le processus de réinsertion sociale doit être adapté à chaque individu en fonction de sa personnalité et ne doit pas être forcé ; c'est pour cela qu'il doit exister des structures d'insertions composées des professionnels formés pour aider les personnes placées sous la main de la justice.

Retenons que la notion de réinsertion sociale peut être appréhendée sous plusieurs aspects notamment l'aspect organisationnel, l'aspect occupationnel, aspect relationnel, ainsi de suite ; s'agissant de son aspect organisationnel, il est question ici de trouver des solutions pour combler les besoins primaires de l'individu, tels que l'accès à l'eau, à la nourriture, aux sanitaires, aux vêtements, au logement ; car l'enfant est l'acteur principal.

Pour ce qui est de l'aspect occupationnel, la réinsertion sociale vise surtout à trouver une occupation pratique qui peut aider l'individu à gagner de l'argent et/ou à se sentir utile à la communauté ; il peut ainsi suivre une formation, trouver un travail ou faire même du bénévolat ; ces éléments sont essentiels dans le processus de réintégration sociale, car être occupé permet à l'individu d'avoir une meilleure estime de lui-même, de développer son tissu social ; de plus, une occupation peut lui apporter une nouvelle source de revenus, ainsi, l'insertion par l'activité est considérée comme l'une des meilleures façons de lutter contre l'isolement. Enfin, quant à l'aspect relationnel, la réinsertion sociale intègre la mise en place d'outils visant à aider l'individu à entretenir des relations saines avec son entourage notamment sa famille et ses pairs. Il faudra surtout l'aider à plus s'impliquer dans sa communauté en participant à la vie sociale de celle-ci.

II. APERÇU GENERAL DE L'ETABLISSEMENT DE GARDE ET DE L'EDUCATION DE L'ETAT DE BIFAY-FAY (PROVINCE DE LA TSHOPO)

Dans ce point, il est question de parler de l'historique de l'EGEE de Bifay-Fay en premier lieu, puis nous allons donner sa situation géographique en deuxième lieu, en suite de son fonctionnement en troisième lieu et dernier lieu, nous allons mettre un accent sur son personnel.

A. Aperçu historique

Rappelons qu'à l'époque coloniale, la seule législation qui régissait la question de la délinquance juvénile était le décret du 06 décembre 1950 sur l'enfance délinquante, qui à ce jour, est remplacé par la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant. Il aurait fallu attendre 4 ans plus tard pour être mise en place l'ordonnance n°3-140 du 23 Avril 1954 portant régime des établissements de garde et d'éducation de l'État, qui a institué l'EGEE de Nyangara dans l'ancien district de Haut-Uélé, actuellement province de Haut-Uélé.

Cet EGEE de Nyangara coiffait l'ancienne province orientale toute entière ; ce n'est qu'après l'indépendance, quelques années plus tard, soit en 1975 que cet EGEE sera supprimé pour être remplacé par l'EGEE de Bifay-Fay sur pied de l'arrêté départemental 173/75 du 13 octobre 1975 portant création d'un établissement de garde et d'éducation de Bifay-Fay dans la province de Haut Zaïre actuellement province de la Tshopo.

B. Aperçu géographique

L'EGEE de Bifay-Fay devrait normalement fonctionner au PK 5 de la prison centrale d'Osiod'où l'on a construit ses infrastructures bien qu'inachevées ; il est traversé d'une rivière au nom de Bifay-Fay d'où le nom baptisé à cet établissement. A cet effet, actuellement on l'a ramené sur l'avenue général Mulamba n°7, dans la commune de la Makiso, en annexe de la prison centrale de Kisangani ; il est situé au sud par l'avenue musibasiba, au nord par l'avenue de Cocotier et à l'Est par l'avenue Barlovate.

C. Fonctionnement

Le fonctionnement de l'EGEE de Bifay-Fay présente des sérieux défis liés d'une part à ses infrastructures et à son budget d'autre part.

1. Infrastructures

Quant aux infrastructures, l'EGEE de Bifay-fay ne dispose d'aucun bâtiment propre ; il œuvre actuellement en annexe de la prison centrale de Kisangani avec un seul dortoir ou un seul quartier homme ayant une capacité d'accueil de 100 enfants ; pour ce qui concerne les mineures filles, elles sont mises ensemble avec les femmes majeures dans le quartier des filles se trouvant dans l'enceinte de la prison centrale de Kisangani.

2. Budget

Quant au budget, l'EGEE de Bifay-fay est dépourvu des moyens financiers, ce qui rend impossible d'atteindre des missions lui confiées, celles non seulement d'accueillir les enfants ayant commis les manquements mais aussi et surtout de favoriser leur amendement en vue de préparer leur réinsertion sociale ; faute des moyens financiers, il ne donne aux enfants aucun accès à la nourriture ; ces derniers ne dépendent que de la nourriture de la prison centrale, composée de fufu au haricot bouilli sans ingrédient, à une quantité insuffisante mesurable dans une boîte de tomate; elle est servie qu'une seule fois par jour et aux environs de 15h à 17h ; l'EGEE de Bifay-fay ne dispose pas d'uniforme pour les enfants ; ces derniers sont vêtus soit par leurs membres de famille, soit par les communautés religieuses soit encore par quelques personnes de bonne foi (ONG, ASBL) ; les enfants passent nuit sur des nattes, des bâches et d'autres à même le sol ; ils ne bénéficient d'aucune activité pouvant préparer leur retour.

D. Personnel

D'après son organigramme, il devrait être composé d'un personnel de plus de 20 agents ; malheureusement il ne dispose actuellement que 8 agents dans son ensemble dont un directeur, un directeur adjoint, un secrétaire ainsi que cinq indicateurs qui ne donnent aucune formation.

II. ANALYSE CRITIQUE DU SYSTEME PENITENTIAIRE CONGOLAIS POUR MINEURS : CAS DE L'EGEE DE BIFAY-FAY

Dans ce point, nous allons d'un côté analyser le système pénitentiaire congolais pour mineur en général et de l'autre côté, nous allons critiquer ledit système par rapport aux réalités observées dans l'EGEE de Bifay-Fay.

A. Analyse du système pénitentiaire congolais pour mineurs

En RDC, le texte qui régit le système pénitentiaire congolais pour mineur est l'ordonnance 3-140 du 23 Avril 1954 portant régime des établissements de garde et d'éducation de l'État. Cependant, le système pénitentiaire pour mineurs a pour mission non seulement d'accueillir les enfants en conflit avec la loi afin d'exécuter leurs peines mais aussi et surtout, de favoriser leur amendement, leur resocialisation en vue de leur réinsertion sociale ; il est organisé de manière à assurer le traitement des enfants en conflit avec la loi afin de protéger la société contre la récidive, tels que veulent la lettre et l'esprit de l'article 11 de l'ordonnance précitée, qui précise que :

"[...] les mineurs sont repartis en deux catégories selon qu'ils ont au moins 14 ans, au sein de ces catégories, le directeur de l'établissement peut créer des groupes d'après l'âge, le caractère, l'instruction et la moralité des mineurs ; pendant leur séjour à l'établissement les mineurs reçoivent une formation morale, scolaire et professionnelle ».

De ce fait, tous les enfants en conflit avec la loi, bien que placés dans l'EGEE, doivent être traités avec respect dû à la valeur inhérente à l'être humain, car la justice pour mineurs est une justice non seulement rationnelle mais aussi humaine ; et ce traitement des enfants en conflit avec la loi placés dans l'EGEE n'est possible que grâce à la mise en œuvre des mécanismes de traitement dans les uns sont des préventions et les autres thérapeutiques.

1. Mécanismes de prévention

Les mécanismes de prévention visent :

- A écarter les détenus qui, en raison de leur passé criminel ou de leur mauvaise disposition, d'exécuter une influence fâcheuse sur les codétenus ;
- A répartir les détenus en groupes afin de faciliter leur traitement en vue de leur réadaptation sociale et aussi pour éviter la contamination criminelle ;

C'est dans cette optique Le Poittevin soutient que l'individualisation de la sanction vise l'amendement des délinquants éducatifs et la mise à l'écart des délinquants irrémédiablement dangereux⁵¹. Parmi ces mécanismes de prévention, on peut trouver d'un côté le classement ou la classification des détenus qui consiste à examiner la documentation de chaque détenu et à faire l'inventaire du niveau de supervision de chaque détenu par le directeur pénitentiaire ; et de l'autre, la séparation ou la catégorisation qui vise à répartir les détenus en groupe, afin de faciliter leur traitement en vue de leur réadaptions sociale en tenant compte de l'âge, du sexe, de la personnalité de détenu.

2. Mécanismes thérapeutiques

Le mot thérapeutique est l'ensemble des moyens propres à guérir ou à soulager les maladies ; autrement dit, une manière choisie de traiter une maladie⁵². Ce traitement des jeunes placés dans un établissement doit avoir pour but, autant que la durée de la condamnation le permet de créer en eux la volonté et les aptitudes qui mettent à eux même, après leur libération, de vivre en respectant la loi et de subvenir à leurs besoins ; ce traitement doit être de nature à encourager le respect d'eux-mêmes et à développer leur sens de la responsabilité. C'est dans cette optique, que les jeunes délinquants placés en institution de garde reçoivent l'aide, la protection et toute l'assistance sur le plan social, éducatif, professionnel, psychologique, médical et physique qui peuvent leur être nécessaire eu égard à leur âge, à leur sexe et à leur personnalité et dans l'intérêt de leur développement harmonieux.

Ce traitement thérapeutique n'est rendu possible que par l'amélioration des conditions de vie des détenus, entre autre les services médicaux, les conditions d'hygiène et l'alimentation, vêtement et literie, de visite et contact avec l'extérieur d'une part et par l'organisation des certaines activités telles qu'éducatives (maçonnerie, la menuiserie, une formation médicale, la coupe et couture, la mécanique, la savonnerie, la pâtisserie etc.), professionnelles, récréatives et culturelles (sport, le poème de concours de danse etc.), religieuse ou morale d'autre part.

B. Critique du système pénitentiaire congolais pour mineurs dans l'EGEE de Bifay-Fay

Dans ce point, il nous sera question d'examiner les règles existantes en matière de gestion pénitentiaire par rapport aux réalités observées à l'EGEE de Bifay-fay afin de tirer des conclusions celles de savoir si le système pénitentiaire assure ou pas le traitement des enfants en vue de préparer leur réinsertion sociale et à la fin, nous allons proposer quelques solutions susceptibles d'amélioration. De ce fait, cette critique portera sur les mécanismes de prévention d'un côté ainsi que les mécanismes thérapeutiques de l'autre côté ; néanmoins, donnons, avant tout, les statistiques judiciaires du tribunal pour d'enfants ainsi que celles de l'EGEE de Bifay-fay.

1. Statistiques judiciaires

Tableau n°1 : Nombre des cas enregistrés depuis la création du T.P.E (2013) jusqu'à 2022⁵³

Nombre des cas enregistrés de 2013 à 2022	Nombre des cas non prononcés	Nombre des décisions d'acquittements	Les dossiers condamnés mais réprimandés et renvoyés aux parents	Nombre des condamnations et placement dans l'EGEE
Du 27/6/2013 au 31/12/2022 le tribunal a enregistré 2025 dossiers	697cas	596 cas	407 cas	325 cas
soit 100%	34,41...%	29,43...%	20...%	16...%

⁵¹ A. LE POITTEVIN, *L'individualisation de la peine*, Paris, Dalloz, 2000, p.5.

⁵² *Dictionnaire Larousse*, v^o "Thérapeutique".

⁵³ Source : Greffe pénal du TPE/KIS.

Commentaire du tableau 1

L'analyse ce tableau montre que ce sont des cas non prononcés qui dominant soit 34,41 %; et ce sont des dossiers soit classés sans suite, soit ayant connus la médiation, soit encore ayant été entravés par le civilement responsable de l'enfant. Les décisions d'acquittement viennent en deuxième position soit 29,43...%; ce sont des cas dans lesquels les faits ne sont pas établis en fait comme en droit. En troisième position, soit 20...%, viennent les décisions où le juge pour enfants condamné en fait comme en droit mais il a seulement réprimandé l'enfant et le renvoyant à son civilement responsable a fin de l'éduquer et de le surveiller dans l'avenir. En dernière position, soit 16...%, sont des décisions où le juge pour enfants a condamné en ordonnant le placement de ce dernier dans l'EGEE ; et ce sont ces cas, qui retiennent notre particulière attention et constitue même l'assiette de notre recherche.

Tableau n°2 : Nombre des cas par année de placement dans l'EGEE de Bifay-Fay⁵⁴

Nombre des cas de placement dans l'EGEE	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
De 2013 à 2022 : 325 cas	22 cas	38 cas	31 cas	43 cas	40 cas	34 cas	36 cas	28 cas	33 cas	21 cas

Commentaire du tableau 2

L'analyse de ce tableau renseigne que l'année 2016 était celle qui a connu un taux de fréquence très élevé, soit 13,2% ; suivi de l'année 2017 une fréquence de 12,3...% ; après c'est l'année 2014 avec un taux de 11,6%, ensuite c'était l'année 2019 avec 11...% ; suivi de l'année 2018 avec 10,4%. En sixième position, vient l'année 2021 avec un taux de 10,1%, puis l'année 2015 avec une fréquence de 9,5%, en huitième position, vient l'année 2020 avec un taux de fréquence de 8,6...%, en neuvième position vient l'année 2013 avec une fréquence de 6,7%.et en dernière position vient l'année 2022 avec une fréquence de 6,4%.

Tableau n°3 : Nombre total des cas placés à l'EGEE de Bifay-Fay jusqu'à l'empirement de la peine (2013 à 2022)⁵⁵

Nombre total des cas de placement	Nombre d'évasion	Nombre des cas de révision puis renvoyés aux parents	Nombre des cas purgés
325 cas	88 cas	140	97
Soit 100%	27...%	43, ...%	29,8...%

Commentaire du tableau 3

L'examen de ce tableau démontre que, sur le total de 325 cas des décisions ordonnant le placement dans l'EGEE, ces enfants n'ont pas purgés leurs peines dans l'ensemble ; 88 enfants soit 27% ont été évadés, d'autres ont vu leurs décisions être réexaminées par la procédure de révision et ensuite être renvoyés aux parents soit 43% ; et il y a que 97 enfants en conflit avec la loi, soit 29,8%, qui ont purgés réellement leur séjour de placement.

Tableau n°4 : Nombre des cas de récidive par année (2013-2022)⁵⁶

Nombre total des cas ayant été purgés	Total de récidives	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
97	33	0	5	3	6	1	8	3	2	3	2
100%	34%										

⁵⁴ Source : Greffe pénal du TPE/KIS.

⁵⁵ Source : Secrétariat de l'EGEE de Bifay-Fay à travers le rapport de service de statistique judiciaire.

⁵⁶ Source : Secrétariat de l'EGEE à travers le rapport des services de statistique judiciaires.

Commentaire tableau 4

L'analyse de ce tableau précise que sur le total de 97 cas ayant purgés définitivement leur séjour de placement dans l'EGEE de Bifay-Fay, 33 ex-détenus mineurs (enfant en conflit avec la loi) ont été encore placés de nouveau dans l'EGEE de Bifay-Fay. Ce qui explique la récurrence des mineurs à un taux de 34...% et cela suivant l'ordre annuel :

- Année 2018 occupe la première place, avec un taux élevé de récurrence jusqu'à 24,24%
- A la deuxième place, vient l'année 2016 avec un taux de récurrence de 18,18%
- En troisième position, s'affiche l'année 2014 avec un taux de récurrence à 15,15%
- En quatrième place, se trouvent les années 2015, 2019 et 2021, avec un taux de récurrence de 9,09% ;
- En cinquième lieu, viennent les années 2020 et 2022, avec un taux de 6,06% ;
- En sixième position, se classe l'année 2017, avec un taux de 3,03% ;
- En dernier classement, on trouve l'année 2013, avec un taux de 0%.

2. Critique sur les mécanismes de traitement des enfants placés dans l'EGEE de Bifay-Fay

Signalons encore que l'amendement, la resocialisation en vue de la réinsertion sociale n'est possible que par le traitement des enfants en conflit avec la loi, pendant leur séjour dans l'EGEE ; et ce traitement passe par la mise en œuvre des mécanismes de traitement dont les uns sont des préventions et d'autres thérapeutiques.

Rappelons que les mécanismes de prévention visent :

- D'écarter les détenus qui, en raison de leur passé criminel ou de leurs mauvaises dispositions, exerceraient une influence fâcheuse sur leurs codétenus ;
- De répartir les détenus en groupes afin de faciliter leur traitement en vue de leur réadaptation sociale et aussi pour éviter la contamination criminelle ; dans cette optique, Le Poittevin soutient que l'individualisation de la sanction vise l'amendement des délinquants éducatifs et la mise à l'écart des délinquants irrémédiablement dangereux ; parmi les mécanismes de prévention, nous pouvons citer le classement ou la classification, la séparation ou la catégorisation des détenus.

Cependant, dans l'EGEE cela n'est pas le cas ; il constitue un milieu qui ne correspond pas ni à leurs besoins et ni à leurs programmes ; ils ne reçoivent aucun programme d'accompagnement, aucune garantie sécuritaire n'est assurée à cause de vétusté des infrastructures ; ce qui fait qu'il ait plusieurs cas d'évasions dont le bilan nous renseigne un nombre de 88 cas sur un total de 325 cas de placement soit 27% des cas d'évasion.

Les enfants sont tous ensemble sans être repartis en tenant compte ni de l'âge, ni de la personnalité du délinquant ; ceci se justifie du fait que l'EGEE de Bifay-Fay présente un sérieux problème en terme d'infrastructures ; il n'est disposé qu'un seul quartier (pour les mineurs garçons) ayant une capacité d'accueil de 100 enfants ; et pour ce qui concerne, les mineures filles, elles sont placées ensemble avec les femmes majeures dans le même quartier des femmes se trouvant dans l'enceinte de la prison centrale de Kisangani. Eu égard à cela, nous pouvons dire qu'il y a possibilité de connaître au sein de l'EGEE de Bifay-Fay, ce qu'on appelle la contagiosité criminelle.

a. Mécanismes thérapeutiques

Les mécanismes thérapeutiques sont des moyens propres à guérir ou à soulager les malades qui sont les délinquants ou enfants en conflit avec la loi ; ils visent l'amendement, la resocialisation en vue de la réinsertion sociale des ex-détenus mineurs. Ces mécanismes sont rendus possible que par l'amélioration des conditions des vies des détenus d'une part et par l'organisation des certaines activités visant la réinsertion sociale d'autre part.

b. Mesures d'améliorations des conditions des détenus.

Parmi ces mesures, nous pouvons retenir les mesures liées aux services médicaux, à l'hygiène, à l'alimentation, aux vêtements, à la literie, à la visite et au contact avec extérieur. Cependant, l'EGEE de Bifay-Fay ne dispose d'aucun centre médical, ni un médecin qualifié pour les enfants ; ils ne bénéficient pas des soins médicaux ; étant ensemble, ils sont exposés à des maladies contagieuses ; par conséquent, nous pouvons dire que l'EGEE de

Bifay-Fay s'est transformé à un véritable mouvoir.

Pour ce qui est de l'hygiène, l'EGEE de Bifay-Fay dispose quand même quelques installations hygiéniques mais qui ne sont plus en bon état ; elles sont presque bouchées dans la majorité, aussi il y a l'inaccessibilité en eau potable. Concernant la nourriture, l'EGEE de Bifay-Fay, faute des moyens non alloués par le gouvernement, ne sait pas trouver de quoi à manger pour les enfants ; ils dépendent de la nourriture de la prison centrale ; ils ne mangent uniquement de haricot bouilli sans ingrédient avec le fufu, une fois par jour et généralement à 16 heures avec une quantité très insuffisante mesurable à une boîte de tomate et avec une petite boule de fufu par mineur.

Quant à l'uniforme, l'EGEE de Bifay-fay ne dispose d'aucune marque d'uniforme ; les enfants sont vêtus soit par leurs membres de famille, soit encore par quelques ONGS voire toute personne de bonne volonté ; ils ne disposent d'aucun lit, exceptés trois matelas ; la majorité des enfants passent nuit sur des bâches d'autres à même le sol. S'agissant de la visite, les enfants reçoivent quand même de la visite mais moyennant l'argent pour être autorisés à visiter ces derniers.

c. Organisation des certaines activités

Rappelons qu'en vue de préparer la réinsertion sociale des ex-détenus mineurs, le système pénitentiaire congolais pour mineur devrait organiser certaines activités telles que éducatives (la maçonnerie, la menuiserie, la formation médicale, la coupe et couture, la mécanique, la pâtisserie, la savonnerie, etc....), professionnelles (le métier), récréatives ou culturelles (le sport, poème, le concours de danse, etc....), religieuses ou morales (le culte). Cependant, pour ce qui est de l'EGEE de Bifay-Fay, sur 325 enfants en conflit avec la loi y placés, aucun n'a bénéficié d'une activité éducative, professionnelle, culturelles ou récréative, exceptés le foot et le culte qui se font mais de manière isolée.

Conclusion

La délinquance juvénile se présente en ce jour comme étant un problème social de caractère universel ; raison pour laquelle, la protection des mineurs est assurée non seulement sur le plan interne mais aussi sur le plan international. Cependant, le gouvernement congolais ne doit pas prendre à la légère cette problématique de la délinquance juvénile des enfants congolais ; car, les manquements qualifiés d'infractions commis par ces enfants en conflit avec la loi, constituent, non seulement un danger ou une menace contre la paix sociale ou l'ordre public mais aussi un danger permanent contre leur propre avenir ; d'où la nécessité de l'intervention du pouvoir public en les plaçant dans l'EGEE, afin de protéger la société en danger et aussi de sauver leur avenir.

Certes, tout en les plaçant dans l'EGEE, le pouvoir public doit veiller au respect des règles de droit relatifs aux conditions d'emprisonnement, des règles relatives aux droits des détenus, de la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant, de l'ensemble des règles minimales des Nations-Unies concernant l'administration de la justice pour mineur, de l'ordonnance 3- 140 du 23 Avril 1954 portant régime pénitentiaire des établissements de garde et d'éducation de l'enfant, en mettant en place d'un côté les mécanismes de prévention tels que le classement ou classification des détenus, la séparation ou la catégorisation des détenus et de l'autre côté les mécanismes thérapeutiques tels que l'amélioration des conditions de vie des détenus, l'organisation des certaines activités éducatives (la maçonnerie, la mécanique, la savonnerie, la coupe et couture, la pâtisserie, une formation médicale, une formation en informatique), professionnelles (le métier), récréatives et culturelles (le sport, le poème, le concours de danse etc.), religieuses ou morales (le culte) pouvant favoriser leur réinsertion sociale car le rôle primordial d'un système pénitentiaire est de favoriser l'amendement, la resocialisation des détenus en vue de leur réinsertion sociale ; tel que vise l'article 11 alinéa 2 de l'ordonnance 3-140 du 23 Avril 1954 portant régime pénitentiaire des établissements de garde et d'éducation de l'État, précisant que « pendant leur séjour à l'établissement, les mineurs reçoivent une formation scolaire, morale et professionnelle ».

Une situation paradoxale s'observe dans le système pénitentiaire congolais pour mineurs en général, plus particulièrement dans celui de la province de la Tshopo où l'EGEE de Bifay-fay, faute d'application de l'article 11 de l'ordonnance précitée provoque plutôt la récurrence des mineurs, en lieu et place de favoriser l'amendement, la resocialisation en vue de la réinsertion des ex- détenus mineurs.

L'EGEE de Bifay-fay, dépourvu des moyens financiers, n'est pas en mesure de s'impliquer dans le

traitement des mineurs placés à sa disposition en vue de préparer leur réinsertion sociale ; ces derniers vivent dans des conditions très précaires où ils s'exposent non seulement à la contamination criminelle mais aussi celle des maladies car ils sont toujours ensemble sans aucun critère de séparation des détenus ; tout est difficile pour eux, ils passent nuit sur des bâches, pour les nourrir, l'EGEE dépend de la ration de la prison centrale de Kisangani composée d'haricot bouilli sans ingrédients avec le fufu, mesurable dans une petite boîte de tomate ; aucun centre médical pour les enfants, aucune sécurité n'est garantie dû à la vétusté des infrastructures ; ils ne bénéficient d'aucune activité éducative, professionnelle, culturelle, morale pouvant préparer leur réinsertion sociale ;

Les résultats de nos recherches prouvent que l'EGEE de Bifay-Fay s'est transformé à un véritable mouvoir, à une nouvelle école de criminalité et par conséquent provoque la récidive des ex-détenus mineurs ; ceci est démontré par le bilan de nos recherches, qui renseigne que dans une période de 2013 à 2022, L'EGEE de Bifay-fay a placé 325 enfants en conflit avec la loi ; sur ce total, 88 cas d'évasion (soit 27 %), 140 cas de révisions puis renvoyés aux parents soit 43%, seulement 97 cas qui ont purgé leurs peines ; soit 29,8 %.

Sur le total 97 cas ayant jugés leurs peines, l'EGEE de Bifay-Fay a encore enregistré 33 cas de récidive des ex-détenus mineurs, soit 34...% de récidive provoquée par l'EGEE de Bifay-fay. Ainsi, puisque l'EGEE de Bifay-fay a échoué dans sa mission première, celle de favoriser la réinsertion sociale des ex-détenus mineurs en vue de protéger la société Tshopolaise contre la récidive des mineurs, nous proposons :

- doter à l'EGEE de Bifay-Fay des moyens nécessaires tant humains qualifiés que financiers pouvant lui permettre de préparer le retour des ex-mineurs détenus ; le cas contraire ;
- fermer de l'EGEE de Bifay-Fay étant dépourvu de moyens pour le remplacer avec les centres socio-éducatifs (tels que INPP, Foyer Social, Maison saint Laurent etc....) en les accompagnant pour leur fonctionnement.
- mettre en application de l'article 113 alinéa 2 qui stipule : « Condamner l'enfant en conflit avec la loi à un placement définitif jusqu'à sa majorité dans une famille d'accueil ou un couple de bonne moralité ou encore dans une institution privée agréée à caractère social, avec un programme (ou une mesure) d'accompagnement ;
- Réviser la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant spécialement à son article 113 alinéas 5.

- Références -

- EUVARD, E., "Introduction. La réinsertion sociale : construction d'un objet de recherche", (2021) 54 : 2 *Revue Criminologie*, 4-345.
- HAZAN, A., "Repenser le système pénal et pénitentiaire", (2020) 1 : 1 *Cahiers de la justice*, 5-11.
- LE POITTEVIN, A., *L'individualisation de la peine*, Paris, Dalloz, 2000.
- LIKULIA BOLONGO, *Droit et sciences pénitentiaires vers un traitement scientifique de la délinquance au Zaïre*, Kinshasa, PUZ, 1981.
- MBANZOULOU, P., *La réinsertion sociale des détenus ; de l'apport des surveillants de prison et des outils professionnels pénitentiaire*, coll. "Sciences criminelles, Paris, L'Harmattan, 2000.
- NYABIRUNGU MWENE SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*, éd. D.E.S, 2001.
- TSHIAMI, A., *système pénitentiaire en RDC : revoir les conditions carcérales*, Kinshasa éd de presse universitaire, 2009
- DES LAURIEN VARIN, N., "Enquête policière et techniques d'enquêtes : un regard scientifique", (2020) 53 : 1 *Revue la Criminologie*, 5-16.

Æ Æ

Æ

Le juge consulaire face à la compétence pénale du tribunal de commerce en République démocratique du Congo

*Jean-Pitié MUTOMBU KAYAKEZ**

*L. Landry YAV LELES***

*Richard KAFUKIS KAPEND****

*MULAND KATAL Joseph*****

*IKONGA KAPENDA Timothée******

RESUMÉ

Au sein des juridictions commerciales de la République Démocratique du Congo, le juge consulaire, qui n'est pas forcément juriste de par sa formation, siège aussi bien dans les affaires de droit privé que dans les affaires de droit répressif. Cette originalité de l'organisation judiciaire congolaise ne va pas sans susciter des interrogations lorsque l'on est appelé à se pencher sur les particularités de la loi pénale dont l'interprétation est voulue « stricte ». S'agit-il d'une pure formalité dont les conséquences pèsent sur le seul juge permanent ou de l'inadvertance du législateur congolais quant à l'orientation de la gestion du contentieux commercial au point de vue répressif? La présente réflexion tente de s'approprier la question en posant ses valises sur le Tribunal de commerce de Kolwezi. Elle passe en revue la composition du Tribunal de commerce en vue de ressortir son caractère hybride, le champ pénal du Tribunal de commerce en RDC et le juge consulaire face aux spécificités du droit pénal.

Mots clés : *Juge consulaire – compétence pénale – Tribunal de commerce - Juge permanent.*

ABSTRACT

In the commercial courts of the Democratic Republic of Congo, the consular judge, who is not necessarily a lawyer by training, sits in both private and criminal law cases. The originality of the Congolese judicial system raises a number of questions when it comes to the particularities of criminal law, which is intended to be interpreted 'strictly'. Is this a pure formality, the consequences of which are the sole responsibility of the permanent judge, or is it an oversight on the part of the Congolese legislator as to the direction in which commercial litigation should be managed from a repressive point of view? This paper attempts to address this question by focusing on the Commercial Court of Kolwezi. It reviews the composition of the Commercial Court with a view to highlighting its hybrid nature, the criminal scope of the Commercial Court in the DRC and the consular judge faced with the specificities of criminal law.

Keywords : *Consular judge - Criminal jurisdiction - Commercial court - Permanent judge.*

* Assistant de second mandat à l'Université de Kolwezi, Ancien avocat au Barreau du Haut-Katanga, Substitut du Procureur de la République.

** Chargé des cours à l'Université de Kolwezi et Défenseur judiciaire près le Tribunal de grande instance de Kolwezi.

*** Assistant de second mandat à l'Université de Kolwezi, Ancien avocat au Barreau du Haut-Katanga, Substitut du Procureur de la République.

**** Chef de Travaux à l'Université de Kolwezi et Défenseur judiciaire près le Tribunal de grande instance de Kolwezi.

***** Assistant de second mandat à l'Université de Kolwezi, Ancien Avocat au Barreau du Haut-Katanga, Substitut du Procureur de la République.



- Plan de l'article -

Introduction

I. COMPOSITION DU TRIBUNAL DE COMMERCE

A. Magistrats du tribunal de commerce

1. Magistrats professionnels : "juges permanents"

2. Magistrats non professionnels : "juges consulaires"

B. Ministère public siégeant au Tribunal de commerce

C. Accès aux fonctions de juge consulaire

1. Éligibilité aux fonctions de Juge consulaire

2. Élection et mandat du juge consulaire

3. Incompatibilités aux fonctions de juge consulaire

II. CHAMP PENAL DU TRIBUNAL DE COMMERCE EN RDC

A. Compétence matérielle du Tribunal de commerce

1. Infractions à la législation commerciale

2. Infractions à la législation économique

B. Justiciables devant le Tribunal de commerce (compétence personnelle)

III. JUGE CONSULAIRE ET SPÉCIFICITÉS DU DROIT PÉNAL

A. Maîtrise du droit pénal de fond

B. Maîtrise du droit pénal de forme

C. Cas connus par le Tribunal de commerce de Kolwezi en matière répressive

Conclusion

Références



Introduction

Juridictions de l'ordre judiciaire¹, à caractère spécialisé², les juridictions de commerce telles que connues aujourd'hui en RDC sont l'émanation de la loi n° 002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce, telle que modifiée par la Loi n°23/061 du 10 décembre 2023 (entrée en vigueur depuis le 1^{er} mars 2024 conformément à son article 5), après l'exaucement d'un vœu longtemps exprimé³ par les hommes d'affaires qui se plaignaient de l'iniquité caractéristique des condamnations⁴ dont ils faisaient l'objet de la part des juges de carrière. En effet, dans le souci d'adapter la justice aux exigences de célérité et de spécialité⁵ qui caractérisent les affaires économiques en général, et les affaires commerciales en particulier, le législateur congolais a été conduit à instituer ces juridictions appelées à prendre en charge aussi bien le contentieux de droit privé que celui de droit pénal liés à la vie commerciale et économique.

Ainsi, au sein de ces juridictions, le législateur a préféré que la gestion desdits contentieux soit assurée par une composition judiciaire comprenant à la fois un magistrat professionnel ou de carrière (juge permanent) et deux magistrats non professionnels, autrement appelés "juges consulaires".

Contrairement à toutes les législations de la famille romano-germanique ayant inspiré la législation congolaise (de la Belgique et de la France), dans lesquelles les infractions économiques et commerciales sont de la compétence du juge de droit commun (juge ordinaire) et non du juge spécialisé en matière de commerce, le législateur congolais a fait du Tribunal de commerce "la juridiction compétente pour sanctionner les infractions à la législation commerciale et économique⁶". Par ailleurs, il se dégage de cette option du législateur congolais, la question d'identifier les raisons ayant conduit ce législateur à attribuer la compétence pénale au Tribunal de commerce dès lors que l'on sait, certains magistrats siégeant dans sa composition, bien entendu les juges consulaires, n'ont pas une formation juridique (relative au droit pénal) dont les contours aussi bien du point de vue fond que du point de vue forme exigent du juge des sollicitudes extrêmes. Bien aussi, les interrogations tournent autour de la contribution de ces juges si l'on sait qu'en pratique, leur attitude passive, nourrie d'un complexe d'ignorance avouée, semble légitimer

¹ Article 6, alinéa 1 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

² Le Tribunal de commerce est une juridiction spécialisée parce qu'il a une compétence limitée à un domaine déterminé (domaine commercial et économique) et à l'égard d'une catégorie de personnes données (les commerçants, les opérateurs économiques).

³ LUZOLO BAMBI LESSA ET BAYONA Ba MEYA, *Manuel de procédure pénale*, PUC, Kinshasa, 2011, p. 119 (1). Voir également LUZOLO BAMBI LESSA, *Traité de droit judiciaire : la justice congolaise et ses institutions*, coll. "Centre de Recherche sur la Justice Transitionnelle (CRJT)", Kinshasa, éd. PUC, 2018, p. 313 (2).

⁴ La doctrine ne partage pas cette analyse car, estime cet auteur, l'un des moyens indispensables pour éviter les décisions iniques consisterait à améliorer les traitements des juges (magistrats) : Téléphore KAVUNDJA N. MANENO, « Problématique de l'existence des Tribunaux de commerce et du travail en droit congolais », in *Revue de la Faculté de Droit de l'UNIGOM*, n° 1, 2016, online, p. 186).

⁵ Parlant de spécificités du droit commercial, Daniel Bert et Frédéric Planckeel notent que « *Les règles du droit commercial sont axées vers la liberté, la rapidité, la sécurité et l'accès au crédit* » : Daniel BERT et Frédéric PLANCKEEL, *L'essentiel du Droit commercial et des affaires*, 1^{ère} éd., Paris, Gualino, 2017-2018, p. 14.

⁶ Article 17, alinéa 2 de la loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce.

le pouvoir du juge de carrière qui semble se considérer face à ces derniers comme étant en position de supériorité.

Combinant les approches à la fois juridique, historique et comparative, la présente réflexion aborde préalablement la composition du Tribunal de commerce en vue de ressortir son caractère hybride (I), le champ pénal du Tribunal de commerce en RDC (II) et débouche sur le juge consulaire face aux spécificités du droit pénal (III).

I. COMPOSITION DU TRIBUNAL DE COMMERCE

Les tribunaux de commerce, note la doctrine⁷, trouvent leur origine au XIV^{ème} siècle dans les juridictions qui siégeaient temporairement devant les grandes foires européennes avant de devenir permanentes. Leur origine lointaine remonte dans les Républiques marchandes de Gênes et de Venise, pour trancher les litiges qui opposaient les marchands faisant commerce de produits et denrées en provenance de l'Orient. Pour vider rapidement ces litiges, on avait institué la juridiction des "juges consuls" qui avait cette particularité d'être composée de juges élus par les commerçants de la place. De là, d'ailleurs, l'expression "juridictions consulaires" utilisée encore de nos jours pour désigner les tribunaux de commerce. En effet, les parties en conflit y défendaient leurs intérêts en qualité de commerçants dans une logique faisant une place prépondérante aux intérêts de la corporation, conçue de telle manière que la raison ou le tort attribué à un plaideur dépendait de sa compatibilité avec l'intérêt général⁸.

A. Magistrats du tribunal de commerce

Aux termes de l'article 3 de la loi n° 002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce telle que modifiée et complétée à ce jour, le tribunal de commerce comprend les magistrats de carrière, appelés "juges permanents" et les magistrats non professionnels, appelés "juges consulaires".

1. Magistrats professionnels ou de carrière : "juges permanents"

Ils sont recrutés par concours pour faire carrière dans les juridictions et parquets. Ils doivent remplir strictement les conditions requises par le statut des magistrats⁹. Celles-ci se rapportent à la nationalité, aux études (licence ou doctorat en droit) et à la moralité. Contrairement à l'ancienne formulation qui prévoyait la désignation, la nomination et la révocation du Président dudit Tribunal par le Ministre de la justice¹⁰, la Loi du 10 décembre 2023 dispose que le Président du Tribunal de commerce sera nommé, relevé de ses fonctions, et le cas échéant révoqué par ordonnance du Président de la République sur proposition du Conseil Supérieur de la Magistrature (CSM) parmi les

⁷ T. KAVUNDJA N. MANENO, préc., note 4, p. 181.

⁸ LUKOMBE NGHENDA, *Le Règlement du contentieux commercial. Les Tribunaux de commerce*, t.1, Kinshasa, PFDUC, 2005, p. 30.

⁹ Article 1^{er} de la loi n° 06-020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats telle que modifiée et complétée par la loi n° 15/014 du 1^{er} août 2015.

¹⁰ Article 2 de la loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil Supérieur de la Magistrature.

Magistrats ayant au moins le grade de président du Tribunal de commerce ou son équivalent¹¹.

Toutefois, en pratique et même avant la loi de 2023, les juges permanents étaient toujours affectés par le Conseil Supérieur de la Magistrature. À noter qu'à ce jour, le Tribunal de commerce de Kolwezi, par exemple, compte en son sein un Président désigné par le ministre de la Justice et 4 juges permanents affectés par le Conseil Supérieur de la Magistrature.

Le juge permanent préside la chambre lorsqu'il s'agit des affaires qui touchent à l'ordre public notamment¹² : les faillites et concordats judiciaires, les contentieux relatifs aux contrats de société, les actions en matière de concurrence, les contestations relatives aux affaires dans lesquelles un ou plusieurs défendeurs ont été caution ou signataires d'un chèque bancaire, d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

2. Magistrats non professionnels : "juges consulaires"

Selon Roger Perrot, il est difficile de ne rendre la justice que par des magistrats de carrière. En certaines matières très spécialisées où les usages tiennent une place importante et où les textes précisent une technicité particulière, il est souvent indispensable de faire appel à des personnes qui, tout en conservant leurs propres activités professionnelles et sans être intégrées à la fonction publique, se verront confier des activités juridictionnelles pour un temps limité ; ils peuvent ou non être juristes formation¹³.

Les juges consulaires sont élus par un collège électoral composé de délégués consulaires désignés par les organisations professionnelles légalement reconnues et représentatives du commerce et de l'industrie. Ils participent aux délibérés avec voix délibérative.

Le Tribunal de commerce de Kolwezi, par exemple, compte 4 juges consulaires, élus par les organisations professionnelles (FEC & COPEMECO) avant l'entérinement de l'élection par le ministre de la Justice. Ils sont soumis presque au même régime disciplinaire que les magistrats de carrière¹⁴. La doctrine s'interroge sur l'objectivité que les juges consulaires (commerçants) doivent avoir lorsqu'ils sont appelés à juger des commerçants comme eux c'est-à-dire de la même profession, et donc éventuellement leurs concurrents ou amis. En tout état de cause, ils sont des concurrents et des amis¹⁵.

Il est bien certain que les juges consulaires du fait des responsabilités souvent importantes qu'ils assument au sein de leur profession, sont exposés plus sans doute que les juges de carrière, au risque d'être influencés malgré

¹¹ Loi n°23/061 du 10 décembre 2023 modifiant et complétant la loi n° 002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce.

¹² Article 3, al. 2 et 3 de la loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce.

¹³ R. Perrot, cité dans ILUME MOKE, *Le droit judiciaire congolais. Organisation et compétences judiciaires*, t.1, Likasi, éd. Presses universitaires de Likasi, 2013, p. 137.

¹⁴ Articles 8 et 15 de la loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce.

¹⁵ MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain, Kinshasa, éd. Droit et Idées Nouvelles, 2006, p. 189.

eux par des considérations extérieures¹⁶. En d'autres termes, le juge consulaire, du fait de son appartenance à une profession n'a pas cette impartialité qui est le propre de la fonction de juge¹⁷.

D'ailleurs, les critiques ne manquent pas sur la « proximité » du juge consulaire et du justiciable économique qui serait un facteur inhibiteur de l'indépendance nécessaire du premier¹⁸. C'est qui est critiquable c'est le pouvoir électoral de l'électeur qui influe notamment sur la réélection.

B. Ministère public siégeant au Tribunal de commerce

Avant 1970, en France, le ministère public n'était pas représenté devant le tribunal de commerce. Cela correspondait à la vieille idée selon laquelle les litiges commerciaux portaient essentiellement sur des relations contractuelles entre commerçants et n'intéressaient pas l'ordre public¹⁹. Mais il est apparu que certains litiges en matière de sociétés commerciales, en matière de concurrence et surtout les procédures de faillites mettaient en jeu des règles d'ordre public.

En RDC, aux termes de l'article 12 de la loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce telle que modifiée et complétée à ce jour, le Procureur de la république près le Tribunal de grande instance du ressort siège devant le Tribunal de commerce. Il est secondé, dans cette tâche, par ses substituts²⁰. A Kolwezi, par exemple, c'est le Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Kolwezi qui siège devant le Tribunal de commerce du même ressort.

La grande interrogation porte sur le choix du législateur congolais si l'on sait que les magistrats du Parquet de la République près le Tribunal de grande instance sont déjà débordés par les dossiers du droit pénal ordinaire, sans compter ceux de droit civil dont il est appelé à donner des avis. Le charger encore avec la compétence en matière commerciale et économique ainsi qu'avec celle du travail serait cautionner la lenteur judiciaire, alors que les juridictions commerciales requièrent célérité.

Dans la logique où il faut un juge spécial pour connaître d'une infraction ou statuer sur un litige, il est convenable qu'il y ait, à l'opposé, un officier du ministère public correspondant aux mêmes critères et profils. Pourtant, on constate qu'il n'existe pas, en droit congolais, de parquets près les tribunaux de travail et de commerce alors que la spécialité de la matière dont traitent ces juridictions aurait bien justifié l'institution d'un office de magistrats chargés de veiller à l'application de la loi organisant la matière relevant de la compétence de ces

¹⁶ Roger Perrot, cité par T. KAVUNDJA N. MANENO, préc., note 4, p. 190.

¹⁷ T. KAVUNDJA N. MANENO, préc., note 4, p. 190.

¹⁸ J. RAIBAUT, « Être juge et légitime », dans Jacques KRYNEN et Jacques RAIBAUT (dir.), *La légitimité des juges. Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 47-57.

¹⁹ Jean-Bernard BLAISE et Richard DESGORCES, *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, 12^{ème} éd., coll. "Manuels", Paris, LGDJ, 2023, p. 123.

²⁰ KILALA Pene AMUNA, G., *Attributions du ministère public et procédure pénale*, t.1, Kinshasa, éd. Amuna, 2006, p. 13.

juridictions²¹.

Se référant au système judiciaire Belge dans lequel il existe un audiorat de travail, l'auteur propose qu'à "une juridiction spécialisée, des animateurs spécialisés". La spécialité au sein du parquet pourrait, fait-il remarquer, favoriser et fertiliser une justice qui traduise le mieux les aspirations de ses destinataires tant dans la recherche que dans la poursuite des infractions.

C. Accès aux fonctions de juge consulaire

Pour l'accès aux fonctions du juge consulaire pose deux problèmes : celui des conditions d'éligibilité et celui de l'élection et du mandat de ce juge.

1. Éligibilité aux fonctions de Juge consulaire

Pour être juge consulaire, il faut remplir les conditions ci-après²² : être de nationalité congolaise et avoir l'âge de 30 ans au moins et 60 ans au plus, avoir exercé honorablement le commerce pendant au moins 5 ans et à défaut de remplir la deuxième condition, avoir participé honorablement, pendant au moins 5 ans, à la gestion d'une société commerciale de droit congolais comme administrateur, gérant, associé ou comme Directeur d'une organisation professionnelle ou interprofessionnelle représentative de commerce et de l'industrie ou encore comme cadre supérieur ou conseiller juridique des sociétés ou chambre de commerce.

Toutefois, la modification et le complément apportés par la nouvelle loi de décembre 2023 soumettent désormais le juge consulaire, outre que l'entérinement de son élection est confié au Président du Conseil supérieur de la magistrature (article 8), à détenir au moins un diplôme de maîtrise obtenu dans le système de Licence-Maîtrise-Doctorat (LMD) (article 9).

2. Élection et mandat du juge consulaire

Les juges consulaires sont élus, pour une durée de deux ans pour le premier mandat et de quatre ans pour les mandats suivants (trois mandats limités) par les délégués consulaires, désignés préalablement par les organisations professionnelles. Ces dernières sont des structures créées dans le respect strict des lois régissant les organisations professionnelles de la même nature juridique²³. Elles doivent être reconnues par l'État en tant que réels sujets de droit créés et personnifiés. Parmi les plus connues, on peut citer l'ANEP, la FEC, la FENAPEC, la COPEMECO, etc.

Critiquant cette façon de procéder, Télesphore Kavundja pense que les juges consulaires ne seraient pas indépendants vis-à-vis de leurs électeurs (mandants) et il y aurait risque d'intrusion de la politique dans le prétoire : la justice n'y gagnerait ni en sérénité, ni en considération²⁴. Il renchérit que l'élection ne permettrait pas de recruter "les juges" ayant nécessairement des connaissances juridiques car les juges consulaires élus auraient tendance à juger

²¹ LUZOLO BAMBI LESSA, préc., note 3, p. 311 (2).

²² Article 9 de la loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce.

²³ LUZOLO BAMBI LESSA ET BAYONA Ba MEYA, préc., note 3, p. 121.

²⁴ T. KAVUNDJA N. MANENO, préc., note 4, p. 189.

en équité, ce qui est arbitraire, plutôt qu'en droit ; or, la montée de l'équité est le signe de l'ignorance du droit.

3. Incompatibilités aux fonctions de juge consulaire

Les juges consulaires sont soumis presque au même régime disciplinaire que les magistrats de carrière²⁵. L'incompatibilité évite d'éventuels conflits d'intérêts auxquels certaines personnes pourraient, de par leur fonction, se trouver exposées²⁶. A ce titre, les articles 65 à 69 de la loi n° 06-020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats telle que modifiée et complétée par la loi n° 15/014 du 1^{er} août 2015 réglementent la question des incompatibilités de magistrats. En effet, il est interdit au magistrat d'exercer une activité professionnelle, salariée ou non, dans le secteur public ou privé, excepté le cas de détachement ou de mise en disponibilité. Toutefois, il peut enseigner dans une université ou dans un institut supérieur avec l'autorisation du Conseil Supérieur de la Magistrature ou avec l'autorisation provisoire de son Chef de juridiction qui doit en informer le Conseil Supérieur de la Magistrature²⁷.

De même, le magistrat est interdit d'exercer directement ou indirectement le commerce quel qu'il soit. Cela concerne autant les juges consulaires même si l'on situe leur origine du commerce. Il ne peut être désigné comme arbitre, sauf si le litige soumis à l'arbitrage concerne des personnes qui lui sont apparentées ou alliées jusqu'au quatrième degré. Il ne peut non plus siéger lorsque les justiciables en place sont ses parents ou alliés jusqu'au troisième degré, en ligne directe ou en ligne collatérale.

Pour les mettre à l'abri de la corruption qui gangrène l'appareil judiciaire congolais dans son ensemble, la nouvelle loi de 2023 oblige que l'exercice de leur mandat donne droit à une prime mensuelle déterminée par le ministre de la Justice à charge du trésor public (article 10 modifié).

II. CHAMP PENAL DU TRIBUNAL DE COMMERCE EN RDC

A. Compétence matérielle du Tribunal de commerce

Aux termes de l'article 17, alinéa 2 de la loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce, cette juridiction est compétente pour connaître des infractions à la législation commerciale et économique.

Ngoto N. pêche en ce qu'il limite la compétence pénale du Tribunal de commerce uniquement aux infractions à la législation commerciale²⁸. Pour sa part, Nyabirungu Mwene Songa regroupe dans les "infractions d'affaires", sans les définir : les infractions économiques, fiscales et douanières²⁹.

1. Infractions à la législation commerciale

²⁵ Article 15 de la loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce.

²⁶ J.-B. BLAISE et R. DESGORCES, préc., note 20, p.164.

²⁷ Article 67 de la loi n° 06-020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats telle que modifiée et complétée par la loi n° 15/014 du 1^{er} août 2015.

²⁸ NGOTO NGOIE NGALINGI, *L'essentiel du droit pénal congolais*, Kinshasa, PUC., 2018, p. 110.

²⁹ NYABIRUNGU Mwene SONGA, *Traité de Droit pénal général congolais*, 2^e éd., Kinshasa, Droit et Société, 2007, p. 166.

Du latin "*legislatio*", le vocable "législation" désigne l'ensemble de lois concernant un pays (Législation Congolaise, Française, Belge, Camerounaise) ou un domaine de la vie (législation sociale, économique, financière, minière, commerciale). Ainsi entendu, l'expression "législation commerciale" renvoie à l'ensemble de lois se rapportant à l'accomplissement des actes dits ou qualifiés de "commerce".

Victor Kalunga Tshikala définit l'acte de commerce comme étant celui qu'une personne accomplit, dans le circuit économique, en spéculant directement ou indirectement sur le gain à réaliser³⁰. L'article 3 de l'acte uniforme portant sur le droit commercial général, adopté à Lomé le 15 décembre 2010, énumère non exhaustivement les actes de commerce par nature :

- l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ;
- les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d'assurance et de transit ;
- les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ;
- l'exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ;
- les opérations de location de meubles ;
- les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ;
- les opérations des intermédiaires de commerce, telles que la commission, le courtage, l'agence, ainsi que les opérations d'intermédiaire pour l'achat, la souscription, la vente ou la location d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou de parts de société commerciale ou immobilière ;
- les actes effectués par les sociétés commerciales.

Rentrent aussi dans la commercialité juridique les activités industrielles³¹ : les "entreprises de manufacture", c'est-à-dire de production industrielle et de transformation, de "fournitures", par exemple de biens tels les grossistes, ou les diffuseurs, qui opèrent des livraisons successives ou encore toute entreprise de transport par terre ou par mer. Figurent encore sur la liste des actes de commerce : diverses activités financières telles que les opérations de change, banque, assurance et différentes opérations de services.

En effet, lorsque les lois qui réglementent érigent certains faits en infractions, celles-ci sont de la compétence du Tribunal de commerce. C'est le cas des infractions prévues par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014 (art. 886-905).

Pierre Malagano³² dénonce une sorte d'incursion du droit pénal dans les relations d'affaires. Sans dénier pour autant l'utilité de l'effet dissuasif de la sanction pénale dans la quête de la moralisation du monde des affaires, le

³⁰ Victor KALUNGA TSHIKALA, *Droit des affaires. Droit commercial général de l'héritage colonial aux acquis de l'OHADA*, vol.1, Lubumbashi, CRESA, 2013, p. 89.

³¹ Michel MENJUCQ, *Droit commercial et des Affaires. Le commerçant, les actes de commerce, le fonds de commerce, le bail commercial et les contrats commerciaux*, 8^{ème} éd., Paris, Gualino, 2013, p. 24.

³² Pierre MALAGANO KALONGOLA WA MALOANI, *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA. Réflexion sur la nécessité de la criminalisation des rapports de droit privé*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Lubumbashi, Université de Lubumbashi, 2018.

chercheur a proposé la voie de la mesure en soutenant la mise en œuvre d'un droit pénal des affaires équilibré et suggère l'élagage des infractions qui ne sauraient résister à l'épreuve des critères de la nécessité et de la justice et de les remplacer par de simples sanctions civiles.

2. Infractions à la législation économique

S'il est facile de circonscrire la législation commerciale, il n'est pas malheureusement aisé de délimiter la législation économique au contenu aussi vaste au-delà de la législation commerciale. Elsa B. définit l'activité économique comme toute activité consistant à offrir des biens et services sur un marché donné³³. Ces activités, précise-t-il, sont guidées par la recherche du profit. Il s'agit par exemple de l'agriculture, de l'industrie, de la construction, du commerce etc.

Victor Kalunga fait remarquer que le secteur économique fait intervenir une gamme variée de professions qui ne sont pas toutes commerciales. On les regroupe en diverses catégories. Les plus importantes sont : l'agriculture, les professions libérales, les fonctions publiques et les emplois privés³⁴. Éric Ruelle lie, à son tour, les délits économiques aux opérations commerciales et financières³⁵.

Pour l'Institut National de la Stratégie et des Études Économiques, les infractions économiques et financières regroupent les escroqueries, les faux et contrefaçons, les infractions à la législation sur les chèques, les falsifications ou usages de cartes de crédit, les infractions sur les sociétés (comme l'abus de biens sociaux). Ainsi, face à cette difficulté de délimitation de la législation économique et prenant en compte les avis des uns et des autres, nous pouvons relever que les infractions économiques relèvent soit du droit commun c'est-à-dire du code pénal ordinaire³⁶ (banqueroute, contrefaçon, falsification, tromperie sur la quantité et sur la qualité en matière commerciale, escroquerie, abus de confiance...), soit des textes particuliers relatifs aux prix et à la concurrence, au change, à la télécommunication, au domaine minier etc.

D'ailleurs, l'article 84 de la loi organique n° 18-020 du 9 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence prévoit qu' "En cas de contentieux, les infractions aux dispositions de la présente loi sont de la compétence du tribunal de commerce". Les articles 1 et 2 de cette loi laissent entendre que celle-ci s'applique à tous les secteurs de l'économie nationale et à toutes les activités de production, de distribution de biens et de services, et même aux publications et éditions faites par les instituts ou autres organismes de recherche. L'art 20 de la même loi énumère nommément les opérateurs économiques : commerçant, industriel, producteur agricole et artisan.

Ainsi donc, l'on peut déduire que non seulement la législation commerciale visée par le législateur fait partie

³³ Bernard Elsa, « L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », (2009) 3 *Revue internationale de Droit économique*, 353-385.

³⁴ V. KALUNGA TSHIKALA, préc., note 31, p. 99.

³⁵ Éric RUELLE, « Définition des délits économiques internationaux ; règles de fond et poursuites », (2002) 2 : 3 (t.XVI) *Revue internationale de droit économique*, 513 - 522, en ligne : <<https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2002-2-page-513.htm>>.

³⁶ Décret du 30 Janvier 1940 portant code pénal [tel que modifié et complété par l'Ordonnance-Loi n° 23/023 du 11 septembre 2023].

de la législation économique, mais aussi et surtout que toute infraction relative à l'exercice de commerce, de l'industrie, de la production agricole ou artisanale est de la compétence du Tribunal de commerce.

B. Justiciables devant le Tribunal de commerce (compétence personnelle)

S'il n'est pas aisé de circonscrire la compétence du Tribunal de commerce partant du critère matériel (infractions à la législation commerciale et économique), il serait néanmoins aisé, pensons-nous, de se pencher sur d'autres critères liés notamment à la qualité de l'auteur de l'infraction et à la circonstance de perpétration de ladite infraction.

Corine M. estime que les infractions d'affaires présentent des caractéristiques spécifiques liées au contexte de leur commission et à la qualité des auteurs³⁷. S'agissant du critère lié à la qualité de justiciables du Tribunal de commerce, ceux-ci peuvent être soit des commerçants (personnes physiques ou morales), soit des entrepreneurs, soit encore des petits commerçants, sans épargner leurs complices et coauteurs revêtant ou non l'un de ces statuts.

Certaines infractions, de par leur nature, ne peuvent être commises que par les personnes revêtant ces qualités et toujours dans l'exercice de leurs activités. Il s'agit surtout des infractions prévues et punies par des législations spécifiques. C'est le cas des infractions relatives aux prix et à la concurrence. D'autres par contre, à l'instar de certaines infractions prévues en droit commun, peuvent être commises par des personnes revêtant ou non ces statuts. C'est le cas de l'abus de confiance, de l'escroquerie, de la contrefaçon... Dans ce cas, ces infractions doivent être commises dans l'exercice de leurs activités.

III. JUGE CONSULAIRE ET SPECIFICITES DU DROIT PENAL

A. Maîtrise du droit pénal de fond

*Le droit pénal de fond, c'est-à-dire celui qui détermine les infractions et leurs peines, est gouverné par une panoplie des principes que seuls les juristes savent maîtriser le contour, entre autres : la légalité des délits et des peines (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*), l'interprétation stricte de la loi pénale etc.*

Outre ces principes sacro-saints, ce droit appelle parfois, dans l'application des peines, l'appréciation de circonstances pouvant jouer en faveur ou en défaveur du condamné, selon qu'elles sont atténuantes ou aggravantes. Il en est de même de l'appréciation des éléments constitutifs tant de l'infraction (élément légal, élément matériel et élément intellectuel) que de la responsabilité pénale (culpabilité et imputabilité).

La responsabilité pénale, rappelons-le, est l'obligation pour une personne de répondre des conséquences d'une infraction qu'elle a commise ou dont elle a été reconnue coupable, notamment de subir la peine qui en découle³⁸. Ainsi, le seul fait qu'une infraction ait été matériellement commise n'engage pas automatiquement la responsabilité

³⁷ Corine MASCALA, « Le juge pénal face aux infractions d'affaires », dans Jacques KRYNEN, et Jacques RAIBAUT (dir.), *La légitimité des juges. Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 54.

³⁸ Catherine PUIGELIER, *Dictionnaire juridique*, éd. Larcier, collection « Paradigme », Bruxelles, 2015, p.1100.

de son auteur³⁹. Il faut d'une part que ce dernier ait disposé de son libre arbitre, qu'il ait compris et voulu son acte, d'autre part, qu'il ait commis une faute (culpabilité).

Sous ces conditions, la responsabilité pénale de l'auteur des faits sera pleinement engagée. Pour qu'il y ait responsabilité pénale au sens strict, il faut que le délinquant ait commis une faute et que cette faute puisse lui être imputée⁴⁰. Si les juristes eux-mêmes élèvent parfois des débats au sujet de l'application ou de l'interprétation de telle ou telle autre disposition pénale, a fortiori qu'en serait-il à l'égard de non-juristes.

L'on s'étonne avec Téléphore Kavundja comment une juridiction dont le siège est composé en majorité des juges consulaires (des commerçants qui ne sont pas des juristes formés) peut apprécier les éléments de fait et de droit de la commission de l'infraction à la législation économique et commerciale, et apprécier éventuellement les circonstances aggravantes ou atténuantes de telles infractions.

Les juges consulaires, renchérit ce même auteur, n'étant pas formés pour juger en matière pénale, leur présence dans la composition du siège ne contribuerait pas à la qualité d'une bonne justice⁴¹.

B. Maîtrise du droit pénal de forme

La réussite du procès pénal, on le sait, requiert non seulement la maîtrise du droit pénal de fond, mais aussi et surtout du droit pénal de forme, car dit-on "la forme prime sur le fond". Ainsi donc, le non-respect des règles de forme peut donner lieu aux voies de recours pouvant aboutir à l'éviction de la décision rendue indépendamment de l'établissement de l'infraction.

En effet, il est curieux de constater, dans la composition pénale du Tribunal de commerce, la présence des juges consulaires, sans formation de base en droit judiciaire pouvant leur permettre d'apprécier la saisine du Tribunal (par citation directe ou par citation à prévenu), de maîtriser l'orientation de l'instruction judiciaire et de prendre part aux débats judiciaires, de donner une position sérieuse durant les délibérés, de participer à la rédaction de décisions judiciaires de condamnation ou d'acquiescement.

Toutes ces lacunes que respirent les juges consulaires ont pour conséquences non seulement de faire porter le fardeau du travail au juge permanent, sur qui pèse notamment l'action en prise à partie. De même, elles tendent à légitimer sa position de supériorité avec comme conséquence l'éviction du principe de collégialité.

C. Cas connus par le Tribunal de commerce de Kolwezi en matière répressive

Depuis son installation en 2014 jusqu'au 27 octobre 2023, le Tribunal de commerce de Kolwezi n'a connu que 23 cas, allant de RAP (Registre des Affaires Pénales) 001 à RAP 023. Ces affaires se rapportent à la contrefaçon sur pied de l'article 118 bis CPLII (15 cas), à l'émission de chèque sans provision sur pied de l'O.-L. n°68-195 du

³⁹ RENOUD François F., *Droit pénal général*, 18^e éd., collection « Pragmatique », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 209.

⁴⁰ Levasseur, cité par Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 25^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 349.

⁴¹ T. KAVUNDJA N. MANENO, préc., note 4, p.192.

03/05/1968 (5 cas), et à l'escroquerie ainsi qu'à la tentative d'escroquerie suivant les articles 4 et 98 CPLII (3 cas). De ces 23 dossiers de condamnation de personnes physiques, non frappés d'appel, 18 sont l'émanation du Parquet (Requête aux fins de fixation d'audience) et 5 de la procédure de citation directe. La plupart de ces dossiers de condamnation dont la peine n'excède pas souvent deux ans sont assorties du sursis égal. Cette carence s'expliquerait par le fait que le Parquet et les OPJ du service de l'économie clôtureraient beaucoup de dossiers à leur niveau mettant ainsi la chambre pénale en repos faute des dossiers et pourtant de par ses activités de routine, la ville de Kolwezi regorge nombreuses activités économiques.

A titre d'observation sur les données enregistrées au Tribunal de commerce de Kolwezi, il est curieux de constater que le Tribunal de commerce de Kolwezi a continué et continue à sanctionner l'infraction d'émission de chèque sans provision sur pied de l'O-L 68-195 du 03/05/1968, alors que cette incrimination est actuellement prévue par la loi n° 18-019 du 9 juillet 2018 relative aux systèmes de paiement et de règlement-titres (art 128), laquelle a abrogé toutes les dispositions antérieures contraires (article 138).

En effet, l'article 128 précité dispose que

"Est puni de cinq à 10 ans de servitude pénale et d'une amende de 10 000 000 à 100 000 000 de francs congolais ou de l'une de ces peines seulement, toute personne ayant établi un chèque, tout autre effet ou instrument de paiement sans provision ou avec une provision insuffisante et a omis d'en assurer la régularisation dans le délai prévu à l'article 82 de la présente loi."

Comme on peut le remarquer, contrairement à l'O.-L. n°68-195 du 03/05/1968, la loi n° 18-019 du 9 juillet 2018 relative aux systèmes de paiement et de règlement-titres prévoit une procédure administrative dite "procédure de régularisation", avant la répression de l'infraction sous examen.

En l'espèce, l'article 82 de la loi n° 18-019 du 9 juillet 2018 relative aux systèmes de paiement et de règlement-titres prescrit que

"Sous peine d'une amende administrative au taux d'un tiers du montant impayé ou des autres sanctions prévues par la présente loi, le titulaire du compte régularise sa situation s'il règle le montant impayé ou s'il constitue au compte de paiement concerné une provision suffisante dans le délai de trente jours à compter de l'avertissement. Tout approvisionnement du compte visé à l'alinéa précédent est affecté en priorité au paiement du chèque impayé. Le bénéfice de régularisation n'est accordé au titulaire du compte ou du donneur d'ordre que si aucun de ses comptes n'a enregistré d'incident de paiement dans les trois mois précédents l'incident. A défaut de régularisation dans les délais, le teneur du compte de paiement adresse un certificat de non-paiement au bénéficiaire et le Ministère public se saisit de l'infraction de l'émission de l'instrument de paiement sans provision ou avec provision insuffisante."

De cet article, il découle que les poursuites sont subordonnées à l'épuisement de la procédure de régularisation telle qu'expliquée ci-haut. Ainsi, sanctionner l'auteur de ces faits ou continuer à le sanctionner sur pied d'une disposition déjà abrogée, prive celui-ci de son droit à régulariser sa situation dans les trente jours prévus. Le Tribunal de commerce de Kolwezi devrait donc s'en rendre compte et en tenir compte en même temps.

Conclusion

La présente réflexion portant sur "le juge consulaire face à la compétence pénale du Tribunal de commerce en République Démocratique du Congo" a gravité autour la pertinence et de l'apport de ce juge dans la mise en œuvre de la compétence répressive dudit Tribunal, laquelle exige du juge la maîtrise des particularités de fond et de forme.

Une sorte d'originalité congolaise dans la famille romano-germanique, la compétence pénale actuellement reconnue au Tribunal de commerce n'est pas clairement circonscrite dans la mesure où, selon diverses interprétations, elle intègre aussi bien les infractions de droit commun commises dans un contexte de l'exercice des affaires économiques que les infractions prévues par les lois particulières se rapportant uniquement aux affaires économiques. C'est le cas des infractions liées aux sociétés commerciales, aux prix et à la concurrence.

Élaborée sur fond d'une approche à la fois juridique, historique et comparative, la présente dissertation s'est articulée autour de trois points portant respectivement sur la composition du Tribunal de commerce en vue de ressortir son caractère hybride, le champ pénal du Tribunal de commerce en RDC, le juge consulaire face aux spécificités du droit pénal.

Il s'est ainsi dégagé que l'exercice de la compétence pénale du Tribunal de commerce par les juges consulaires n'est pas aisé. Les insuffisances en formation juridique, en général, et en droit pénal, en particulier, ne permettent pas à ces juges de prendre part aux débats ni de jouer efficacement leur rôle de juge dans les délibérés et lors de la rédaction de décisions judiciaires.

Au regard de spécificités liées au droit pénal de fond et de forme, tenant aussi compte des critiques obtenues de praticiens sur terrain, liées notamment à l'inefficacité de juges consulaires en matière pénale, il y a lieu de faire de propositions alternatives suivantes :

- *le retrait de la compétence pénale au Tribunal de commerce au profit de juridictions de droit commun dont le critère lié au taux de la peine pour déterminer la compétence est aisée (Tribunal de paix et Tribunal de grande instance) ; cela en référence au droit comparé (Belge et Français ayant inspiré le droit congolais) dans lequel le Tribunal de commerce n'a pas de compétence pénale ;*
- *réserver la composition du siège du Tribunal de commerce aux juges permanents, magistrats de carrière ayant une formation suffisante en droit, en général, et en droit pénal, en particulier, d'une part, et, d'autre part, instituer une sorte de chambre d'expertise, composée de juges consulaires appelés à édifier les juges permanents sur les us et coutumes du milieu commercial ;*
- *intensifier les formations sur les questions juridiques de fond et de forme, en attendant la modification et le complément de la loi relative aux Tribunaux de commerce, au profit de juges consulaires pour leur mise à niveau.*

- Références -

1. Références légales

- *Constitution du 18 février 2006 [telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006].*
- *Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.*
- *Loi n°002-2001 du 3 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de commerce [telle que modifiée et complétée par la Loi n°23/061 du 10 décembre 2023].*
- *Loi n° 06-020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats telle que modifiée et complétée par la loi n° 15/014 du 1^{er} août 2015.*
- *Loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature.*
- *Loi organique n° 18-020 du 9 juillet 2018 relative à la liberté des prix et à la concurrence.*
- *Loi n° 18-019 du 9 juillet 2018 relative aux systèmes de paiement et de règlement-titres.*
- *Décret du 30 Janvier 1940 tel que modifié et complété par l'Ordonnance-Loi n° 23/023 du 11 septembre 2023.*

2. *Ouvrages, articles et thèse de doctorat*

- *BERNARD, E., "L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation", (2009) 3 Revue internationale de Droit économique 353-385.*
- *BERT, D. et PLANCKEEL, F., L'essentiel du Droit commercial et des affaires, 1^{ère} éd., Gualino, Lextenso, 2017-2018.*
- *BLAISE, J.-B. et DESGORCES, R., Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution, 12^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2023.*
- *BOULOC, B., Droit pénal général, 25^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2017.*
- *ILUME MOKE, M., Le droit judiciaire congolais. Organisation et compétences judiciaires, t.1, Likasi, éd. Presses universitaires de Likasi, 2013.*
- *KALUNGA TSHIKALA, V., Droit des affaires. Droit commercial général de l'héritage colonial aux acquis de l'OHADA, vol.1, Lubumbashi, CRESA, 2013.*
- *KAVUNDJA N. MANENO, T., "Problématique de l'existence des Tribunaux de commerce et du travail en droit congolais", (2016) 1 Revue de la Faculté de Droit de l'Unigom 180-211.*
- *KILALA Pene AMUNA, G., Attributions du ministère public et procédure pénale, T1, Kinshasa, éd. Amuna, 2006.*
- *LUKOMBE NGHENDA, Le Règlement du contentieux commercial. Les Tribunaux de commerce, t.1., Kinshasa, PFDUC, 2005.*
- *LUZOLO BAMBI LESSA ET BAYONA Ba MEYA, Manuel de procédure pénale, Kinshasa, PUC., 2011.*
- *LUZOLO BAMBI LESSA, Traité de droit judiciaire. la justice congolaise et ses institutions, , Centre de Recherche sur la Justice Transitionnelle (CRJT), Kinshasa, PUC., 2018.*

- MALAGANO KALONGOLA WA MALOANI, P., *La gouvernance des sociétés commerciales en droit OHADA. Réflexion sur la nécessité de la criminalisation des rapports de droit privé*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Lubumbashi, Université de Lubumbashi, 2018.
- MASCALA, C., "Le juge pénal face aux infractions d'affaires", dans KRYNEN, J. et RAIBAUT, J (dir.), *La légitimité des juges. Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 47-57.
- MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Kinshasa/Louvain-la-Neuve, éd. Académia-Bruylant / Droit et Idées Nouvelles, 2006.
- MENJUCQ, M., *Droit commercial et des Affaires : Le commerçant, les actes de commerce, le fonds de commerce, le bail commercial et les contrats commerciaux*, 8^{ème} éd., Paris, Gualino, 2013.
- NYABIRUNGU mwene SONGA, *Traité de Droit pénal général congolais*, 2^{ème} éd., Kinshasa, Droit et Société "DES", 2007.
- PUIGELIER, C., *Dictionnaire juridique*, coll. "Paradigme", Bruxelles, éd. Larcier, 2015.
- RAIBAUT, J., "Être juge et légitime", dans KRYNEN, J. et RAIBAUT, J (dir.), *La légitimité des juges. Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, pp. 13-17.
- RENOUT, H. et FOURMENT, F., *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., coll. "Pragmatique", Bruxelles, Larcier, 2013.
- RUELE, E., "Définition des délits économiques internationaux : règles de fond et poursuites", (2002) 2-3 *Revue internationale de droit économique* (t. XVI), 513 à 522.
- SAINT-ALARY-HOUIN, C., "La légitimité des juridictions consulaires", dans KRYNEN, J. et RAIBAUT, J. (dir.), *La légitimité des juges. Actes du colloque des 29-30 octobre 2003*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 175-183.

Æ Æ

Æ



Péréquation financière comme levier de la décentralisation financière : paradigme congolais et excursus en droit suisse

Trésor-Gauthier M. KALONJI*

RESUME

La péréquation financière est un mécanisme encre dans la Constitution de la République démocratique du Congo (RDC) de 2006, censé garantir une réduction des écarts de développement entre les provinces et entre les entités territoriales décentralisées, grâce au financement de leurs projets et programmes d'investissement. Ce mécanisme a été envisagé depuis les années 80, mais n'avait jamais été matérialisé, faute de volonté politique. En vue de concrétiser et de permettre une gestion efficace et efficiente de ce mécanisme, une loi organique de 2016 a créé et fixé les règles d'organisation et de fonctionnement de la Caisse nationale de péréquation. A date, certes cette dernière existe, mais elle connaît des difficultés à prendre sa « vitesse de croisière », faute d'une mise à disposition effective des moyens de financement légalement prévus. Au reste, dans une perspective d'optimiser le régime congolais actuel de la péréquation, il serait opportun de s'inspirer des expériences réussies d'autres États, à l'instar de la Suisse.

Mots-clés : Péréquation financière - décentralisation financière - libre administration locale - finances publiques - droit congolais.

ABSTRACT :

Financial equalization is a mechanism enshrined in the 2006's Constitution of the Democratic Republic of the Congo (DRC), supposed to guarantee a reduction in the development gaps between the provinces and between decentralized territorial entities, thanks to the financing of their projects and investment programs. This mechanism had been envisaged since the 1980s, but had never materialized due to lack of political will. In order to concretize and allow an effective and efficient management of this mechanism, an organic Act of 2016 created and fixed the rules of organization and functioning of the National Equalization Fund. To date, of course the latter exists, but it is having difficulty gaining "cruising speed" due to the lack of funding. Moreover, with a view to optimizing the current Congolese equalization regime, it would be opportune to draw inspiration from the successful experiences of other states, such as Switzerland.

Keywords: Financial equalization - financial decentralization - free local government - public finances - Congolese law.



* Docteur en droit fiscal, Université de Neuchâtel/Suisse, Professeur à l'Université Pédagogique Nationale et à l'École Nationale des Finances (RDC), avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe et membre du Cabinet DALDEWOLF/Kinshasa - RDC.

- Plan de l'article -

Introduction

I. FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PÉRÉQUATION FINANCIÈRE AVANT 2016 : UN CHAPELET

D'INTENTIONS PIEUSES NON RÉALISÉES !

- A. Loi financière de 1983 et péréquation financière*
- B. Décret-loi portant organisation territoriale et administrative de la République démocratique du Congo de 1998 et péréquation financière*
- C. Époque de la Constitution de 2006 et péréquation financière*
- D. Lois sur la décentralisation administrative de 2008 et péréquation financière*
- E. Loi relative aux finances publiques de 2011 et péréquation financière*

II. FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PÉRÉQUATION FINANCIÈRE DEPUIS 2016 ET MATÉRIALISATION DE LA CAISSE NATIONALE DE PÉRÉQUATION : LA LUMIÈRE AU BOUT DU TUNNEL !

- A. Remarques préliminaires*
- B. Nature juridique et mission de la CNP*
- C. Structures organiques et mode opératoire de la CNP*
- D. Sources de financement de la CNP*

III. EXCURSUS : L'EXPÉRIENCE DE LA PÉRÉQUATION EN SUISSE ET ENSEIGNEMENTS POUR LA RDC

- A. Remarques préliminaires*
- B. Péréquation des ressources*
- C. Compensation des charges excessives par la Confédération*
- D. Collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges*

Conclusion

Références



Introduction

Fondamentalement, la péréquation financière est un mécanisme de redistribution qui vise à réduire les inégalités en termes d'écart de richesse entre les différentes entités (collectivités) territoriales décentralisées ou fédérées d'un pays ou territoire donné. Elle consiste à transférer des ressources budgétaires entre lesdites entités et, de ce fait, à limiter les disparités dues à des différences dans la capacité de prélèvement fiscal ou dans le coût des services publics¹.

Deux formes de péréquation peuvent être distinguées, en l'occurrence la « péréquation horizontale », qui s'effectue entre les collectivités territoriales de même rang ou niveau et consiste à attribuer aux collectivités défavorisées une partie des ressources des collectivités les plus riches, et la « péréquation verticale », qui consiste pour l'État — administration centrale ou fédérale — à répartir équitablement les dotations financières versées aux collectivités territoriales infranationales, notamment en termes de dotation générale de fonctionnement².

Cela dit, le principal objectif de la péréquation financière est de « permettre aux administrations infranationales de fournir à leurs usagers des gammes similaires de services publics pour une charge fiscale similaire même si les revenus diffèrent selon les régions »³. En effet, les ressources et charges dépendent généralement de contraintes géographiques, humaines et économiques qui ne garantissent pas a priori une adéquation des ressources aux charges de chaque collectivité.

Juridiquement, la notion de péréquation financière rime avec celle du couple libre administration locale et décentralisation financière, dans la mesure où celle-là vise à « corriger les déséquilibres potentiels résultant de l'autonomie des collectivités territoriales »⁴. Autrement dit, l'autonomie financière des collectivités publiques entraîne souvent des inégalités financières entre lesdites collectivités, que la péréquation est supposée corriger, en garantissant notamment l'équité sociale. En effet, la consécration d'une politique de péréquation financière — dans la plupart des États modernes — est justifiée logiquement par le souci d'une répartition des ressources entre personnes publiques au sein d'un même territoire, afin que les habitants puissent bénéficier de services publics sur l'ensemble du territoire dans des conditions similaires, toute proportion gardée quant aux éventuelles préférences locales⁵. L'importance de

¹ Pour une définition de la péréquation financière, voir notamment : Vanessa BARBÉ, « La péréquation, principe constitutionnel », (2010) 81 *Revue française de droit constitutionnel*, 3-19 ; Hansjörg BLÖCHLIGER et Claire CHARBIT, « Péréquation financière », (2008) 1-44 *Revue économique de l'OCDE*, 283-309 ; Bernard DAFFLON, « Le désenchevêtrement des tâches et la péréquation financière : les chantiers du fédéralisme suisse après le 28 novembre », *Working Paper Nr 385*, Décembre 2004, Université de Fribourg - Faculté des Sciences Économiques et Sociales, p. 1-35 ; Matthieu HOUSER, « Le principe de péréquation », dans Gilbert ORSONI (dir.), *Finances publiques. Dictionnaire encyclopédique*, 2^e édition, Paris, Economica, 2017, p. 676-677 ; Amélie BARBIER-GAUCHARD, « Péréquation financière et équité territoriale », dans G. ORSONI (dir.), préc., p.677.

² Dans ce sens, voir Matthieu HOUSER, *Droit de la péréquation financière. Fondement et pratique*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 173-232 ; Luc WEBER, Milad ZARIN-NEJADAN et Alain SCHONENBERGER, *Économie et finances publiques*, Paris, Economica, 2017, p. 344.

³ H. BLÖCHLIGER et C. CHARBIT, préc., note 1, p. 284.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Dans ce sens, lire notamment Michel BOUVIER, Marie-Christine ESCLASSAN et Jean-Pierre LASSALE, *Finances publiques*, 13^e édition, Paris, LGDJ/Lextenso éditions, 2014, p. 788-791.

cette politique est soulignée, non seulement par la large utilisation qui en est faite tant dans les États fédéraux que dans ceux unitaires, mais aussi par le fait que ses objectifs et procédures sont souvent définis dans la Constitution et représentent un pilier central de la politique budgétaire nationale, peu importe la forme de l'État (fédéral ou unitaire).

Au chapitre des États fédéraux du globe qui ont constitutionnalisé une politique de péréquation financière exemplaire, il convient de citer la Suisse. En effet, le mécanisme helvétique de péréquation financière et de compensation des charges, actuellement en vigueur, a pris cours depuis le 1^{er} janvier 2008. Inscrit à l'article 135 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, il est régi par la loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges (PFCC) ainsi que l'ordonnance sur la péréquation financière et la compensation des charges (OPFCC). Il ressort de la loi fédérale précitée que

"(...) la péréquation financière vise à : a. renforcer l'autonomie financière des cantons ; b. réduire les disparités entre cantons en ce qui concerne la capacité financière et la charge fiscale ; c. maintenir la compétitivité fiscale des cantons au niveau national et international ; d. garantir aux cantons une dotation minimale en ressources financières ; e. compenser les charges excessives des cantons dues à des facteurs géo-topographiques ou socio-démographiques ; f. garantir une compensation des charges équitable entre les cantons"⁶.

Somme toute, le système helvétique de péréquation financière permet de « rétablir un équilibre juste entre les cantons »⁷.

Parmi les États unitaires du monde dotés d'une politique de péréquation financière constitutionnalisée, se classe la France. En effet, le système français actuel de la péréquation est consacré par l'article 72-2 de la Constitution de la République Française — depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 — qui dispose que « la loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales ». Il convient de préciser que la péréquation est pratiquée, en France, depuis une trentaine d'années, notamment depuis la promulgation de la loi n° 75-678 du 29 juillet 1975, dont l'article 15 crée les fonds départementaux de péréquation de la taxe professionnelle⁸. Dès lors, la politique de péréquation financière française vise à « corriger l'absence d'adéquation spontanée entre les ressources et les charges des collectivités territoriales »⁹. Tout compte fait, la péréquation doit permettre aux collectivités moins nanties « non pas de s'installer dans l'assistanat, mais d'avoir la capacité à terme d'offrir par leurs propres moyens des services à leurs administrés et d'agir par elles-mêmes sur les origines des inégalités »¹⁰.

En Afrique, plusieurs pays ont mis en place des fonds de péréquation d'appui aux collectivités territoriales.

⁶ Article 2 de la Loi fédérale [suisse] du 3 octobre 2003 sur la péréquation financière et la compensation des charges (PFCC). Disponible en ligne : <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20012239/index.html>> (consulté le 20 janvier 2021).

⁷ S. FERRARI, *La péréquation financière - Utilisation des compensations sociodémographiques dans les cantons*, Mémoire de Master en Gestion publique, Berne, Université de Berne, 2013, p. 1.

⁸ V. BARBÉ, préc., note 1, p.3.

⁹ Pierre BERGÈS et Alii (dir.), *Enjeux et réformes de la péréquation financière des collectivités territoriales*, Rapport du Ministère de l'Économie et Finances et du Ministère de l'Intérieur de France, Paris, Juin 2013, p. 3.

¹⁰ M. BOUVIER, M.-C. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE, préc., note 5, p. 790.

C'est le cas notamment au Cameroun avec le Fonds Spécial d'Équipement et d'Intervention Intercommunale¹¹, ainsi qu'au Gabon avec la Direction Générale des Caisses de Stabilisation et de Péréquation¹². En République Démocratique du Congo — qui est un État unitaire à l'instar de la France —, le système de péréquation financière est consacré à l'article 181 de la Constitution du 18 février 2006. Cependant, c'est seulement dix ans après que le législateur a pu promulguer la Loi organique n° 16/028 du 08 novembre 2016 portant organisation et fonctionnement de la Caisse nationale de péréquation. Ce dispositif de péréquation financière — en tant que l'un des piliers de la décentralisation financière congolaise — est l'une des réformes constitutionnelles qui a peiné à se matérialiser, au grand damne des collectivités territoriales infranationales. Certes, la Caisse nationale de péréquation a été opérationnalisée en termes de dotation des locaux et du personnel, mais cette institution a du mal à accomplir ses missions constitutionnelles, compte tenu de certaines difficultés matérielles et financières, notamment la non-alimentation, par le gouvernement central, du sous-compte de péréquation logé à la Banque centrale du Congo.

Le présent papier a donc pour visée d'analyser le système congolais de péréquation financière, comme instrument d'accompagnement d'une décentralisation financière qui peine à décoller. Entamée par une approche historico-juridique, cette contribution permet de constater que la consécration d'un mécanisme de péréquation financière en droit congolais date de près de quarante ans et avait déjà été prévue successivement par plusieurs textes légaux, avant sa consécration dans la Constitution actuelle (I). Aussi, est-il qu'il a fallu attendre près de dix ans après l'avènement de ladite Constitution, pour que le législateur congolais crée et fixe, par une loi organique de 2016, le régime juridique applicable à la Caisse nationale de péréquation, dont l'opérationnalisation a par la suite été retardée à cause des considérations aussi bien politiques que techniques (II). Enfin, le caractère embryonnaire et titillant du système juridique congolais de péréquation financière, rend opportune une référence à d'autres expériences juridiques étrangères, afin d'en tirer des meilleures pratiques pour l'amélioration du système congolais (III).

I. FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PÉRÉQUATION FINANCIÈRE AVANT 2016 : UN CHAPELET D'INTENTIONS PIEUSES NON RÉALISÉES !

Le concept de péréquation financière est apparu dans l'ordre juridique congolais depuis plus de 30 ans, notamment dans la loi financière de 1983 (A), et a été repris successivement par le Décret-loi de 1998 sur

¹¹ Créé par la loi n° 74/23 du 05 décembre 1974 portant organisation communale au Cameroun. Le Fonds Spécial d'Équipement et d'Intervention Intercommunale (FEICOM) est rendu fonctionnel par le décret d'application N°77/85 du 22 mars 1977. Depuis sa création, l'organisme a connu trois (03) réorganisations. La première est le décret n°2000/365 intervenue le 11 décembre 2000 qui érigeait l'institution en Direction Générale. Ledit Décret a été modifiée par celui n°2006/182 du 31 mai 2006 qui a consacré la fonction d'intermédiation financière de l'organisme. Ainsi le FEICOM est habilité à rechercher ou recevoir des ressources supplémentaires dans le cadre de la Coopération financière nationale ou internationale en vue de mieux accompagner les municipalités dans la conception et la réalisation des projets au niveau local.

¹² La Direction Générale des Caisses de Stabilisation et de Péréquation du Gabon (DGCSP) est un établissement public doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Elle a été créée par le décret n°831/MINECOFIN du 30 septembre 1971. Elle est placée sous la tutelle du Ministère en charge de l'Economie. Afin de redynamiser durablement les secteurs économiques dans lesquels elle intervient, la DGCSP s'est fixée des objectifs ambitieux pour la filière cacao-café et entend mobiliser ses ressources pour : (i) relancer durablement la filière prometteuse cacao-café ; (ii) étendre le système de péréquation nationale au gaz et au gasoil de pêche ; (iii) envisager le retour à la péréquation sur la farine.

l'organisation territoriale et administrative de la République (B), la Constitution de la République de 2006 (C), les lois de 2008 sur la décentralisation administrative (D), et la loi de 2011 relative aux finances publiques (E). Comme le constat le relève ci-après, les dispositions de tous ces textes juridiques, relatives à la péréquation financière, ont certes cristallisé la bonne intention du législateur congolais de mettre en place ce mécanisme clé de la décentralisation financière, cependant la volonté politique n'a jamais été au rendez-vous pour matérialiser l'ambitieux projet.

A. Loi financière de 1983 et péréquation financière

Le concept de péréquation serait entré dans l'ordre juridique congolais à partir de la Loi financière n° 83-003 du 23 février 1983¹³. Cette loi financière — évoquée dans ce papier à titre historique en vue de mieux appréhender l'évolution de l'encadrement juridique de la péréquation financière en RDC — a été abrogée par la Loi relative aux finances publiques de 2011, évoqué plus loin dans ce papier¹⁴.

La Loi financière précitée a eu pour vocation de fixer, durant près de 30 ans, les règles relatives à l'élaboration, à la présentation, à l'exécution, à la compétence en matières budgétaires et au règlement définitif du budget de l'État et des entités administratives décentralisées¹⁵. Elle a été promulguée dans une atmosphère de décentralisation administrative naissante, impulsée notamment par l'Ordonnance-loi n° 82-006 du 25 février 1982 portant organisation territoriale, politique et administrative de la « République du Zaïre »¹⁶, qui visait à « rapprocher le pouvoir du peuple et de redonner une impulsion nouvelle au développement du pays »¹⁷.

Ayant consacré le principe de la décentralisation financière du pays, la Loi financière susévoquée prévoyait à cet effet que les ressources des entités administratives décentralisées proviennent notamment du fonds de péréquation¹⁸. Dans cette veine, le législateur instituait, à l'article 41 un fonds de péréquation destiné à financer les projets d'investissement des collectivités territoriales décentralisées moins nanties. Ce fonds était censé être alimenté, d'une part, par les collectivités territoriales décentralisées dont les recettes excèdent le revenu moyen national et, d'autre part, par des subventions annuelles inscrites au budget de l'État¹⁹. Il s'agissait donc d'un mécanisme de péréquation à la fois horizontale et verticale.

¹³ Telle que modifiée et complétée par la Loi n°84-003 du 07 novembre 1984, l'Ordonnance-loi n°85-037 du 19 septembre 1985, l'Ordonnance-loi n°87-004 du 10 janvier 1987 et l'Ordonnance-loi n°87-065 du 04 octobre 1987.

¹⁴ Voir *infra*, section 1.5.

¹⁵ Voir article 1^{er} de la Loi financière n° 83-003 du 23 février 1983, telle que modifiée et complétée ultérieurement.

¹⁶ Ancienne appellation de la « République Démocratique du Congo », entre 1971 et 1997.

¹⁷ Pamphile MABIALA MANTUBA-NGOMA, « Le processus actuel de décentralisation en République Démocratique du Congo : enjeux et défis », dans MABIALA MANTUBA-NGOMA P. (dir), *Le processus de décentralisation en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Publications de la Fondation Konrad Adenauer, 2009, p. 27.

¹⁸ Article 16, alinéa 2, point f, de la Loi financière n° 83-003 précitée.

¹⁹ Article 41 de la Loi financière n° 83-003 précitée, libellé en ces termes : « Il est institué un fonds de péréquation destiné à financer les projets d'investissement des entités administratives décentralisées moins nanties. Ce fonds est alimenté par : 1°) les entités administratives décentralisées dont les recettes excèdent le revenu moyen national ; 2°) des subventions annuelles inscrites au budget de l'État. Les règles d'affectation de ce fonds sont fixées par le Président de la République ».

Si cette disposition a consacré théoriquement l'existence d'un mécanisme de péréquation financière pour contribuer au financement des projets d'investissement des collectivités publiques décentralisées « moins nanties », sa matérialisation en pratique n'a jamais été effective, pour autant que même l'Ordonnance présidentielle censée fixer les règles d'affectation du fonds n'a jamais été promulguée. En outre, l'article 41 susévoqué a été lacunaire, dans la mesure où il a été muet sur la nature juridique dudit fonds. Serait-il un organisme public, un établissement public ou une entreprise publique ? Le fonds relèverait-il du pouvoir central ou des entités administratives décentralisées, avec éventuellement une gestion rotative au sein de la corporation des Gouverneurs des provinces ? Si cette tutelle relevait effectivement du pouvoir central, quel Ministère en aurait précisément la responsabilité ?

Au reste, il convient de faire remarquer que même les ressources de financement de ce fonds de péréquation ont été assez limitées pour contribuer effectivement au financement des projets envisagés, alors même que le pays se trouvait dans un état de déliquescence très avancée à partir des années 80. En effet, lorsqu'on examine méticuleusement les dispositions de l'article 41 précité, on réalise que lesdites ressources ont été limitativement fixées à deux. En principe, si le législateur avait voulu ouvrir le fonds de péréquation à d'autres ressources de financement, il aurait utilisé l'adverbe « notamment », « entre autres » ou « singulièrement » avant l'énumération de deux ressources prévues.

B. Décret-loi portant organisation territoriale et administrative de la République démocratique du Congo de 1998 et péréquation financière

Après le coup d'État militaire de 1997, qui a permis l'installation d'un nouveau régime politique dans l'ancienne République du Zaïre, le nouveau Chef de l'État avait promulgué le Décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la République démocratique du Congo et ce, pour garantir une meilleure gestion du pays durant la transition²⁰. Ce Décret-loi — qui n'est plus en vigueur à ce jour — a eu également le privilège d'aborder la question de la péréquation financière, avec quelques détails non moins importants. En effet, à la différence de la Loi financière de 1983 qui n'avait rien consacré concernant la dévolution du fonds de péréquation au pouvoir central ou aux provinces, le Décret-loi sous examen a précisé que toutes les questions ayant trait à la politique générale du pays et à la souveraineté nationale, notamment les matières liées aux péréquations nationales, sont de la compétence exclusive du pouvoir central²¹.

Au titre des modalités de répartition des ressources, le Décret-loi sous analyse disposait que les recettes des entités administratives décentralisées proviennent notamment des recettes issues du fonds de péréquation²². Dans cette optique, la caisse de péréquation était censée avoir pour mission de « financer des projets et programmes d'investissement public en vue d'assurer la solidarité nationale et corriger les déséquilibres de développement entre les entités administratives décentralisées »²³. Certes, cette disposition n'a pas précisé la nature juridique de la caisse

²⁰ Voir article 1^{er} du Décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la République démocratique du Congo.

²¹ Voir article 167 du Décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 précité.

²² Voir article 209, point 6, du Décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 précité.

²³ Voir article 210 du Décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 précité.

de péréquation, elle a néanmoins l'avantage d'avoir énoncé clairement, non seulement la mission de cette caisse, mais aussi sa finalité.

En guise de précision, la mission d'une caisse de péréquation est le financement des projets et programmes d'investissement²⁴. Cela a pour implication que la caisse n'a pas vocation de prendre en charge d'autres dépenses publiques des entités bénéficiaires, telles que la rémunération du personnel. Nonobstant les difficultés financières qu'éprouveraient certaines entités, leurs charges publiques liées au fonctionnement ne devraient aucunement être couvertes par les fonds gérés par la caisse de péréquation.

Quant à la finalité d'une caisse de péréquation, elle consiste à matérialiser la solidarité entre toutes les entités administratives du pays, en équilibrant leurs niveaux respectifs de développement, de telle sorte qu'aucun « coin » du pays ne reste sous le carcan du sous-développement alors même que les autres territoires auraient déjà pris la tangente du développement intégral. Généralement, les déséquilibres de développement sont dus notamment aux différences dans la capacité de prélèvement fiscal ou dans le coût des services publics²⁵.

Au reste, l'article 211 du Décret-loi sous examen a prévu qu'une loi organique devait intervenir ultérieurement pour fixer l'organisation, le fonctionnement et les ressources de la Caisse nationale de péréquation. Cependant, cette loi n'a jamais été adoptée et, par conséquent, ladite Caisse n'a pas été créée.

C. Époque de la Constitution de 2006 et péréquation financière

De toutes les lois fondamentales qu'a connues la RDC, seule la Constitution du 18 février 2006 a eu l'avantage d'évoquer et prévoir les modalités de mise en œuvre de la péréquation financière. Même les textes constitutionnels²⁶ intervenus postérieurement à la consécration de la péréquation par la Loi financière de 1983, sont restés muets sur la question de la péréquation. Ce mutisme cristallisant un recul du principe de la décentralisation financière déjà acquis semble tout à fait atypique, car cette période de l'histoire de la RDC (entre 1982 et 2006) a plutôt été caractérisée par une forte décentralisation administrative dont le pic est la Constitution de 2006²⁷. Ainsi, cette Constitution de 2006 dispose :

"Il est institué une caisse nationale de péréquation. Elle est dotée de la personnalité juridique. La caisse nationale de péréquation a pour mission de financer des projets et programmes d'investissement public, en vue d'assurer la solidarité nationale et de corriger le déséquilibre de développement entre les provinces et entre les autres entités territoriales décentralisées. Elle

²⁴ Dans ce sens, voir Cédric MUYOBOKE MUDUMIZA, « Regard sur la caisse nationale de péréquation à la lumière de la législation de la RDC : La Problématique de Tutelle, Fonctionnement et Mesures Transitoires », *Eastern Congo Tribune*, 13 septembre 2017, ressource publiée en ligne : <<https://easterncongotribune.com> > (consulté le 20 janvier 2021).

²⁵ H. BLÖCHLIGER et C. CHARBIT, préc., note 1, p. 284.

²⁶ En l'occurrence l'Acte Constitutionnel de la transition du 09 avril 1994, le Décret-loi Constitutionnel du 19 mai 1997 (tel que révisé par le Décret-loi Constitutionnel n°074 du 25 mai 1998 et le Décret-loi Constitutionnel n°09/2000, et la Constitution de la transition du 04 avril 2003.

²⁷ Voir Jean Salem-Israël Marcel KAPYA KABESA, « Des contraintes liées à l'application de la loi n°08/012 du 31 juillet 2008 sur la libre administration des provinces en République démocratique du Congo (Enjeux et perspectives) », (2009) 8 *KAS African Law Study Library*, p. 2.

*dispose d'un budget alimenté par le trésor public à concurrence de dix pour cent de la totalité des recettes à caractère national revenant à l'État chaque année. Elle est placée sous la tutelle du gouvernement. Une loi organique fixe son organisation et son fonctionnement*²⁸.

*Il ressort de cette disposition que le régime congolais de péréquation est vertical, dans la mesure où le financement de la péréquation est une quotité des ressources revenant chaque année au pouvoir central. Toujours à la lumière de cette disposition, il y a lieu de constater que le constituant congolais a davantage étoffé les règles applicables au mécanisme de la péréquation financière, bien évidemment au-delà des détails déjà apportés par le Décret-loi de 1998 déjà évoqué*²⁹.

Ainsi, deux nouvelles considérations ont été apportées par cette disposition constitutionnelle :

- *D'une part, aucune mention n'est faite au sujet de la nature juridique de la Caisse nationale de péréquation, mais il est énoncé que cette dernière est dotée de la personnalité juridique. Cet attribut est très important, car il permet de garantir une certaine autonomie administrative et financière à ladite Caisse et rend celle-ci apte à être titulaire des droits et des devoirs dans l'univers juridique.*
- *D'autre part, il est énoncé que ladite Caisse dispose d'un budget alimenté par le trésor public à concurrence de 10% de la totalité des recettes à caractère national revenant à l'État chaque année. Cette précision est très importante, car elle permet d'évaluer objectivement, à l'aide des instruments budgétaires, le degré du respect de la responsabilité du gouvernement dans la prise en charge de la Caisse nationale de péréquation.*

*Au reste, certes le constituant de 2006 a été laconique sur la question de la péréquation, qui n'apparaît que dans le seul article 181, il a néanmoins renvoyé à une loi organique pour ce qui est de l'organisation et du fonctionnement de la Caisse nationale de péréquation. Cette exigence constitutionnelle a été honorée dix ans après, avec la promulgation de la Loi organique n°16/028 du 08 novembre 2016 portant organisation et fonctionnement de la Caisse nationale de péréquation, telle qu'évoquée ultérieurement dans ce papier*³⁰.

D. Lois sur la décentralisation administrative de 2008 et péréquation financière

*La Loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces et la Loi organique n° 08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées (ETD) et leurs rapports avec l'État et les Provinces, sont des textes emblématiques du point de vue de la décentralisation financière en République Démocratique du Congo. En effet, ils révolutionnent le paradigme déjà énoncé par la Constitution de 2006, en articulant avec minutie les règles relatives à l'autonomie de gestion des ressources humaines, économiques, financières et techniques des provinces et ETD*³¹.

²⁸ Article 181 de la *Constitution du 18 février 2006*, [telle que modifiée et complétée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution].

²⁹ Voir *supra*, point 1.2.

³⁰ Voir *infra*, section 2.

³¹ Dans ce sens, voir : Jean-Michel KUMBU KI NGIMBI, « Le cadre légal de la décentralisation en République Démocratique du Congo », dans Pamphile MABIALA MANTUBA-NGOMA (dir.), *Le processus de décentralisation en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Publications de la Fondation Konrad Adenauer, 2009, p. 59 ; Étienne NGOIE, « Démembrement des provinces et nouvelle territorialisation en

Alors même que le mécanisme de péréquation financière est l'un des éléments clés de la décentralisation financière (et donc de la libre administration des entités infranationales), la Loi 08/012 précitée a plutôt été taciturne sur ledit mécanisme, comparativement à celui de la retenue à la source de 40% énoncé à son article 54³². Dans cette veine, l'unique article qui évoque la péréquation dispose que « la province peut bénéficier des ressources provenant de la caisse nationale de péréquation prévue à l'article 181 de la Constitution »³³.

Ce caractère taciturne du législateur a également été repris dans la Loi organique 08/016 précitée, qui ne fait allusion à la péréquation que dans deux dispositions, en l'occurrence les articles 105 et 117 qui énoncent respectivement que « les ressources financières d'une ETD comprennent les ressources propres, les ressources provenant des recettes à caractère national allouées aux provinces, les ressources de la caisse nationale de péréquation ainsi que les ressources exceptionnelles » et « une entité territoriale décentralisée peut bénéficier des ressources provenant de la caisse nationale de péréquation prévues à l'article 181 de la Constitution ».

Pour tout dire, les deux lois précitées n'ont rien apporté de particulier au mécanisme de la péréquation par rapport à ce qui est déjà consacré dans la Constitution de 2006. Au cours des années qui ont suivi la promulgation de cette dernière ainsi que des lois précitées, on a plutôt assisté à un désintéressement du mécanisme de péréquation par rapport à celui de la rétrocession ou retenue à la source de 40% sur les recettes à caractère national allouées aux provinces et entités territoriales décentralisées ; pourtant la péréquation est également capitale pour le financement des projets d'investissement à déployer par lesdites provinces et entités territoriales décentralisées³⁴. Factuellement, les animateurs de ces dernières se sont souvent acharnés contre plus la non-effectivité de la rétrocession que la non-opérationnalité de la Caisse nationale de péréquation.

E. Loi relative aux finances publiques de 2011 et péréquation financière

La Loi n°11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques (LOFIP) est la pierre angulaire de la réforme des finances publiques en RDC, dans la mesure où elle en constitue une traduction concrète en droit positif congolais³⁵. Elle contient des dispositions qui concernent aussi bien les finances de l'État que celles des provinces et entités territoriales décentralisées (ETD). A cet effet, elle se prononce également sur la péréquation financière, en tant que mécanisme qui sous-tend l'autonomie financière desdites provinces et ETD, en prévoyant particulièrement que les recettes en capital des provinces et des ETD comprennent, entre autres, les ressources et subventions affectées aux

République démocratique du Congo : logiques, attentes, contraintes et défis », dans Céline GUILLEUX (dir.), *En quête de territoire(s) ?*, Grenoble, Collège international des sciences du territoire, mars 2016, p. 335.

³² En effet, cet article 24 de la Loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 précitée dispose que « la part des recettes à caractère national allouées aux provinces est établie à 40%. Elle est retenue à la source. La retenue à la source s'effectue par un versement automatique de 40 % dans le compte de la province et de 60% dans le compte général du Trésor. Ce mécanisme est exécuté par la Banque centrale du Congo conformément à la loi financière ».

³³ Article 57 de la Loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 précitée.

³⁴ E. NGOIE, préc., note 29, p. 337.

³⁵ Popol MUKOKO AKABUELE et Trésor-Gauthier KALONJI, « Réforme des finances publiques en République Démocratique du Congo : bilan, perspectives et orientations nouvelles », (2020) 2-4 *Revue Générale de Droit et Interdisciplinaire (RGDI)*, p. 642.

dépenses d'investissement, notamment les ressources provenant de la Caisse nationale de péréquation³⁶. Elle dispose par ailleurs que « conformément à l'article 181 de la Constitution, les provinces bénéficient des ressources provenant de la caisse nationale de péréquation dont le budget est alimenté à concurrence de dix pourcents de la totalité des recettes de catégorie A et B telle que définies à l'article 219 de la présente loi »³⁷.

Cette disposition rappelle, d'une part, la principale source d'approvisionnement des fonds de la Caisse nationale de péréquation, en l'occurrence les 10% des recettes à caractère national allouées aux provinces et collectivités territoriales décentralisées et, d'autre part, a l'avantage de préciser la nature desdites recettes. En effet, conformément à l'article 219 auquel il est fait référence, les recettes de la catégorie A sont celles administratives, judiciaires et domaniales collectées en provinces, et celles des impôts perçues à leur lieu de réalisation³⁸. Quant aux recettes de la catégorie B, ce sont celles administratives, judiciaires, domaniales et de participations collectées au niveau du pouvoir central, celles de douanes et d'accises, celles des impôts recouvrées sur les grandes entreprises, et celles des recettes des pétroliers producteurs³⁹.

En guise de conclusion sur cette partie réservée au fondement juridique de la péréquation financière avant 2016, le constat est que le législateur congolais avait, depuis longtemps, énoncé sa réelle volonté de décentraliser la gestion financière du pays, notamment en soutenant la réalisation des projets d'investissement des provinces et des entités territoriales décentralisées au moyen de ladite péréquation. Cependant, les différentes dispositions y afférentes sont restées des lettres mortes. Pour preuve, il faut relever l'échec d'une mise en place de la Caisse nationale de péréquation, institution attitrée pour gérer au quotidien les ressources de la péréquation. Il a donc fallu attendre l'année 2016, soit dix ans après la promulgation de la Constitution de 2006 précitée, pour que la loi portant organisation et fonctionnement de la Caisse nationale de péréquation soit adoptée et promulguée. C'est l'objet de la section ci-après.

II. FONDEMENT JURIDIQUE DE LA PÉRÉQUATION FINANCIÈRE DEPUIS 2016 ET MATÉRIALISATION DE LA CAISSE NATIONALE DE PÉRÉQUATION : LA LUMIÈRE AU BOUT DU TUNNEL !

A. Remarques préliminaires

Conformément à l'article 181 de la Constitution du 18 février 2006, le législateur congolais a promulgué, en date du 8 novembre 2016, la Loi organique n°16/028 portant organisation et fonctionnement de la Caisse nationale de péréquation (CNP). Ce texte de loi subdivisé en cinq titres, a pris du temps – soit plus de 10 ans – pour « naître » compte tenu notamment de la complexité d'adoption liée à sa nature de loi organique.

³⁶ Voir articles 148 alinéa 2 et 149 alinéa 2 de la Loi n°11/011 du 13 juillet 2011 précitée.

³⁷ Voir article 222 de la Loi n°11/011 du 13 juillet 2011 précitée.

³⁸ A ce stade, ce sont les services déconcentrés de la Direction générale des recettes administratives, judiciaires, domaniales et de participations (DGRAD) et de la Direction générale des impôts (DGI) qui interviennent.

³⁹ A ce niveau, ce sont les services de la Direction générale des douanes et accises (DGDA), de la DGRAD et de la DGI aux niveaux central et déconcentré qui interviennent.

En effet, conformément aux dispositions pertinentes de la Constitution, toutes les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par la Cour constitutionnelle, obligatoirement saisie par le Président de la République, de leur conformité à la Constitution dans un délai de quinze jours⁴⁰. Dans le cas d'espèce, la projet de loi sur la CNP avait été introduit au parlement en début 2010 mais n'avait pas, depuis lors, fait l'objet d'importants progrès⁴¹. C'est seulement en 2015 qu'il sera voté par le parlement et transmis par le Président de la République à la Cour Constitutionnelle pour compétence. A leur tour, les juges constitutionnels ont dû renvoyer le projet de loi au parlement pour inconstitutionnalité. C'est donc un an après, une fois conformé aux prescrits de la Constitution par le parlement, que le texte actuellement en vigueur fut promulgué⁴².

La Loi organique précitée fixe de manière holistique le cadre juridique de la CNP, entre autres sa nature juridique ainsi que sa mission (B), ses structures organiques ainsi que son mode opératoire (C) et ses sources de financement (D), tels que précisés ci-après.

B. Nature juridique et mission de la CNP

Aux termes des articles 1^{er} et 26 de la Loi organique 16/028 précitée, la CNP est un organisme de droit public placé sous la tutelle du gouvernement, doté de la personnalité juridique et de l'autonomie administrative et financière. En tant qu'organisme placé sous la tutelle du gouvernement, la CNP pouvait être considérée comme un service public, régi par la Loi organique n°16/001 du 03 mai 2016 fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées. Cependant, la personnalité juridique ainsi que l'autonomie administrative et financière dont jouit la CNP sont des attributs qui ne sont aucunement reconnus aux services publics par la Loi organique n°16/001 précitée. Moins encore, lorsqu'on analyse la liste des services publics du pouvoir central tels qu'énumérés par l'article 2 de la même Loi n°16/001, il y a du mal à subsumer la CNP sous l'une des administrations nommément citées⁴³. Le vocable « gouvernement » est dans ce cas problématique, car il ne permet pas de savoir précisément si la CNP relève de l'administration de la Primature ou de celle d'un Ministère ou groupe de ministères⁴⁴.

A cet effet, il y a lieu de relever que l'article premier, lettre B, point 9, 2^e tiret, de l'ordonnance 20/017 du 27

⁴⁰ Voir l'article 124 point 3 de la Constitution du 18 février 2006, telle que modifiée et complétée en 2011.

⁴¹ Pierre ENGLEBERT et Emmanuel KASONGO, « Essor provincial et asphyxie locale : paradoxe des réformes de décentralisation en RD Congo », dans Paule BOUVIER et Jean OMASOMBO TSHONDA (dir.), *Décentralisation et espaces de pouvoir*, Bruxelles, Musée Royal d'Afrique Centrale, 2014, p. 54.

⁴² Trésor-Gauthier KALONJI, *Budget de l'Etat et nouvelle gouvernance financière publique - La performance au cœur de la gestion publique en République Démocratique du Congo*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2017, p. 57.

⁴³ En effet, conformément à l'article 2 de la Loi n°16/001 précitée, les services publics du pouvoir central comprennent: 1. l'administration rattachée au président de la République; 2. l'administration rattachée au Premier ministre; 3. l'administration de l'Assemblée nationale; 4. l'administration du Sénat; 5. l'administration de la Cour constitutionnelle et du Parquet général près la Cour constitutionnelle; 6. l'administration des ministères; 7. l'administration des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif; 8. l'administration des Parquets près les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif; 9. l'administration de la Cour des comptes.

⁴⁴ MUYOBOKE MUDUMIZA (C), « Regard sur la caisse nationale de péréquation à la lumière de la législation de la RDC: La Problématique de Tutelle, Fonctionnement et Mesures Transitoires », *Op. cit.*

mars 2020 fixant les attributions des Ministères dispose que le Ministère de la Décentralisation et Réformes Institutionnelles est chargé de la mise en œuvre de la CNP et suivi de son fonctionnement en collaboration avec le Ministère ayant les Finances, le Budget et le Plan dans leurs attributions. De ce point de vue, on pourrait admettre que la CNP est un service public placé sous la tutelle de l'administration du Ministère de la Décentralisation ou sous le conseil de tutelle de tous les Ministères précités. Cependant, la Cour constitutionnelle s'est déjà opposée à une telle conception, dans un arrêt rendu en date du 19 août 2015, siégeant en matière d'appréciation de la conformité à la Constitution de la proposition de loi organique portant organisation et fonctionnement de la CNP. A cette occasion, les juges constitutionnels ont relevé

« [...] qu'en disposant, comme il le fait, de manière nette et non équivoque, à l'article 181 alinéa 4 ci-dessus, le constituant n'a nullement entendu soumettre la CNP à la tutelle d'un quelconque conseil de tutelle dont la composition, réduite uniquement à quelques ministères suivant un critère de sélection non élucidé ; qu'en revanche, il a entendu la soumettre à la tutelle de l'ensemble du gouvernement en tant qu'organe exécutif de l'État »⁴⁵.

De cette clarification jurisprudentielle, devrait-on donc inférer que la CNP relève du Premier Ministre, en tant que responsable du gouvernement national ?

Il n'est pas sans importance de relever un autre fait atypique sur la nature juridique de la CNP : tout en rapprochant cette dernière de la nature d'un service public, la Loi organique 16/028 précitée ne conforme pas sa structure organique ainsi que son mode de fonctionnement à ceux fixés par la Loi organique n°16/001 [précitée] applicable aux services publics, c'est-à-dire une hiérarchie descendante composée du Secrétariat général, de la Direction, de la Division, et du Bureau, dirigés par un fonctionnaire ayant le grade de Secrétaire général de l'Administration publique. Une simple analyse révèle plutôt que c'est l'architecture organique et le mode de fonctionnement d'un établissement public – tels que prévus par la Loi n°08/009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics – qui ont été adoptés pour la CNP : Conseil d'administration, Direction Générale et Collège des Commissaires aux comptes. Néanmoins, la CNP ne peut pas être considérée comme un établissement public, car elle est créée par une loi organique alors que les établissements publics sont créés par décret du Premier Ministre, conformément à l'article 5 de la Loi n° 08/009 précitée.

La nature juridique de la CNP reste également ambiguë sous un autre angle. En effet, puisque celle-ci est tout simplement un organisme public (ou « organisme de droit public », selon les termes de la Loi organique 16/028), elle est censée, en tant que telle, être régie par la Loi portant principes fondamentaux relatifs à la création des organismes publics, conformément à l'article 123 point 2 de la Constitution. Pourtant, cette dernière loi n'existe pas encore, à ce jour, dans l'ordre juridique congolais. Même si elle existait déjà, il y aurait une ambiguïté, car une loi organique ne vient pas créer une entité selon les principes fixés par une loi ordinaire. Cela choquerait donc la Constitution qui a déjà renvoyé la création de la CNP à une loi organique.

⁴⁵ CC., Appréciation de la conformité de la loi organique sur la caisse nationale de péréquation, Arrêt du 19 août 2015, R.Const. 0094, in : *Journal officiel de la RDC*, n° 18 (première partie), 15 septembre 2015, p. 93-98.

Tout compte fait, il serait préférable que l'article 1^{er} de la Loi organique 16/028 sous examen, qui fait de la CNP « un organisme de droit public », soit supprimé ou modifié. On pourrait utiliser notamment l'expression « institution de droit public » qui n'est pas ambiguë et qui a été utilisée notamment pour la Banque centrale du Congo dont l'existence est annoncée dans la Constitution (article 177) et renvoyée pour création à une loi organique, en l'occurrence la Loi n°18/027 du 13 décembre 2018 portant organisation et fonctionnement de la Banque centrale du Congo. Cette loi qualifie cette dernière d'institution de droit public dotée de la personnalité juridique et jouissant d'une autonomie de gestion (article 3 alinéa 2). Il est par ailleurs possible d'utiliser le terme "organe de gestion" pour la CNP, comme c'est le cas avec le Conseil supérieur de la magistrature (article 152 de la Constitution), dont la Loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 dispose que "le Conseil supérieur de la magistrature est l'organe de gestion du pouvoir judiciaire. Il élabore des propositions de nomination, [...]"⁴⁶. Ainsi, au regard de ces deux exemples et, mutatis mutandis, la CNP pourrait être qualifiée "d'institution de droit public" ou "organe de gestion des fonds de la péréquation" doté de la personnalité juridique ainsi que de l'autonomie administrative et financière.

Cela précisé, conformément à la Loi organique 16/028 précitée, la CNP a été dotée de la mission de "financer des projets et programmes d'investissement public, en vue d'assurer la solidarité nationale et de corriger le déséquilibre de développement entre les provinces et entre les entités territoriales décentralisées"⁴⁷. Cet énoncé n'a rien de particulier par rapport aux termes usités dans la Constitution de 2006 pour définir la mission de la CNP. Il ne suscite donc aucun éclaircissement à ce stade et il convient de s'en tenir aux commentaires déjà formulés précédemment⁴⁸.

C. Structures organiques et mode opératoire de la CNP

Conformément à l'article 3 de la Loi organique 16/028 précitée, les organes de la CNP sont de trois ordres, en l'occurrence le Conseil d'administration, la Direction générale et le Collège des Commissaires aux comptes. Comme relevé à la section précédente de ce papier, cette structuration est complètement semblable à celle d'un établissement public, telle que prévue par la Loi n°08/009 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales applicables aux établissements publics. Cependant, la CNP n'est pas un établissement public.

Le Conseil d'administration de la CNP est l'organe composé de six membres, qui se réunissent en session ordinaire deux fois par an ou en session extraordinaire toutes les fois que le besoin se pose. Ils sont chargés de la mission de conception, d'orientation, de décision, de contrôle et de suivi de la CNP. Ces pouvoirs impliquent notamment le rôle d'approuver les dossiers de demande de financement introduits par les provinces, de procéder au contrôle de gestion des activités de la CNP, et d'assurer le suivi et le contrôle des investissements financés au profit des provinces⁴⁹.

⁴⁶ Article 2 de la Loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature.

⁴⁷ Article 2 alinéa 1^{er} de la Loi organique 16/028 précitée.

⁴⁸ Voir *Supra*, section 1.3.

⁴⁹ Pour plus de détails, voir les articles 4 à 11 de la Loi organique 16/028 précitée.

Pour sa part, la Direction générale – qui est composée d'un Directeur général, d'un Directeur général adjoint, d'un Directeur chargé de l'administration et des Finances, et d'un Directeur chargé des opérations – assure la gestion courante de la CNP⁵⁰. Cette mission implique, entre autres, la nécessité d'appliquer correctement le plan annuel d'affectation des ressources de la CNP au financement des projets et programmes d'investissement public des provinces et des entités territoriales décentralisées. Il est logique d'inférer que cette attribution implique une orthodoxie dans la gestion financière, dans la mesure où, conformément aux dispositions pertinentes de la LOFIP, chaque franc congolais de l'État doit être justifié et, à défaut, des responsabilités personnelles peuvent être engagées pour faute de gestion. La gestion courante de la Direction générale implique également le contrôle du niveau d'exécution physique des projets et programmes d'investissement public des provinces et des entités territoriales décentralisées. En toute cohérence, ce rôle nécessite des descentes fréquentes sur le terrain avec les responsables des provinces ou des entités territoriales décentralisées bénéficiaires du financement des projets et programmes, afin d'évaluer leur réalisation. A ce sujet, il serait opportun pour la CNP d'avoir des représentations tout au moins dans chaque chef-lieu de province, pour faciliter ce travail de surveillance. Cela rencontre d'ailleurs les prescrits de l'article 2 in fine de la Loi organique 16/028 qui reconnaît à la CNP la possibilité d'ouvrir des agences en provinces, en cas de nécessité.

Enfin, le Collège des Commissaires aux comptes, composé de deux Experts-comptables assermentés, est chargé d'assurer le contrôle de toutes les opérations financières de la CNP. Cette mission implique un droit illimité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la CNP. Dans cette veine, les Commissaires aux comptes vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la CNP et contrôlent la régularité, la procédure et la sincérité des inventaires et des états financiers ainsi que l'exactitude des informations données sur les comptes de la CNP dans les rapports du Conseil d'administration. Ils peuvent prendre connaissance, sans les déplacer, des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de tous les autres documents de la CNP⁵¹. Comme on peut le constater, les Commissaires aux comptes jouent le rôle d'auditeurs internes au sein de la CNP, de telle sorte qu'en cas d'irrégularités constatées dans la gestion quotidienne, le Conseil d'administration peut être alerté afin qu'éventuellement des correctifs de gestion soient pris dans le meilleur délai, avant même que les organes externes de contrôle des finances publiques – tels que l'Inspection générale des finances, la Cour des comptes et le parlement – ne débarquent.

D. Sources de financement de la CNP

Conformément aux dispositions des articles 22 à 25 de la Loi 16/028 sous revue, la CNP est dotée des ressources financières nécessaires à son fonctionnement et de celles destinées au financement des projets et programmes d'investissement public des provinces et ETD, dans l'optique de garantir la solidarité nationale et la correction du déséquilibre de développement entre les différentes composantes de la nation. Ainsi, les ressources financières de la CNP sont de deux ordres et proviennent de sources différentes :

⁵⁰ Pour plus de détails, voir les articles 12 à 14 de la Loi organique 16/028 précitée.

⁵¹ Pour plus de détails, voir les articles 15 à 18 de la Loi organique 16/028 précitée.

- *D'une part, il y a les ressources de fonctionnement destinées à couvrir les besoins en rémunération, fonctionnement et investissement de la CNP. Ils émargent au budget du pouvoir central, comme c'est le cas avec toutes les autres institutions de l'État. Il y a lieu de préciser que le besoin d'investissement dont il est question ici, ce sont les dépenses qui sont nécessaires au meilleur fonctionnement de la CNP, notamment en ce qui concerne l'acquisition des immobiliers. Il ne s'agit pas des investissements publics au profit des provinces et ETD, qui font l'objet de la seconde rubrique ci-après.*
- *D'autre part, il y a les ressources pour les investissements publics à financer par la CNP au profit des projets et programmes des provinces et ETD. Ces ressources proviennent de la retenue de 10% de la totalité des recettes à caractère national revenant à l'État chaque année. Pour faciliter cette retenue, le législateur prévoit l'ouverture d'un sous-compte du Compte général du Trésor à la BCC, de sorte que la quotité de 10% soit régulièrement transférée, selon un ordre de paiement permanent déposé à la BCC par le ministre des Finances. Aussi est-il que, pour sécuriser ces ressources face notamment aux vellétés des politiques (décideurs) et aux tracasseries de l'appareil judiciaire, le législateur les a gravées du caractère d'insaisissabilité⁵².*

Du point de vue de la loi de finances de chaque année, la quotité de 10% précitée est une dépense publique et devrait en principe apparaître dans tous les instruments de gestion courante du budget, notamment le plan de trésorerie. La Loi de finances initiale de l'exercice 2020 avait aligné des ressources de l'ordre de 1.082 milliards de francs congolais au profit de la CNP⁵³. Cependant, force est de constater par exemple que cette dépense n'est aucunement apparue dans le plan de trésorerie publié par le ministère des Finances en date du 27 janvier 2020. Cette attitude du gouvernement serait de nature à hypothéquer les ressources de la CNP destinées aux investissements publics et, par ricochet, à maintenir davantage certaines provinces et ETD dans le sous-développement⁵⁴.

La mise en place et l'opérationnalisation de la CNP en RDC ont été un chemin du combattant. Quand bien même la loi organique avait été promulguée en 2016, il a fallu encore attendre plus de deux ans après, soit en décembre 2018, pour qu'intervienne la nomination des membres du conseil d'administration et de la direction générale de cette institution. Au-delà de cette mise en place retardée des acteurs de la CNP, ce sont aussi des contraintes financières qui n'ont pas permis le démarrage des activités sur terrain. En effet, le Gouvernement central a toujours eu du mal à libérer les 10% des recettes à caractère national revenant à l'État, qui doivent alimenter la CNP. Face aux difficultés financières encourues par les provinces et ETD, le Président du Sénat avait même plaidé — dans son allocution

⁵² L'application du principe d'insaisissabilité à la faveur d'un organisme financier public n'est pas typiquement congolais. En France notamment, l'ensemble des personnes publiques (État, collectivités, établissements publics) bénéficie historiquement d'un principe général du droit d'insaisissabilité de leurs deniers publics et plus largement de leurs biens, qu'ils appartiennent au domaine public ou privé. La législation et la jurisprudence abondante sont unanimes sur ce principe. Plus de détails, voir Charles MONDOU, « L'insaisissabilité », dans G. ORSONI (dir.), préc., note 1, p. 556.

⁵³ Amédée MWARABU, « RDC : le gouvernement n'a pas actionné le Fonds national de péréquation en janvier 2020 », *Deskeco*, 05 mars 2020, publié en ligne : <<https://deskeco.com/2020/03/05/rdc-le-gouvernement-na-pas-actionne-le-fonds-national-de-perequation-en-janvier-2020>> (consulté le 21 janvier 2021).

⁵⁴ Alain IKALA ENGUNDA, « Le Plan de trésorerie de l'État révèle la triste réalité de nos finances publiques », *Mediacongo*, Février 2020, publié en ligne : <<https://www.mediacongo.net>> (consulté le 21 janvier 2021)

classique prononcée à l'occasion de la rentrée parlementaire de septembre 2019 — en faveur de l'opérationnalisation effective de la CNP, qui permettrait notamment le financement d'une institution interprovinciale (par exemple un fond d'investissement) qui accorderait aux provinces des crédits à courts et moyens termes afin qu'elles réalisent leurs projets de développement. Ainsi, les provinces ne pourraient pas recourir à des emprunts bancaires, qui les mettent dans une situation des surendettements (taux d'intérêts élevé ; modestie des montants demandés ; et courts délais de remboursement)⁵⁵.

Au reste, en vue de garantir une meilleure opérationnalité de la CNP, la loi de finances de l'exercice 2023 a alloué à cette institution une ligne de crédit de plus de CDF 1780 milliards (soit plus de USD 700 millions). Selon le législateur, cette ligne de crédit devrait servir « au financement des projets et programmes d'investissements publics, en vue d'assurer la solidarité nationale et de corriger le déséquilibre de développement entre les provinces et entre les autres entités territoriales décentralisées »⁵⁶. Cette stipulation n'est qu'une reprise *expressis verbis* de la définition énoncée à l'article 181 de la Constitution du 18 février 2006⁵⁷. Du point de vue de la répartition du montant de CDF 1780 milliards susévoqué, c'est la province de la Tshuapa qui était censé recevoir le gros lot, soit une somme de plus de CDF 101 milliards (soit plus de USD 40 millions). Pour sa part, la ville province de Kinshasa, capitale du pays, devait recevoir en principe le plus faible montant par rapport aux 25 autres provinces, soit plus de CDF 13 milliards (USD 5 millions)⁵⁸.

III. EXCURSUS : L'EXPÉRIENCE DE LA PÉRÉQUATION EN SUISSE ET ENSEIGNEMENTS POUR LA RDC

A. Remarques préliminaires

Il convient de préciser que la stratification politico-administrative de la Suisse est composée de la Confédération qui est le pouvoir central ou fédéral, des 26 cantons qui sont en quelque sorte l'équivalent des provinces ou régions dans un État fédéral ou unitaire, et de plusieurs communes. A cet effet, la péréquation financière est un mécanisme constitutionnel qui vise à corriger l'absence d'adéquation spontanée entre les ressources et les charges des cantons et des communes⁵⁹. L'article 135 (intitulé « péréquation financière et compensation des charges ») de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999, dispose que

« [...] la Confédération légifère sur une péréquation financière et une compensation des charges appropriées entre la Confédération et les cantons d'une part, et entre les cantons d'autre part. La péréquation financière et la compensation des charges ont notamment pour but : a) de réduire les disparités entre cantons en ce qui concerne la capacité financière ; b) de garantir aux cantons une dotation minimale en ressources financières ; c) de compenser les charges excessives des

⁵⁵ Auguy MUDIAY, « RDC : Surendettement des provinces, Thambwe Mwamba plaide pour l'opérationnalisation de la caisse nationale de péréquation », *Deskeco*, 16 septembre 2019, publié en ligne : <<https://www.deskeco.com/index.php/rdc-surendettement-des-provincesthambwe-mwamba-plaide-pour-loperationnalisation-de-la-caisse-nationale-de-perequation>> (consulté le 21 janvier 2021).

⁵⁶ Voir article 9 de la Loi de finances n° 22/071 du 28 décembre 2020 pour l'exercice 2023.

⁵⁷ Voir *supra*, section 1.3.

⁵⁸ Voir Annexe XII de la Loi de finances n° 22/071 précitée.

⁵⁹ L. WEBER, M. ZARIN-NEJADAN et A. SCHONENBERGER, préc., note 2, p. 343.

cantons dues à des facteurs géotopographiques ou sociodémographiques ; d) de favoriser une collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges ; e) de maintenir la compétitivité fiscale des cantons à l'échelle nationale et internationale. La péréquation des ressources est financée par les cantons à fort potentiel de ressources et par la Confédération. Les prestations des cantons à fort potentiel de ressources équivalent au minimum à deux tiers et au maximum à 80% de la part de la Confédération ».

Déjà à ce stade, il convient de relever que le constituant fédéral suisse a été assez explicite dans son énoncé des objectifs de la péréquation, qui apparaissent assez laborieux. Comparativement au constituant congolais de 2006, il y a lieu de reconnaître que ce dernier a été taciturne, en énonçant tout simplement que la péréquation vise à financer des projets et programmes d'investissement public, en vue d'assurer la solidarité nationale et de corriger le déséquilibre de développement entre les provinces et entre les autres ETD (voir supra, section 1.3). Sauf inconvénient lié à la légistique, il ne serait pas exagéré pour le constituant congolais d'offrir de son côté l'article 181 précité relatif à la péréquation, afin d'en détailler les objectifs, comme c'est le cas pour la Suisse.

Par ailleurs, conformément à l'article 135 précité, le Conseil fédéral suisse a adopté, en date du 3 octobre 2003, la Loi fédérale sur la péréquation financière et la compensation des charges (LPFCC). Cette dernière – qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008 – contient sept sections et 24 articles au total. Elle a été complétée par l'Ordonnance du 7 novembre 2007 sur la péréquation financière et la compensation des charges (OPFCC). Tout en reprenant la finalité de la péréquation telle que reprise par la Constitution fédérale⁶⁰, la LPFCC régit, selon l'article 1^{er}, trois types de péréquation : premièrement, la péréquation des ressources en faveur des cantons à faible potentiel de ressources, financée par les cantons à fort potentiel de ressources et par la Confédération (B) ; deuxièmement, la compensation, par la Confédération, des charges excessives dues à des facteurs géo-topographiques ou sociodémographiques (C) ; et, troisièmement, la collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges (D). Voici ci-après quelques détails commentés de ces trois types de péréquation.

B. Péréquation des ressources

La péréquation des ressources en Suisse est une péréquation à la fois horizontale et verticale⁶¹. En effet, l'article 4 de la LPFCC dispose que ce sont les cantons à fort potentiel de ressources ainsi que la Confédération qui financent la péréquation des ressources, tout en précisant que la part totale annuelle des cantons à fort potentiel de ressources équivaut au minimum à deux tiers et au maximum à 80% de la part de la Confédération.

Le concept de "potentiel de ressources" d'un canton correspond à la valeur de ses ressources exploitables fiscalement, c'est-à-dire son potentiel fiscal en termes des recettes publiques tirées d'un certain nombre d'impôts bien définis par la loi. L'évaluation ou le calcul du potentiel fiscal se fait chaque année par le Conseil fédéral, sur la base des chiffres des trois dernières années pour lesquelles des données sont disponibles. Dès lors, les cantons ayant un potentiel de ressources par habitant supérieur à la moyenne suisse sont réputés cantons à fort potentiel de ressources,

⁶⁰ Voir article 2 de la LPFCC précitée.

⁶¹ L. WEBER, M. ZARIN-NEJADAN et A. SCHONENBERGER, préc., note 2, p. 344.

et vice-versa⁶². En d'autres termes, le potentiel de ressources par habitant résulte de la division du potentiel de ressources de l'année de référence par la moyenne de la population résidante permanente et non permanente moyenne des années de calcul du potentiel de ressources⁶³.

Comme on peut le constater, le potentiel des ressources est un paramètre capital dans la mise en œuvre de la péréquation des ressources. Il constitue la « clé de voûte » du système suisse⁶⁴. Ce paramètre peut également être intégré dans le système congolais de péréquation, pour classer toutes les provinces en fonction de leurs recettes et détecter celles qui nécessitent un financement des investissements pris en charge par la CNP. En effet, ce n'est pas parce qu'une province fait moins de recettes par rapport à une autre, qu'elle serait automatiquement défavorisée ou moins nantie par rapport à la seconde. Il est important de faire intervenir également la démographie dans le calcul, car la notion de potentiel de ressources telle que prévue en Suisse, s'évalue également par habitant. L'occasion est ici favorable pour plaider en faveur du recensement général de la population congolaise, dont les statistiques officielles ne sont pas à jour depuis belle lurette. Sans données réelles sur la démographie respective de chaque province, il serait malaisé d'intégrer le paramètre du potentiel des ressources dans le système congolais de péréquation financière.

Par ailleurs, conformément à l'article 6 de la LPFCC, le Conseil fédéral arrête chaque année la répartition des fonds de la péréquation des ressources entre les cantons à faible potentiel de ressources sur la base de leur potentiel de ressources et de leur nombre d'habitants. La contribution par habitant augmente progressivement en fonction de la différence croissante entre les ressources déterminantes d'un canton et celles de la moyenne suisse. Le classement des cantons ne doit pas être modifié par la péréquation des ressources. Les fonds sont versés aux cantons sans être subordonnés à une affectation déterminée. Les ressources qui entrent en ligne de compte pour chaque canton, calculées par habitant, devraient atteindre, après addition des versements de la péréquation des ressources, 85% au moins de la moyenne suisse.

Comme on peut le constater, il n'existe pas en Suisse un organisme spécifique ayant pour mission de gérer les fonds de la péréquation, comme la CNP en RDC. Le système suisse de péréquation est "démocratique", dans la mesure où les fonds de la péréquation sont mis à disposition des cantons qui décident de leur orientation, sans arbitrage du pouvoir central, c'est-à-dire le Conseil fédéral. En revanche, en RDC, les fonds de la péréquation ne doivent pas être laissés à la libre gestion des provinces et ETD. Ces dernières doivent plutôt présenter leurs projets et programmes d'investissement "bancables", et c'est à la CNP de décider discrétionnairement. Certes, il serait complexe à ce jour de démocratiser en RDC la gestion des fonds de péréquation, mais il est possible d'entrevoir un mécanisme qui puisse permettre aux provinces de participer indirectement à la gestion assurée par la CNP, notamment en associant la Conférence des Gouverneurs par exemple pour la validation de certains rapports. Ce qui n'est pas, pour l'heure, prévu dans le cadre juridique actuel de la péréquation.

⁶² Voir article 3 de la LPFCC précitée.

⁶³ Voir article 3 de l'OPFCC précitée.

⁶⁴ L. WEBER, M. ZARIN-NEJADAN et A. SCHONENBERGER, préc., note 2, p. 343.

C. Compensation des charges excessives par la Confédération

En Suisse, la Confédération est tenue de compenser certaines charges des cantons dues à des facteurs géo-topographiques ou à des facteurs sociodémographiques. En effet, il est clair que « les conditions cadres, l'environnement géographique et démographique notamment, nécessitent des programmes de dépenses différents d'une collectivité à l'autre »⁶⁵. Les facteurs géo-topographiques engendrant des charges excessives sont en particulier une proportion supérieure à la moyenne de zones d'habitation et de surfaces productives situées en altitude et un habitat dispersé et une faible densité de population⁶⁶. Quant aux facteurs sociodémographiques engendrant des charges excessives, ils concernent en particulier une proportion supérieure à la moyenne de certains groupes de population, notamment les personnes vivant dans la pauvreté, les personnes très âgées, les jeunes confrontés à des besoins de formation particuliers, les chômeurs, les toxicodépendants, et les étrangers qui ont besoin d'une aide à l'intégration⁶⁷. Toutes ces données sont fournies chaque année par les cantons, grâce au recensement de la population⁶⁸.

Ainsi, conformément à l'article 9 de la LPFCC, l'Assemblée fédérale – c'est-à-dire le parlement suisse – fixe, par un arrêté fédéral et pour une période de quatre ans, les contributions de base de la Confédération destinées à la compensation de ces charges excessives. Les fonds sont versés aux cantons sans être subordonnés à une affectation déterminée. En d'autres termes, les fonds que le Conseil fédéral verse aux cantons ne mentionnent pas s'ils sont destinés prioritairement pour un tel groupe de personnes par exemple, mais les cantons sont invités à adopter des systèmes afin de garantir que les fonds compensatoires parviennent aux échelons qui assument effectivement les charges⁶⁹.

Au regard de ce qui précède, il est aussi possible d'intégrer dans le système congolais de péréquation une possibilité de compenser des charges dues à des facteurs géo-topographiques ou sociodémographiques. En effet, toutes les provinces ou entités territoriales décentralisées congolaises ne sont pas dotées des mêmes conditions géologiques. Certaines provinces de l'ouest ainsi que du centre du pays sont souvent butées notamment à des érosions qui annihilent parfois des efforts de modernisation des infrastructures publiques. Les différenciations sociodémographiques sont également réelles en RDC. Les grandes villes notamment celles dans lesquelles sont formés beaucoup d'universitaires, font face à un taux élevé de chômage. Néanmoins, l'une des difficultés qui pourraient complexifier la compensation des charges excessives en RDC, est de ce chef l'absence du recensement de la population. Sans un recensement fiable et exhaustif des groupes de personnes concernées, il serait utopique de mettre en place l'équité souhaitée.

D. Collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges

L'article 10 de la LPFCC consacre une obligation de collaborer, en vertu de laquelle l'Assemblée fédérale (parlement suisse) peut obliger les cantons à collaborer en prévoyant une compensation des charges dans les domaines

⁶⁵ Idem, p. 344.

⁶⁶ Voir article 7 de la LPFCC précitée.

⁶⁷ Voir article 8 de la LPFCC précitée.

⁶⁸ Voir articles 27 et 28 de la LPFCC précitée.

⁶⁹ S. FERRARI, préc., note 7, p. 6.

notamment de l'exécution des peines et des mesures, de l'instruction publique pour certaines catégories de personnes, des hautes écoles cantonales, des institutions culturelles d'importance suprarégionale, de la gestion des déchets, de l'épuration des eaux usées, des transports en agglomération, de la médecine de pointe et cliniques spéciales, des institutions d'intégration et de prise en charge des personnes handicapées. Cette obligation de collaborer revêt la forme d'une déclaration de force obligatoire générale ou d'une obligation d'adhérer ; ces deux modalités de collaboration étant bien détaillées par la LPFCC ainsi que l'OPFCC précitées.

Le but de cette collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges vise notamment à garantir une offre minimale de services à la collectivité, à exécuter des tâches cantonales collectivement et de manière rationnelle, et à compenser de manière équitable les coûts des services profitant à plusieurs cantons en assurant aux cantons concernés une participation adéquate aux décisions et à la mise en œuvre⁷⁰. Ainsi, la péréquation des prestations dont profitent plusieurs cantons tiendra compte en particulier de l'utilisation effective de ces prestations, de l'ampleur du droit de participation aux décisions et à la mise en œuvre ainsi que des avantages ou inconvénients considérables qui y sont liés et dont le canton fournisseur bénéficie en raison de sa situation⁷¹.

Il ressort de ce qui précède que la collaboration intercantonale obligatoire en vue d'une compensation des charges par voie de péréquation vise la communautarisation des prestations des cantons en vue de dégager des économies de moyens, ce qui garantit une égalité de traitement (équité) de tous les citoyens suisses, en termes d'accès aux services publics de même qualité, nonobstant l'existence des certaines préférences locales⁷².

Ce modèle suisse pourrait également être utilisé en RDC pour communautariser certains projets ou programmes d'investissement bénéfiques pour plus d'une province, au lieu d'obliger la CNP à reproduire un même projet ou programme dans un espace transfrontalier de deux ou plusieurs provinces ou ETD. Cela est d'ailleurs en adéquation avec la Constitution de la République, qui prévoit que « deux ou plusieurs provinces peuvent, d'un commun accord, créer un cadre d'harmonisation et de coordination de leurs politiques respectives et gérer en commun certains services dont les attributions portent sur les matières relevant de leurs compétences »⁷³. Cela pourrait être le cas par exemple du projet de construction d'une usine de production de l'eau pour les besoins d'une province. Cette usine peut être appelée à ravitailler deux ou trois provinces nécessiteuses, au lieu d'avoir une usine dans chacune desdites provinces. Ainsi, on dégagerait des économies de moyens qui pourraient être canalisés à d'autres projets ou programmes de développement.

Conclusion

La péréquation financière est un instrument utile pour la mise en œuvre d'une décentralisation réussie. Conscient de cette réalité, le législateur congolais avait, avec l'avènement de la décentralisation administrative et financière qui remonte aux années 80, posé des jalons pour l'établissement d'un dispositif de péréquation financière.

⁷⁰ Voir article 11 de la LPFCC précitée.

⁷¹ Voir article 12 de la LPFCC précitée.

⁷² Dans ce sens, voir WEBER (L), ZARIN-NEJADAN (M) et SCHONENBERGER (A), *Économie et finances publiques*, Op.Cit., p. 344.

⁷³ Article 199 de la Constitution [de la RDC] du 18 février 2006.

Malheureusement, ce dispositif n'a existé que sur papier, sans récolter la volonté politique nécessaire à sa matérialisation.

La Constitution de la République de 2006 (telle que modifiée et complétée en 2011) est le trigger du principe de la décentralisation administrative et financière et, par ricochet, de la péréquation financière en RDC. En vertu de cette Constitution, une loi organique a été promulguée en 2016 pour matérialiser l'existence d'une Caisse nationale de péréquation, dont la mission est de contribuer à la réduction des écarts de développement entre les provinces et entre les entités territoriales décentralisées, en finançant uniquement des projets et programmes investissements. Cette mission est réaffirmée par, non seulement la législation sur la décentralisation administrative, mais aussi celle relative à la gestion des finances publiques, en l'occurrence la Loi relative aux finances publiques (LOFIP).

Il convient de noter, néanmoins, que l'environnement juridique autour de la péréquation financière congolaise suscite quelques interrogations. La première concerne la tutelle de la Caisse nationale de péréquation que la Loi organique n°16/028 du 08 novembre 2016 attribue au gouvernement central, sans préciser la responsabilité de chaque ministère sectoriel impliqué, ce qui peut engendrer des conflits de leadership et rendre difficile les efforts nécessaires de coordination. Le second bémol concerne l'ambiguïté sur la nature juridique de ladite Caisse, du fait que tout en rapprochant cette dernière de l'univers des services publics, la loi susmentionnée n'en conforme pas la structure organique ainsi que le mode de fonctionnement à ceux dictés par la loi organique applicable aux services publics.

Au reste, en vue de permettre une expérience congolaise réussie dans la mise en place de la péréquation financière, il serait opportun de s'inspirer des autres pays ayant déjà fait preuve d'une expérience réussie dans ce domaine. Tel est le cas notamment de la Suisse, dont le régime de péréquation financière peut inspirer le modèle congolais, notamment en ce qui concerne les mécanismes de péréquation des ressources, de compensation des charges excessives et de collaboration intercantonale assortie d'une compensation des charges.

- Références -

- BARBÉ, V., « La péréquation, principe constitutionnel », (2010) 81 *Revue française de droit constitutionnel* 3-19.
- BARBIER-GAUCHARD, A., « Péréquation financière et équité territoriale », dans ORSONI, G. (dir.), *Finances publiques. Dictionnaire encyclopédique*, Paris, 2^e édition, Economica, 2017, p.677.
- BERGÈS, P. et Alii (dir.), *Enjeux et réformes de la péréquation financière des collectivités territoriales*, Rapport du Ministère de l'Économie et Finances et du Ministère de l'Intérieur de France, Paris, Juin 2013.
- BLÖCHLIGER, H. et CHARBIT, C., « Péréquation financière », (2008) 1:44 *Revue économique de l'OCDE*, 283-309.

- BOUVIER, M., ESCLASSAN, M.-C. et LASSALE, J.-P., *Finances publiques*, 13^e édition, Paris, LGDJ/Lextenso éditions, 2014.
- DAFFLON, B., « Le désenchevêtrement des tâches et la péréquation financière : les chantiers du fédéralisme suisse après le 28 novembre », *Working Paper*, n° 385, Décembre 2004, Fribourg, Université de Fribourg - Faculté des Sciences Économiques et Sociales, p. 1-35
- ENGLEBERT, P. et KASONGO, E., « Essor provincial et asphyxie locale : paradoxe des réformes de décentralisation en RD Congo », dans BOUVIER, P. et OMASOMBO TSHONDA, J. (dir.), *Décentralisation et espaces de pouvoir*, Bruxelles, Musée Royal d'Afrique Centrale, 2014, p. 51-63.
- FERRARI, S., *La péréquation financière - Utilisation des compensations sociodémographiques dans les cantons*, Mémoire de Master en Gestion publique, Berne, Université de Berne, 2013.
- HOUSER, M., *Droit de la péréquation financière. Fondement et pratique*, Paris, L'Harmattan, 2015.
- HOUSER, M., « Le principe de péréquation », dans ORSONI, G. (dir.), *Finances publiques. Dictionnaire encyclopédique*, 2^e édition, Paris, Economica, 2017, p. 676-677.
- IKALA ENGUNDA, A., « Le Plan de trésorerie de l'État révèle la triste réalité de nos finances publiques », *Mediacongo*, Février 2020, publié en ligne : <<https://www.mediacongo.net>> (consulté le 21 janvier 2021)
- KALONJI, T.-G., *Budget de l'État et nouvelle gouvernance financière publique. La performance au cœur de la gestion publique en République Démocratique du Congo*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2017.
- KAPYA KABESA, J. S.I.-M., « Des contraintes liées à l'application de la loi n°08/012 du 31 juillet 2008 sur la libre administration des provinces en République démocratique du Congo (Enjeux et perspectives) », (2009) 8 *KAS African Law Study Library* 1-27.
- KUMBU KI NGIMBI, J.-M., « Le cadre légal de la décentralisation en République Démocratique du Congo », dans MABIALA MANTUBA-NGOMA, P. (dir.), *Le processus de décentralisation en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Publications de la Fondation Konrad Adenauer, 2009, p. 57-84.
- MABIALA MANTUBA-NGOMA, P., « Le processus actuel de décentralisation en République Démocratique du Congo : enjeux et défis », dans MABIALA MANTUBA-NGOMA, P. (dir.), *Le processus de décentralisation en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Publications de la Fondation Konrad Adenauer, 2009, p. 25-56.
- MONDOU, C., « L'insaisissabilité », dans ORSONI, G. (dir.), *Finances publiques. Dictionnaire encyclopédique*, 2^e édition, Paris, Economica, 2017, p. 555-557.
- MUDIAY, A., « RDC : Surendettement des provinces, Thambwe Mwamba plaide pour l'opérationnalisation de la caisse nationale de péréquation », *Deskeco*, 16 septembre 2019, publié en ligne : <<https://www.deskeco.com/index.php/rdc-surendettement-des-provincesthambwe-mwamba-plaide-pour-operationnalisation-de-la-caisse-nationale-de-perequation>> (consulté le 21 janvier 2021).
- MUKOKO AKABUELE, P. et KALONJI, T.-G., « Réforme des finances publiques en République Démocratique du Congo : bilan, perspectives et orientations nouvelles », (2020) 2:4 *Revue Générale de Droit et Interdisciplinaire (RGDI)* 639-692.

- MUYOBOKE MUDUMIZA, C., « Regard sur la caisse nationale de péréquation à la lumière de la législation de la RDC: La Problématique de Tutelle, Fonctionnement et Mesures Transitoires », *Eastern Congo Tribune*, 13 septembre 2017, en ligne : <<https://easterncongotribune.com>> (consulté le 20 janvier 2021).
- MWARABU, A., « RDC : le gouvernement n'a pas actionné le Fonds national de péréquation en janvier 2020 », *Deskeco*, 05 mars 2020, publié en ligne : <<https://deskeco.com/2020/03/05/rdc-le-gouvernement-na-pas-actionne-le-fonds-national-de-perequation-en-janvier-2020>> (consulté le 21 janvier 2021).
- NGOIE, E., « Démembrement des provinces et nouvelle territorialisation en République démocratique du Congo : logiques, attentes, contraintes et défis », dans GUILLEUX C. (dir.), *En quête de territoire(s) ?*, Grenoble, Collège international des sciences du territoire, mars 2016, p.333-338.
- WEBER, L., ZARIN-NEJADAN, M. et SCHONENBERGER, A., *Économie et finances publiques*, Paris, Economica, 2017.

Æ Æ

Æ

Analyse de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'article 535 alinéa premier du code de la famille : Étude critique de l'intention du législateur congolais et des habitudes judiciaires au Tribunal de grande instance de Likasi

Blaise BWANGA ANEMBALI*

Evrard MISIMA WILOZA **

Michel MUSHINGI ABONABO***

Giresse KABUYA TSHISHIMBI****

RÉSUMÉ

Cette réflexion a pour objectif principal l'étude critique de l'intention du législateur ainsi que des habitudes judiciaires liées à l'article 535 alinéa 1^{er} qui dispose : "A la dissolution du mariage, l'actif et le passif de la communauté sont partagés par moitié entre les anciens époux ou entre le conjoint survivant et les héritiers de l'autre époux". Cet article est examiné sous trois angles principaux : son interprétation et sa mise en œuvre, l'intention du législateur et les habitudes judiciaires influencées par la coutume. Cette analyse se concentre sur les décisions rendues par le Tribunal de Grande Instance de Likasi, en mettant l'accent sur les éventuelles divergences d'interprétation et les conséquences pratiques de ces jugements. La réflexion tente de répondre à la question fondamentale, celle de savoir qui doit effectuer ce partage, où va-t-il s'opérer, quel tribunal est compétent pour en connaître les litiges ?

Mots clés : *Communauté universelle des biens - Conjoint - De Cujus - Époux - Habitudes judiciaires - Héritage - Législateur - Likasi - Liquidation - Mariage - Régime matrimonial - Patrimoine - Succession - Tribunal de grande instance.*

ABSTRACT

The main objective of this study is to critically examine the intention of the legislator and the judicial practices relating to article 535 paragraph 1 which provides: 'On dissolution of the marriage, the assets and liabilities of the community are shared equally between the former spouses or between the surviving spouse and the heirs of the other spouse'. This article is examined from three main angles: its interpretation and implementation, the legislator's intention and judicial practice influenced by custom. The analysis focuses on decisions handed down by the Likasi High Court, highlighting any differences of interpretation and the practical consequences of these rulings. The analysis attempts to answer the fundamental question of who should carry out this division, where will it take place, and which court has jurisdiction to hear the disputes?

* Chef de Travaux à la Faculté de droit ; Assistant Principal du Secrétaire général chargé de la recherche à l'Université de Likasi et Défenseur Judiciaire près le Tribunal de grande instance de Likasi.

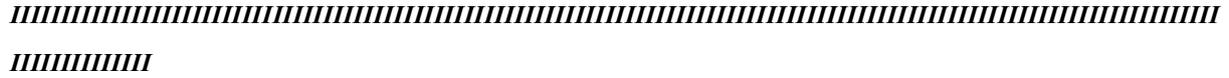
** Chef de Travaux à l'Institut Supérieur Technique Médical de Likasi et Magistrat.

*** Assistant à la Faculté de droit, Secrétaire Général Académique à l'Institut Supérieur des Techniques Appliquées de Kolwezi et Avocat.

**** Assistant à l'Université du Congo à Likasi et Défenseur Judiciaire près le Tribunal de grande instance de Likasi.



Keywords: Universal community of property - Spouse - De cuius - Spouse - Judicial practice - Inheritance - Legislator - Likasi - Liquidation - Marriage - Matrimonial property regime - Inheritance - Succession - High of first instance.



- Plan de l'article -

Introduction

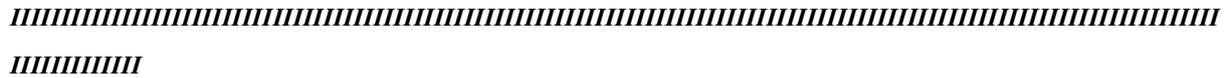
I. DISPOSITIONS PARTICULIERES AU REGIME DE LA COMMUNAUTE UNIVERSELLE DES BIENS

II. DROITS PATRIMONIAUX DU CONJOINT SURVIVANT

III. LIQUIDATION ET LE PARTAGE DU PATRIMOINE COMMUN DES EPOUX

Conclusion

Références



Introduction

De l'économie générale des dispositions du code de la famille, spécialement celles relatives aux effets patrimoniaux du mariage, qui forment la section quatrième du cinquième chapitre du titre I^{er} du livre III du code susmentionné, il se dégage les règles régissant les effets pécuniaires dérivant du mariage entre les époux et vis-à-vis des tiers et ce, à dater du jour de la célébration ou de l'enregistrement du mariage devant l'Officier de l'État civil. Ces dispositions forment une partie importante du Droit de la famille, appelée "Régimes matrimoniaux". Les règles de ces derniers définissent les rapports des époux relativement à leur patrimoine du fait de leur mariage¹. En d'autres termes, le régime matrimonial est le statut qui gouverne les intérêts pécuniaires des époux dans leurs rapports entre eux et dans leurs rapports avec les tiers et dont l'objet est de régler le sort des biens actifs et passifs des époux pendant le mariage et à sa dissolution².

Parlant de la dissolution du mariage, celui-ci se dissout par la mort de l'un des époux, par le divorce ou par le nouveau mariage du conjoint de l'absent, contracté après le jugement déclarant le décès de l'absent³. Lorsqu'il se dissout par le divorce, après décision judiciaire ou par le remariage du conjoint de l'absent à la suite d'un jugement déclarant le décès de ce dernier, la question de liquidation et du partage du patrimoine matrimonial rencontre peu de difficultés car dans sa décision, le juge règle aussi bien la question principale qui lui est soumise, à savoir "le divorce", ainsi que les préoccupations connexes ou subsidiaires pouvant être relatives à la liquidation et au partage des biens communs sans perdre de vue celle liée à la situation de l'époux désavantagé par le divorce⁴.

Partant de ce fait, il convient de faire une analyse minutieuse du contenu de l'alinéa I^{er} de l'article 535 du code de famille, lorsque l'on se trouve dans l'hypothèse de la dissolution du mariage par la mort de l'un des époux. En effet, ce texte qui, lui-même organise les règles relatives au régime de la communauté universelle des biens, prévoit qu' : "à la dissolution du mariage, l'actif et le passif de la communauté sont partagés par moitié entre les anciens époux ou entre le conjoint survivant et les héritiers de l'autre époux".

L'intérêt de cette réflexion va se révéler à plusieurs niveaux, plus principalement, en permettant d'indiquer avec le plus de précision, l'agent qui doit être chargé du partage du patrimoine matrimonial à la dissolution de l'union conjugale. Évidemment, il peut sembler superfétatoire d'aborder cette préoccupation juste pour le motif sus-indiqué car, semble-t-il, la question serait déjà résolue par les dispositions de l'article 795 du code de la famille, lesquelles précisent les modalités de désignation du liquidateur.

La plupart des juristes, au nombre desquels se trouvent les praticiens prétoriens du droit (magistrat, avocat et défenseur judiciaire) ont une lecture allant dans le sens d'interpréter l'article 795 susdit à la faveur d'un liquidateur aussi bien compétent pour le partage de la communauté patrimoniale entre époux que pour le partage de la succession.

¹ Martin STETTLER et Fabien WAELTI, *Droit civil IV : le régime matrimonial*, Genève, E.U.F.S., 1992, p.1

² Raymond GUILLEN et Jean VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 5^e Edition, Paris, Dalloz, 1981, p.362

³ *Code de la famille*, article 539

⁴ L'article 581 alinéa 1 du code de la famille qui dispose : « En tenant compte de toutes les circonstances, le tribunal peut accorder à l'époux désavantagé par le divorce, une quotité des biens sur les fonds propres de l'autre époux indépendamment de la liquidation du régime qui les régissait au moment du divorce ».

Cela semble, à notre avis, ne pas être la volonté du législateur.

Paraphrasant François Tshimini Mulumba⁵, pour qui

"[...] la densité d'une forêt ne peut empêcher de voir, ou d'identifier les arbres qui la composent, nous avons voulu être une des voies dissidentes en livrant à d'autres juristes notre compréhension de la disposition légale susvisée, une façon pour nous d'ouvrir le débat sur le sujet sans pour autant avoir la prétention de le clore".

Cette étude conduit à distinguer autant que possible la notion de "liquidateur matrimonial" de celle du "liquidateur successoral" bien que la première notion n'est pas prévue dans le code de la famille. Nous présentons le cadre juridique organisant les droits patrimoniaux du conjoint suivant.

Comme nous l'avons dit précédemment, un certain courant juridique pense que la charge de liquider le patrimoine commun des époux est dévolue au liquidateur institué par les termes de l'article 795 du code de la famille. Cette opinion, que nous contestons, semble majoritaire en doctrine.

La voie dissidente que nous voulons être est celle allant dans le sens de dissocier les règles de liquidation du patrimoine matrimonial de celles qui régissent la liquidation du patrimoine successoral tout en désignant dans chaque espèce, un liquidateur complet en vue d'une meilleure protection des droits des parties en cause, en l'occurrence les droits patrimoniaux du conjoint survivant.

En effet, l'alinéa premier de l'article 535 du code de la famille stipule qu' "À la dissolution du mariage, l'actif et le passif de la communauté sont partagés par moitié entre les anciens époux ou entre le conjoint survivant et les héritiers de l'autre époux."

Avant de répondre à la question fondamentale de savoir qui doit effectuer ce partage, où va-t-il s'opérer, quel tribunal est compétent pour en connaître les litiges, nous estimons qu'il serait de bonne méthode de procéder tout d'abord par un cahier explicatif des dispositions particulières au régime de la communauté universelle des biens tel qu'organisé par le droit positif congolais. Ensuite, nous employons à déterminer les droits patrimoniaux du conjoint survivant ; Enfin, nous tentons de reformuler l'alinéa 1^{er} de la disposition en étude en vue d'en suggérer la nouvelle substance au législateur pour un éventuel amendement, en cas d'écho favorable.

Pour mener à bien cette recherche, plusieurs méthodes ont été appliquées. Premièrement, nous avons parcouru la revue de la littérature juridique existante relative à l'article 535 alinéa premier et ses différentes interprétations pour d'obtenir une base solide de connaissances sur le sujet. Ensuite, nous avons fait une analyse des décisions rendues par le Tribunal de Grande Instance de Likasi concernant cet article, en examinant les justifications et les raisonnements utilisés par les juges. Enfin, d'une part, les entretiens avec des praticiens du droit, tels que les avocats et les juges, ont été menés pour obtenir des perspectives supplémentaires sur l'interprétation et la mise en œuvre de l'article 535 alinéa premier. D'autre part, une comparaison avec des jurisprudences similaires provenant

⁵ François TSHIMINI MULUMBA, « De l'économie générale de l'article 85 du code de procédure pénale congolais » in *Les analyses juridiques*, 2^e trimestre, n°2/2004, Lubumbashi, p.13.

d'autres tribunaux a également été réalisée pour mettre en évidence les différences et les similitudes d'interprétation.

De ce qui précède, nous avons utilisé une méthodologie de recherche la mieux appropriée car elle a permis d'obtenir une compréhension approfondie de l'interprétation et de la mise en œuvre de l'article 535 alinéa premier du code de la famille par le Tribunal de Grande Instance de Likasi. Elle a permis d'évaluer de manière critique l'intention du législateur ainsi que les habitudes judiciaires, en fournissant des données et des exemples concrets. C'est pour cela que la réflexion est divisée en trois points : (I) l'analyse des dispositions particulières au régime de la communauté universelle des biens; (II) les droits patrimoniaux du conjoint survivant et (III) la liquidation et le partage du patrimoine commun des époux.

I. DISPOSITIONS PARTICULIERES AU REGIME DE LA COMMUNAUTE UNIVERSELLE DES BIENS

Bien avant de présenter les spécificités du régime de la communauté universelle des biens, précisons que le législateur congolais organise trois régimes matrimoniaux entre lesquels les futurs époux ou les époux optent : la communauté universelle, la séparation des biens et la communauté réduite aux acquêts⁶.

Le régime de la séparation des biens consacre l'existence de deux patrimoines propres formés par tous les biens acquis à titre onéreux ou à titre gratuit par chacun des époux ainsi que ces dettes. C'est un régime dans lequel chaque époux conserve exclusivement la propriété, la jouissance et la disposition de tous ses biens. La caractéristique essentielle de ce régime et sa philosophie sont une séparation générale des avoirs, des dettes et de gestion. Ainsi, au moment de la célébration ou de l'enregistrement du mariage, les époux remettent à l'Officier de l'État civil un inventaire signé par eux et précisant les biens meubles et immeubles dont chacun a la propriété ou la possession légale avant le mariage⁷.

S'agissant du régime de la communauté réduite aux acquêts, ces derniers désignent aussi bien les meubles que les immeubles acquis comme il est dit ci-dessus dès lors que, sont propres, les autres biens possédés par les époux au jour de la célébration du mariage ou acquis depuis par eux à titre gratuit⁸. En termes plus simples, il s'agit d'un régime intermédiaire entre les deux premiers (entendez la communauté universelle des biens et la séparation des biens) et dans lequel chacun des conjoints garde les biens qu'ils possédaient avant le mariage, la confusion ne se faisant que pour ceux qu'ils acquièrent pendant leur vie commune⁹.

Contrairement aux deux précédents, le régime de la communauté universelle des biens consacre entre les époux l'existence d'un seul patrimoine ; la communauté de tous les biens, tant meubles qu'immeubles ainsi que de leurs dettes présentes et à venir¹⁰. Toutefois, quand on parle de la communauté entre époux cela suppose le régime

⁶ Léon KANKONDE NETUPETE, *Droit patrimonial de la famille – Les régimes matrimoniaux – le sort des biens dans le mariage, les fiançailles et le concubinage*, Likasi, vol. I, P.U.L, 2016, p.39.

⁷ Jean-Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit Civil Congolais. Les personnes, les incapacités, la famille*, Lubumbashi, P.U.L, Les analyses juridiques, , 2008, p.256.

⁸ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition mise à jour, Paris, P.U.F, 2018, p.73.

⁹ MUKADI BONYI et Jr MUKADI BONYI, *La pensée juridique du Procureur Général de la République Léon Kengo-wa-Dondo*, Kinshasa, CRDS, 2014, p.183.

¹⁰ Augustin MUPOYI LUNGONZO KALAMBA, *Le divorce : guide pratique de la législation congolaise*,

matrimonial en vertu duquel tout ou une partie des biens dont disposent les époux forme une masse commune et est partagée entre eux ou entre l'époux survivant et les héritiers du défunt, à la dissolution du régime¹¹. Quoiqu'on parle de la communauté universelle qui puisse s'entendre au sens d'une réunion en un même patrimoine des droits actifs et passifs à la suite de la mise en commun par les époux de leurs avoirs dont chacun était originellement titulaire avant la célébration ou l'enregistrement du mariage et de ceux que chacun pourrait acquérir encourus du mariage, ladite mise en commun n'absorbe pas pour autant tous les biens actifs de chacun des époux de sorte à supprimer totalement à leur égard l'existence d'une quelconque propriété exclusive pour n'engendrer que la copropriété. L'alinéa deuxième de l'article 533 énumère une série des droits qui restent propres à chacun, nonobstant la confusion résultant de l'universalité engendrée par la communauté.

Il faut retenir que l'universalité de la communauté ne met pas fin aux droits de propriété exclusive sur tous les biens de l'époux, c'est-à-dire dans le régime de communauté, même universelle, on y trouve toujours trois masses des biens. La première masse, qui est la plus importante en valeur, comprend tous les droits actifs et passifs dont chacun des époux était titulaire avant le mariage et ceux qu'ils acquerront pendant le mariage par leur activité commune ou séparée. La deuxième et la troisième comprennent les droits respectivement et strictement propres à chacun des époux. Ces biens ont plusieurs sources, notamment les libéralités dont l'un ou l'autre époux peut être gratifié avec l'intention pour le donateur d'exclure ces donations de la communauté.

Une lecture combinée des articles 534, 535 et 539 du code de la famille montre que la communauté peut prendre fin par la modification du régime ou la dissolution du mariage. La doctrine y ajoute la séparation de corps et l'annulation du mariage¹².

II. DROITS PATRIMONIAUX DU CONJOINT SURVIVANT

Il ressort des termes des articles 533, 534 et 758 point 2 du code de la famille que le conjoint survivant a des droits patrimoniaux, à la fois matrimoniaux, successoraux et spéciaux.

Les droits patrimoniaux du conjoint survivant sont fondés sur le prescrit de plusieurs dispositions du code de la famille. C'est le cas notamment des articles 492 aux alinéas premier et second, 503, 533 alinéa premier et 535 alinéa premier. Ces dispositions dégagent en substance le droit pour le conjoint de recueillir la moitié des biens indivis, ceux présumés tels et les biens communs aux deux époux. C'est ce qui fait dire à Kilala qu' "un conjoint dans ce régime n'a pas à s'inquiéter si son nom ne figure pas sur le certificat d'enregistrement couvrant l'immeuble de son partenaire et on ne peut jamais lui opposer l'article 59 de la loi foncière". Il n'a qu'à brandir et à prouver son état de conjoint sous le régime de communauté des biens et cela suffit pour lui de prétendre être copropriétaire dudit immeuble même sans avoir participé lors de la conclusion du contrat de vente, à l'échange des consentements avec l'ancien propriétaire¹³". Dans ce sens, il a été jugé qu' "en matière de contrat matrimonial, la communauté de biens demeure

Kinshasa, Mediaspaul, 2009, p.110.

¹¹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 2017 – 2018, p.455.

¹² L. KANKONDE NETUPETE, préc. note 10, p. 133

¹³ Gabriel KILALA - Pene - Amuna et KALALA Mwena MPALA, *Le certificat d'enregistrement : titre générateur*

la règles et la séparation l'exception ; qu'ayant soulevé l'exception, l'appelant en avait ainsi la charge de la preuve"¹⁴.

Les droits patrimoniaux successoraux conférés au conjoint survivant par les termes de la loi relèvent de sa qualité ou de son statut d'héritier. En tant que tel, il recueille le tiers du quart de la quotité disponible (1/3 de 1/4), dévolue à la deuxième catégorie d'héritiers. Cette catégorie est constituée du conjoint survivant, des père et mère, des frères et sœurs germains ou consanguins ou utérins du de cujus. Le conjoint survivant, en tant qu'héritier, a l'usufruit de la maison habitée par les époux et des meubles meublants. Il a droit à la moitié des terres attenantes que l'occupant de la maison exploitait personnellement pour son propre compte ainsi que du fonds de commerce y afférent. En cas de mise en location de la maison habitée par les époux, le fruit de celle-ci est partagé en deux parties ; le conjoint survivant et les héritiers de la première catégorie¹⁵. Voilà la raison pour laquelle la doctrine affirme que le conjoint survivant, antérieurement successeur irrégulier et non réservataire, devient un héritier légitime et un héritier réservataire. Il quitte ainsi son "strapontin" successoral, pour être un successeur à part entière, pour monter en première classe. Ses droits successoraux sont non seulement considérablement accrus, mais aussi et surtout renforcés¹⁶.

Les droits patrimoniaux spéciaux du conjoint survivant sont consacrés par le prescrit de l'article 533 à son alinéa deuxième. Ainsi, resteront cependant propres aux époux, les biens mobiliers et immobiliers qu'ils recueilleront à titre gratuit avec exclusion de communauté et les biens qui leurs sont strictement personnels ainsi que le capital d'assurance – vie, les indemnités compensatoires d'un préjudice physique ou moral les rentes alimentaires, pension de retraite et d'invalidité. Logiquement, les fruits et produits de ces droits ne sauraient rentrer dans la masse commune. Donc les biens dont l'époux survivant sera capable de prouver la propriété exclusive resteront dans son patrimoine propre, conformément au prescrit de l'article 536. Il a été jugé, dans cet ordre d'idées, que "constitue une propriété exclusive de l'époux intéressé, un bien acquis pendant le régime de communauté des biens entre époux mais sur base d'un titre antérieur à ce régime et conférant au dit époux le droit de créance à devenir propriétaire¹⁷.

III. LIQUIDATION ET LE PARTAGE DU PATRIMOINE COMMUN DES EPOUX

De l'article 533 à l'article 536 du code de la famille, il est traité la question autour du régime de la communauté universelle. Le législateur encadre de manière insuffisante la matière relative à la liquidation du patrimoine entre copartageants. Bien entendu, lorsque l'on est dans une instance en divorce, la question est facilitée par le fait que le divorce produit un effet principal qui est la dissolution du mariage. Cette rupture de lien conjugal n'a lieu qu'à partir du jour de la transcription de la décision définitive du divorce sur les registres de l'état civil. La dissolution du mariage entraîne elle-même une série de conséquences, les unes à l'égard de la personne des époux,

des droits ou titres d'enregistrement des droits ?, Kampala, Ed. Blessing, 2018, p.10.

¹⁴ Alexis TAKIZALA MASOSO, *Recueil de jurisprudence des cours et Tribunaux du Congo*, Lubumbashi, P.U.L, s.d., p.226.

¹⁵ Code de la famille, Article 785 alinéas 1 et 2.

¹⁶ Robert BOURSEAU, *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Bruxelles, éd. Maison F. Larcier, 1982, p. 65-66.

¹⁷ A. TAKIZALA MASOSO, préc., note 18.

les autres à l'égard de leurs biens¹⁸ et les autres encore à l'égard de leurs enfants.

En matière de droit de la famille et plus particulièrement du divorce, le législateur a défini moult mesures provisoires en raison des questions que soulève la procédure de divorce. Le juge est habilité à prendre des mesures provisoires, chaque fois que les circonstances de l'affaire en imposeraient quelques-unes¹⁹. Notamment, ordonner l'inventaire du patrimoine car il est permis à l'époux commun en biens, fût-ce partiellement, de requérir une apposition des scellés avec inventaire sur tous les biens mobiliers détenus par son conjoint ou un tiers sur lesquels il est en mesure de justifier des prétentions sérieuses et qui peuvent donner lieu, après le divorce, à des opérations de compte, de partage ou de liquidation. Ces mesures, outre qu'elles contribuent à la sauvegarde des droits des époux, ont encore comme mérite, lorsqu'elles sont prises dès le dépôt de la requête en divorce, de faciliter la détermination de la consistance des biens qui seront à partager par la suite²⁰.

De ce qui précède, nous convergeons à l'idée qu'en matière de divorce, la liquidation et le partage ne soulèvent aucun problème, ou peut-être, en soulèvent très peu. La grande préoccupation se situe à la liquidation du patrimoine lorsque le mariage se dissout par la mort de l'un des époux. Tout d'abord, la liquidation consiste en l'accomplissement de l'ensemble des opérations, tendant à établir la consistance exacte de la masse à partager. Les opérations de liquidation permettent, en effet, au notaire liquidateur, ou aux parties qui décident de liquider amiablement, d'obtenir la description des actifs et passifs et des créances à prendre en compte pour les opérations subséquentes relevant du partage effectif²¹.

Donc, on ne saurait pas, logiquement, partager un patrimoine sans l'avoir liquidé préalablement. Liquider revient à l'inventorier, quantifier, déterminer la composition exacte ou la consistance réelle. La liquidation précède le partage. Le partage est l'acte par lequel il est mis fin à un régime matrimonial et plus exactement à l'indivision formée des actifs nets à partager. Il substitue aux parts indivises que chacun des époux indivisaires avaient sur les biens durant la période de la liquidation, des biens individuels ou des droits privatifs. Le but du partage est donc de constituer des lots privatifs²².

Une autre précision fondamentale est relative au lieu où le partage doit être effectué. La préoccupation a toute son importance. Lorsqu'une personne décède, ses biens seront transmis à d'autres, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un testament²³. La succession de cette personne appelée "de cujus" est ouverte à son domicile ou à sa principale résidence. La détermination du lieu d'ouverture de la succession a un intérêt pratique en ce qui concerne la compétence juridictionnelle. En effet, c'est le tribunal du lieu où s'ouvre la succession qui est compétent pour

¹⁸ A. MUPOYI LUNGONZO KALAMBA, préc. note 14, p 101.

¹⁹ Emmanuel AMOURI KITENGE, *Mesures provisoires en Droit judiciaire congolais*, 1^{ère} édition, Kinshasa, Ed. Extension, 2021, p. 97.

²⁰ A. MUPOYI LUNGOLONZO KALAMBA, préc., note 14, p. 96.

²¹ Philippe DEPAGE et Isabelle de STEFANI, *Liquidation et partage. Commentaire pratique*, Bruxelles, édition Kluwer, 2003, p. 13

²² Idem

²³ Joseph YAV KATSHUNG, *Droit civil : Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Kolwezi, UNIKOL, Faculté de Droit, 2014 – 2015, p.22.

connaître des nombreuses contestations pouvant naître à l'occasion de la transmission du patrimoine²⁴. Cependant, quant au lieu où la liquidation ainsi que le partage de la communauté devront être effectués, le législateur semble muet. Le législateur n'indique pas en quel lieu ces opérations devront être opérées. Ne pas désigner le lieu où doivent s'opérer la liquidation et le partage de la communauté entre époux, revient à ne pas désigner le juge en cas de contestation. La liquidation et le partage du régime matrimonial précèdent l'ouverture de la succession, c'est-à-dire, tant que les contestations relatives à la liquidation et partage du régime matrimonial ne seront pas vidées, il serait absurde d'envisager la transmission du patrimoine revenant au de cujus à ses héritiers. La liquidation et le partage de la communauté reste indéniablement une question préjudicielle au partage de l'hérédité.

Un autre vide dans les termes de l'alinéa premier de l'article 535 et susceptible de soulever des contestations, est relatif à la non-désignation expresse de l'agent chargé du partage de l'actif et du passif entre époux. Ce point de vue qui est le nôtre est asséné de grosses massues par ses détracteurs. Pour ces derniers, il n'y a lieu d'imaginer un quelconque vide juridique ou législatif quant à ce, car l'article 795 du code de la famille fixe les modalités de désignation du liquidateur. En effet, le liquidateur est désigné par les héritiers de la première catégorie, parmi eux. A défaut, le plus âgé des héritiers est chargé de la liquidation de la succession. Si les liquidateurs ont été désignés par le testament ou s'il y a un légataire universel, la liquidation de la succession leur sera attribuée. Lorsque le testament désigne plusieurs légataires universels, le liquidateur sera le plus âgé d'entre eux. Toutefois, par décision motivée, susceptible de recours, le tribunal compétent peut désigner un autre liquidateur parmi les héritiers. Lorsque les héritiers ne sont pas encore connus ou sont trop éloignés ou qu'ils ont tous renoncé à l'hérédité ou en cas de contestation grave sur la liquidation, le tribunal compétent désigne d'office ou à la requête du ministère public ou d'un des héritiers, un liquidateur judiciaire parent ou étranger à la famille.

De notre point de vue, cette controverse ne tient que de la mauvaise interprétation ou de l'incompréhension, pure et simple, des termes de l'article 795 susdit ou encore de l'habitude qui a déjà élu domicile au prétoire, habitude d'après laquelle on confirme le liquidateur successoral sans se préoccuper des droits patrimoniaux matrimoniaux du conjoint survivant, au motif, peut-être, que si le juge sort du cadre de la demande et alloue ce qu'aucune des deux parties n'a sollicité, on dit qu'il statue *ultra petita* et le recours en cassation est ouvert²⁵. Tout d'abord cette disposition se trouve au nombre de celles qui relèvent des textes organisant, non pas la liquidation des régimes matrimoniaux, mais des règles générales de liquidation de la succession. D'où l'impossibilité d'imaginer que le liquidateur dont parle cette disposition puisse être compétent pour liquider le régime matrimonial.

En second lieu, le liquidateur institué par cette disposition a des charges bien précises, énumérées par les termes de l'article 797. C'est pourquoi, dans une décision judiciaire lors de la confirmation du sieur Abati - Bin - Kitungwa Jean - Claude, en qualité de liquidateur de la succession de son feu père Abati Ndubula Kayumba Symphorien, le Tribunal de Grande Instance de Likasi ne l'a enjoint qu'à se conformer aux termes de l'article 797 du

²⁴ KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit civil congolais. Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Lubumbashi, Les analyses juridiques, 2013, p.96.

²⁵ MUKADI BONYI et KATUALA KABA KASHALA, *Procédure civile*, Kinshasa, édition Batena Ntambua, 1999, p. 63.

code de la famille²⁶, sans que le précité n'ait le devoir d'appliquer l'alinéa premier de l'article 535 dans la mesure où les pièces qui gisent au dossier renseignent qu'il y a bel et bien un conjoint survivant dans la cause. C'est autant là, tout le sens de notre dissidence. En effet, le liquidateur ainsi confirmé est chargé, en 1^{er} lieu, de fixer d'une manière définitive ceux qui doivent venir à l'hérédité. Or, on entend par "hérédité" les droits et obligations du de cujus²⁷. Les droits et obligations du de cujus ne sont autre que ceux qui découlent de l'application de l'article 535 alinéa 1^{er}. Ceci revient à dire que tant que l'alinéa susmentionné ne connaît aucune application, les droits et obligations du de cujus demeurent indéterminés.

En troisième lieu, il faut savoir qu'en droit, les compétences sont d'attribution : c'est le principe. Dans le cas d'espèce, on peut facilement observer que, nulle part, l'article 797 n'investit le liquidateur confirmé sur pied de l'article 795, du pouvoir de mettre fin à l'indivision entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint prémourant. Ce liquidateur est limité par le devoir d'administration de la succession. Cette dernière ne s'entend que la quote-part du de cujus dans le patrimoine conjugal. De ce fait, cette portion n'est possible à dégager et à déterminer que lorsqu'un travail de liquidation et partage de la communauté a été effectué en amont.

En quatrième lieu, il conviendrait de se demander quel intérêt aurait le législateur à écarter le conjoint survivant dans l'administration d'un patrimoine où il détient un droit légitime de copropriété (évalué à cinquante pour cent de parts sociales) au profit d'un *penitus extranei* institué par l'article 795 pour raison du décès de l'autre associé. En d'autres termes, est-ce qu'on peut perdre sa qualité d'associé et d'associé gérant du fait de la mort de l'autre associé ?

De notre point de vue, le conjoint survivant conserve son statut de coassocié, et partant, de co-gérant du patrimoine commun. Bien entendu, il faille tout simplement suppléer au vide créé par la mort en adjoignant un autre agent au conjoint survivant. L'agent adjoind agira en qualité de représentant du conjoint prémourant pour la sauvegarde de ses intérêts au profit de ses héritiers dans l'hypothèse de la passation des actes juridiques requérant un double consentement, conformément au prescrit de l'article 448 qui dispose que "les époux doivent s'accorder pour tous les actes juridiques dans lesquels ils s'obligent à une prestation qu'ils doivent effectuer. Même en prenant les choses sous cet angle, il serait mal venu et hérétique d'imaginer que ce soit le liquidateur institué par les termes de l'article 795 qui puisse cogérer avec le conjoint survivant. Le liquidateur sus-indiqué n'a pas pour vocation de joindre son suffrage à celui du conjoint survivant en vue de la validité des actes juridiques à intervenir.

En fin, une autre observation est que le liquidateur institué par l'article 795 est un parent descendant du de cujus, car étant un des héritiers de la première catégorie.

A l'état actuel de notre droit privé, qui demeure dualiste dans ses sources, du fait qu'il admet pour sa construction les sources du droit écrit et la coutume²⁸ locale ; peut-on indiquer avec précision, une seule coutume

²⁶ *Affaire Abati-Bin-Kitungwa Jean-Claude*, Tribunal de Grande Instance de Likasi, R.S. 750, 19 juin 2008.

²⁷ *Code de la famille*, article 756.

²⁸ Gabriel KILALA Pene – AMUNA, *Droit Judiciaire. Précis de procédure civile*, vol.1, Kampala, Ed. Leadership, 2012, p.22 ; Lire aussi Jean-Pierre KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit civil congolais. Les personnes, les incapacités, la famille*, Lubumbashi, P.U.L, Les analyses juridiques, 2008, p.19.

(Bantoue de la République démocratique du Congo) qui permet à un enfant de mettre fin à l'indivision entre son père et sa mère, fût-ce, du fait de la mort de l'un de ses ascendants ?

Sociologiquement, l'interprétation de l'article 795 en vue de désigner un héritier de la première catégorie comme liquidateur matrimonial ne trouvera aucun écho favorable parmi les ethnologues congolais et dans le droit coutumier en vigueur. Bien plus, cela ne sera autre chose qu'un sacrilège à la foi bantoue (ou congolaise).

Pour toutes les causes que nous avons ci-haut énumérées, nous sommes de cette voie dissidente qui renie au liquidateur successoral la compétence de liquider ou même de co-liquider le régime matrimonial.

Conclusion

Nous nous inscrivons, de toute notre énergie, dans la nouvelle perspective ; celle de suggérer la reformulation ou la modification avec ajout de l'alinéa premier de l'article 535 du code de la famille, dans les termes que voici : "A la dissolution du mariage, l'actif et le passif de la communauté sont partagés par moitié, entre les anciens époux ou entre le conjoint survivant et les héritiers de l'autre époux. La liquidation et le partage ont lieu au domicile ou à la résidence conjugale. En cas de contestation, l'époux survivant ou le plus âgé des héritiers d'époux prédécédé, selon le cas, saisit le Tribunal compétent, par requête, en vue de solliciter la désignation d'un liquidateur patrimonial matrimonial judiciaire".

- Références -

- Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille [telle que modifiée et complétée par la loi n°16/008 du 15 Juillet 2016].
- *Affaire Abati – Bin – Kitungwa Jean – Claude*, R.S. 750, Tribunal de Grande Instance de Likasi, 19 juin 2008, inédit.
- AMOURI KITENGE, E., *Mesures provisoires en Droit judiciaire congolais*, 1^{ère} édition, Kinshasa, Ed. Extension, 2021.
- BOURSEAU, R., *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Bruxelles, éd. Maison F. Larcier, 1982.
- CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition mise à jour, Paris, P.U.F, 2018.
- BWANGA ANEMBALI, B., *La place des régimes matrimoniaux en droit congolais et en droit comparé*, Beau Bassin (Mauritius), Éditions Universitaires Européennes, 2018.
- DEPAGE, P. et DE STEFANI, F., *Liquidation et partage : commentaire pratique*, Bruxelles, édition Kluwer, 2003.
- GUILLEN, R. et VINCENT, J., *Lexique des termes juridiques*, 5^e Edition, Paris, Dalloz, 1981.
- GUINCHARD, S. et DEBARD, T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 2017.
- GUINCHARD S. et DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} Edition, Paris, Dalloz, 2018.
- KANKONDE NETUPETE, L., *Droit patrimonial de la famille – Les régimes matrimoniaux – le sort des biens dans le mariage, les fiançailles et le concubinage*, vol. I, Likasi, P.U.L, 2016.

- KIFWABALA TEKILAZAYA, J.-P., *Droit Civil Congolais. Les personnes, les incapacités, la famille*, Lubumbashi, P.U.L., Les analyses juridiques, 2008.
- KIFWABALA TEKILAZAYA, *Droit Congolais : régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Lubumbashi, P.U.L., Les analyses juridiques, 2013.
- KILALA-Pene-AMUNA, G. et KALALA Mwena MPALA, *Le certificat d'enregistrement : titre générateur des droits ou titres d'enregistrement des droits ?*, Kampala, Ed. Blessing, 2018.
- KILALA-Pene-AMUNA, G., *Droit Judiciaire. Précis de procédure civile*, vol I, Kampala, Ed. Leadership, 2012.
- MUKADI BONYI et KATUALA KABA KASHALA, *Procédure civile*, Kinshasa, édition Batena Ntambua, 1999.
- MUKADI BONYI et MUKADI BONYI, Jr., *La pensée juridique du Procureur Général de la République Léon Kengo – wa – Dondo*, Kinshasa, CRDS, 2014.
- MUPOYI LUNGONZO KALAMBA, A., *Le divorce : guide pratique de la législation congolaise*, Kinshasa, Mediaspaul, 2009.
- STETTLER, M. et WAELTI, F., *Droit civil IV. Le régime matrimonial*, Genève, E.U.F.S., 1992.
- TAKIZALA MASOSO A., *Recueil de jurisprudence des cours et Tribunaux du Congo*, P.U.L., Lubumbashi, 1999.
- TSHIMINI MULUMBA, F., "De l'économie générale de l'article 85 du code de procédure pénale congolais", in *Les analyses juridiques*, 2^e trimestre, n°2/2004, Lubumbashi.
- YAV KATSHUNG, J., *Droit civil : Régimes matrimoniaux, successions et libéralités*, Faculté de droit, Kolwezi, Université de Kolwezi, 2014 – 2015.

Æ Æ

Æ



- Plan de l'article -

Introduction

I. SOUVERAINETÉ DU POUVOIR CONSTITUANT À L'AUNE DU DROIT INTERNATIONAL

A. Théorie de l'autolimitation du pouvoir constituant

B. Doctrine d'hétérolimitation du pouvoir constituant

II. ASSISTANCE INTERNATIONALE DES POUVOIRS CONSTITUANTS

A. Exercice de la compétence constituante sous l'égide de puissances victorieuses d'un conflit armé

B. Encadrement du pouvoir d'édition de la Constitution par un traité (ou un accord de paix) ou une résolution mettant fin au conflit armé

C. Restrictions exceptionnelles des pouvoirs du constituant par les conditions d'adhésion à une organisation internationale

Conclusion

////////////////////////////////////
////////////////////////////////////

Introduction

L'histoire constitutionnelle de la République démocratique du Congo ne commence pas avec la Constitution du 18 février 2006. Ce pays a connu une histoire constitutionnelle orageuse. Mais la particularité de cette dernière Constitution réside dans la diversité d'acteurs impliqués, tant au niveau national qu'au niveau international, pour son élaboration.

Au niveau national, tout est parti d'un accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo signé à Pretoria le 17 décembre 2002, après son adoption par toutes les entités et composantes réunies au Dialogue inter Congolais à Sun City en République sud-africaine le 19 avril 2002¹. C'est en raison de son adoption par cette diversité de parties prenantes que ce texte constitutionnel avait aménagé, de manière singulière, les pouvoirs publics avec en toile de fond le partage des responsabilités entre composantes et entités au Dialogue inter congolais². D'où l'instauration de quatre postes de Vice-président de la République, en plus du Président de la République. Ceux-ci étant issus respectivement des Composantes Gouvernement de la République Démocratique du Congo, le Rassemblement Congolais pour la Démocratie (RCD), le Mouvement de Libération du Congo (MLC) et l'opposition politique³. Au sein de l'Assemblée nationale, du Sénat, du Gouvernement ainsi que d'autres institutions d'appui à la démocratie, chaque composante était représentée et on pouvait voir une nette distinction, sans doute fondée sur le poids politique ou militaire⁴.

L'accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo a été à la base de la Constitution de la transition du 4 avril 2003. Il a assigné à la période de la transition un certain nombre d'objectifs. Des élections libres et transparentes et la mise en place d'un régime constitutionnel démocratique ont justifié l'élaboration d'une nouvelle Constitution, qu'on appellera "la Constitution de compromis"⁵, celle du 18 février 2006.

L'élaboration de la Constitution congolaise du 18 février 2006 est donc intervenue dans un processus qui associe en plus du constituant⁶, les autres acteurs nationaux et la communauté internationale. Le concept "communauté internationale" n'a pas été défini par la Constitution du 4 avril 2003. L'on peut néanmoins l'entendre comme un ensemble d'acteurs internationaux intéressés à la crise congolaise et impliqués à sa résolution. Parmi ces acteurs, se trouvent les Nations unies qui jouent le rôle de premier plan avec ses différentes structures aussi diverses que variées⁷. A côté de cette mégastructure, il faut signaler la présence des partenaires au développement au nombre

¹ Emery MUKENDI WAFWANA et Alii., (dir.), *Les Constitutions de la République démocratique du Congo, De 1908 à 2011*, Kinshasa, Editions JURICONGO, 2010, p. 176.

² Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *Traité de droit constitutionnel congolais*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 50.

³ E. MUKENDI WAFWANA et Alii., (dir.), préc., note 1, p. 176.

⁴ J-L. ESAMBO KANGASHE, préc., note 2, p. 53 et ss.

⁵ Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme, Contraintes pratiques et perspectives*, Louvain-La-Neuve, Bruylant-Academia, 2010, p. 43.

⁶ Constitution de la transition du 4 avril 2003 avait chargé le Sénat d'élaborer l'avant-projet de Constitution et l'Assemblée nationale de l'adoption du projet de Constitution à soumettre au référendum.

⁷ A la tête de ces structures, se trouvent la Mission de l'Organisation des Nations unies au Congo (MONUC) et le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD).

desquels les partenaires multilatéraux tels que l'Union européenne et l'Union africaine et bilatéraux constitués de quelques États américains (les USA, le Canada), européens (la Belgique, la France, la Grande Bretagne) et africains (l'Afrique du Sud, l'Angola, le Gabon), mention faite également à la Chine et à la Russie⁸, etc.

Ces différents acteurs sont intervenus dans le processus politique et démocratique au Congo. Dans ce contexte, les actions en faveur du processus démocratique et constitutionnel congolais ont été dirigées de plusieurs manières. Elles ont été soit directes à travers les gouvernements des États, soit indirectes par le biais des structures techniques mises en place. En effet, les activités organisées ou réalisées par l'IFES, le NDI ou Global Rights ont bénéficié du soutien financier ou matériel de l'USAID ; elles ont été appuyées par le gouvernement américain. Alors que le gouvernement britannique a été opérationnel par le canal du *Department for the International*, la Belgique fut très active par la coopération technique belge et les universités de Liège et d'Anvers. La fondation Konrad Adenauer a représenté les intérêts du gouvernement allemand. L'action française était visible par la coopération française au développement et l'Organisation Internationale de la Francophonie. Les activités de l'*Electoral Institute Southern Africa* ont été en grande partie financées par la coopération britannique et l'Agence internationale de la coopération suédoise⁹, etc.

De ce qui précède, il y a lieu de noter qu'à chaque étape de la rédaction de la Constitution, le constituant congolais s'est entouré des avis des experts qui, sans être les maîtres de l'ouvrage, ont joué un rôle déterminant dans le processus de son élaboration.

Si l'on s'accorde sur le fait que le principe de l'autonomie constitutionnelle est l'expression d'une liberté (inaliénable) qu'a tout État de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social, laquelle expression de liberté se manifeste par l'absence d'ingérence, de directives extérieures et de bornes ou barrières à son intervention, peut-on avoir le même regard de cette souveraineté ou autonomie constitutionnelle dans un contexte où les conditions d'exercice du pouvoir constituant subissent de plus en plus l'influence du facteur international ? Cette souveraineté, ne serait-elle pas remise en cause par des directives ou orientations qui découleraient de la participation active des différents acteurs internationaux susvisés ?

En parlant du facteur international, la souveraineté du pouvoir constituant doit s'apprécier à deux niveaux : au niveau du droit international (les instruments juridiques internationaux, auxquels la RDC est partie, les droits de l'homme, le *jus cogens*, etc.), et au niveau de l'influence des acteurs internationaux impliqués dans le processus d'élaboration de la Constitution, parce que ces acteurs, qui sont en même temps les partenaires multilatéraux et bilatéraux de la RDC, devraient se rendre compte du respect de ces engagements.

Essentiellement documentaire, cet article est subdivisé en deux points : le premier traite de la souveraineté du pouvoir constituant à l'aune du droit international, et le second est consacré à l'assistance internationale des pouvoirs constituants.

⁸ J-L. ESAMBO KANGASHE, préc., note 5, p. 43 et 53.

⁹ *Id.*

I. SOUVERAINETÉ DU POUVOIR CONSTITUANT À L'AUNE DU DROIT INTERNATIONAL

*En droit interne, la souveraineté du pouvoir constituant procède de la question de savoir si ce dernier est lié ou non par les normes, celles existantes ou celles qu'il aura édicté lui-même, ou par une quelconque procédure, ou s'il y a exercice d'un pouvoir absolu quand il manifeste sa *plenitudo potestatis*. Et là, l'on oppose généralement le pouvoir constituant originaire au pouvoir constituant dérivé en ce que le premier est le pouvoir d'établir les règles fondamentales relatives à l'évolution et à l'exercice du pouvoir politique, tandis que le pouvoir constituant dérivé est un pouvoir construit, encadré par la Constitution qui lui fixe l'espace de mouvement¹⁰.*

Une chose est de faire une Constitution et une autre chose est de rectifier une Constitution déjà en vigueur. On parle alors de pouvoir constituant originaire ou dérivé selon qu'il s'agit d'établir ou de réviser une Constitution¹¹.

Le pouvoir constituant originaire présente donc trois caractéristiques essentielles : il est initial dans son fondement, inconditionné dans son exercice et illimité dans le fond et dans le temps¹². Il s'agit, somme toute, d'élaborer le texte constitutionnel qui va fonder le nouvel ordre juridique. C'est pourquoi il faut supposer que l'ordre juridique antérieur a disparu ou est devenu caduc et que l'on se trouve devant un vide juridique¹³. Cependant, le pouvoir constituant dérivé est un pouvoir subordonné et conditionné qui ne peut agir qu'en conformité avec la Constitution et dans les limites de forme et de fond fixées par celle-ci. Bref, les deux types de pouvoir constituant diffèrent selon les moments et les circonstances de leur intervention et selon l'existence ou non des procédures préalables conditionnant leur fonctionnement¹⁴.

En droit international cependant, la question devient délicate dans la mesure où l'objet du pouvoir constituant qu'est la Constitution est, du point de vue du droit interne, la source ultime de l'ordre juridique et ne tire sa validité d'aucune autre norme de droit positif, ni dans l'ordre juridique interne ni dans le droit international qui ne peut donc dicter à un État son organisation constitutionnelle. Selon la vision classique du droit international, aucune norme en son sein ne saurait non plus fonder la validité d'une Constitution dans la mesure où le droit international, aux termes d'une approche subjectiviste, est une création et non une source du pouvoir constituant qui demeure le détenteur exclusif de la souveraineté¹⁵. Est-ce pour autant que le droit international ne peut jouer un rôle dans la limitation de ce pouvoir ?

¹⁰ La distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé fait partie des notions couramment abordées en droit constitutionnel. Elle est reprise dans tous les manuels de droit constitutionnel. Tenter de la remettre en cause, s'interroge Evariste Boshab, n'est-ce pas miner la fondation sur laquelle est bâti le droit constitutionnel moderne. Evariste BOS HAB, *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larquier, Bruxelles, 2013, p. 28 et ss.

¹¹ Éric OLIVA et Sirey GIUMMARRA, *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 10.

¹² Anne-Marie Le POURHIET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Economica, 2013., p. 52.

¹³ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN et Pierre PACTET, *Droit constitutionnel, Droit constitutionnel*, 37^e éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 66.

¹⁴ Louis-Alphonse NTUMBA-LWABA LUMU, *Droit constitutionnel général*, Kinshasa, Éditions Universitaires Africaines, 2007, p.146-148.

¹⁵ Alexandre VIALA, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », (2014) 32 *Civitas Europa. Revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe*, 87-90.

Fondamentale pour le droit constitutionnel, la distinction du pouvoir constituant "originnaire" et du pouvoir constituant dit "dérivé" est cependant plus relative du point de vue du droit international. La quête d'une limitation internationale du pouvoir constituant conduit à deux hypothèses : la première consisterait à la concevoir en termes d'autolimitation du pouvoir constituant. Or, du point de vue de la logique juridique : "un organe qui n'est limité que par sa propre volonté n'est pas limité"¹⁶. La deuxième hypothèse serait de raisonner en termes d'hétérolimitation, qui conduit à admettre "les thèses jusnaturalistes selon lesquelles la Constitution doit respecter et garantir des droits naturels qui lui préexisteraient"¹⁷. Ces deux hypothèses font l'objet des différents paragraphes que l'on se propose d'aborder ci-dessous.

A. Théorie de l'autolimitation du pouvoir constituant

Réputé être la puissance que possède un organe spécialement désigné pour édicter et modifier la loi suprême d'une communauté politique, le pouvoir constituant est en effet la première des prérogatives nationales et, par excellence aussi, l'attribut d'un souverain dont l'incarnation se confond avec celle du peuple exerçant le pouvoir suprême. Évoquer une éventuelle limitation en la matière, même sur le plan international si ce n'est l'autolimitation, peut certes paraître dénué de sens si l'on s'attache au pouvoir d'édition de la Constitution, par définition originnaire car souverain et inconditionné en droit¹⁸.

L'autolimitation du pouvoir constituant est inspirée de la théorie de l'autolimitation de l'État. Selon les partisans de cette théorie et particulièrement Jellinek, dans l'ordre international, l'État ne pouvant être subordonné à aucune autre autorité, sa volonté qui est souveraine peut seule donner naissance au droit international et le fonder. La faculté d'autodétermination que l'État tire de sa souveraineté englobe aussi la faculté d'autolimitation en vertu de laquelle il peut se lier par sa propre volonté. Dans ses relations avec les autres États, il accepte de s'autolimiter en créant le droit international. Cette autolimitation est conforme à son propre intérêt car, s'il s'oblige, c'est afin de répondre aux besoins d'une communauté internationale dont il est lui-même membre¹⁹. Cette théorie entraîne deux conséquences importantes :

- Chaque fois que l'État n'aura pas limité son pouvoir il sera libre d'agir ;
- L'État qui a limité sa liberté d'action par sa propre volonté peut modifier cette liberté d'action²⁰.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ A-M. Le POURHIET, préc., note 12, p. 52.

¹⁸ Gérard CAHIN, « Limitation du pouvoir constituant : le point de vue de l'internationaliste », (2014) 32 *Civitas Europa. Revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe*, 57.

¹⁹ Mais la justification par l'autolimitation ne guère sérieuse. Qu'est ce qui garantit que l'État souverain respecte réellement les limitations qu'il s'est imposé ? Si l'autolimitation repose sur l'intérêt de l'État, il y renoncera dès qu'elle ne sera plus conforme à ses intérêts. Jellinek le dit lui-même : « si l'observation du droit international se trouve en conflit avec l'existence de l'État, la règle de droit se retire en arrière parce que l'État est plus haut placé que toute règle de droit. » C'est lui l'auteur de la formule célèbre : « Le droit international existe pour les États, et non les États pour le droit international ». NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999, p. 99-100.

²⁰ MANZIAMBBO, *Droit international public*, Cours, 3^e graduat, Faculté de droit, Kinshasa, Université de Kinshasa, 2010-2011, p. 33.

On oppose à la théorie de l'autolimitation de l'État celle de la volonté commune qui est l'œuvre du juriste allemand Triepel. L'originalité de cette dernière théorie réside dans la distinction entre volonté commune et volonté isolée. Pour cet auteur, la volonté qui doit être obligatoire pour une pluralité d'États, ne peut appartenir à un seul État. Ni la loi d'un État par elle seule, ni les lois concordantes de plusieurs États n'ont qualité pour imposer aux membres de la communauté internationale des règles obligatoires de conduite. Peut seule être source de droit international une volonté commune née de l'union des volontés particulières²¹.

Le point fort de la théorie de l'autolimitation du pouvoir constituant se trouve dans la hiérarchie des normes, cette hiérarchie se présente sous forme d'une pyramide dont la tête est occupée par la Constitution²². La RDC, comme d'autres pays, est fondée sur une hiérarchie de normes juridiques au sommet de laquelle se trouve la Constitution. Toute la législation et les autres mesures légales de son arsenal juridique doivent être compatibles avec la Constitution, y compris la norme de droit international. Une Cour constitutionnelle (articles 157-169) a été instituée, chargée de censurer toute norme adoptée par l'État qui serait contraire à la Constitution.

Comme indiquent Évariste Boshab et Matadi Nenga, c'est la Constitution qui fonde les institutions du pays et en prévoit le fonctionnement. Logiquement, elle se situe en première place. Mais ces auteurs soulignent que si cette supériorité par rapport à la législation interne ne lui est contestée de personne, il reste que cette primauté lui est disputée par des normes de droit international²³.

Les rapports entre le droit international (public) et les droits internes ont fait l'objet, de longue date, de multiples commentaires ou controverses dont l'exacte pertinence n'apparaît pas toujours clairement²⁴. Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat y voient un "pont-aux-ânes"), dont l'analyse et l'exégèse ont longtemps opposé la doctrine en deux camps : celui des tenants du dualisme et celui des partisans du monisme²⁵.

Le dualisme prône quelque irréductible hétérogénéité entre les deux ordres²⁶. Chacun constitue un ensemble autonome et sans lien possible avec l'autre. L'ordre international lie les États entre eux par des droits et des obligations réciproques²⁷. La conséquence est que pour produire des effets internes, le traité doit faire l'objet d'une réception, c'est-à-dire qu'une loi doit transposer les dispositions du traité dans le droit interne²⁸.

La théorie moniste abolit au contraire les frontières entre les deux ordres juridiques et tient dans l'affirmation

²¹ NGUYEN QUOC DINH, préc., note 19, p. 100.

²² La hiérarchie des normes peut se définir comme schématiquement comme l'établissement d'un ordre juridique supposant le respect par la norme inférieure de la norme supérieure et une concrétisation du droit du plus abstrait au plus concret à mesure que l'on descend dans la hiérarchie. Comme l'affirme Hans Kelsen : « tout acte juridique est à la fois application d'une norme supérieure et création, réglée par cette norme, d'une norme inférieure ». E. OLIVA et S. GIUMMARRA, préc., note 11, p. 13.

²³ E. BOSHAB et MATADI NENGA GAMANDA, *Le statut de représentant du peuple dans les assemblées politiques délibérantes*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2010, p. 30.

²⁴ Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Bruxelles, F. Larcier, 2000, p. 450.

²⁵ Pierre-Marie DUPUY et Yann KERBRAT, *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2012, p. 451.

²⁶ J. VERHOEVEN, préc., note 24, p. 450.

²⁷ P.-M. DUPUY et Y. KERBRAT, préc., note 25, p. 451.

²⁸ Catherine ROCHE, *L'essentiel du droit international public*, 10^e éd., Paris, Gualino Lextenso, 2020, p. 51.

à l'unité de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique interne²⁹. En conséquence le traité et son contenu seront intégrés au droit interne après une simple ratification³⁰.

De ce qui précède, les options ouvertes aux textes constitutionnels internes sont simples : soit opter pour le monisme avec prépondérance du droit international³¹, soit pour le dualisme. La Constitution congolaise du 18 février 2006 affiche clairement son option moniste lorsque son article 215 dispose que "les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie".

Mais cette exigence de réciprocité ne pèse pas juridiquement, sachant qu'il y a dans l'ordre juridique international, des traités ou des conventions dont l'application n'est pas soumise à la réciprocité, exemple pris des textes relatifs aux droits de l'homme. Ils sont donc d'application directe³² dans le droit interne dès lors qu'ils sont régulièrement ratifiés. Par conséquent, ils devraient prendre la première place dans la hiérarchie de l'ordre juridique interne dont fait partie la Constitution. Mais la thèse de la primauté de la disposition de droit international n'est pas admise de façon unanime. Evariste Boshab et Matadi Nenga soulignent que la Constitution congolaise elle-même ne dispose pas que les dispositions internationales sont au-dessus d'elle. Le terme « lois » de l'article 215 susvisé ne comprend pas la Constitution³³.

En droit comparé, la jurisprudence secrétée par la Cour de cassation belge est en faveur de la thèse de la primauté de la norme de droit international sur la Constitution. Par deux fois la Cour de cassation belge s'en est allée dans ce sens. Dans un arrêt du 9 novembre 2004, rendu dans l'affaire *Vlaams Block*, elle a affirmé que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution. Dans un autre arrêt, celui du 16 novembre 2004, la Cour de cassation affirme que lorsqu'il est donné de contrôler la conformité d'une disposition légale par rapport à la Constitution ainsi que par rapport à une disposition du droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, le juge doit opérer par priorité le contrôle par rapport à la

²⁹ P-M. DUPUY et Y. KERBRAT, préc., note 25, p. 452.

³⁰ C. ROCHE, préc., note 28, p. 51.

³¹ Logiquement, un problème de hiérarchie entre normes internes et normes internationales ne peut se poser que si l'on admet la thèse de l'unicité des deux ordres juridiques. Pour les dualistes, la question des rapports entre normes appartenant à des ordres juridiques différents ne se pose pas ; tout est affaire de perspective : dans l'ordre interne seules peuvent trouver application les normes internes ; dans l'ordre international, ce sont les règles internationales et elles seules qui s'appliquent. Cependant, aucune approche ne peut faire abstraction de la réalité des conflits de normes et si, dans le passé, quelques théoriciens concluaient à la supériorité du droit interne, aujourd'hui, la quasi-totalité des auteurs s'accordent sur le principe de la primauté des normes internationales, du moins dans la perspective du droit international. NGUYEN QUOC DINH, préc., note 19, p. 95.

³² On dit d'une norme créée dans l'ordre international qu'elle d'application directe (« self-executing ») lorsqu'elle fait directement naître dans l'ordre interne des droits au bénéfice des personnes privées, physique et/ou morales. Ceci permet alors à ces personnes d'en demander elles-mêmes l'application aux organes des pouvoirs publics ou à défaut aux juridictions internes : DUPUY P-M. et KERBRAT Y., préc., note 25, p. 449-450.

³³ E. BOSHAB et MATADI NENGA GAMANDA, préc., note 23, p. 28, 30.

disposition de droit international³⁴.

Le Conseil constitutionnel français a pris une direction opposée. Par une décision IVG (interruption volontaire de la grossesse) du 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel a estimé que les traités ne font pas partie du bloc de constitutionnalité : la norme internationale ne prime pas la Constitution³⁵. C'est pareil pour la Cour d'arbitrage belge, dénommée aujourd'hui Cour constitutionnelle, qui estimait qu'aucune norme de droit international ne donne aux États le droit de faire des traités contraires à leur Constitution. Une position interprétée par Marc Uyttendaele comme développant une conception très différente de la hiérarchie de normes dans laquelle la Constitution prime la norme de droit international³⁶. Une thèse que ne cautionnent pas les Cours européennes qui se permettent d'affirmer la primauté du droit de l'Union ou de la Convention européenne des droits de l'homme sur les droits nationaux, y compris constitutionnels. Ce qui conduit à relativiser la prétention de souveraineté du constituant même si les juridictions nationales continuent, sans grande conviction, à réaffirmer la place supérieure de la Constitution dans la hiérarchie des normes³⁷.

La théorie de l'autolimitation du pouvoir constituant s'appuie donc sur la place supérieure de la Constitution dans la hiérarchie des normes, pour soutenir qu'aucune limitation du pouvoir constituant (dans sa forme originale ou dérivée) ne résulte d'une règle de droit international général. Il y a tout de même lieu de noter que l'autolimitation du constituant n'est plus une hypothèse d'école depuis que la Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999, respectivement en ses articles 193.4 et 194.2, subordonne sa révision totale ou partielle à l'obligation de « ne pas violer les règles impératives du droit international », très largement entendues par les autorités fédérales afin de bloquer des initiatives populaires peu regardantes pour le respect des droits de l'homme³⁸.

C'est dans cette logique que le constituant congolais du 18 février 2006, sur le fondement de son article 216, considère que dans l'hypothèse où une disposition internationale d'un traité à ratifier est en contradiction avec la Constitution, sa ratification ou son approbation ne peut intervenir qu'après la révision constitutionnelle. Il en est de même lorsque la disposition internationale se révèle contraire à la Constitution après que le traité ou l'accord a déjà été ratifié. Il y a lieu de souligner que, comme dans le premier cas, la disposition ne sera d'application qu'après la révision de la Constitution. Lorsqu'il s'agit par exemple de l'adhésion d'un État à une organisation internationale, la révision constitutionnelle devient la procédure ordinaire par laquelle l'État candidat à l'admission conforme sa Constitution aux valeurs et principes de ladite organisation. Cette mise en conformité peut aussi se réaliser lors de l'élaboration d'une nouvelle Constitution par un État existant ou un État nouveau.

Cette position semble logique au vu de dispositions internationales d'ordre général elles-mêmes, inscrites presque dans tous les traités. Évariste Boshab et Matadi Nenga illustrent cela par l'article 2, point 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ratifié, sans réserve, par la République Démocratique du Congo le

³⁴ *Id.*, p. 30.

³⁵ C. ROCHE, préc., note 28, p. 51.

³⁶ Marc UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge, Regards sur un système paradoxal*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 144.

³⁷ A-M. Le POURHIET, préc., note 12, p. 53.

³⁸ G. CAHIN, préc., note 18, p. 61.

1^{er} novembre 1976 :

Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur³⁹.

Par ce texte, l'on peut simplement retenir que l'application des traités semble obéir à la logique d'une révision constitutionnelle rapide mais préalable. C'est le sens de la disposition précitée qui prescrit des arrangements appropriés de la Constitution et de la législation interne afin de permettre l'application de dispositions internationales.⁴⁰

Il se dégage donc le principe de l'autonomie constitutionnelle qui donne droit au constituant national de mettre les dispositions constitutionnelles concernées en accord avec le contenu de l'obligation internationale contractée par l'État : il s'approprie ainsi et fait siens les principes pré-constituants d'origine internationale encadrant et guidant l'élaboration ou la révision de la Constitution. Sa liberté est restreinte, pas sa capacité légale d'agir dans l'ordre interne : le champ de l'autonomie constitutionnelle est bien réduit, pas son principe, intégralement préservé⁴¹. L'autolimitation du pouvoir constituant n'est rien d'autre que son consentement à renoncer volontairement, dans l'exercice de sa souveraineté, à sa pleine et entière liberté normative au bénéfice de ses engagements internationaux⁴².

Si l'on peut admettre que le pouvoir constituant est à l'origine de toute l'activité politique et juridique des organes de l'État, et qu'aucune borne ne lui est fixée quant à son pouvoir d'édicter toutes les règles constitutionnelles qu'il juge bonnes, et ne peut s'autolimiter en renonçant volontairement à sa liberté normative que par ses propres engagements, dans le paragraphe suivant, un autre courant admet l'existence des principes naturels de justice qui s'imposent à sa toute-puissance.

B. Doctrine d'hétérolimitation du pouvoir constituant

*Étymologiquement, hétéro est un terme français dérivé du mot grec *heteros* et signifie "autre" ou "différent". Hétéro indique l'idée d'altérité, d'opposition, de dissemblance. Lorsqu'on le place dans un contexte d'une limitation du pouvoir constituant, hétérolimitation marque l'idée d'une limitation qui n'est pas tributaire de la volonté du pouvoir constituant, qui a une autre provenance. D'où l'adhésion de cette doctrine au jusnaturalisme.*

A la lumière de Francis Hamon et Michel Troper, le jusnaturalisme fait valoir l'existence non pas d'un droit mais deux⁴³. Le premier est appelé "droit positif" ou droit en vigueur, parce qu'il est l'expression de la volonté de

³⁹ E. BOSHAB et MATADI NENGA GAMANDA, préc., note 23, p. 30.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ G. CAHIN, préc., note 18, p. 69-70.

⁴² A-M. Le POURHIET, préc., note 12, p. 52.

⁴³ Le positivisme favorise une vision moniste en ce que seul le droit positif doit être étudié par le juriste. En revanche, le jusnaturalisme favorise une vision dualiste en ce qu'il reconnaît à la fois l'existence du droit naturel et du droit positif, le premier devant exercer une influence sur le second.

certaines hommes et qu'il a été "posé" par eux. L'autre serait un droit qui ne serait pas produit par la volonté humaine, mais immanent à la nature (d'où le nom de droit naturel) ou produit par la volonté de Dieu⁴⁴.

Le jusnaturalisme admet l'existence des principes naturels de justice distincts du droit positif et permettant de fonder ce dernier ou de le critiquer lorsqu'il s'en écarte. Le jusnaturalisme admet ainsi la supériorité du droit naturel sur le droit positif⁴⁵.

Étant au-dessus du droit positif, le droit naturel devrait notamment déterminer quelle autorité politique est légitime, c'est-à-dire habilitée à produire du droit positif, et à quelles conditions ce droit est valide et obligatoire. Il servirait par conséquent de fondement de validité pour le droit positif. Son contenu (ce qu'il prescrit), c'est simplement la justice : les hommes doivent produire un droit positif qui réalise la justice⁴⁶.

Selon la doctrine d'hétérolimitation, le pouvoir constituant n'est pas un pouvoir ou une compétence libérée de toutes contraintes juridiques. Il est subordonné au respect du droit naturel qui lui est extérieur et supérieur, car considéré comme l'ensemble des droits que chaque individu possède du fait de son appartenance à l'humanité et non de par la société dans laquelle il vit. Cette doctrine trouve donc une assise nécessaire dans l'ensemble des principes et valeurs universels, inspirés du droit naturel, comme c'est le cas pour l'ensemble des droits de l'homme qui sont "inscrits dans la nature de l'homme et s'imposent même lorsqu'ils ne sont pas expressément formulés dans le texte de la Constitution"⁴⁷. Appartenant à l'homme par sa nature, les droits de l'homme existent indépendamment de leur reconnaissance par le droit positif⁴⁸.

Le constituant congolais du 18 février 2006 a réaffirmé, dans son exposé des motifs, l'attachement de la République démocratique du Congo aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que proclamés par les instruments juridiques internationaux auxquels elle a adhéré. Elle a également pris soin non seulement d'intégrer ces droits et libertés dans le corps même de la Constitution (articles 11 à 67 Const.), mais aussi d'interdire toute révision constitutionnelle qui aura pour objet de réduire ces droits (art. 220 Const.). C'est la preuve d'une adhésion totale du constituant congolais au droit international des droits de l'homme dont les sources majeures sont : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (et ses deux protocoles facultatifs) entré en vigueur le 23 mars 1976 et le Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels (et son protocole facultatif) entré en vigueur le 3 janvier 1976. Ces deux textes constituent le fondement du droit contraignant sur le droit de l'homme.

La proclamation des droits de l'homme à l'échelle universelle vient donc annuler la séparation étanche entre sphère interne et sphère internationale. Non seulement l'individu devient sujet du droit international, mais c'est toute

⁴⁴ Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, 35^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 33.

⁴⁵ Philippe GERARD, « Remarques sur les présupposés du positivisme et du jusnaturalisme concernant la société », (1983) 11 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, p. 87.

⁴⁶ Il existe de nombreuses variantes de cette doctrine. Les différences tiennent à la source du droit naturel, que les uns trouvent dans la volonté de Dieu, d'autres dans la nature des choses, d'autres encore dans la nature humaine ou dans la Raison. F. HAMON et M. TROPER, préc., note 44, p. 33.

⁴⁷ F. HAMON et M. TROPER, préc., note 44, p. 33.

⁴⁸ Ambroise KAMUKUNY MUKINAYI, *Droit constitutionnel congolais*, Kinshasa, E.U.A., 2011, p. 164.

la matière constitutionnelle du droit interne qui est saisi par le droit international et par ses mécanismes de garanties⁴⁹. Il y a donc lieu de relativiser la portée du principe selon lequel le constituant (originaire) dispose d'une compétence illimitée. Les droits de l'homme, qui découlent du *jus naturalis* (droit naturel) et d'autres principes dont l'importance est indéniable, notamment les normes du *jus cogens*, s'imposent de plus en plus comme des principes pré-constituants d'origine internationale consacrés dans certains instruments internationaux, au premier chef la Déclaration universelle des droits de l'homme et d'autres instruments pertinents ci-dessus mentionnés⁵⁰.

Il y a ainsi lieu de souligner que l'État partie à ces instruments juridiques internationaux, dès lors que sa Constitution contient des dispositions contraires à, ou incompatibles avec les, obligations internationales qu'il a contractées, il ne peut, en vertu de la disposition de l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, invoquer les premières, et plus généralement celles de son droit interne, comme justifiant la non-exécution du traité. Il ne lui reste alors qu'à réviser sa Constitution pour abroger ces dispositions, ou y introduire au contraire celles qui conditionnent l'exécution de ses obligations, à tout le moins si ces dernières relèvent de son domaine constitutionnel.

La limitation du pouvoir constituant est à double détente : son engagement international prive dans un premier temps l'État de sa faculté initialement inconditionnée d'élaborer ou de modifier sa Constitution pour les seuls motifs qu'elle prévoit ; une fois la révision effectuée, il lui est interdit pour l'avenir, sinon à ses risques et périls, de revenir sur elle dans une mesure contraire ou incompatible avec cet engagement⁵¹.

Dans son avis consultatif sur les décrets de nationalité promulgués à Tunis et au Maroc, la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) disait : "(...) la liberté de l'État de disposer à son gré dans une matière est néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres États. En ce cas, la compétence de l'État, exclusive en principe, se trouve limitée par des règles de droit international"⁵². Il en résulte que les règles de droit international conditionnent aujourd'hui avec une ampleur inégalée l'exercice du pouvoir constituant national⁵³, le principe de l'autonomie constitutionnelle apparaît comme l'expression de la liberté laissée par le droit international aux États de "déterminer les conditions concrètes dans lesquelles sont exercés les droits qu'il confère ou sont mises en œuvre les obligations qu'il impose"⁵⁴.

Le droit international est un instrument, en même temps un enjeu de la politique internationale. A l'heure actuelle plus nettement qu'aux époques antérieures, s'affiche la conscience commune des interdépendances multiples

⁴⁹ Olivier De FROUVILLE, (2016). « L'actualité du droit naturel en droit international », (2020) *Revue québécoise de droit international*, p. 43-55. <https://doi.org/10.7202/1067699ar> (consulté le 20 avril 2023).

⁵⁰ Joseph KAZADI MPIANA, « La révision constitutionnelle congolaise du 20 janvier 2011 : considérations critiques d'un citoyen (juriste) », pp. 8-10, in www.la-constitution-en-afrique.org (23 juillet 2023).

⁵¹ G. CAHIN, préc., note 18, p. 62.

⁵² CPJI, dans UNHCR, "Avis consultatif n° 4, Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc", 4, *International Court of Justice (ICJ)*, 7 février 1923,

<<https://www.refworld.org/jurisprudence/caselaw/icj/1923/fr/20992>> (consulté le 24 août 2024).

⁵³ G. CAHIN, préc., note 18, p. 59.

⁵⁴ J. VERHOEVEN, préc., note 24, p. 36, 451.

mais aussi la référence à des valeurs communes (celles établies dans la Charte de l'ONU). Ces facteurs incitent les États à postuler l'existence d'une communauté internationale, appuyée tant sur la solidarité que sur le respect du droit⁵⁵. Ce qui fait que dans la mise en œuvre de leur système politique, économique et social, les États peuvent compter sur l'aide de la communauté internationale. C'est sous cet angle que certains États ont pu bénéficier d'assistance internationale dans leurs processus constitutionnels.

II. ASSISTANCE INTERNATIONALE DES POUVOIRS CONSTITUANTS

La construction ou la reconstruction juridique nationale, autrefois réservée à l'État et ses gouvernants eux-mêmes, est aujourd'hui exercée par ou avec l'aide de la communauté internationale. Plusieurs acteurs (sujets du droit international) y participent, tel est le cas de l'Organisation des Nations-Unies et ses institutions spécialisées, ou d'autres organisations internationales, mais également les États. Ils accompagnent ainsi l'État en désuétude à rétablir des institutions démocratiques, notamment par l'intervention de juristes issus d'États tiers ou d'Organisations internationales ayant pour mission l'assistance des pouvoirs constituants⁵⁶.

Le principe de l'autonomie constitutionnelle abordée ci-dessus, expression d'une liberté (inaliénable) qu'a tout État de choisir et de mettre en œuvre comme il l'entend son système politique, économique et social, n'a pas été perceptible dans certaines situations exceptionnelles des pays post-conflit où l'assistance internationale à l'exercice du pouvoir constituant national aurait marqué une étape décisive "dans la dépossession du droit constitutionnel de sa sphère originelle de compétences"⁵⁷. Parmi ces situations, il convient de distinguer celles où le constituant est soumis au pouvoir de fait des puissances victorieuses d'un conflit armé de celles où sa manifestation est encadrée par un traité international ou une résolution qui met fin à un conflit armé.

A. Exercice de la compétence constituante sous l'égide de puissances victorieuses d'un conflit armé

Traditionnellement, la reconstruction juridique de l'État intervenant suite à un bouleversement, de type guerre mondiale, guerre civile, sécession d'une portion de territoire ou effondrement d'un gouvernement, était menée par l'État détruit ainsi que ses citoyens. Après la première guerre mondiale et d'autant plus après la seconde, l'État détruit ne fut plus le seul acteur. Plusieurs exemples démontrent comment les puissances victorieuses décidèrent du sort des "États ennemis"⁵⁸, notamment par l'encadrement des constituants nationaux. Il s'agit des rares et exceptionnelles situations où le pouvoir constituant est pour ainsi dire confisqué par les forces d'occupation et son concept en conséquence privé de sens. De ces situations, l'on peut retenir les cas du Japon, de la RFA (République fédérale allemande) et de l'Irak.

La Constitution du Japon (promulguée le 13 novembre 1945, entrée en vigueur le 3 mai 1947), appelée aussi

⁵⁵ P-M. DUPUY et Y. KERBRAT, préc., note 25, p. 7-8.

⁵⁶ Doris FARGET, « La reconstruction juridique de l'Irak et de l'Afghanistan et l'influence des systèmes juridiques occidentaux », (2009) 14:1 *Lex Electronica*, p. 6.

⁵⁷ G. CAHIN, préc., note 18, p. 59.

⁵⁸ D. FARGET, préc., note 56, p. 18.

"Constitution d'après-guerre", a été élaborée par un comité d'experts japonais travaillant sous l'autorité du commandement américain des troupes d'occupation puis adoptée quasiment sans retouche par les assemblées parlementaires. Cette Constitution a été rédigée avec le souci de ne pas rééditer les erreurs du système précédent qui avait conduit au totalitarisme. Pareille situation en RFA pour l'adoption de la Loi fondamentale en dépit de l'encadrement conventionnel du processus constitutionnel : l'accord conclu à Londres le 1^{er} juin 1948 entre les six États de la coalition qui habilitait un Conseil parlementaire à rédiger puis adopter un projet de Constitution instituant des structures fédérales et un État de droit régulé par un pouvoir judiciaire indépendant garantissant les droits de l'homme, subordonnait son entrée en vigueur à l'approbation des gouverneurs militaires des trois zones d'occupation⁵⁹.

Loi administrative de transition (TAL) du 8 mars 2004, qui servait de Constitution provisoire de l'Irak pendant la période de transition, a été adoptée par un organe consultatif, Conseil du gouvernement irakien, sous le contrôle de la coalition militaire anglo-américaine, la force d'occupation, détentrice *de facto* de la souveraineté irakienne⁶⁰.

B. Encadrement du pouvoir d'édiction de la Constitution par un traité (ou un accord de paix) ou une résolution mettant fin au conflit armé

L'identité de celui qui procède à l'écriture du texte constitutionnel et le souverain primaire n'est qu'apparente et ne reflète pas la réalité comme l'éclaire Cayla, en parlant de "L'obscur théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable". Cet auteur fait observer que

"[...] très souvent le souverain n'est pas celui qui rédige le texte constitutionnel, mais plutôt cet auteur fictif auquel on impute, par convention, les actes d'écriture des différents rédacteurs et les actes de lecture des différents interprètes qui réactualisent sans cesse le texte au sein du processus de son application. En demeurant ce même point d'imputation auquel les actes d'écriture et de lecture sont rapportés, il présente ce visage en permanente mutation"⁶¹.

Cette mutation est en partie expliquée par le fait que le pouvoir d'édiction de la Constitution est encadré ici par des sources variées qui lui imposent une marque. Dans la plupart de cas, ces sources sont soit conventionnelles lorsqu'un traité international met fin à un conflit armé, soit unilatérales lorsqu'il s'agit des résolutions de l'ONU dans le cas d'une administration internationale de territoire, soit encore mi-conventionnelles ou mi-unilatérales dans le cadre, par exemple, du Groupe d'assistance des Nations-Unies pour la période de transition en Namibie (GANUPT)⁶².

Des sources conventionnelles, l'on peut retenir l'accord de Paris du 23 octobre 1991 sur le Cambodge visant à mettre fin à la guerre civile entre l'État du Cambodge, d'une part, et une coalition regroupant les forces khmères rouges (Kampuchéa démocratique), celles du FUNCINPEC (royalistes) et du FNLPK (républicains) d'autre part,

⁵⁹ G. CAHIN, préc., note 18, p. 66-67.

⁶⁰ D. FARGET, préc., note 56, p. 31-32.

⁶¹ J. KAZADI MPIANA, préc., note 50, p. 9.

⁶² G. CAHIN, préc., note 18, p. 66.

sous la supervision des Nations-Unies⁶³ ; l'accord de Bonn du 15 décembre 2001 sur l'Afghanistan, consécutif à la Conférence "inter-afghane" de Petersberg (Allemagne) organisée sous l'impulsion de certains acteurs nationaux, mais aussi de l'ONU, s'appuyant sur la résolution 1378 qui rappelait notamment le rôle central que devait jouer l'organisation⁶⁴ ; les accords de Dayton de 1995 ayant mis fin à la guerre en Bosnie-Herzégovine⁶⁵ ; l'accord d'Arusha du 28 août 2000 pour la paix et la réconciliation du Burundi ; l'accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo signé à Pretoria le 17 décembre 2002⁶⁶, etc.

Des sources unilatérales, l'on peut noter les résolutions 1244 (1999) créant la Mission d'administration intérimaire des Nations-Unies au Kosovo (MINUK) et 1272 (1999) mettant en place une Administration transitoire des Nations-Unies du Timor Oriental (ATNUTO)⁶⁷.

Dans tous ces cas, les instruments pertinents susvisés prévoient expressément l'adoption d'une Constitution par une assemblée constituante dont les pouvoirs sont soumis à deux sortes de limitations⁶⁸. Les unes, d'ordre procédural, concernent les délais de convocation de l'assemblée, son mode d'élection, au suffrage universel et au scrutin libre et secret, le nombre de représentants et les critères d'une composition représentative, la réglementation du processus électoral, la procédure d'élaboration, le délai et les règles d'adoption de la Constitution, toujours à une majorité renforcée afin de protéger les droits de la minorité, et la date de son entrée en vigueur⁶⁹. Les autres limitations, d'ordre substantiel, prennent la forme de principes préconstituants que l'organe chargé de rédiger la Constitution devra obligatoirement y incorporer ; son pouvoir est cependant plus ou moins étroitement conditionné à protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales⁷⁰.

La Constitution congolaise du 18 février 2006 procède de ce schéma. Elle résulte du rapport des forces qui s'est déterminé lors de la tenue du dialogue intercongolais sanctionné par l'adoption de l'Accord global et inclusif et l'inauguration conséquente d'un nouvel ordre juridique et politique transitoire. Elle est également la résultante du processus d'une transition concertée et pilotée autour de l'ingénierie institutionnelle 1+4 (un Président plus quatre Vice-présidents) d'une part et le Comité international d'accompagnement de la transition (CIAT) d'autre part⁷¹. C'est

⁶³ Jennar RAOUL M., « L'ONU au Cambodge. Les leçons de l'APRONUC », (1995) 26:2 *Études internationales*, p. 293-294.

⁶⁴ D. FARGET, préc., note 56, p. 30.

⁶⁵ Jean GICQUEL et Jean-Eric GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 27^e éd., LGDJ-Montchrestien, Paris, 2013., p. 199.

⁶⁶ E. MUKENDI WAFWANA et alii, (dir), préc., note 1, p. 176.

⁶⁷ Anne-Laure CHAUMETTE., « Les administrations internationales de territoire au Kosovo et au Timor : expérimentation de la fabrication d'un Etat », (2015) *Revue de droit politique*, p. 337-378.

⁶⁸ G. CAHIN, préc., note 18, p. 66.

⁶⁹ Cet encadrement procédural du pouvoir constituant a au surplus une dimension opérationnelle, sous la forme d'une assistance plus ou moins intrusive de l'ONU dans le processus électoral, soit pour en superviser à toutes les étapes l'organisation incombant à l'État, à l'instar du GANUPT en Namibie, soit pour l'organiser en tous ses aspects, comme l'APRONUC au Cambodge et l'ATNUTO au Timor oriental. G. CAHIN, préc., note 18, p. 66.

⁷⁰ G. CAHIN, préc., note 18, p. 67.

⁷¹ J. KAZADI MPIANA, préc., note 50, p. 9-10.

ce qu'Andzoka Atsimou appelle "les nouveaux réseaux du pouvoir constituant"⁷².

Le texte constitutionnel adopté par l'Assemblée nationale de la transition, à l'initiative du Sénat, et adopté par le référendum, ne traduit pas moins l'essence du compromis politique de la période post-conflit enrichi par les expériences (positives) de l'héritage constitutionnel congolais tout en ouvrant une large fenêtre au droit comparé. Le cadre dans lequel devait se situer et se définir la Constitution du 18 février 2006 était déjà scellé et délimité dans son essence même si le texte constitutionnel ne pouvait prétendre à l'exhaustivité. Certains principes dégagés lors des compromis et non expressément repris dans le texte, n'en constituent pas moins des principes à valeur constitutionnelle dès lors qu'ils participent de sa philosophie et de sa finalité⁷³.

De ce qui précède, il y a lieu de noter que si certaines Constitutions ont été rédigées sur le schéma tracé par les traités, résolutions, accords de paix conclus à la fin d'un conflit armé, internationalisé ou non, entre un gouvernement et un ou plusieurs partis politiques ou groupes armés, jouant incontestablement un rôle dans l'encadrement du pouvoir constituant, certaines autres ont été, en réalité, plus ou moins dictées par la pression d'instances internationales.

C. Restrictions exceptionnelles des pouvoirs du constituant par les conditions d'adhésion à une organisation internationale

Il y a des traités constitutifs de certaines organisations internationales (occidentales surtout) qui imposent aux États membres une organisation déterminée de leur régime politique et aux États candidats des conditions d'admission à la qualité de membre. Ils contraignent également les États qui sollicitent de l'aide internationale d'adhérer à leurs valeurs et principes. C'est ce que Sindjoun appelle "le patrimoine constitutionnel commun des sociétés politiques"⁷⁴. Il s'agit d'un constitutionnalisme conditionné, dont le respect des droits de l'homme facilite l'entrée de ces États dans les structures qu'ils organisent⁷⁵. C'est l'exemple de l'Union Européenne.

Face aux défis de leur développement et de l'amélioration des conditions de vie de leurs populations, nombreux sont les pays émergents qui se voient, en effet, condamnés à solliciter soit l'aide internationale ou étrangère soit, pour ce qui des pays d'Europe centrale et orientale (PECO) à réclamer leur adhésion au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne. Cette dépendance les contraint à se soumettre aux standards constitutionnels imposés par leurs bienfaiteurs et donc à accepter une limitation de leur souveraineté. La Commission de Venise pour la démocratie par le droit, créée en 1990 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, joue ainsi un rôle central dans l'adoption par les PECO de Constitutions conformes aux exigences occidentales et exercent même des missions de surveillance et de suivi sur l'application et la révision de ces textes⁷⁶. Ces prescriptions deviennent, une fois que ces États sont

⁷² ANDZOKA ATSIMOU, *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique : les exemples de l'Afrique du Sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo*, Thèse de doctorat en droit, Dakar, Université Sheikh Anta Diop, 2013, p. 56.

⁷³ J. KAZADI MPIANA, préc., note 50, p. 10.

⁷⁴ S. ANDZOKA ATSIMOU, préc., note 72, p. 59.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ A-M. Le POURHIET, préc., note 12, p. 53.

admis, des conditions d'appartenance à l'organisation, leur interdisant de revenir sur les modifications constitutionnelles effectuées ; elles prennent tout leur sens au Conseil de l'Europe où l'Assemblée parlementaire assure le suivi du respect des engagements particuliers souscrits par les États candidats⁷⁷.

Cette tutelle constitutionnelle ne va pas sans soulever quelques interrogations philosophiques sur la réalité de l'autodétermination des peuples concernés et, partant, sur le caractère vraiment démocratique du droit constitutionnel ainsi inspiré⁷⁸. L'Union africaine ne semble pas rester à l'écart de cette réalité. Il est plus généralement remarquable qu'au-delà des coups d'État ou de l'interruption violente de l'ordre démocratique, l'exercice du pouvoir constituant dérivé constitue aujourd'hui un sujet de préoccupation pour les organisations régionales prétendant promouvoir et consolider ce principe de légitimité : selon la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance,

"[...] tout amendement ou toute révision des Constitutions ou des instruments juridiques qui porte atteinte aux principes de l'alternance démocratique [...] constitue un changement anticonstitutionnel de gouvernement passible de sanctions appropriées de la part de l'Union"⁷⁹.

Conclusion

Cette réflexion nous a permis d'évaluer la portée du principe de la souveraineté du pouvoir constituant moins sur le plan interne, mais plus sur le plan international, partant de l'expérience de l'élaboration de la *Constitution congolaise du 18 février 2006*.

Sur le plan interne, il faut examiner séparément la question de la limitation du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dérivé ou pouvoir de révision constitutionnelle, parce qu'ils diffèrent par leurs conditions d'exercice, même s'ils exercent la même fonction.

Sur le plan international, la distinction du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant dit dérivé est cependant relative. Ici, c'est plus la question de la limitation du pouvoir constituant (dans sa forme originaire ou dérivée) qui intéresse le droit international. Mais le droit international, n'étant pas considéré comme une source du pouvoir constituant, puisqu'étant lui-même une création, la question de son rôle dans la limitation du pouvoir constituant ne peut mieux s'analyser qu'en référence à ses sources dont les principales sont incontestablement le traité international et la coutume internationale.

La coutume est par excellence la source d'un droit général dans l'ordre juridique international⁸⁰. Lorsqu'une norme est consacrée en tant que règle coutumière, elle se voit reconnaître une portée juridique très étendue. Une coutume est en effet plus contraignante qu'un traité dont les effets se limitent aux parties contractantes et qui est susceptible de faire l'objet de réserve. Pour qu'une coutume lie un État, il n'est pas nécessaire que ce dernier ait participé à sa formation ou l'ait acceptée expressément. La règle coutumière bénéficie d'une présomption

⁷⁷ G. CAHIN, préc., note 18, p. 65.

⁷⁸ A-M. Le POURHIET, préc., note 12, p. 53.

⁷⁹ Art. 23.5 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007.

⁸⁰ J. VERHOEVEN, préc., note 24, p. 317.

d'acceptation unanime quand la preuve de l'existence de ses éléments matériel et psychologique a été apportée. Tous les États, à moins d'avoir manifesté la volonté contraire, sont liés par une règle coutumière générale qu'ils aient ou non contribué à sa formation⁸¹. Il découle de ces règles coutumières des obligations *erga omnes*.

Dans l'affaire de la *Barcelona traction*, la Cour internationale de justice a considéré que les obligations découlant du droit international général sont des obligations *erga omnes*. Il s'agit des obligations qui concernent tous les États envers la communauté internationale dans son ensemble. Elles s'imposent aux constituants nationaux au même titre que le traité.

Le caractère obligatoire des traités qui découle du grand principe coutumier *Pacta sunt servanda*, qui a été consacré par l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, implique que les parties sont tenues d'exécuter un traité de bonne foi et raisonnablement. L'article 27 ajoute qu'aucune partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité.

Il en résulte donc que l'État partie, dès lors que sa Constitution contient des dispositions contraires incompatibles avec les obligations internationales qu'il a contractées, il ne peut, en vertu de la disposition de l'article 27 de la Convention susvisée, invoquer les premières, et plus généralement celles de son droit interne, comme justifiant la non-exécution du traité. Il ne lui reste alors qu'à réviser sa Constitution pour abroger ces dispositions, ou y introduire au contraire celles qui conditionnent l'exécution de ses obligations, à tout le moins si ces dernières relèvent de son domaine constitutionnel.

L'individu étant devenu sujet de droit international, notamment grâce à la proclamation, la promotion et la protection droits de l'homme à l'échelle universelle, il n'y a plus de séparation étanche entre sphère interne et sphère internationale. C'est toute la matière constitutionnelle du droit interne qui est saisi par le droit international et par ses mécanismes de garanties. Il en résulte donc que le principe de l'autonomie constitutionnelle ou de la souveraineté du pouvoir constituant apparaît ici comme l'expression de la liberté laissée par le droit international aux États de déterminer les conditions concrètes dans lesquelles sont exercés les droits qu'il confère ou sont mises en œuvre les obligations qu'il impose.

En outre, il faut souligner que dans certains cas que nous avons épinglés ci-dessus, la construction ou la reconstruction juridique nationale, relevant normalement de la compétence de l'État, a été exercée par ou avec l'aide de la communauté internationale. Cependant, dans certaines situations exceptionnelles des pays post-conflit, cette assistance internationale à l'exercice du pouvoir constituant national a eu comme conséquence de déposséder les organes de l'État de leur sphère originelle de compétences. C'est exactement ça qui remet en cause le principe de l'autonomie constitutionnelle ou la souveraineté du pouvoir constituant.

L'encadrement de ce pouvoir par des sources variées (traité ou un accord de paix, résolution, etc.) qui lui imposent des limitations d'ordre procédural et substantiel lui impriment une marque. Mention faite également aux conditions d'adhésion ou d'appartenance à une organisation internationale, qui se présentent comme une sorte de

⁸¹ C. ROCHE, préc., note 28, p. 33.

tutelle constitutionnelle, vident ainsi le principe de la souveraineté du constituant de tout son sens et soulèvent des préoccupations sur le caractère vraiment démocratique du droit constitutionnel qui en découle.

La Constitution congolaise du 18 février 2006, étant d'essence conventionnelle, avec comme sources, les instruments conventionnels de la transition (l'Accord global et inclusif, signé à Pretoria le 17 décembre 2002 et endossé lors des secondes assises de Sun City du 1^{er} avril 2003 ; la Constitution de la transition, adoptée à Pretoria le 6 mars 2003 et promulguée le 4 avril 2003 ; le Mémoire sur le mécanisme pour la formation d'une armée nationale congolaise restructurée et intégrée ainsi que sur la sécurité pendant la transition, signé le 6 mars 2002 à Pretoria), devrait se situer et se définir dans le cadre qui était déjà scellé et délimité dans son essence. Tous les principes dégagés lors des compromis, même ceux qui n'ont pas été expressément repris dans le texte, n'en constituent pas moins des principes à valeur constitutionnelle dès lors qu'ils participent de sa philosophie et de sa finalité.

- Références -

- ANDZOKA ATSIMOU, S., *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique : les exemples de l'Afrique du Sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo*, Thèse de doctorat en droit, Dakar, Université Sheikh Anta Diop, 2013.
- BOSLAB, E. et MATADI NENGA GAMANDA, *Le statut de représentant du peuple dans les assemblées politiques délibérantes*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2010.
- CAHIN, G., « Limitation du pouvoir constituant : le point de vue de l'internationaliste », (2014) 32 *Civitas Europa. Revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe*.
- CHAUMETTE, A-L., "Les administrations internationales de territoire au Kosovo et au Timor : expérimentation de la fabrication d'un Etat", (2015) *Revue de droit politique*.
- De FROUVILLE, O., "L'actualité du droit naturel en droit international", (2016) *Revue québécoise de droit international*, p. 43-55. <https://doi.org/10.7202/1067699ar> (consulté le 20 juin 2023).
- DUPUY, P-M. et KERBRAT, Y., *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2012.
- ESAMBO KANGASHE, J.-L., *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme, Contraintes pratiques et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Traité de droit constitutionnel congolais*, Paris, L'Harmattan, 2017.
- FARGET, D., "La reconstruction juridique de l'Irak et de l'Afghanistan et l'influence des systèmes juridiques occidentaux", (2009) 14:1 *Lex Electronica*.
- GERARD, P., "Remarques sur les présupposés du positivisme et du jusnaturalisme concernant la société", (1983) 11 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.
- GICQUEL, J. et GICQUEL, J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 27^e éd., Paris, LGDJ-Montchrestien, 2013.
- HAMON, F. et TROPER, M., *Droit constitutionnel*, 35^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2014.

- JENNAR RAOUL, M., "L'ONU au Cambodge. Les leçons de l'APRONUC", (1995) 26:2 *Études internationales*.
- KAMUKUNY MUKINAYI, A., *Droit constitutionnel congolais*, Kinshasa, E.U.A., 2011.
- KAZADI MPIANA, J., "La révision constitutionnelle congolaise du 20 janvier 2011 : considérations critiques d'un citoyen (juriste)" in www.la-constitution-en-afrique.org
- Le POURHIET, A.-M., *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Paris, Economica, 2013.
- MANZIAMBO, *Droit international public*, cours, 3^e graduat, Faculté de droit, Université de Kinshasa, 2010-2011.
- MUKENDI WAFWANA, E. et Alii., (dir.), *Les Constitutions de la République démocratique du Congo, De 1908 à 2011*, Kinshasa, Éditions JURICONGO, 2010.
- NGUYEN QUOC DINH, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999.
- OLIVA, E. et GIUMMARRA, S., *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2017.
- ROCHE, C., *L'essentiel du droit international public*, 10^e éd., Paris, Gualino Lextenso, 2020.
- RUZIE, D. et TEBOUL, G., *Droit international public*, 22^e éd., Paris, Dalloz, 2013.
- UYTTENDAELE, M., *Précis de droit constitutionnel belge. Regards sur un système paradoxal*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005.
- VERHOEVEN, J., *Droit international public*, Bruxelles, Larcier, 2000.
- VIALA, A., « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », (2014) 32 *Civitas Europa. Revue juridique sur l'évolution de la nation et de l'État en Europe*.

Æ Æ

Æ

De l'admissibilité de la preuve électronique par le juge congolais

*Héritier KAZADI MITONGA**

RESUME

Enfin ! La preuve électronique est règlementée par le législateur congolais. Cette réglementation vient supprimer l'hypothétique vide juridique qui a fait l'aune avant la mise en place de l'ordonnance-loi n°23/010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais. Cependant, bien que légiférée et intégrée dans l'ordonnancement juridique congolais, l'admissibilité de ce mode de preuve pose encore quelques questions qui nécessitent certains éclaircissements sur ce qui concerne sa portée. Il était nécessaire de donner quelques précisions sur les différents aspects de la preuve électronique, à savoir l'écrit électronique, d'une part, et la preuve audiovisuelle, d'autre part. L'écrit électronique doit remplir certaines conditions pour être admissible par le juge, notamment avoir une signature électronique qui peut être simple ou qualifiée, fournie par le service de confiance agréé, être horodaté, c'est-à-dire préciser les date et l'heure d'émission de l'acte par l'expéditeur, être aussi archivée dans des conditions qui garantissent son intégrité et son authenticité. Toute cette technicité dépasse le juge congolais qui, de par sa formation, manque des compétences nécessaires pour faire une analyse critique sur tous ces éléments pour engager son intime conviction. Voilà à quel niveau se situe l'importance de mener une étude qui prévaut l'aspect technique de la preuve électronique.

Mots clés : Admissibilité - preuve - électronique - juge - horodatage.

ABSTRACT

Finally ! The electronic proof is regulated by the Congolese legislator, this regulation removes the hypothetical legal vacuum which was in the news before the implementation of Ordinance-Law No. 23/010 of March 13, 2023 establishing the Congolese digital code. However, although legislated and integrated into the Congolese legal order, the admissibility of this mode of proof still raises some questions which require certain clarification on what concerns its scope, it was therefore necessary to give some details on the different aspects of the electronic proof, namely the electronic writing on one side and the audiovisual proof on the other side, the electronic writing must meet certain conditions to be admissible by the judge, in particular having an electronic signature which can be simple or qualified provided by the approved trust service, be time-stamped, that is to say specify the date and time of issue of the document by the sender, and also be archived under conditions which guarantee its integrity and authenticity. All this technicality is beyond the Congolese judge, who due to his training lacks the necessary skills to carry out a critical analysis on all these elements to engage his intimate conviction. This is the level at which the importance of carrying out a study which prevails over the technical aspect lies. electronic evidence.

Keywords: Admissibility - evidence - electronics - judge - timestamp.

//

* Assistant à la Faculté de droit, Université de Likasi et Doctorant en droit, Université de Lubumbashi. Il est Secrétaire du Département de géologie, Facultés des sciences, Université de Likasi.



////////////////////

- Plan de l'article -

Introduction

I. PREUVE ELECTRONIQUE PORTEE ET ETENDUE

A. L'écrit, la signature et l'horodatage électronique

1. L'écrit électronique comme moyen de preuve en Droit congolais

2. La signature électronique et son rôle dans un écrit électronique

3. L'horodatage de l'écrit électronique

B. La preuve audiovisuelle comme composante de la preuve électronique

II. De l'admissibilité de la preuve électronique par le juge congolais

A. De la légalité et la loyauté de la preuve électronique

Conclusion

Références

////////////////////////////////////

////////////////////

Introduction

Il est devenu commun de dire que notre société se transforme inexorablement en une société dite de "l'information". Cette transformation se caractérise entre autres par une utilisation accrue des technologies de l'information afin de communiquer, d'échanger ou de transiger¹.

Certes, dans la société moderne, l'utilisation des technologies de l'information de la communication demeure une seconde nature pour l'homme, dans le sens où ce dernier ne sait plus vivre sans l'usage des outils technologiques comme le téléphone, l'ordinateur, le réseau (internet), la télécopie, le fax et la télégraphie. Cependant, ce changement ne va pas sans produire des effets dans l'organisation de la vie. Ainsi, les transactions numérisées, les actions et les procédés télématiques ont pris leur place dans les rapports juridiques, économiques et sociaux de la vie de l'homme.

Sur le plan juridique, cette nouvelle réalité bouleverse aussi considérablement les règles de droit civil largement pensées et ancrées dans un contexte papier². En effet, dans le monde judiciaire, en dehors des palais de justice ou des systèmes judiciaires, certaines professions de droit n'ont cessé de s'adapter aux technologies numériques pour faciliter les tâches aux bénéficiaires finaux qui ne sont d'autres que les justiciables. Il en est ainsi de la profession d'Avocat, de Notaire ou encore de Greffier qui, à un moment donné, ne fait que recourir aux outils informatiques pour élaborer des contrats, des actes de procédure, de l'émission des preuves de paiements, des actes authentiques, etc. Un nombre croissant d'opérations sont donc réalisées actuellement à l'aide de moyens électroniques, et il devient important de reconnaître de leur existence dans la pratique juridique pour pouvoir revendiquer les droits légaux s'y rattachant³.

De ce qui précède, il est important de reconnaître que le monde tend à une mouvance du monde matériel à un monde purement virtuel ou un monde des réseaux. Pour être plus clair, l'existence des technologies de l'information et de la communication a créé un autre monde des réseaux. Ce monde de réseaux⁴ part avec toutes ses réalités, lesquelles imposent au Droit, compris comme un ensemble des règles régissant les rapports économiques ou non des hommes en société, de chercher une façon d'être applicable dans ce monde virtuel.

En République démocratique du Congo, il est évident que la promulgation de la l'ordonnance-loi n°23/010 du 13 Mars 2023 portant code du numérique est venue supprimer le vide juridique qui a été chanté pendant un certain moment suite à l'inexistence d'un cadre réglementaire en droit congolais capable de trancher les litiges portants sur

¹ Stéphane CAÏDI, *La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.), Université de Montréal, Décembre 2002, p.2.

² *Idem*.

³ Peihao YUAN, "L'admission de la preuve électronique dans le droit français et le droit chinois", (30 mars 2011), en ligne : <<https://blogs.parisnanterre.fr/content/ladmission-de-la-preuve-electronique-dans-le-droit-francais-et-le-droit-chinois-par-peihao-y>> (consultée le 20 juillet 2024 à 21h30').

⁴ Le monde de réseaux c'est cette planète virtuelle créée par l'interconnexion des plusieurs réaux qui transforme le monde physique en un petit village, sur lequel nous trouvons : les médias sociaux (Facebook, WhatsApp, tweeter, Yahoo, télégramme, etc.) et toutes les transactions virtuelles effectuées sur les web sites notamment Google et consort.

les irrégularités des transactions électroniques.

C'est ainsi que, dans le but d'émettre notre observation sur la question de la preuve électronique en droit de la preuve congolais, il nous a été opportun de consacrer la présente réflexion sur l'analyse de l'admissibilité de la preuve électronique par le juge congolais en vue de déterminer l'attitude du juge face à la preuve électronique.

L'on part de l'idée que "prouver c'est établir la vérité d'un fait contesté". En droit plus spécialement, c'est établir la vérité d'un fait d'où découlent des conséquences juridiques⁵. Dans ce sens, deux principes ont les mérites d'être considérés comme les régulateurs du droit de la preuve : principe de la liberté de la preuve, qui est d'application en matière pénale et, celui de la preuve légale ou de la preuve hiérarchisée, qui est d'usage en matière civile. Dans cet ordre d'idées, la preuve littérale ou par écrit, la preuve testimoniale ou par témoins, la présomption et l'aveu sont considérés comme des modes traditionnels de preuve. La preuve électronique est venue s'ajouter à ces modes traditionnels pour déterminer la vérité sur l'existence d'une transaction électronique. Toutefois, ce mode de preuve est toujours insuffisant en cas de contestation dans la mesure où, aujourd'hui, dans le cadre pénal, tout en se basant sur le principe de la liberté de la preuve, il s'aperçoit un autre type de preuve qui est la preuve audiovisuelle. Cette dernière comprend les vidéos, les images et les enregistrements audios. Quel doit être l'attitude du juge congolais face à ces types nouveaux de preuve ?

Malgré la croissance ces dernières années de la littérature en cette matière, celle-ci nous paraît mal comprise. Pour donner notre compréhension, nous consacrons notre réflexion sur la portée et l'étendue de la preuve électronique (I) et sur l'admissibilité de la preuve électronique par le juge congolais (II).

I. PREUVE ELECTRONIQUE PORTEE ET ETENDUE

Tout au long de l'histoire, chaque révolution technologique va tout d'abord pousser le développement des forces productives, mais elle va également poser de nouveaux défis à la pratique et la théorie juridique⁶. De ce fait, il est opportun de reconnaître ici que la preuve électronique est une preuve issue de la communication électronique, bien que certains continuent à marquer une confusion entre la communication électronique et la preuve électronique elle-même.

L'article 2 alinéa 16 de l'ordonnance-loi n°23-010 du 13 novembre 2023 portant code du numérique congolais définit la communication électronique comme "toute mise à la disponibilité du public ou d'une catégorie du public, par un procédé électronique ou magnétique, des signes, des signaux, d'écrits, d'images, des sons ou des messages de toute nature"⁷. De cet article, il y a lieu de déduire que la preuve électronique ne peut pas être limitée uniquement à l'écrit électronique comme c'est le cas en Droit français (article 1316-1 du code civil français) parce que, à côté de l'écrit, existent les images et les sons. Tout comme l'écrit électronique, les images (vidéo) et les enregistrements sonores peuvent servir à démontrer l'existence de la vérité des faits. Mais les principales

⁵ KALONGO MBIKAY cité chez NDUKUMA KODJO ADJAYI, *Cyber droit. Formation du contrat de commerce électronique*, Kinshasa, Ed. PUC, 2009, p.182.

⁶ Peihao YUAN, préc., note 3.

⁷ Ordonnance-loi n°23-010 du 13 Mars 2023 portant code du numérique congolais art. 2 al.16.

composantes de la preuve électronique demeurent l'écrit, la signature et l'horodatage électronique (A). Nous analysons également le mode de preuve audiovisuelle.

A. Écrit, signature et horodatage électronique

L'usage de l'écrit comme mode privilégié de la preuve ne peut se réaliser que dans une société où le progrès technique est suffisamment maîtrisé⁸. Ainsi, il est inopportun de comprendre l'écrit et toute sa valeur probatoire sans pour autant parler de la signature qui cache le consentement, l'engagement des contractants et l'authentification de l'acte par un officier public compétent. L'écrit est privilégié pour la preuve des engagements, mais aussi obligé pour l'existence même de certains actes⁹. C'est l'occasion de marquer la distinction entre l'écrit, preuve et l'écrit, forme.

Certes, il est difficile de distinguer l'écrit comme preuve et l'écrit comme condition de validité. Pour Carbonnier, la forme et la preuve dans la théorie juridique relèvent de deux mondes différents, par le simple fait que l'écrit exigé comme condition de validité de l'engagement conduit à la nullité de l'acte pour défaut de forme sans qu'il soit possible de remédier à ce manquement, en revanche, l'écrit exigé comme mode de preuve, il est possible de produire un commencement de preuve par écrit complété par un témoignage ou un aveu¹⁰. Cette brève analyse de l'écrit permet de déterminer la portée de l'écrit électronique.

1. L'écrit électronique comme moyen de preuve en Droit congolais

L'écrit électronique est une réalité imposée par l'existence des supports d'information autres que le papier. C'est exactement les divers modes des communications qui sont les fondements de ce changement. Dans cet ordre d'idées, une adaptation du Droit aux phénomènes modernes était importante. Face à ce bouleversement, dans le but de faciliter les échanges internationaux via internet, les initiatives ont été prises, c'est le cas de la loi type sur le commerce électronique depuis 1996 aux États-Unis, du cadre communautaire sur la signature électronique depuis 1999 en Europe, puis, à peine, le législateur congolais qui vient de mettre la pendule à l'heure avec l'ordonnance-loi n°23/010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais.

Actuellement, différents systèmes juridiques entreprennent de poursuivre la révolution des technologies de l'information. Le document électronique n'est plus une option à traiter, mais plutôt une réalité imposée par l'avènement électronique, et il a fallu que les législateurs interviennent pour mettre en place une réglementation appropriée au vu des problèmes juridiques pressants dans ce domaine, notamment en termes de preuves¹¹. Mais malgré cette intervention législative congolaise, l'on relève que l'écrit électronique ne trouve pas une définition, dans la mesure où l'ordonnance loi précitée, dans ses dispositions consacrées à l'écrit électronique, ne définit pas cette dernière notion ; elle se limite plutôt à énumérer les principes auxquels doit obéir l'écrit électronique. Elle détermine,

⁸ Luc GRYNBAUM, Caroline GRENOFFIC et L. MORLET, *Précis du droit des activités numériques*, 1^{ère} Ed., Paris, Dalloz, 2014.

⁹ Jean CARBONIER, "Droit civil", cité chez L. GRYNBAUM L. et ali., *Précis du Droit des activités Numériques*, 1^{ère} Ed., Paris, Dalloz, 2014, p. 6

¹⁰ *Idem*

¹¹ J. GHESTIN et J-S. BERGÉ cités chez Mario ABOU ABDALAH, "La preuve électronique", Faculté de droit, Kaslik-Liban, Université Saint-Esprit de Kaslik, 2020, p. 21.

en son article 84, les principes qui doivent régir un écrit électronique pour être accepté comme moyen de preuve. Celui-ci doit obéir aux principes de la liberté, de l'intégrité, de la transparence et de la clarté¹².

C'est plutôt l'article 1316 du code civil français, dans le but de mettre le droit de la preuve en conformité avec la période et avec l'essor des actes créés sur support électronique, qui définit l'écrit comme : "une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tout autre signe ou symbole dotés d'une signification intelligible, quels que soient leurs supports et leurs modalités de transmission¹³". Selon cette disposition, l'écrit n'obéit pas uniquement à l'ancien système du papier, quel que soit le support utilisé, l'écrit sera considéré comme mode de preuve à condition que les mentions soient intelligibles et compréhensibles. Le même article 1316-1 dispose que "l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans les conditions de nature à en garantir l'intégrité"¹⁴. Disposition qui est reprise en droit congolais par l'article 89 de l'Ordonnance-loi précitée sur le code du numérique qui établit également l'équivalence entre l'écrit sous forme électronique et l'écrit sur papier.

L'équivalence entre l'écrit sur support papier et l'écrit sous forme électronique entraîne certaines conditions que ce dernier doit remplir. Bien que le droit français se limite à l'intégrité et l'identification de l'auteur de l'écrit, le droit congolais y ajoute la liberté, la transparence et la clarté.

L'intégrité renvoie à la possibilité de vérifier que l'information n'en est pas altérée et qu'elle est maintenue dans son intégralité aussi que sa certitude lui procure la stabilité et la pérennité voulues. La transparence fait penser à l'accès autorisé et l'usage d'un standard ouvert. La clarté consacre la lisibilité et une qualité des contenus compréhensibles. La liberté implique l'exclusion de toute contrainte pour recourir à l'écrit électronique, c'est-à-dire que chacun est libre de recourir soit à l'écrit sous forme électronique soit à l'écrit sur papier¹⁵.

Partant de la définition même de l'écrit, compris comme une suite de la lettre, de caractère, des signes et de symboles dotés d'une signification intelligible quels que soient les supports utilisés et les modes de transmission, la preuve littérale ne s'assimile plus uniquement au papier pour être admissible devant le juge.

Il faut reconnaître que les documents conservés dans le CD-Rom, le disque Dure et les clés USB sont aussi admissibles mais également une copie papier. Ainsi, dans le but d'établir une certaine forme de l'écrit électronique, les actes numérisés à travers le scannage ou scan sans modification, les formats PDF conservés dans le CD Rom, le disque Dur et les clés USB, mais aussi des actes créés à travers les transactions entre les sites web ou des cyberboutiques comportant une mention d'authentification par les services de confiance qui est considéré comme l'officier public qui authentifie les actes électroniques, sont valables et considérés comme preuve devant le juge.

L'analyse sur l'écrit électronique ne peut prétendre être exhaustive sans analyser la signature qui porte en elle-même l'engagement et la manifestation des consentements des parties, il sera l'occasion de présenter la signature

¹² Ordonnance loi n°23-010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais, art. 84

¹³ Code civil français, art. 1365.

¹⁴ Code civil français, art.1316 al.1

¹⁵ Ordonnance-loi n°23-010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais, les articles 85 à 88

électronique et ses particularités.

2. Signature électronique et son rôle dans un écrit électronique

Traditionnellement, la signature est définie comme "un graphisme personnel qui permet d'établir la présence physique du scripteur à l'acte et par lequel une personne manifeste son consentement. Elle a donc une double fonction : elle identifie l'auteur de l'acte et exprime sa volonté"¹⁶.

La doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire que l'écriture n'est pas une preuve complète à moins qu'elle ne soit signée, alors la signature est le principal élément de la preuve écrite originale. Par l'utilisation massive de l'internet évidemment dans le domaine du commerce électronique, cette pratique a produit des moyens modernes de traiter la relation contractuelle électronique. Par conséquent, le législateur est intervenu pour organiser de nouveaux types de signatures électroniques¹⁷.

La signature consiste, le plus souvent, dans la reproduction du nom patronymique de la personne ; mais elle peut valablement reproduire le prénom ou le surnom. C'est la marque propre de la personne lorsqu'elle représente son nom accompagné de quelques distinctions, plus ou moins artistiques. La signature apposée à un acte sous seing privé n'est efficace que dans la mesure où elle émane de celui-là même à qui elle est attribuée. Elle n'est régulière qu'autant qu'elle s'applique à l'acte entier ; elle doit donc être placée à la fin de l'acte, la signature marginale est insuffisante. La signature, au sens juridique classique, ne se rencontre que sur un acte juridique¹⁸. Mais il n'est pas nécessaire que l'acte soit signé en même temps par toutes les parties : les signatures peuvent être apposées en des temps et en des lieux différents¹⁹. Elle demeure une condition essentielle mais pas suffisante à la validité de tout acte sous seing privé, car elle est la marque permanente du consentement sans lequel rien ne prouve que le contenu de l'acte reflète exactement la volonté des parties.

Ainsi définit par le droit traditionnel, la signature est, dans un contexte numérique, définit par l'ordonnance-loi n°23-010 du 13 mars 2020 portant code du numérique comme un mécanisme permettant de garantir l'intégrité et la non-répudiation d'un document et d'identifier d'une manière certaine l'auteur et d'apporter la preuve de son consentement conformément à cette ordonnance-loi²⁰. La signature électronique est un élément de validité de l'acte authentique ; elle identifie celui qui l'appose et manifeste son consentement aux obligations qui en découlent, elle est admise dans les échanges et transactions électroniques²¹.

Cependant, ladite ordonnance-loi distingue, dans son article 104, la signature électronique simple et la signature électronique qualifiée. La signature électronique simple est celle reconnue à toute personne désireuse d'apposer sa signature électronique sur un document à travers le service de confiance. La signature électronique

¹⁶ VAN QUICKENBORNE cité chez Nicole VERHEYDEN-JEANMART, *Droit de la preuve*, Faculté de Droit, Bruxelles, Université Catholique de Louvain, 1991, p.232.

¹⁷ MARIO ABOU ABDALLAH, préc., note 11, p. 25.

¹⁸ A-F. FAUSS cité chez Mario ABOU ABDALLAH, préc., note 11, p.26.

¹⁹ Idem

²⁰ Ordonnance-loi n°23-010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais art. 2, al. 74.

²¹ Ordonnance-loi n°23-010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais, art.104.

qualifiée est par contre celle qui réunit un certain nombre de conditions dans le processus de sa création notamment : être lié au signataire d'une façon univoque ; permettre d'identifier le signataire ; être créé avec les données de créations de signature électronique que le signataire peut avec un niveau de confiance élevé, utiliser sous son contrôle exclusif et être liée aux données associées à cette signature de telle sorte que toute modification ultérieure soit détectable²².

Il faut cependant admettre que la signature électronique qualifiée liée au certificat électronique qualifié a la même force probante que la signature manuscrite, ce certificat étant juste une attestation électronique qui associe les données de validité d'une signature électronique à la personne physique et qui confirme au moins les noms ou les pseudonymes de cette personne. Le certificat qualifié de signature électronique est un acte délivré par le service de confiance qualifié qui satisfait aux exigences légales.

L'analyse de l'écrit et de la signature électronique ne suffit pas pour faire de l'écrit électronique un acte équivalent à l'acte sous format papier. Dans cette logique, l'article 91 de l'ordonnance-loi précitée dispose que : "L'horodatage et la signature électronique confèrent à l'écrit électronique la même force probante que l'écrit sur papier légalisé ayant la date certaine". Il dévient impérieux de faire un contour sur ce qui peut être qualifié de l'horodatage dans un écrit électronique.

3. Horodatage de l'écrit électronique

L'horodatage est une opération qui permet d'associer à un fichier, sa date ou son heure de création ou de réception. L'horodatage électronique certifié est celui généré par les services de confiances qualifiés qui satisfont aux exigences légales que sont :

- Lier la date et l'heure aux données de manière à exclure la modification indéfectible de ces données ;
- Être fondé sur une horloge exacte liée au temps universel coordonné et
- Être signé au moyen d'une signature électronique qualifiée ou cachetée au moyen d'un caché électronique du prestataire des services de confiances qualifiés²³.

Tout document dont l'horodatage ne répond pas aux exigences d'un horodatage certifié court le risque de perdre sa validité. Cependant, l'horodatage électronique certifié jouit d'une présomption d'exactitude de la date et de l'heure qu'il indique et d'intégrité des données auxquelles se rapportent ces dates et heures, renchérit l'alinéa 2 de l'article 125 de l'ordonnance-loi portant code du numérique. Celle-ci étend en droit congolais moderne la conception de l'écrit. Ce dernier qui, dans le droit traditionnel, était difficile de se concevoir sans papier.

La prise en considération de l'informatique par le législateur congolais a fait que l'écrit ne se rapporte plus à son support traditionnel qu'est le papier, mais plutôt et désormais compris dans le sens de l'*instrumentum*, c'est-à-dire l'outil qui porte le contenu des actes juridiques. Le support électronique peut être pris en considération devant le juge et être brandi comme mode de preuve, peu importe le support utilisé, électronique ou sur papier. C'est ici que

²² Ordonnance-loi n°23-010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais, article 106

²³ Ordonnance-loi n°23-010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais, article 126.

l'écrit sous format électronique vient s'imposer pour garantir et établir la vérité des transactions électroniques, en l'occurrence des contrats électroniques et autres.

Cette preuve, bien que prévue par le législateur congolais n'est pas soumise à un principe d'admissibilité libérale, c'est-à-dire sans respecter aucune condition ; elle est plutôt subordonnée à un nombre des conditions que nous ramenons à deux grands principes : la neutralité médiatique et l'équivalence fonctionnelle. En plus, cet écrit doit contenir une signature électronique qui peut être simple ou avancé et être horodaté.

L'écrit électronique n'est pas le seul aspect que comprend la preuve électronique. La preuve audiovisuelle, que nous considérons comme l'un des aspects de la preuve électronique et dont la nécessité n'est pas de rigueur en matière civile mais qui est d'une grande importance en matière pénale vue sa capacité de reconstituer les faits infractionnels et leur imputation aux infracteurs, est aussi accessible au juge congolais sur base du code du numérique.

B. Preuve audiovisuelle comme composante de la preuve électronique

Depuis un certain temps, bon nombre des travaux à savoir : livre, mémoire et articles sont produits sur la question de la preuve électronique. Cependant, aucun ne parvient à décrire d'une manière effective la portée de la preuve audiovisuelle. Les analyses précédentes se sont limitées dans la plupart de cas à l'étude de la preuve électronique en traçant un développement sur un seul aspect, qui est celui de l'écrit électronique.

Rappelons que la preuve électronique est la conséquence de la communication électronique, celle-ci comprise comme l'émission, la transmission et la réception des signes, des signaux, d'écrits, d'images, de sons ou d'informations de toute nature par fil, fibre optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques²⁴. C'est en définissant de cette façon la communication électronique que le législateur congolais a osé justifier que c'est de la communication électronique que découle la preuve électronique. Toute cette démonstration s'inscrit dans ce que nous qualifions des procédés télématiques, qui doivent par ailleurs être compris comme une façon d'agir à distance par le biais de l'informatique ou de la télécommunication.

De ce qui précède, il sied de noter que la définition de la communication électronique est globalisante. Toutefois, le législateur congolais a mentionné comme modes de preuve, l'écrit, d'une part, les sons et les images, d'autre part.

Pour la commission Européenne, la preuve numérique est celle qui englobe des données numériques qui recouvrent entre autres : les données se rapportant au contenu à savoir : le courriel, les SMS ou textos, les photos, les vidéos et les enregistrements audios souvent stockés sur les serveurs des prestataires de service en ligne, etc²⁵.

Cette définition de la commission Européenne vient clore le débat sur la portée de la preuve électronique en

²⁴ Ordonnance-loi n°23-010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais, Art. 2 al. 16

²⁵ CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, "Un meilleur accès aux preuves électroniques pour lutter contre la criminalité", (11 janvier 2024), en ligne : <<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/e-evidence/>>, (consultée le 19/08/2023 à 21h45).

ajoutant à celle-ci celle dite audiovisuelle à savoir, les photos, les vidéos et les enregistrements audios. Cependant, nul n'ignore le potentiel probatoire que peut revêtir une preuve préconstituée, la preuve audiovisuelle comprend donc, d'une part, les images et, d'autre part, les enregistrements audios. Les éléments probatoires sous forme d'images sont aujourd'hui essentiellement, si ce n'est exclusivement, le fruit de la technique. La technique est en réalité le fruit de la recherche scientifique qui a permis une croissance exponentielle des moyens permettant la constitution et, plus récemment, la pré-constitution d'images.

L'image est avant tout une figure qui fait reconnaître ou invoque une réalité (produite par la photographie, le cinéma et la télévision)²⁶. Elle est aussi une représentation perceptible d'un être ou d'une chose, la représentation²⁷ mentale d'une perception précédemment éprouvée, mais également la représentation concrète qui sert à rendre sensible une idée abstraite²⁸. L'image est en même temps un élément d'investigation et surtout un élément probatoire. En tant qu'élément probatoire, l'image permet en même temps de capturer la commission de l'infraction tout en passant par la constatation de celle-ci²⁹. L'image intéresse beaucoup le juge par sa capacité de conserver les traces de la commission de l'infraction surtout qu'elle peut parvenir à conserver le déroulement complet de l'infraction, ce qui lui permet à coup sûr d'emporter sa conviction.

La considération de l'image par le juge ne va pas sans tenir compte du lieu observé car l'attention accordée à une vidéo prise à travers la vidéo-projection sur la voie publique n'est pas la même attention qu'on accorderait à une image prise dans un milieu privé qui demande généralement la prise en compte de toutes les garanties supplémentaires. Certes, il y va sans produire des conséquences juridiques le fait de capturer l'image d'une personne qui marche dans la voie publique qui généralement serait vue par quiconque serait à ses côtés, c'est dans ce sens que la cour Européenne a jugé que ce fait ne constitue en rien une atteinte à la vie privée³⁰.

Pour les images captées dans un lieu privé, celles-ci sont à traiter avec beaucoup de perspicacité au risque d'être poursuivi de l'atteinte à la vie privée. Il est pour autant autorisé aux forces de l'ordre de prendre ces images si et seulement si le lieu, bien qu'étant privé, se trouve visible au public. Bien que les images captées dans le lieu privé présentent le risque de constituer l'objet de l'atteinte à la vie privée, si elles ont la vocation de retracer la réalité sur la commission de l'infraction et par la même occasion éclairer la lanterne du juge, ce dernier peut les recevoir et les analyser si elles peuvent constituer une force probante.

C. Force probante de la preuve électronique

Il existe une distinction entre la force probante et la valeur probante, la force probante renvoie à la capacité d'un acte probatoire et donc un moyen de preuve d'emporter la conviction du juge ; par contre, une valeur probante

²⁶ Le Robert dictionnaire français, v° « image ».

²⁷ Jonas SIBER. *L'image et le procès pénal*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, Nancy, Université de Lorraine, 2017, p.64.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Cour EDH, 4e section, 28 janvier 2003, Peck c. Royaume-Uni, Req. no 44647/98 ; Iris, observatoire européen de l'audiovisuel 2003-6/2, obs. D. VOORHOOF ; JCP G 10 septembre 2003.

n'est qu'une éventuelle possibilité de la recevabilité d'un élément de preuve en tant que tel par le juge³¹. Cependant, la considération de la preuve électronique est basée sur la foi et surtout sur la confiance que le juge porte aux modes de recueillement et d'obtention de la preuve elle-même. Le risque d'une confiance excessive en un dispositif engendre une gravité plus grande de l'erreur qui pourrait survenir³².

Par ailleurs, la valeur probante de l'écrit électronique résulte de l'article 89 de l'ordonnance-loi portant code du numérique, qui dispose que "l'écrit électronique a la même valeur que l'écrit sur papier". Par contre, pour être valide, l'écrit électronique doit obéir aux différents principes déjà institués par l'article 84 précité. Il s'avère à ce niveau nécessaire de préciser que le législateur est parti sans tenir compte des différentes éventualités qui peuvent accompagner la technicité de ce mode de preuve ; la preuve électronique c'est un terrain très glissant pour le juriste qui, de par sa formation, ne dispose pas des connaissances solides pouvant lui permettre d'émettre une analyse vraiment critique de la preuve. Voilà pourquoi en droit français, la validité de l'écrit électronique est assimilée à l'identification de l'auteur de la preuve, celle-ci permet au juge de recourir aux origines de l'acte au cas où se poserait un conflit de vraisemblance.

La preuve audiovisuelle est généralement d'usage en matière pénale, celle-ci régit par le principe de la liberté de la preuve. Il devient intéressant de parler de la valeur intrinsèque de la preuve audiovisuelle, cette dernière implique sa valeur propre indépendamment de son utilisation : il s'agit de sa fiabilité et la valeur extrinsèque qui traduit l'impact que l'élément probatoire peut produire sur le juge.

La preuve audiovisuelle est un produit de la technicité scientifique très élevée, ce qui fait que le juge congolais, disposant des compétences très faibles en la matière, demeure incapable d'apprécier la fiabilité voire les éventuelles possibilités de falsification de cette preuve ; ce qui risquerait de le pousser à suppléer par l'imagination toutes les lacunes que présente la preuve³³. Sans nul doute, la preuve audiovisuelle dispose d'une force de persuasion particulièrement forte, une "persuasion directe".

De par la vérité qu'elle semble porter en elle, l'image semble pouvoir être analysée comme une "sorte de preuve préconstituée qui ne demande qu'à éclore". Elle nourrit l'illusion d'une culpabilité directement établie, exempte de raisonnement intellectuel nécessairement emprunt d'un sens critique. La preuve audiovisuelle fait appel en premier lieu aux sens et non à la raison. Cet ordre est inévitable car c'est par les sens de la vue et de l'ouïe qu'elle est intellectuellement accessible.

Bien qu'étant étalée d'une façon aussi exhaustive, la preuve électronique est, pour être recevable, soumise à un certain nombre de règles. D'où, l'importance d'analyser l'admissibilité de la preuve électronique par le juge congolais dans le point qui suit.

³¹ J. SIBER, préc., note 27.

³² Jean Raphaël DEMARCHI, *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, Nice, Ed. Lextenso, 2012, p.492.

³³ F. GORPHE, « Variétés et difficultés dans l'appréciation des indices » RSC, 1938, p. 215, dans J. SIBER. préc., note 27, p.58.

II. ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE ÉLECTRONIQUE PAR LE JUGE CONGOLAIS

En droit, l'enjeu probatoire est d'aboutir à la manifestation de la vérité tout au moins de la certitude. La preuve est donc un moyen pour le juge accompagné des jurés de se forger une intime conviction pouvant leur permettre de statuer sur les faits tels que soumis à leur appréciation³⁴. Cependant, à ce stade, deux systèmes méritent d'être précisés, à savoir : le système de la preuve légalisée et le système de la preuve libre ; l'un est d'usage en matière civile et l'autre en matière pénale et commerciale.

Dans le système de la preuve légalisée ou légale, tous les modes de preuve sont préalablement établis par la loi et cette dernière détermine la valeur à accorder à chaque mode de preuve. Par contre, dans le système de la preuve libre, il est permis aux parties de soumettre au juge toutes sortes de moyens de preuve mais laisse la liberté d'appréciation au juge qui doit se baser sur son intime conviction pour se laisser emporter par tel ou tel autre mode de preuve. Par ailleurs, la loi dans ce cas se limite juste à régler entre autres la recherche, la constatation et la production des preuves, lesquelles ne doivent pas aller à l'encontre des principes de l'administration de la preuve notamment la loyauté et la légalité de la preuve.

Ainsi, il est improbable de confondre le caractère libre de l'écrit électronique et le système de la preuve libre. Le caractère libre de l'écrit électronique implique la liberté dont jouit une partie de recourir à l'écrit sous format électronique pour fonder ses prétentions.

La preuve électronique, vu sous ces aspects, s'inscrit en même temps dans le système de la preuve légale et dans le système de la preuve libre. Dans le système de la preuve légale quand on fait recours à la preuve électronique dans sa forme de l'écrit électronique et donc en matière civil pour prouver l'existence d'un acte juridique et dans le système de la preuve libre quand elle est employée dans le cadre de la preuve audiovisuelle, c'est-à-dire en matière pénale, pour prouver l'existence de l'infraction et l'imputabilité de celle-ci à un auteur précis.

A. Légalité et loyauté de la preuve électronique.

L'exigence de la légalité et de la loyauté est d'usage dans la procédure pénale qui est caractérisée par le principe de la liberté de la preuve. Celle-ci a comme corolaires, l'admissibilité de tous les moyens de preuve, l'absence de la hiérarchie de modes de preuve et la liberté d'appréciation du juge. Cependant, cette liberté n'est pas absolue, elle est encadrée par deux principes que sont la légalité et la loyauté.

Il est dès lors nécessaire de tracer une précision terminologique vue que la compréhension de ces deux concepts peut paraître ambigu dans le sens où certains juristes ne se réservent pas de considérer la loyauté comme une manifestation du respect de la légalité matérielle³⁵. Ainsi, les termes de légalité et de loyauté se distinguent nettement par leurs concepts ; le premier désignant la conformité à une règle spécifique, le second impliquant les

³⁴ J. SIBER, préc., note 27.

³⁵ B. de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », dans WANG CHENCHEN, *Encadrement de la liberté de la preuve dans la procédure pénale : étude comparée France-chine*, Droit, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2019,

valeurs morales de droiture et de fidélité³⁶. Cependant, si tous les moyens sont permis d'être soumis à l'appréciation du juge, des limites apparaissent dès lors qu'on s'en tient aux normes de l'administration de la preuve. Avant sa présentation, il faut tout d'abord avoir un élément matériel et donc il faut le collecter, alors que ce ne sont pas toutes les méthodes qu'on peut utiliser pour obtenir un élément de preuve. C'est à ce niveau que la loi encadre la liberté de la preuve et met de côté certaines méthodes et techniques de collecte de moyens de preuve.

La légalité de la preuve s'inscrit dès lors dans le sens que tous les moyens de preuve doivent collecter en respectant toutes les garanties possibles et donc toute collecte des moyens de preuve doit être faite conformément à la loi avec le risque de ne pas être admise comme tel devant le juge. C'est dans ce sens qu'il est prévu des procédés traditionnels de collecte de moyens de preuve en matière pénale notamment : l'interrogatoire du suspect, l'audition du témoin, la perquisition, la saisie, la fouille corporelle³⁷.

Le principe de la légalité ne peut qu'être analysé ensemble avec celui de la loyauté qui renforce sa portée. Le respect de la loyauté s'impose dans un double souci; en premier, c'est la protection de l'individu et, le second, c'est celui de préserver la dignité de la justice, qui implique l'efficacité de la répression. Dans ce sens, la loyauté peut être comprise comme "une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice"³⁸.

Par contre, Jean Pradel s'en tient à définir la loyauté par son contraire. Pour lui, il y a déloyauté lorsque l'enquêteur ou le juge d'instruction use des procédés non conformes aux principes fondamentaux de notre ordre juridique pour obtenir des éléments de preuve. La déloyauté évoque, doit-on ajouter, la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces, tous agissements réduisant ou supprimant le libre arbitre³⁹. Par contre, étymologiquement, loyauté viens du terme latin "*legalis*", qui signifie ce qui est conforme à la loi. C'est à ce niveau qu'il entretient d'une intimité particulière avec le principe de la légalité mais malgré tout leur portée trouve des divergences dans leur extension.

Dans la logique de la loyauté, la recherche des moyens de preuve doit être loyale. Elle est considérée par certains auteurs comme un nouveau principe directeur du procès par sa capacité à le servir dans son ensemble en favorisant la manifestation de la vérité et amenant à privilégier la transparence et la sincérité⁴⁰. Le respect du principe de loyauté devient "non seulement la condition d'exercice des droits de la défense, mais, plus généralement, celle de la conduite du procès pénal"⁴¹. Cependant, ce principe n'est pas d'une appréciation univoque suivant les individus, à savoir les particuliers et les représentants de l'autorité judiciaire. En vertu de ce principe donc, ne peut être admis comme tel devant le juge, tout moyen de preuve obtenu par des procédés déloyaux. C'est le cas du recours à

³⁶ . REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, 3ème éd., 2000, Le Robert, v° « Loyal ».

³⁷ WANG CHENCHEN, préc., note 35.

³⁸ Pierre BOUZAT, « La loyauté dans la recherche des preuves » cité chez WANG CHENCHEN, préc., note 35.

³⁹ Jean PRADEL, *Procédure pénale*, Paris, Ed. Dalloz, 2017, p. 40.

⁴⁰ L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Archives de philosophie du droit*, t. 44, 2000, p. 195, cité chez J. SIBER, préc., note 27, p.69.

⁴¹ P. LEMOINE, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », dans COUR DE CASSATION, *Rapport annuel*, Deuxième partie, 2004, dans J. SIBER, préc., note 27, p. 69.

l'hypnotisme et aux narco-analyses pour avoir des aveux. Les éléments de preuve obtenus par de tels procédés ne peuvent être admissibles car ne respectant pas le principe de la loyauté, aussi, ils mettent en danger la vie et la dignité de l'individu. Le principe s'impose également aux représentants de l'autorité judiciaire qui, dans la recherche des éléments de preuve, doivent le respecter et ne doivent pas faire recours aux provocations policières.

Sur le plan pratique, il se pose quelques difficultés pour implémenter les différents principes dans la recherche des éléments de preuve, dans le cadre de la preuve électronique, plus précisément la preuve audiovisuelle. Nous avons les éléments obtenus en public lesquels ne posent généralement pas de problème et les éléments qui cadrent avec la vie privée de l'infracteur, car dans le respect du principe de la loyauté de la preuve recommande l'accord des parties pour obtenir l'accord de prendre l'image.

Conclusion

Pour la présente étude, il était question de démontrer l'aspect technique de la preuve électronique selon la logique du législateur congolais à travers sa volonté exprimée dans l'ordonnance-loi n°23-010 du 23 mars 2023 portant code du numérique congolais. Cette loi vient changer la donne de l'administration de la preuve en droit congolais, en ajoutant aux différents moyens de preuve celle dite "électronique". Celle-ci n'est pas à assimiler uniquement à l'écrit électronique, laquelle a intéressé le législateur congolais dans l'ordonnance-loi susmentionnée, à côté de l'écrit électronique s'inscrit aussi celle dite audiovisuelle.

La preuve électronique en général et celle audiovisuelle en particulier sont dotées d'une capacité probatoire très élevée car il est difficile de réfuter une image qui montre une personne en pleine action de commission de l'infraction. C'est ici qu'intervient la question du recours à l'expert qui est l'informaticien pour vérifier les métadonnées à savoir l'intégrité et l'origine du fichier.

Le juge congolais, au regard de cette difficulté, se transforme en simple spectateur qui est appelé juste à confirmer aveuglement les rapports faits par l'expert. Il en est ainsi de l'écrit électronique, lequel, au-delà d'être signé par les parties à travers la signature électronique, doit être horodaté et conservé ou archivé dans les conditions garantissant sa sécurité de peur d'être falsifié.

Toute cette technicité de la preuve électronique vient encombrer le juge congolais, qui manque de formation pouvant lui permettre d'effectuer une analyse critique du travail fait par l'expert pour, par après, orienter son intime conviction.

Il devient donc impérieux de renforcer la formation du juriste avec des notions informatiques suffisantes pouvant lui permettre plus tard d'être en mesure de comprendre ne fut-ce que partiellement les manœuvres effectuées par l'expert dans cette matière pour lui épargner des erreurs graves dans la prise des décisions sur les affaires impliquant la preuve électronique.

- Références -

1. Textes de Lois

- Ordonnance-loi n°23-010 du 13 mars 2023 portant code du numérique congolais.
- Code civil français.
- Cour EDH, 4e section, 28 janvier 2003, *Peck c. Royaume-Uni*, Req. no 44647/98; Iris, observatoire européen de l'audiovisuel 2003-6/2, obs. D. VOORHOOF ; JCP G 10 septembre 2003.

2. Doctrine

- ABOU ABDALAH, M., *La preuve électronique*, Kaslik-Liban, Université Saint-Esprit de Kaslik, Faculté de Droit, 2020.
- CAÏDI, S., *La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.), Université de Montréal, Décembre 2002.
- CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, "Un meilleur accès aux preuves électroniques pour lutter contre la criminalité", (11 janvier 2024), en ligne : <<https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/e-evidence/>>, (consulté le 19/08/2023 à 21h45).
- DEMARCHI, J.-R., *Les preuves scientifiques et le procès pénal*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Nancy, Université de Nice-Sophia Antipolis, Ed. Lextenso, 2012.
- GORPHE, F., "Variétés et difficultés dans l'appréciation des indices", *RSC*, 1938.
- GRYNBAUM, L., GRENOFFIC, C et MORLET, L., *Précis du droit des activités numériques*, 1^{ère} éd., Paris, Dalloz, 2014.
- LEMOINE, P., "La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêt récents de la chambre criminelle)", dans *Cour de cassation, Rapport annuel, Deuxième partie*, 2004.
- NDUKUMA KODJO ADJAYI, *cyber droit. Formation du contrat de commerce électronique*, Kinshasa, Ed. PUC, 2009.
- PEIHAO YUAN, "L'admission de la preuve électronique dans le droit français et le droit chinois", (30 mars 2011), en ligne : <<https://blogs.parisnanterre.fr/content/ladmission-de-la-preuve-électronique-dans-le-droit-français-et-le-droit-chinois-par-peihao-y>> (consulté le 20 juillet 2024 à 21h30').
- PRADEL, J., *Procédure pénale*, Paris, éd. Dalloz, 2017.
- REY, A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2000.
- SIBER, J., *L'image et le procès pénal*, Thèse de doctorat, faculté de Droit, sciences économiques et gestion, Nancy, Université de Lorraine, 2017.
- VERHEYDEN-JEANMART, N., *Droit de la preuve*, Faculté de Droit, Bruxelles, Université Catholique de Louvain, 1991.



- WANG CHENCHEN, *Encadrement de la liberté de la preuve dans la procédure pénale : étude comparé France-chine*, Droit, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2019.

Æ *Æ*

Æ



- Plan de l'article -

Introduction

I. CONTEXTE POLITIQUE

II. RÉFORMES JURIDIQUES

III. CARTOGRAPHIE ÉLECTORALE

IV. ACHAT ÉQUIPEMENT ET TECHNOLOGIE ÉLECTORALE

V. FINANCEMENT, LOGISTIQUE ET DÉPLOIEMENT DES MATÉRIELS

VI. SENSIBILISATION ET ÉDUCATION ÉLECTORALE

VII. IDENTIFICATION ET ENROLEMENT DES ÉLECTEURS AINSI QUE L'AUDIT DU FICHIER DES ÉLECTEURS

Conclusion

Références

**////////////////////////////////////
////////////////////////////////////**

Introduction

Depuis le retour au pluralisme ou multipartisme politique en République Démocratique du Congo en 1990, l'histoire de cette dernière est au quatrième cycle électoral. Néanmoins, à chaque phase préélectorale, le pays assiste aux scènes des contestations du Fichier électoral. L'organisation d'une élection démocratique et transparente est une opération complexe. Sa réussite exige un climat politique apaisé, le respect par toutes les parties impliquées des règles du jeu démocratiques dont les grands principes sont définis par l'arsenal juridique en la matière ; mais également une administration professionnelle et stable, dotée de cadres compétents, avec un sens éthique et d'instruments performants.

La tenue d'élections libres, fiables et transparentes pose d'incommensurables difficultés techniques de tous ordres en République démocratique du Congo. L'alternance démocratique est compromise par la manipulation des textes ou des réformes juridiques, institutionnelles, techniques, opérationnelles et par des fraudes massives. L'élection disputée est l'occasion d'abondants contentieux ou souvent source de violences et de guerre civile.

Il sied de noter que la clé de voûte de tout processus électoral repose sur l'existence d'un support matériel qualitatif et qualitatif adéquat, une collection organisée des informations de même nature regroupées en une unité indépendante de traitement ayant trait aux électeurs : le fichier électoral et ce, dans le contexte de l'absence du recensement et d'identification de la population qui a conduit le législateur actuel à ne considérer comme document d'identité provisoire que la carte d'électeur délivrée par la Commission électorale nationale indépendante. Son détenteur a droit de participer au vote¹.

Jean Louis Esambo Kangashe, dans son ouvrage "Droit électoral congolais" présente toute la complexité, expose l'ensemble des règles qui régissent les opérations tout au long du chronogramme électoral dès l'inscription sur les listes électorales jusqu'à la décision des juges lorsqu'ils sont saisis de recours comme le cas le plus souvent ; il en retrace les évolutions et les débats, souvent vifs, auxquels il a donné lieu, il procède à son évaluation en le comparant systématiquement aux règles en usage dans les autres pays ; il livre une réflexion sur les choix à faire et les moyens de le rendre opérationnel au regard des objectifs démocratique à atteindre².

Abbel Ngondo Ndjondo analyse le processus électoral de 2011 en Rdc, particulièrement, le Territoire d'Idiofa, tout en mettant en exergue, les irrégularités à l'origine des conflits et contestations électoraux. Également, il évalue l'ampleur du manque d'intégrité et de crédibilité dans le processus électoral³. Dans le second ouvrage sur "Elections et Fichiers électoraux en RDC", l'auteur précité démontre comment constituer un bon fichier électoral.

¹ L'article 6, al. 1er de la Loi n° 06/006 du 9 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales telle que modifiée par la Loi n°11/003 du 25 juin 2011, la Loi N°15/001 du 12 février 2015, Loi N°17/013 du 24 décembre 2017 et la loi N°22/029 du 29 Juin 2022 précise que « la qualité d'électeur est constatée par l'inscription sur la liste des électeurs et la détention d'une carte d'électeur délivrée par la Commission électorale nationale indépendante ».

² Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *Le droit électoral congolais*, Paris, éd. Academia-L'Harmattan, 2014, p.13.

³ Abbel NGONDO NDJONDO, *Processus électoral au Congo Kinshasa. Analyses univariée, bivariée, multivariée et la théorie hexagonale de la gouvernance électorale*, Coll. "Études Africaines", Paris, L'Harmattan, 2022.

Au cas contraire, cela entraîne les conséquences socio-politiques et la fraude électorale qui sont les ingrédients de la contestation⁴.

Contrairement à Jean Louis Essambo et à Abbel Ngondo Ndjondo, qui se focalisent respectivement (i) à aborder les différentes règles et procédures propres pour l'organisation du processus électoral, allant de la phase pré-électorale, électorale jusqu'à celle post-électorale ainsi que du management de la Commission Électorale Nationale Indépendante en Rdc ; (ii) à démontrer comment le manque d'intégrité et de crédibilité du processus électoral fait l'objet des contestations et conflits électoraux, nous réfléchissons comment le fichier électoral peut être un facteur de stabilité démocratique et éviter ces cycles infernales des contestations ou violences qui naissent après la proclamation des résultats électoraux en RDC.

De tout ce qui précède, il importe de s'interroger sur l'impact (positif ou négatif) d'un fichier électoral dans la promotion de la démocratie et de la stabilité de la RDC, d'une part, et sur l'enjeu du découpage électoral ou la cartographie électorale dans la constitution du fichier électoral.

Prenant appui sur la théorie de la sociologie radicale, la cartographie électorale joue un rôle majeur dans la constitution d'un fichier électoral fiable. Le comble est de constater que la RDC ne dispose pas des règles claires encadrant le processus de découpage électoral, le cas échéant, le rôle des cours et tribunaux (contestations de la carte électorale), s'il y a lieu, voir même l'absence des mécanismes extra juridictionnels de prévention et gestions des conflits électoraux, dans le processus de délimitation électorale. Plus loin, les enjeux des manipulations cartographiques, certaines formes des fraudes électorales en amont, notamment, le trucage des listes ou du fichier électoral, les boursofflage du corps électoral dans les provinces favorables au candidat préalablement choisi, l'amaigrissement du corps électoral dans les provinces défavorables au candidat porté par les organisateurs des élections⁵, peuvent avoir des incidences sur la répartition de sièges, de centres et bureaux de vote ainsi qu'aux résultats électoraux (soupçon de charcutage électoral aux motifs partisans).

Le développement de la culture démocratique, le consensualisme sur les règles du jeu démocratique et la confiance entre les parties prenantes autour du fichier électoral, du processus électoral en général et par-dessus tout, sur les systèmes électoraux sont à considérer, de manière extensive, comme un ensemble des procédures formelles "qui président à l'organisation des élections dans un État"⁶. Ils s'inscrivent à l'intérieur d'un ensemble plus vaste désigné par le terme de "lois électorales", qui comprend également la réglementation des campagnes électorales et le financement des activités politiques⁷. Les systèmes électoraux se réfèrent donc plus exactement aux règles formelles relatives à l'élection, à son organisation et aux résultats. Ces règles dites "électorales" ont une importance "décisive,

⁴ Abbel NGONDO NDJONDO, *Élections et fichiers électoraux en République démocratique du Congo*, coll. "Études Africaines", Paris, L'Harmattan, 2021.

⁵ Fweley DIANGITUKWA, *Les fraudes électorales : comment on recolonise la République Démocratique du Congo*, Paris, éd. L'Harmattan, 2007, P.42.

⁶ Annie LAURENT, Pierre DELFOSSE et André-Paul FROGNIER, *Les systèmes électoraux : permanences et innovations*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 25.

⁷ Florence HAEGEL (dir.), *Partis politiques et système partisan en France*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007, p. 386.

tant sous l'angle du "politique" (partis, systèmes, acteurs) que sous celui des électeurs".

Au-delà de la CENI, qui est l'organe de gestion des élections en RDC conformément à l'article 211⁸ de notre Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la RDC du 18 janvier 2006 et de la Loi Organique sur la CENI⁹, toutes les autres parties prenantes doivent concourir pour les bonnes élections en mettant en avant l'intérêt supérieur de la nation en lieu et place des intérêts partisans ou positionnement politique. Or, l'intégrité et la crédibilité du processus électoral dépendent, en partie, de la manière dont il se réalise. Puisque le processus électoral est un système cohérent dont chaque étape doit être réalisée avec minutie, rater une séquence amène à un dysfonctionnement à l'intérieur de celui-ci¹⁰.

Avec la méthode positiviste juridique suivie d'une approche sociologique doublée de la technique documentaire, nous allons essayer d'apporter notre contribution, tout en gardant à l'esprit l'originalité du droit électoral découlant de son versant procédural et contentieux indispensable à la légitimation du pouvoir et, donc, de l'action des gouvernants. Il est, pour ainsi dire, un droit au service de la démocratie politique¹¹. Le contentieux électoral a, à cet effet, pour objet de vérifier la régularité des actes et la validité des résultats des élections¹².

La particularité de cette recherche est qu'elle expose les résultats sur le fichier électoral durant les quatre cycles électoraux en RDC dans un tableau synoptique. Avant tout, notons que la fiabilité, la crédibilité et la légitimité ou la qualité d'un bon fichier électoral résulte de la réunion de certains éléments cruciaux, notamment la répartition proportionnelle du personnel, du matériel et des centres d'inscriptions ; l'inclusion de toutes les couches de la population légalement reconnues ; l'exclusion légale de citoyens au rôle électoral et l'accessibilité du fichier aux acteurs reconnus par la loi¹³.

Pour cette analyse, il y a lieu de développer le contexte politique propre à la République démocratique du Cogo (I) et les réformes juridiques qui interviennent généralement dans l'intérêt de la politique (II). La mise en œuvre effective d'un fichier électoral commande une cartographie électorale souvent contestée par les acteurs politiques et sociaux, nationaux et/ou internationaux (III). Souvent, la contestation électorale commence par l'opacité dans l'achat des équipements et de la technologie électorale (IV), par le financement, la logistique et la manière de déploiement

⁸ Article 211 « Il est institué une commission électorale Nationale Indépendante dotée de la personnalité juridique. La commission électorale Nationale Indépendante est chargée de l'organisation du processus électoral notamment de l'enrôlement des électeurs, de la tenue du fichier électoral, des opérations de vote, de dépouillement et de tout referendum. Elle assure la régularité du processus électoral et référendaire. Une loi organique fixe l'organisation et fonctionnement de la Commission Électorale Nationale Indépendante ».

⁹ *Loi Organique n°10/013 du 28 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement de la Commission Électorale Nationale Indépendante* [telle que modifiée et complétée par la Loi Organique n°13/012 du 19 Avril 2013 et la Loi Organique n°21/012 du 03 juillet 2021].

¹⁰ Abbel NGONDO NDJONDO, *Processus électoral au Congo Kinshasa, Analyses univariée, bivariée, multivariée et la théorie hexagonale de la gouvernance électorale*, Paris, éd. L'Harmattan, 2022, p.14.

¹¹ J.-C. MASCLÉ, *Droit électoral*, Paris, PUF, 1989, p.18.

¹² J.-C. MASCLÉ, *Le droit des élections politiques*, Coll. "Que sais-je ?", Paris, PUF, 1992, p.97.

¹³ Abbel NGONDO NDJONDO, *Élections et Fichiers électoraux en RDC*, Paris, éd. L'Harmattan, 2021, p.43.

des matériels (V). Tout le processus se termine souvent sans une sensibilisation adéquate de la population, moins encore une éducation électorale de la population, consommatrice de ce processus (VI).

I. CONTEXTE POLITIQUE

Au terme d'une décennie de guerres dévastatrices, l'Accord global et inclusif signé par les parties congolaises en décembre 2002 à Sun city a engagé la République Démocratique du Congo dans un processus fragile de transition politique qui a abouti à la mise en place de nouvelles institutions démocratiquement élues en décembre 2006. Avec les dissensions et suspicions entre acteurs allant jusqu'au boycott du processus électoral par l'Union pour la Démocratie et le Progrès Social (UDPS) suivi des violences électorales.

Le deuxième cycle électoral devrait être celui de la consolidation de la jeune démocratie, malheureusement, l'environnement des élections en préparation présentaient un certain nombre de points préoccupants, notamment un processus électoral tardif, le retour sur la scène politique de l'UDPS suivi de la stratégie de confinement et affrontement entre l'alliance de la majorité Présidentielle ou Majorité Présidentielle et l'UDPS. La modification de la Constitution instituant un seul tour à l'élection présidentielle, la nomination des juges de la cour suprême de justice et l'opposition désunie.

Le troisième cycle est caractérisé par les manifestations de contestation du projet d'amendement constitutionnel soumettant la tenue des élections par l'organisation préalable du recensement général de la population et de l'amendement de la loi électorale instituant l'enrôlement des congolais de l'étranger. Également la contestation de la technologie électorale adoptée (Machines à voter). Le "glissement" ou dépassement du délai constitutionnel avec prolongement des institutions élues aux élections de 2011 et occasionnant une série de négociations politiques en commençant par l'accord sous le facilitateur de l'Union Africaine et celui sous l'égide de la CENCO.

Le cycle électoral en court, après alternance dite démocratique, est émaillé par le combat sur la vérité des urnes, suivi de l'accord politique de gestion FCC-CACH et sa rupture suivie de la requalification de la majorité parlementaire en pleine législature. La contestation des réformes électorales légales et institutionnelles (contestation des animateurs de la CENI et de la Cour Constitutionnelle. Méfiance au tour de la cartographie électorale, de la technologie électorale liée à l'identification et enrôlement des électeurs. La problématique de la fiabilité du fichier électoral par un audit réalisé par un organisme indépendant et ayant une expertise avérée en matière électorale.

Comme on peut le constater, depuis le premier cycle électoral jusqu'au cycle actuel, la constitution du fichier électoral est toujours faite dans un climat politique crisiaque ou non consensuel entre les acteurs clés de la compétition politique ou du jeu démocratique. C'est en cela que nous partageons le point de vue d'Ambroise Kamukuny qui qualifie le système congolais des partis politiques d'un "multipartisme sauvage"¹⁴. Il décortique les caractéristiques des partis politiques congolais, notamment :

- *Les partis politiques congolais sont sans base idéologique précise (sans base idéologique et doctrinale réelle et sans programme économique et social précis).*

¹⁴ Ambroise KAMUKUNY MUKINAY, *Droit constitutionnel congolais*, Kinshasa, éd. E.U.A, 2011, p. 264.

- *Les partis politiques congolais sont "alimentaires", c'est-à-dire que le parti politique devient un gagne-pain facile et justifie la prolifération et la naissance conséquente des partis politiques dits alimentaires. C'est ce qui explique les vagabondages et les transhumances politiques.*
- *Les partis politiques congolais appartiennent à leurs leaders. Manque d'organisation solide et durable qui permettrait l'exercice de la démocratie interne. Ce leadership individuel, qui est à la base de beaucoup de dissensions qui ont fait de la RDC un cimetière des partis politiques, qui naissent le matin et décèdent le soir.*

Étant donné que les partis politiques sont un instrument irremplaçable du débat ou du jeu démocratique, il est indispensable de repenser et rationaliser les conditions de création, de l'organisation et fonctionnement des partis politiques par la modification de la loi les organisant. La RDC à elle seule, a 910 partis politiques et 65 regroupements politiques, qui du reste, ne joue aucun rôle important dans la décrispation du climat d'instabilité du pays. Il est certes vrai que les seuils de recevabilité des candidatures et d'éligibilité peuvent jouer un rôle de tamisage en aval, en amont, il nous faut reformer pour une nouvelle vision des partis politiques en RDC. Notons quand même que, par rapport au premier, comme c'est généré automatiquement par le logiciel de gestion de candidature, la CENI devra prévoir les mécanismes qui garantissent la transparence afin d'éviter l'arbitraire. Ainsi prévoir une alternative d'un recours administratif aux partis qui se sentent laissés et ayant les preuves du dépassement de 60% comme prévoit la loi électorale¹⁵. Ce même raisonnement anticipatif vaut pour le logiciel de de calcul du seuil d'éligibilité de 1% pour la députation nationale et 3% pour la députation provinciale.

Nous pouvons noter, à titre des réformes, la mise en place d'un cadre permanent de concertation politique. Celui-ci a permis un dialogue politique entre les différents acteurs afin de bâtir autour des problèmes politiques et d'anticiper les difficultés dans l'intérêt supérieur de la nation.

II. REFORMES JURIDIQUES

Le droit positif national congolais, en ce qui concerne le droit électoral, tire ses premières racines de la Constitution qui établit la source du pouvoir, les modalités d'exercice de la souveraineté et de désignation des gouvernants.

Au terme d'une décennie de guerres dévastatrices, les élections de 2006 marquent l'aboutissement d'une longue transition politique et un espoir d'une stabilisation du pays par la mise en place d'institutions légitimes. Elles constituent les premières en RDC depuis plus de 40 ans. Le cadre juridique du premier cycle électoral satisfait dans l'ensemble aux principaux standards internationaux en matière d'élections démocratiques nonobstant certaines lacunes importantes, notamment en matière d'encadrement du financement des activités politiques et des règlements des contentieux électoraux.

¹⁵ Article 22 de la loi électorale dispose que « Une liste présentée par un parti politique, un regroupement politique ou une candidature indépendante est déclarée irrecevable lors que : Sont également irrecevables les listes du parti ou du regroupement politique qui n'auront pas atteint 60% des sièges en compétition. Cette disposition s'applique aux élections législatives, provinciales, municipales et locales directes ».

L'élaboration du cadre juridique des élections nous fait observer des difficultés et blocages substantiels dus aux dissensions entre les principaux acteurs des institutions de transitions et de leur manque d'empressement à affronter le verdict des urnes.

L'intervention de la communauté internationale réunie au sein de CIAT et dans le cadre de la Commission Mixte sur les lois essentielles a néanmoins permis une accélération du processus législatif. Les différents textes précités au tableau 1, ont permis de poser le fondement juridique des opérations de recensement des électeurs. L'accumulation des retards dans l'élaboration du cadre juridique est à l'origine du report des élections au-delà de la date prévue pour la fin de la transition en RDC.

Dans le deuxième cycle électoral, nous avons suivi la révision de la constitution du janvier 2011 qui a conduit à un seul tour du scrutin à l'élection présidentielle, contrairement au premier cycle qui avait deux tours. On peut discuter des mérites des systèmes à un tour et à deux tours. Beaucoup d'observateurs estiment néanmoins qu'un système à deux tours offre plus de gages de stabilité et un système démocratique plus profond, entre autres par la recherche d'une alliance politique indispensable pour franchir le seuil des 50%.

Le maintien de la Cour Suprême de Justice malgré la constitution de 2006 instituant trois ordres juridictionnels en RDC.

Toujours les vides juridiques et législatifs importants en outre subsistaient dans la non-régulation du financement des partis politiques et des campagnes électorales. Également, la discrimination à l'égard de la femme en dépit du fait que la constitution consacre le principe d'égalité et parité hommes-femmes dans les différentes instances de prise de décision. Enfin, la révision de la loi électorale d'août 2011 a modifié les procédures en matière de contentieux en instaurant le système contradictoire, en remplacement du système inquisitorial.

Le deuxième cycle électoral a comme innovation le remplacement de la CEI en CENI par la Loi Organique de 2010 et le Conseil Supérieur d'Audio-Visuel par la Loi Organique conformément à la Constitution de la Troisième République. Au demeurant, comparativement au second cycle électoral, le premier a été riche en production législative.

Le troisième cycle électoral a complété toutes les lois essentielles en matière électorale prévue par la constitution et qui n'ont pas été satisfaites au deuxième cycle. La particularité du troisième c'est la mise en place des juridictions qui interviennent dans la gestion des contentieux électoraux selon les différents degrés de scrutins. On peut se permettre de dire qu'il a été plus productif que le second mais moins que le premier cycle. Signalons également que le troisième cycle électoral qui a dépassé le délai constitutionnel, était caractérisé par les compromis politiques aboutissant aux accords de Saint Sylvestre puis celui de la CENCO qui ont conduit aux élections retardées de 2018. Ce dernier accord a également abouti à l'adoption de la Loi organique n° 18/023 du 13 novembre 2018 portant institution, organisation et fonctionnement du Conseil National de Suivi de l'Accord et du Processus électoral.

Le quatrième cycle a connu deux réformes majeures, la modification de la loi organique sur la CENI et la loi électorale. Un constat reste vrai, malgré toutes ces lois recensées dans le tableau au point 2 pour tous les 4 cycles

électorales, la RDC n'atteint toujours pas la stabilité démocratique, la crédibilité, transparence et intégrité du processus électoral, et particulièrement dans la constitution de son fichier électoral.

Un autre problème parmi tant d'autres est celui de l'installation d'un organisme chargé de la gestion électorale (OGE) et de la mise en place de ses animateurs. Dans tous les cycles électoraux, la mise en place des animateurs de la CENI a toujours posé des déséquilibres socio-politiques. Les contestations dans la désignation des acteurs du bureau de la CENI appellent à des réflexions approfondies sur l'indépendance et impartialité de ses animateurs et la procédure de désignation, gage d'un processus électoral démocratiquement apaisé, intègre, transparent et crédible.

Il est certes vrai que nous avons trois modèles d'OGE, gouvernemental, indépendant avec les composantes politiques rivales et indépendant avec Experts. Notre modèle, nonobstant qu'il soit indépendant, semble être à cheval entre les deux derniers modèles dans la mesure où nous avons les composantes politiques rivales et la société civile constituant le bureau de la CENI. Le comportement des OGE dépend également du cadre électoral, des atteintes politiques et sociales ainsi que de l'environnement culturel sur lequel évolue l'OGE.

Le modèle de gestion électorale d'un pays est un facteur essentiel qui influence le comportement des OGE, mais c'est loin d'être le seul. Étant donné que le modèle de gestion électorale congolais présente à chaque fois de suspicion d'allégeance politique au pouvoir en place et cela depuis 2006, nous pensons avec modestie que, comme la constitution institue le modèle indépendant avec les composantes politiques rivales et la société civile, il sera préférable de maintenir le modèle indépendant mais cette fois ci constitué des Experts Universitaires Neutres ou des personnes sans appartenance politique, recruté par un organe *ad hoc* neutre, en tenant compte des compétences et expérience dans le domaine électoral ainsi qu'ayant une moralité avérée ou sens d'éthique professionnelle, qui agiront probablement de manière différente.

Actuellement, avec le conflit au sein de la partie forme des Confessions Religieuses et des lacunes dans la désignation du Président de l'OGE, il est préférable d'agir par anticipation pour juguler la problématique. La question qui se posera avec acuité, c'est l'organisation de cet organe *ad hoc* de recrutement.

III. CARTOGRAPHIE ELECTORALE

C'est au niveau de la cartographie électorale que se jouent les grands enjeux électoraux dans la constitution du fichier électoral, également c'est dans cette phase qu'on peut procéder à la fraude électorale en amont ou boursoufflage des centres d'inscription, ce qui fausse, du coup, la répartition des sièges et les résultats électoraux avec toutes ses conséquences corollaires.

La cartographie électorale est une opération d'une grande valeur dans l'organisation du recensement des électeurs dans un État. Elle demeure plus que jamais un remarquable outil de travail dont on ne saurait passer. Le développement de nouvelles techniques à ère numérique et méthodes électorales, loin de lui porter ombrage lui fournira au contraire un nouveau champ d'investigation et chance d'accomplir des nouvelles performances tant sur le plan de

la perception technique que sur celui de la descente dans la récolte des informations¹⁶.

Les lois électorales en rdc contiennent la réglementation applicable aux élections. Pour l'essentiel, les articles traitent des conditions et de l'organisation du scrutin et non des mesures concrètes relatives à la réalisation de la carte électorale. La loi électorale comporte donc le résultat final du découpage électoral sans indication sur les modalités pour y arriver. Malgré cette faiblesse de la loi ordinaire, la fixation du nombre de députés mérite un rapide détour en raison de son incidence directe sur le découpage électoral. En effet, l'effectif de l'Assemblée nationale est le nombre à partir duquel toute la méthode du découpage se met en place.

L'intérêt de cette partie est de poursuivre la mise en évidence du vide juridique des lois électorales concernant les critères à respecter pour découper les circonscriptions électorales. La délimitation et la révision des circonscriptions électorales sont une opération "délicates" en raison de la multitude des principes et contraintes à respecter. La base démographique et administrative ne se conçoivent qu'au sein d'une limite territoriale.

La formule "la délimitation des circonscriptions ne devra procéder d'aucun arbitraire" est un principe amputé de valeur normative en l'absence de critère d'applicabilité, ce qui réduit sa vérification. L'absence de définition et de contenu du mot clé suscite deux analyses : il peut s'agir d'une consigne floue ou d'une menace sévère par sa généralité.

Pour éviter l'arbitraire de cette phase importante, nous proposons trois éléments, la définition des critères clairs du découpage, la possibilité d'un contrôle juridictionnel et un audit indépendant de cette phase importante. Nous plaçons pour l'instauration de mécanisme légal de contrôle juridictionnel de la cartographie électorale et ses modalités pratiques ; Quoiqu'il en soit, il est clair qu'il est pratiquement impossible d'organiser un découpage en imposant des critères géométriques stricts. Le vrai problème est que notre législation ne prévoit pas un mécanisme de recours ou de contrôle, même les plus malhonnêtes. La priorité serait d'inscrire dans les lois électorales une obligation de régularité de la cartographie électorale et de compacité des circonscriptions. De sorte que les juridictions compétentes seraient alors obligées de sanctionner les abus ; ce qui offrirait une garantie minimale d'honnêteté.

IV. ACHAT EQUIPEMENT ET TECHNOLOGIE ELECTORALE

A l'ère du numérique¹⁷, le monde s'est engagé dans une mutation sociale et économique qui s'apparente, par son ampleur, à une nouvelle révolution industrielle. Les pouvoirs publics doivent encourager cette dynamique en utilisant le levier numérique dans le redressement des secteurs vitaux, en assurant l'accès de tous aux technologies, et en garantissant les nouvelles libertés offertes par internet.

La sécurité informatique des processus électoraux » démontre comment les technologies de l'information et de la communication ont un poids grandissant dans les procédures de gestion électorale et les processus

¹⁶ MATEZO BUKUNDA, « La carte géographique et les élections » (2023) 2 : 1 *Journal of african elections* 105-117.

¹⁷ Valerie-Laure BENABOU et Judith ROCHFELD, *A qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Coll. "Corpus", Paris, éd. Odile Jacob, 2015, p.30.

démocratiques. Si ces technologies offrent de nouvelles possibilités, elles entraînent également de nouvelles menaces dans leur sillage. La sécurité informatique représente, à l'heure actuelle, un enjeu électoral majeur, même dans les pays exempts de toute forme de vote électronique. La sécurité informatique implique nombre d'intervenants, à commencer par les organismes de gestion des élections, les entités spécialisées en cyber sécurité et les agences de sécurité¹⁸.

La RDC instaure l'utilisation, au-delà du système manuel, le système électronique ou semi électronique de vote lors des élections, particulièrement l'utilisation des machines à voter électroniques. Au-delà de ce procédé numérique précité, la CENI en utilise d'autres, malheureusement moins connus par la majorité des parties prenantes, ce qui ne facilite pas le climat de confiance entre elles, alors que le pays devrait construire un système réellement démocratique, stable, reposant sur les règles essentielles susceptibles de rassurer ces dernières. Le numérique est un formidable "accélérateur de démocratie", mais il change également, dans une profondeur qui reste à déterminer, les démocraties.¹⁹

En termes des perspectives ou prospectives d'avenir, nous avons proposé l'institutionnalisation, au sein de la CENI, d'un organe chargé de la gestion des risques électoraux et particulièrement liés à l'utilisation des technologies numériques. Ce qui rencontre la réflexion selon laquelle la CENI/RDC devra adopter la gestion des risques et propose à la CENI l'institutionnalisation progressive de la gestion des risques avec la révision de la structure et la création d'une structure de Gestion des Risques Électorales. L'acquisition de l'outil GRE de l'IDEA International suivi de la mise en place et formation progressive du personnel sur cet outil sera un atout pour rendre opérationnelle la structure qui sera mise en place²⁰.

Nous avons proposé également le renforcement des mécanismes du choix et responsabilité des fournisseurs et éditeurs des technologies numériques dans le respect de la Loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics et au finish nous avons proposé la normalisation des technologies électorales pour arriver à l'intégrité, crédibilité et transparence électorales. Cette réglementation devrait se faire par une loi d'homologation des différentes technologies utilisées dans un cycle électoral.

L'environnement juridique sain contribue également à la transparence et à la crédibilité électorale. Aussi convient-il de préserver l'intégrité de la constitution, de la loi électorale et des autres lois concourant à l'organisation des élections pour crédibiliser le processus électoral dans son ensemble. L'arsenal juridique électoral doit être impersonnel et garantir la promotion des principes directeurs de la démocratie et de la bonne gouvernance²¹.

¹⁸ Sam van der STAAK et Peter WOLF, *La sécurité informatique des processus électoraux*, Modèles de collaboration entre organisme, Suède, 2020, p.7.

¹⁹ Deogratias TAMBWE AKSANTI, *Intégrité, crédibilité et transparence du processus électoral en République Démocratique du Congo à l'ère numérique*, Mémoire de Master 2, ECOFORLEADERS, 2021-2022, inédit, p.70.

²⁰ B. BAGALWA KASHAN, *Réflexions sur la possibilité de la mise en place d'une structure de gestion des risques électoraux à la Commission Electorale Nationale Indépendante « CENI RDC »*, Kinshasa, éd. Colline Inspirée, 2022, p.25.

²¹ Abbel NGONDO NDJONDO, *Processus électoral au Congo Kinshasa, Analyses univariée, multivariée et*

V. FINANCEMENT, LOGISTIQUE ET DEPLOIEMENT DES MATERIELS

Le financement et la logistique étant transversaux, ils accompagnent l'OGÉ pendant les trois périodes phares du processus électoral. Il faut louer les efforts de la CENI dans différents cycles électoraux qui a atteint son objectif de constitution du fichier électoral, les finances et logistique étant la pièce maitrise.

Dans son mémoire de Master portant "Éthique dans la gestion de la logistique électorale, un défi pour la CENI RDC" confirme la thèse selon laquelle, cette institution ne peut atteindre les objectifs leurs assignés d'organiser des élections et d'en proclamer les résultats de manière efficiente que s'elle travaille dans le respect d'un certain nombre des valeurs dont l'éthique vient en première position. Ainsi, la logistique électorale, les opérations et toute la gestion du personnel gravitent autour de l'éthique²².

Quant en ce qui nous concerne, nous pensons que la CENI devrait faire plus de professionnalisme et avoir un sens éthique dans le choix des fournisseurs des technologies électorales, pour éviter le désagrément déploré dans la constitution du fichier électoral 2023. Également, on devrait éviter le changement des matériels électoraux à chaque cycle, ce qui constitue un gap financier pour le trésor public. A titre illustratif, le kit d'enrôlement du deuxième cycle pouvait facilement couvrir le troisième cycle, si jamais il y aurait une éthique poussée dans l'entreposage et entretien ou maintenance des kits électoraux déjà acquis. Ce qui profiterait à la nation toute entière.

Également le Gouvernement devrait disponibiliser la dotation de la CENI au début de chaque cycle pour permettre à cette dernière de planifier conséquemment sa logistique afin d'éviter les opérations toujours compressées et sous pression avec les conséquences incalculables pour le respect du délai constitutionnel.

VI. SENSIBILISATION ET EDUCATION ELECTORALE

L'éducation civique et information des électeurs est une étape essentielle de toute consultation démocratique. La sensibilisation de la population aux enjeux et procédures des scrutins revêtait une importance particulière au terme de plus de quatre décennies sans élections pluralistes. En raison du taux élevé d'analphabétisme et de la complexité du système électoral, cet effort aurait dû être prioritaire. La faible réceptivité de la population aux enjeux des élections, et le recours fréquent à une assistance au vote durant les scrutins ont cependant mis à jour les limites de cette sensibilisation.

L'OGÉ devrait avoir un plan stratégique de sensibilisation et éducation électorale avec les moyens conséquent pour permettre l'appropriation du processus électoral.

V. IDENTIFICATION ET ENROLEMENT DES ELECTEURS AINSI QUE L'AUDIT DU FICHER DES ELECTEURS

théorie hexagonale de la gouvernance électorale, Paris, éd. L'Harmattan, 2022, p.168.

²² Magloire PUMBULU KIEKIE, *Ethique dans la gestion de la logistique électorale, un défi pour la CENI RDC*, Mémoire de Master 2, ECOFORLEADERS, 2021-2022, inédit, p.70.

Le problème le plus sérieux dans les exercices d'inscriptions de 2006 et de 2011 a été une perte importante de données relatives aux électeurs. De nombreux CD-ROM envoyés des sites d'inscription à la CENI central n'ont finalement pas été inclus dans la liste finale, sans que puisse être clarifié si ces CD-ROM ont été perdus, endommagés, ou délibérément détruits. En outre, du fait de la pratique de la CENI d'afficher la liste quotidiennement telle qu'elle a été recueillie dans un "album quotidien", plutôt que d'afficher une version plus définitive à la fin du processus, ces pertes n'ont pas pu être détectées et corrigées pendant la période d'affichage, ce qui a entraîné le retrait de centaines de milliers d'électeurs légitimes pendant les deux cycles. Étant donné que la CENI n'a pas effectivement rétabli les inscriptions omises/perdus avant le jour du scrutin, elle a dû mettre en œuvre des mesures d'urgence de dernière minute pour accorder le droit d'inscription aux personnes omises. Ces mesures d'urgence ont finalement érodé non seulement la valeur et la confiance dans le coûteux registre sur biométrie de la CENI²³.

Malgré l'établissement d'un premier fichier électoral biométrique en 2005/2006 et sa révision en 2009, l'administration électorale a pris le parti de reprendre entièrement les opérations d'enrôlement en 2011. Les procédures d'enregistrement, d'émission de la carte d'électeur et de création des listes électorales sont définies par la loi sur l'enrôlement, complétées par les décisions de la CENI. Les Congolais étaient tenus de respecter la compétence territoriale des Centres d'Inscription (CI) selon leur lieu de résidence principale, ou temporaire, et d'apporter la preuve de leur éligibilité. En effet, la personne désirant s'inscrire devait fournir une pièce prouvant son identité (certificat de nationalité, carte d'étudiant, carte d'électeur de 2006 ou de 2009, etc.). À défaut, le témoignage de cinq témoins déjà inscrits sur la liste électorale du même CI et résidant depuis au moins cinq ans, dans la zone relevant du ressort du CI, pouvait être pris en compte. L'enregistrement biométrique était alors immédiatement concrétisé par la remise immédiate d'une carte d'électeur, ayant également valeur de pièce d'identité.

L'exercice d'inscription 2017 s'est distingué positivement de ses prédécesseurs, notamment grâce à l'utilisation de technologies qui réduisent la perte de données entre les kits de terrain et la base de données, ce qui représentait le plus grand défi pour la crédibilité en 2006 et 2011 et avait entraîné l'utilisation du vote hors liste. Il apparaît également que le nouveau logiciel de correspondance de la CENI est potentiellement plus efficace pour détecter et éliminer les entrées illégitimes, en particulier celles des mineurs et des doublons. L'exercice d'épuration de 2017 pourrait en fin de compte supprimer 4 à 5 millions de doublons extrapolés (plus de 10% de la liste totale), et jusqu'à 500.000 mineurs. Au moment de la mission, la CENI avait vérifié moins de la moitié de la liste.

L'enrôlement pour les élections de 2018 indiqué dans le tableau ci-dessus a connu de contestations de certaines parties prenantes par rapport à l'absence de l'audit du fichier électoral par un organisme indépendant et compétent en matière électoral.

En droit, un électeur est une personne physique remplissant les conditions légales exigées pour participer à une élection, elle est éligible au vote. Acteur principal dans la désignation des gouvernants, l'électeur joue le rôle de première importance dans la détermination du corps électoral. Sa volonté est, à ce point, décisive parce qu'il dispose, par ses représentants, du pouvoir de contrôle des citoyens sur les pouvoirs publics et de trancher, s'il échet, sur les

²³ Rapport des élections 2011, p.11.

conflits susceptibles de naître entre les pouvoirs constitués. L'électeur constitue, pour emprunter l'expression utilisée par Georges Burdeau, l'agent d'exercice, par excellence, de la souveraineté nationale²⁴.

Le fichier électoral est l'un des enjeux les plus importants du processus électoral. Il fait souvent l'objet de contestations avant même la fixation de la date des élections ou leur organisation matérielle. De ce fait, du consensus réalisé ou non à son sujet dépendent en grande partie la réussite de l'organisation des élections et l'acceptation des résultats du scrutin²⁵. Notons également que le soupçon des manipulations du fichier électoral appelle la question de sa sécurisation qui est donc l'un de plus grands défis de la fiabilité et de la transparence des élections.

La biométrie électoral n'est pas une panacée de la transparence électoral, son introduction doit permettre la modernisation de la transparence électoral. Les données à caractère personnel recueillies dans le cadre de la biométrisations doivent faire l'objet d'une protection appropriée. Ce qui exige d'une part, l'audit indépendant du fichier électoral et d'autre part, les conditions de son accessibilité, meilleure garantie de sa sécurisation.

Notons que dans tous les 4 cycles, nous remarquons la contestation de la fiabilité du fichier électoral en RDC. Pour nous, c'est parce qu'il y a un vide juridique dans l'encadrement de cet enjeu important pouvant aider à crédibiliser, apaiser les divergences politiques ou suspicions et créer un climat de confiance entre les acteurs en compétition et l'organe de gestion électoral en RDC. Voilà pourquoi, nous avons fait recours au droit comparé pour proposer une parade comme jalon des solutions pour asseoir solidement la confiance entre les électeurs, parties prenantes et la CENI. Nous devons également parler du recensement général de la population en perspectives et de ses implications sur le fichier électoral en RDC. La constitution d'un fichier unique de référence de la population faisant l'objet d'une mise à jour automatique à travers à travers l'état civil conformément au Décret n°22/07 du 02 mars 2022 portant création d'un fichier général de la population en RDC.

L'authentification des données biographiques et biométriques des personnes physiques vivant en RDC et des Congolais vivant à l'étranger relevé exclusivement de l'ONIP (Office National d'Identification de la Population). Cette opération, qui n'a pas encore commencé et qui n'était pas de nature à subordonner les élections de 2023 à sa réalisation, devra se faire avec les concours des autres services et particulièrement avec la CENI, dans l'optique de préparer un fichier électoral à travers le fichier général de la population conformément au Décret n°022/09 du 02 mars 2022 portant mutualisation des activités opérationnelles dans le cadre de l'identification de la population et recensement général de la population et de l'Habitat et octroyer au finish un carte d'identité en conformité du Décret n°22/08 du 02 mars 2022 portant création d'une carte nationale d'identité en RDC.

Modernisation de l'état civil pour enregistrement des cas de naissance et décès posera un problème des mises à jour progressive de l'état civil et du fichier électoral et, en suite, sur l'adoption d'un fichier biométrique sur base des données disponibles. Étant donné que la fiabilité des listes électorales dépend de la bonne tenue du fichier de l'État civil, ce qui appelle une alliance des compétences institutionnelles sur la consolidation de l'État civil, des

²⁴ Gorges BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 1984, p. 475.

²⁵ OIF, *Manuel de capacitation des bonnes pratiques en matière de contentieux électoral dans l'espace Francophone*, Paris, 2017, P.13.

listes électorales et la protection des données personnelles. Ce qui rejoint la déclaration de Bamako du recommande de s'attacher au renforcement des capacités nationales de l'ensemble des acteurs et des structures impliquées dans le processus électoral, en mettant l'accent sur l'établissement d'un État civil et des listes électorales fiables²⁶.

Notons que, l'État civil "virtuel" n'a pas de réalité juridique en RDC, et sa mise en œuvre immédiate risque d'apporter plus de désordre que de progrès. Aussi, le support papier est encore la seule preuve matérielle et concrète de l'acte. L'État civil papier doit, au moins partiellement, être conservé, même si le passage à l'informatique permet en théorie de s'en dispenser²⁷.

Cet examen devrait idéalement déboucher sur une certification des matériels et des logiciels utilisés avant leur possible réemploi. Il apparaît important que cette obligation de procéder à un audit indépendant puisse figurer dans le texte de la loi électorale. Au-delà de cette obligation de procéder à un audit technique du système, il serait préférable que la loi encadre aussi les modalités de réalisation de cet audit (choix de l'organisme d'audit, standard de référence s'il existe, type de certification).

En droit comparé, A titre illustratif, au Brésil, la loi impose au TSE d'accepter tous les deux ans un audit de son système électronique de vote, ce qui tend à prouver que même dans le cas d'un OGE possédant une réputation irréprochable, il vaut mieux compter sur la pression exercée par la loi que de s'en remettre à la bonne volonté du gestionnaire des élections. De même, des audits indépendants des bases de données contenant la cartographie électorale et les informations sur les candidats devraient pouvoir être effectués régulièrement, les OGE étant parallèlement invités à permettre l'accès des partis politiques et des organisations de la société civile aux résultats de ces différentes expertises. Enfin, la possibilité de réaliser des vérifications de fonctionnalité ou des tests de fiabilité au moment des élections devrait être ouverte. Ces procédures existent ; elles ont l'avantage d'être très visibles le jour du vote et renforcent donc la confiance dans les nouveaux matériels et dans l'administration électorale²⁸. Surtout que l'enrôlement des électeurs est l'opération la plus difficile à réaliser et à contrôler, car il peut influencer les résultats des élections de façon subtile et radicale²⁹.

Avec le processus de Biométrisation de la consolidation de faits de l'Etat civil, les listes électorales et la protection des données personnelles et eu égard à tout ce qui précède, nous proposons de :

- Développer une expertise nationale nécessaire à la gestion de la nouvelle technologie en la matière ;
- Décliner un plan national de consolidation de l'Etat civil, et de son système de gestion des listes électorales, en prenant en compte la protection des données personnelles dès la conception ;

²⁶ Déclaration de Bamako adoptée le 03 novembre 2000 au point 4.B.7, p.18.

²⁷ OIF, *Guide Pratique pour la consolidation de l'Etat Civil, des listes électorales et la protection des données personnelles*, Paris, Avril 2014, p.36.

²⁸ Gérard GEROLD et Mathieu MARINO, "Les nouvelles technologies en matière électorale : une deuxième chance pour la démocratie en Afrique", (2022) 5 *Fondation pour la recherche stratégique*, p.13, en ligne <https://www.frstrategie.org/sites/default/files/documents/publications/recherches-et-documents/2022/052022.pdf> (consulté le 30 juillet 2022)

²⁹ Léon De Saint MOULIN, "Où en est la préparation des élections", *In Congo Afrique*, n°454, avril, 2011, p.281.

- Mettre en place un système informatisé d'enregistrement des faits de l'Etat civil et d'un système de gestion des listes électorales ;
- Établir un cadre légal des pratiques claires en matière de protection des données, incluant un mécanisme de contrôle indépendant assuré par une autorité de protection des données.

Au cours de notre analyse, nous avons démontré les failles de notre cadre sur le processus électoral, qui fait que la RDC n'a jamais eu à constituer un fichier électoral fiable depuis son premier cycle jusqu'au 4^{ème} cycle. Cause de l'instabilité politique et institutionnelle. Nous avons proposé quelques idées pour améliorer notre cadre juridique dans la gestion du fichier électoral.

Pour que le fichier électoral joue un rôle important dans la stabilité et pacification de la RDC, il nous faut une responsabilité dans l'enregistrement des électeurs et toutes les étapes majeures qui le précèdent, car le fichier électoral est la pierre angulaire de la démocratie et lui est consubstantielle. Il en résulte que le fichier électoral doit être fiable, mais il ne saurait l'être sans un état-civil fiable et assurer régulièrement sa mise à jour avec un mécanisme indispensable pour radier les noms des personnes décédées et toutes celles qui ont perdues la qualité d'électeur.

Nous devons développer la culture démocratique qui s'appuie sur le respect des principes électoraux et du consensualisme au tour du fichier électoral. Le manque du consensus est les premiers signes des désaccords et des crises politiques. Le risque d'instabilité lié aux élections est fondamentalement réduit dans les cas où prévaut un accord politique inclusif (*inclusive political settlement*) sur le partage du pouvoir et des ressources qui lui sont associées. L'existence d'un tel accord, associant toutes les parties prenantes, est une condition fondamentale de la stabilité des opérations électorales³⁰. Ce consensus national doit être fondamentalement admis au début de chaque cycle électoral.

Le tableau ci-après résume les quatre cycles du processus électoral connus en RDC, en partant de la transition jusqu'aux élections de 2018. Il résume toute l'analyse que nous venons de faire ci-dessus.

N°	LIBELLE	1 ^{er} CYCLE	2 ^{ème} CYCLE	3 ^{ème} CYCLE	4 ^{ème} CYCLE
01	Contexte politique	Processus post conflit, suivi de la Transition après dialogue Inclusif de Sun City sans ignorer les dissensions au sein	Contexte politique tendu avec le refus de l'UDPS de renégocier les délais pour un quelconque report des Élections. La volonté de la CENI	Contexte de méfiance entre acteurs ; Manifestation pour le refus du recensement et enrôlement des congolais de l'étranger qui justifieraient le non-respect du délai constitutionnel ;	L'alternance démocratique après les élections de 2018. La rupture de l'accord politique FCC-CASH suivi du retrait du FCC du processus électoral jusqu'à

³⁰ Ivan CROUZEL, « Les élections et Risque d'instabilité en Afrique : Favoriser des processus électoraux légitimes », Gouvernance and APRM Programme, 2014, p.7.



		des institution de la Transition.	de respecter à tout prix la durée du mandat présidentiel.	Accords de Saint Sylvestre et de la CENCO ; Contestation des Machines à Voter (MAV) et manque de confiance dans la CENI ; CENI manque de communication adéquate avec les partis prenantes. Répression de manifestations publiques.	la satisfaction de ses préalables et contestation de la CENI et la cour constitutionnelle. Des discordances dans la plateforme des confessions religieuses sur la désignation des animateurs de la CENI ; Le retrait de l'ECIDE du processus exigeant la fiabilité du fichier électoral et son audit par un organisme indépendant ; Répression de manifestations publiques.
02	Réforme juridique	1) Constitution de la Transition ; 2) Constitution de la 3 ^{ème} République de 2006 ; 3) Loi sur l'organisation et fonctionnement des partis politiques, 04/002 du 15 mars 2004 ; 4) Loi sur	1) La Constitution modifiée en 2011 2) Les lois et principaux actes réglementaires relatifs aux élections ; 3) Les textes juridiques relatifs à la CENI ; 4) Les textes juridiques relatifs à la CSJ ; 5) Les textes juridiques relatifs au CSAC ;	1) Loi N° 15/013 du 1 ^{er} Août 2015 portant modalités d'application des droits de la Femme et Parité ; 2) Loi organique sur l'organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle ; 3) Loi Organique sur les juridictions de l'ordre administratif ; 4) Loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire ;	1) Modification de la loi Organique sur la CENI ; 2) Modification de la loi électorale avec innovation le seuil de recevabilité des candidatures qui est de 60%, également non-paiement de caution électorale en cas d'alignement de 50% des femmes sur une liste électorale ;



	<p>l'organisation, attributions et fonctionnement de la CEI, 04/009 du 5 juin 2004 ;</p> <p>5) Loi relative à la nationalité Congolaise, 04/024 du 12 novembre 2004</p> <p>6) Loi sur l'identification et enrôlement des électeurs, 04/028 du 24 décembre 2004 ;</p> <p>7) Loi sur l'organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales, 06/006 du 9 mars 2006 ;</p> <p>8) Ordonnance loi sur la cour suprême de justice et organisation et</p>	<p>6) Les accords politiques de Saint Sylvestre et de la CENCO</p>	<p>5) Modification de la loi électorale avec innovation particulière l'introduction du seuil d'éligibilité et les dispositifs électronique de vote (MAV) ;</p> <p>6) Modification de la loi sur l'identification et enrôlement des électeurs.</p> <p>7) Loi Organique N° 18/023 du 13 novembre 2018 portant institution, organisation et fonctionnement du Conseil National de Suivi de l'Accord et du Processus électoral.</p>	<p>3) Modification des mesures d'application de la CENI.</p>
--	---	--	---	--



		<p>compétences judiciaires ;</p> <p>10) Accord global et inclusif de Sun City ;</p> <p>11) Les instruments juridiques internationaux et régionaux.</p> <p>12) Loi sur le financement public des campagnes électorales.</p>			
03	Installations de l'OGE et Mise en place des animateurs	<p>Bureau CEI composée de la société civile, majorité et opposition.</p> <p>Contestation dans la désignation des animateurs.</p>	<p>Bureau CENI composée de la majorité et opposition.</p> <p>Contestation dans la désignation des animateurs.</p>	<p>Bureau CENI composée de la société civile, majorité et opposition, avec innovation réintroduction de l'assemblée plénière. Contestation dans la désignation des animateurs.</p>	<p>Bureau CENI composée de la société civile, majorité et opposition, avec maintien de l'assemblée plénière.</p> <p>Contestation dans la désignation des animateurs.</p>
04	Cartographie électorale	9.105 Centres d'Inscription	8.163 Centres d'Inscription	17.759 Centres d'Inscription	22.500 Centres d'Inscription
05	Achat équipement et technologie électorale	<p>Introduction de la Biométrie électorale avec ZTE</p>	<p>Reconduction de la Biométrie électorale avec ZTE</p>	<p>Reconduction de la Biométrie électorale et maintenance équipement avec Gemalto.</p> <p>Introduction des MAV avec Miru</p>	<p>Reconduction de la Biométrie électorale avec Miru systems et Dispositif Electronique de Vote (DEV).</p>



				systems	
06	Financement, Logistique et déploiement des matériels	Le budget du processus électoral est issu du Financement par l'État Congolais et 80% par les partenaires internationaux. De même que la logistique et le déploiement des matériels, particulièrement la MONUC (actuelle MONUSCO)	Le budget du processus électoral est issu du Financement par l'Etat Congolais (entièrement trésor public). Sauf au niveau logistique, la Monusco avait soutenu le déploiement de certains matériels par ses aéronefs.	Le budget du processus électoral est par Financement exclusif par l'Etat Congolais. De même que la logistique et le déploiement des matériels.	Le budget du processus électoral est par Financement par l'Etat Congolais jusque-là (juillet 2023). De même que la logistique et le déploiement des matériels.
07	Sensibilisation et éducation électorale	En raison des contraintes budgétaires, la complexité technique, la CEI n'a pas joué un rôle crucial dans la sensibilisation. Sauf les projets ayant bénéficié de l'appui de bailleurs internationaux.	La CENI ne s'est que très faiblement investie dans la sensibilisation des électeurs lors du cycle 2011. Alors que la RDC reste caractérisée par un taux élevé d'analphabétisme et un système électoral complexe, cet effort aurait dû être prioritaire.	Domaine de faiblesse sérieux pour la CENI. En RDC, plusieurs facteurs rendent l'éducation civique et des électeurs cruciale pour la conduite d'élections crédibles et inclusives. Ces facteurs comprennent un taux d'analphabétisme extrêmement élevé, en particulier dans les zones rurales ; un manque d'accès aux informations de base et aux messages clairs venant de la CENI ; et un système électoral intrinsèquement	Domaine de faiblesse sérieux pour la CENI. Notons néanmoins quelques cadres de concertation organisée par la CENI avec les parties prenantes mais qui n'atteignent pas les populations, particulièrement des milieux ruraux, faute de la systématisation d'un plan de sensibilisation électorale

				complexe	et des moyens alloués pour cette fin.
08	Identification et enrôlement des électeurs ainsi que l'Audit du fichier des électeurs (fiabilité et sécurisation du fichier électoral).	Inclusivité des opérations d'enregistrement avec introduction de la biométrie électorale. Le nombre d'inscrits s'élevant avant correction à 25,7 millions d'électeurs pour une population éligible estimée à un maximum de 28 millions	Le fichier électoral biométrique qui comprenait 32.024.640 inscrits (dont 49,68% de femmes). Aucun audit du fichier n'a eu lieu. Manque de transparence dans le nettoyage du fichier électoral.	L'exercice d'inscription a permis de dresser une liste préliminaire de 46 millions d'inscrits provenant de 17.784 sites d'inscription, ce qui s'est traduit par la liste des électeurs la plus importante du pays à ce jour. L'audit du fichier électoral a été effectué par l'OIF organisme indépendant avec une expertise avérée en matière électorale.	Le fichier électoral de la CENI comptait 47 millions d'électeurs. L'audit du fichier électoral a été réalisé par certains experts indépendants selon l'appel d'offre de la CENI, après renoncement de l'OIF. Après cet audit, le fichier électoral compte 43 millions d'électeurs et a été déclaré fiable.

Conclusion

La politique semble être le lieu par excellence de la division, de l'opposition, de la contestation. Cependant pour le leadership de l'unité, les moyens, les principes ont pour finalité essentielle l'unité du monde. Une unité qui n'annule pas les distinctions, Une unité qui se fonde sur la fraternité. En regardant le monde d'aujourd'hui, on se rend compte que la crise sanitaire, économique, climatique, politique, alimentaire et sociale exige un changement de rythme, de pensée et d'action. Elle nous conduit à intervenir pour guérir le monde de l'incertitude, de la peur, des inégalités. En faisant un pas en avant vers des formes avancées de Co-gouvernance. Nous ne le faisons pas seuls, mais en encourageant le dialogue avec les réalités sociales, économiques, culturelles, sanitaires, éducatives, judiciaires et de communication, en renouvelant le pacte de confiance qui lie les élus et les électeurs et en faisant un pas en avant vers des formes avancées de Co-gouvernance.

Le dialogue guérit les conflits, inévitables en politique ; en plus il génère des formes collaboratives de prise de décision de gouvernance. Citons le président italien Mattarella :

"Les hommes et les femmes qui ont le plus de courage sont ceux qui ressentent l'interdépendance réciproque, qui ont la patience de construire et la clairvoyance de regarder loin devant. Pour construire, il faut avoir la capacité de dialoguer. Cela exige du respect, un sens de ses propres limites. Nous devons être capables de rechercher les vérités présentes chez les autres, y compris ceux qui ne pensent pas comme nous".

Soyons un laboratoire d'idées nouvelles pour apporter une réponse concrète aux besoins de l'humanité³¹. Le charisme de Chiara Lubich en rapport avec l'agir politique, éclairé par les récits de changement personnel et de l'engagement dans la chose publique, qui vont de l'expérience de se mettre ensemble pour affronter les problèmes du quartier à l'engagement politique au niveau national et international, commande qu'il existe une vraie vocation à la politique. C'est un appel personnel qui émerge des circonstances et parle à travers la conscience. Appel dont la réponse "est avant tout un acte de fraternité : on agit dans la sphère publique, qui concerne les autres, en voulant leur bien comme si c'était le nôtre". Cette action crée les conditions "qui permettent une relation continue avec tous les autres secteurs, de la vie". L'économie, la santé, la communication, l'art, la justice, pour ne citer que ceux-ci. De sorte qu'ainsi, la société puisse elle-même, avec toutes les composantes, réaliser pleinement son dessein³². Ces valeurs peuvent permettre à notre société congolaise à mener des réformes consensuelles et en tenant compte de l'intégrité, transparence et crédibilité du jeu démocratique.

- Références -

- BAGALWA KASHAN, B., *Réflexions sur la possibilité de la mise en place d'une structure de gestion des risques électoraux à la Commission Électorale Nationale Indépendante "CENI RDC"*, Kinshasa, éd. Colline Inspirée, 2022.
- BENABOU, V.-L. et ROCHFELD, J., *A qui profite le clic ? Le partage de la valeur à l'ère numérique*, Coll. "Corpus", Paris, éd. Odile Jacob, 2015.
- BURDEAU, G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, LGDJ, 1984.
- CHIARA LUBICH, "L'Unité et la politique", en ligne : <https://www.focolare.org/fr/news/2015/02/27/chiara-lubich-lunita-e-la-politica-4/>
- CROUZEL, I., "Les élections et Risque d'instabilité en Afrique : Favoriser des processus électoraux légitimes", *Gouvernance and APRM Programme*, 2014, p.7.
- DIANGITUKWA, F., *Les fraudes électorales : comment on recolonise la République Démocratique du Congo*, Paris, éd. L'Harmattan, 2007.
- ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Le droit électoral congolais*, Paris, éd. Academia-L'Harmattan, 2014.
- GEROLD, G. et MARINO, M., "Les nouvelles technologies en matière électorale : une deuxième chance pour la démocratie en Afrique", (2022) 5 *Fondation pour la recherche stratégique*, en ligne <https://www.frstrategie.org/sites/default/files/documents/publications/recherches-et-documents/2022/052022.pdf> (consulté

³¹ MARIO BRUNO, *Le Mouvement politique pour l'unité aujourd'hui : Réflexion et actions*, note de la conférence 2020, p.1-2.

³² CHIARA LUBICH : l'Unité et la politique en ligne : <<https://www.focolare.org/fr/news/2015/02/27/chiara-lubich-lunita-e-la-politica-4/>> (consulté le 30 juillet 2024).

le 30 juillet 2022).

- HAEGEL, F. (dir.), *Partis politiques et système partisan en France*, Paris, Presses de Sciences Po, 2007.
- KAMUKUNY MUKINAY, A., *Droit constitutionnel congolais*, Kinshasa, éd. E.U.A, 2011.
- LAURENT, A., DELFOSSE, P. et FROGNIER, A.-P., *Les systèmes électoraux : permanences et innovations*, coll. "Logiques politiques", Paris, L'Harmattan, 2004.
- MARIO, B., *Le Mouvement politique pour l'unité aujourd'hui : Réflexion et actions*, note de la conférence 2020.
- MASCLET, J.-C., *Droit électoral*, Paris, PUF, 1989.
- MASCLET, J.-C., *Le droit des élections politiques*, Coll. "Que sais-je ?", Paris, PUF, 1992.
- MATEZO BUKUNDA, "La carte géographique et les élections", (2023) 2 : 1 *Journal of african elections* 105-117.
- MOULIN, L.D.S", "Où en est la préparation des élections", (2011) 454 *Congo Afrique*.
- NGONDO NDJONDO, A., *Processus électoral au Congo Kinshasa. Analyses univariée, bivariée, multivariée et la théorie hexagonale de la gouvernance électorale*, Coll. "Études Africaines", Paris, L'Harmattan, 2022.
- NGONDO NDJONDO, A., *Élections et fichiers électoraux en République démocratique du Congo*, coll. "Études Africaines", Paris, L'Harmattan, 2021.
- OIF, *Manuel de capacitation des bonnes pratiques en matière de contentieux électoral dans l'espace Francophone*, Paris, OIF., 2017.
- OIF, *Guide Pratique pour la consolidation de l'État Civil, des listes électorales et la protection des données personnelles*, Paris, OIF., avril 2014.
- PUMBULU KIEKIE, M., *Éthique dans la gestion de la logistique électorale, un défi pour la CENI RDC*, Mémoire de Master 2, Kinshasa, ECOFORLEADERS, 2021-2022.
- SAM VAN DER STAAK et WOLF, P., *La sécurité informatique des processus électoraux, Modèles de collaboration entre organisme*, Suède, 2020.
- TAMBWE AKSANTI, D., *Intégrité, crédibilité et transparence du processus électoral en République Démocratique du Congo à l'ère numérique*, Mémoire de Master 2, Kinshasa, ECOFORLEADERS, 2021-2022.

Æ Æ

Æ



DEUXIÈME PARTIE

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE

LA COUR D'APPEL DU HAUT-KATANGA, SIÈGEANT EN MATIÈRE RÉPRESSIVE AU SECOND DEGRÉ

ARRÊT R.P.A. 7824

Audience publique du 8 août 2024

DROIT PÉNAL : Principes "Doute profite à l'accusé" et "Actori incumbit probatio"

En cas de doute sur l'âge exact d'une personne qui prétend être mineure au moment de la commission des faits lui reprochés par le Ministère public, la Cour prend en compte les déclarations non prouvées faites par le déclarant si, depuis la phase préjuridictionnelle, l'année alléguée comme celle de sa naissance entre dans tranche de sa minorité.

Le prévenu n'est pas tenu à prouver sa minorité par un acte de naissance, la moindre suspicion de la minorité suffit à confirmer celle-ci en dépit du fait que le prévenu n'avait pas donné la date exacte de sa naissance si l'accusation n'apporte aucune preuve contraire à cette déclaration non prouvée.

DROIT DE L'ENFANT : Cas de doute sur l'âge et intérêt supérieur de l'enfant

Selon l'article 110, alinéa 4 de la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, "en cas de doute sur l'âge, la présomption de la minorité prévaut". Le jugement du premier degré rendu sans tenir compte des principes In dubio pro reo et intérêt supérieur de l'enfant sera annulé par le juge d'appel.

ARRÊT R.P.A. 7824

Audience publique du 8 août 2024

En cause : MINISTERE PUBLIC

Contre : Les prévenus Ilunga Kabongo, Monsieur X*, Mujinga Muguna Gloire, Sangwa Nkulu, Kayombo Kanda Moïse, Lutshiku Ilunga et Makabu Kabeya.

Par déclaration faite et actée le 22 janvier 2024 au Greffe du tribunal de grande instance Lubumbashi, Monsieur MAFINGE Raphael, Procureur de la République près ce tribunal a, à toutes fins utiles, formé appel du jugement R.P. 16121 rendu le 15 janvier 2024 par le Tribunal de Grande Instance susdit.

* Aux fins de préserver la confidentialité de l'identité de l'enfant, celui-ci sera identifié par la lettre X dans cet arrêt. C'est nous qui le remplaçons.

Aux termes de ce jugement, cette juridiction a, après avoir dit non établies, en fait comme en droit, les infractions de vos qualifié et d'association des malfaiteurs mises à charge des prévenus KAYOMBO KANDA MOISE, LUTSHIKU ILUNGA et MAKABU KABEYA, acquitté ceux-ci et dit établie, en fait comme en droit, l'infraction d'association des malfaiteurs et de vol qualifié mises à charge des prévenus ILUNGA KABONGO, Monsieur X, MUJINGA MUGUNA GLOIRE ET SANGWA NKULU, condamné ces derniers à la peine la plus forte, soit à la servitude pénale à perpétuité.

A l'audience publique du 12 juin 2024 à laquelle cette cause a été appelée, instruite, plaidée et prise en délibère, les prévenus ILUNGA KABONGO, Monsieur X, MUJINGA MUGUNA GLOIRE et SANGWA NKULU, ont comparu en personne assistés de leurs conseils, Maître KANDOLO Félix, avocat au Barreau près cette Cour et près la Cour Pénale Internationale conjointement avec Maitres MBUYI KAYOMBO, NELLA BYONGO ET CAROLA MBAYA, Avocats au Barreau près cette Cour.

La procédure suivie est donc régulière.

D'emblée, par le biais de ses conseils, le prévenu X demande à la Cour l'annulation du jugement déféré motif pris de ce qu'en application de la loi portant protection de l'enfant, le premier juge a jugé un mineur d'âge en lieu et place du Tribunal pour Enfants. En effet, explique-t-il, au moment où les poursuites ont été engagées contre lui et ses coprévenus entre le mois de janvier et le 10 juillet 2023, il n'avait pas encore atteint l'âge de la majorité étant donné qu'il est né vers l'année 2005, en réalité le 28 octobre 2005 et qu'il a accompli l'âge de 18 ans le 28 octobre 2023.

Ainsi donc, il demande à la Cour de constater qu'il n'avait que 17 ans entre le 1^{er} janvier et le 10 juillet 2023, par conséquent, d'annuler le jugement entrepris en toutes ses dépositions en ce qui le concerne et statuant à nouveau, de dire que le Tribunal de Grande instance de Lubumbashi était ratione personae incompetent pour le juger.

Dans ses réquisitions, le Ministère Public demande à la Cour de ne pas faire droit à ce déclinatoire de compétence étant donné que le prévenu n'a pas produit l'acte de naissance attestant qu'il est né le 28 octobre 2005 ou vers l'année 2005.

Examinant ce moyen, la Cour est d'avis avec le prévenu X qu'entre le mois de janvier et le 10 juillet 2023, il était encore dans la tranche d'âge de minorité. Elle relève que contrairement au Ministère Public qui conteste la minorité dudit prévenu au moment des poursuites engagées contre lui pour vol qualifié et association des malfaiteurs, et ce, pour défaut d'acte de naissance attestant la date ou l'année de naissance du prévenu, celui-ci entendu tant au niveau de l'Officier de police judiciaire que de celui du Ministère public a déclaré spontanément qu'il est né vers l'année 2005 ; Pour elle donc, en dépit du fait que le prévenu n'avait pas donné la date exacte de sa naissance, avant le 31 décembre 2023, on ne peut pas considérer qu'il avait atteint l'âge de 18 ans accomplis.

Pour toutes ces raisons, la Cour annulera le jugement déféré en ce que le Tribunal de Grande Instance a connu les manquements de vol qualifié et d'association des malfaiteurs mis à charge d'un enfant et statuant à nouveau, elle dira que cette juridiction était incompetent ratione personae ;

De ce qui précède, elle déclarera recevable et fondé l'appel du Ministère public en ce qui concerne le prévenu X;

C'EST POURQUOI :

La Cour d'Appel ;

Statuant contradictoirement à l'égard du prévenu X ;

Le Ministère public entendu en ses réquisitions ;

Déclare recevable et fondé l'appel du Ministère public en ce qui concerne le prévenu X ;

En conséquence, annule le jugement déféré en ce que le Tribunal de Grande Instance de Lubumbashi a connu les manquements de vol qualifié et d'association des malfaiteurs mis à charge d'un enfant ;

Statuant à nouveau, dit que cette juridiction est incompétente ratione personae à l'égard de l'enfant X ;

Renvoie cette cause en prosécution en son audience publique du 28 août 2024 pour son instruction à l'égard des prévenus ILUNGA KABONGO, MUJINGA MUGUNA, SANGWA NKULU, KAYOMBO KANDA MOISE, LUSTHIKU ILUNGA et MAKABU KABEYA ;

Enjoint au Greffier de signifier cette date à ces prévenus ;

Réserve les frais ;

Ainsi arrêté et prononcé par la Cour d'Appel du Haut-Katanga en son audience publique du 08/08/2024 à laquelle ont siégé les Magistrats TABALA MAHE, KISABA LUEMBE et NSENKEY MUOZA, respectivement Président de chambre, Président et Conseiller, avec le concours du Ministère public représenté par l'Avocat général JOHN NGONDE et l'assistance de Monsieur Évariste BANZA, Greffier du siège.

NOTE D'OBSERVATION***Notions de "l'intérêt supérieur de l'enfant" et de la "présomption de la minorité" lors de sa poursuite pénale***

Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO*

Danny OYOMBO TAMBEDIMA**

Dodo MBUYI KAYOMBO***

1. Résumé des faits

Dans l'affaire ci-dessus décidée par la Cour, il est relaté que Monsieur X (mineur d'âge) fut poursuivi ensemble avec ses coprévenus (majeurs d'âge) pour faits d'association des malfaiteurs et vol qualifié qu'ils auraient commis à Lubumbashi entre le mois de janvier et le 10 juillet 2023. Transférés par la Police nationale congolaise auprès des Officiers de police judiciaire de l'Agence Nationale des Renseignements (ANR), Monsieur X, lors de déclinaison de son identité, déclara qu'il est né vers l'année 2005 sans indication des jour et mois de l'année. Cette déclaration fut confirmée devant l'Officier du Ministère public près le Tribunal de grande instance de Lubumbashi.

Par jugement rendu par ce Tribunal, Monsieur X a été condamné, ensemble avec ses coprévenus, à dix ans de servitude pénale principale pour vol qualifié et à la peine de servitude pénale à perpétuité pour association des malfaiteurs. Faisant le cumul des peines, le Tribunal a retenu la peine la plus forte, soit la servitude pénale à perpétuité.

Le Ministère public près le même Tribunal interjeta appel contre ce jugement.

Devant la Cour d'appel de Lubumbashi où la cause fut réexaminée, le prévenu allègue qu'au moment des faits lui reprochés, il n'avait pas encore atteint l'âge de la majorité et, pour ce faire, avance la date du 28 octobre 2005 comme date de sa naissance. Comptant de date à date, c'est donc au 28 octobre 2023 qu'il a accompli 18 ans d'âge. Les faits reprochés ayant été commis entre le mois de janvier et le 10 juillet 2023, il avait 17 ans et deux mois en janvier et 17 ans et 9 mois en juillet 2023.

Devant le juge d'appel, il confirme avoir communiqué à l'OPJ de l'ANR, lors de l'instruction préparatoire et de sa détention, la date du 28 octobre 2005 comme date de sa naissance. Il s'étonne que l'OPJ verbalisant ait sciemment omis d'indiquer cette dernière date de naissance dans le procès-verbal de son audition. Ainsi, si l'on considère ses déclarations, naturellement, il n'était pas justiciable devant le Tribunal de grande instance mais plutôt devant le Tribunal pour enfant de Lubumbashi.

* Postdocteur en droit de l'Université de Sherbrooke, Docteur en droit de l'Université de Montréal, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Likasi et avocat au Barreau du Haut-Katanga, à la Cour pénale internationale et à la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples.

** Chercheur indépendant, avocat aux Barreaux de Kinshasa/Matete et du Haut-Katanga.

*** Chercheur indépendant, avocat au Barreau du Haut-Katanga.

Faisant sienne la déclaration du prévenu X, la Cour annula le jugement attaqué pour incompétence *ratione personae* uniquement à l'égard de ce prévenu.

2. Incompétence du tribunal de Grande Instance de Lubumbashi

L'article 94 de la loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant en RDC énonce que "Le tribunal pour enfants n'est compétent qu'à l'égard des personnes âgées de moins de 18 ans". Cette limite d'âge est tirée de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (article 1^{er}) et de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (article 2). Il relève de cette loi, spécialement en article 2.1 que "L'enfant est toute personne âgée de moins de dix-huit ans". Pour déterminer cet âge, il faut se situer au moment de la commission des faits, comme l'oblige l'article 98 de la même loi, qui renchérit qu'"Est pris en considération, l'âge au moment de la commission des faits".

L'article 99 de la même loi tranche que "Le tribunal pour enfants est seul compétent pour connaître des matières dans lesquelles se trouve impliquer l'enfant en conflit avec la loi".

Examinant les faits, Monsieur X, selon ses déclarations, bien qu'imprécises, faites dans les procès-verbaux d'audition tant devant l'OPJ que devant l'OMP, n'avait pas encore atteint l'âge de 18 ans, mais plutôt l'âge de 17 ans en dates des 1^{er} janvier au 10 juillet 2023, supposées être celles de la commission des faits.

Au regard de ces différentes dispositions, seul le Tribunal pour enfant avait compétence, en raison de la personne, de connaître ces faits reprochés à Monsieur X, à cause de son âge réel ou prétendu au moment des faits, même si, lors de son arrestation, il avait déjà 18 ans accomplis. En le jugeant devant le Tribunal de grande instance au lieu de celui pour enfant, le Ministère public et les juges ont sciemment voulu soustraire l'enfant de son juge naturel alors que, selon l'article 19, alinéa 1^{er} de la Constitution de la RDC du 18 février 2006, "Nul ne peut être ni soustrait ni distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne". Aussi, à cause de la gravité des faits mis à charge du prévenu, ce dernier, le considérer comme adulte au moment des faits, courrait le risque de passer toute sa vie en prison où il fut gardé depuis son arrestation.

Devant pareille situation et après avoir constaté que la condamnation de Monsieur X a violé sciemment la loi portant protection de l'enfant, la Cour a dû, à raison, annuler ladite décision à l'égard de l'enfant après avoir constaté l'incompétence *ratione personae* du Tribunal de grande instance de Lubumbashi.

3. Résolution de la question du doute sur l'âge : prise en compte de "l'intérêt supérieur de l'enfant"

Le bénéfice du doute ou la "preuve hors de tout doute raisonnable" est, en droit pénal, le principe de ne pas condamner une personne si les preuves décisives manquent. Il est parfois désigné par l'expression latine *in dubio pro reo*, qui se traduit en français par "dans le doute, le juge doit trancher en faveur de l'accusé". En évoquant le principe *in dubio pro reo*, on parle aussi souvent de "bénéfice du doute" ou du fait que "le doute doit profiter à l'accusé".

Mais attention, il ne s'agit pas de tout doute de fait ou de droit, mais uniquement d'un doute portant sur l'existence ou l'inexistence d'un fait. Il s'agit avant tout d'une règle concernant le fardeau de la preuve et l'appréciation des preuves. En tant que règle régissant le fardeau de la preuve, la règle signifie, au stade du jugement, que le fardeau de la preuve (c'est à dire, qui doit prouver le fait ou l'infraction) incombe à l'accusation et que le doute doit profiter au prévenu.

En tant que règle liée à l'appréciation des preuves, le principe *in dubio pro reo* signifie que le juge pénal ne doit pas se déclarer convaincu de l'existence d'un fait défavorable au prévenu si, d'un point de vue objectif, il existe des doutes sérieux et insurmontables quant à l'existence des faits admis³³. Le principe provient d'une idée de base selon laquelle "il vaut mieux innocenter un coupable que condamner un innocent".

Dans l'affaire du 28 juin 2022, *Boutaffala c. Belgique*, la Cour européenne des droits l'homme a rappelé les conséquences sur la charge de la preuve de l'application du principe "*in dubio pro reo*"³⁴. En vertu de la présomption d'innocence, l'administration de la preuve, en matière pénale, suppose classiquement que la partie poursuivante apporte des éléments décisifs afin d'évincer le doute. En effet, la présomption d'innocence a autant pour fonction "de protéger les individus contre les risques d'arbitraire et de lutter contre le déséquilibre dans le rapport de forces, que de stimuler la recherche de la vérité judiciaire exacte"³⁵. Comme le disait déjà Voltaire en 1748, dans son *Zadig* : "il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent".

En droit congolais, le principe *In dubio pro reo* découle lui-même du principe plus général de la "présomption d'innocence" selon lequel "toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie par un jugement définitif". Ce principe est consacré au dernier alinéa de l'article 17 de la Constitution.

La disposition de l'article 110, alinéa 4 de la loi portant protection de l'enfant est venue renforcer cette présomption en ce qui concerne la détermination de l'âge d'un enfant poursuivi au pénal en stipulant qu'"En cas de doute sur l'âge, la présomption de la minorité prévaut". Cette disposition renvoie à la théorie de "l'intérêt supérieur de l'enfant" qui doit être une préoccupation primordiale dans toutes les décisions et mesures prises à son égard.

"L'intérêt supérieur de l'enfant" demeure le souci de sauvegarder et de privilégier à tout prix ses droits. Sont pris en considération, avec les besoins moraux, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, son état de santé, son milieu familial et les différents aspects relatifs à sa situation (article 6).

³³ Méryl RECOTILLET, "La CEDH rappelle que le doute profite à l'accusé", (9 septembre 2022) *Dalloz actualité*, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/cedh-rappelle-que-doute-profite-l-accuse>> (consulté le 25 août 2024).

³⁴ CEDH 28 juin 2022, *Boutaffala c. Belgique*, n° 20762/19 dans M. RECOTILLET, préc., note 3.

³⁵ Rép. pén., v° Présomption d'innocence, par C. Ambroise-Castérot, n° 35 dans MERLE et VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, t. II, 5^e éd., Paris, Cujas, 2001, n° 143.

C'est dans le même sens que l'a précisé auparavant la Convention internationale relative aux droits de l'enfant : "Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale"³⁶. Bien qu'elle ne donne pas une définition stricte de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, la Convention tend à renforcer la protection de l'enfant. De ce fait, lors d'une prise de décision concernant un mineur, elle permet de préserver son bien-être et son droit de se développer dans un environnement favorable à sa santé mentale et physique³⁷.

4. Suite de procédure dans pareil cas

Les avantages reconnus à l'enfant en conflit avec la loi ne permettent pas qu'un enfant soit jugé au cours d'une même procédure avec les adultes à qui les peines seraient d'application. Ses avantages sont liés, d'une part, aux "mesures" à prendre, différentes des peines à appliquer contre les personnes adultes et, d'autre part, aux décisions judiciaires à prononcer à l'égard d'un enfant en conflit avec la loi.

En effet, si l'enfant a commis un manquement qualifié d'infraction à la loi pénale punissable de plus de cinq ans de servitude pénale et qui n'est pas punissable de la peine de mort ou de la servitude pénale à perpétuité, le juge peut, s'il le met dans un établissement de garde et d'éducation de l'État, prolonger cette mesure pour un terme qui ne peut dépasser sa vingt-deuxième année d'âge. A sa dix-huitième année d'âge, l'intéressé devra être séparé des enfants, au sein du même établissement de garde et d'éducation de l'État, sur décision du juge, à la demande de l'autorité de l'établissement de garde (article 115).

L'enfant qui a commis un manquement qualifié d'infraction punissable de plus d'un an de servitude pénale, et qui est d'une perversité caractérisée ou récidiviste, est placé dans un établissement de rééducation de l'État pendant une année au moins et cinq ans au plus. Cette mesure n'est pas applicable aux enfants âgés de moins de quinze ans (article 117).

Mais si l'enfant a commis un manquement qualifié d'infraction à la loi pénale punissable de la peine de mort ou de la servitude pénale à perpétuité, comme en l'espèce, le juge peut, s'il le met dans un établissement de garde et d'éducation de l'État, prolonger cette mesure au-delà de la dix-huitième année de l'enfant pour un terme de dix ans au maximum (article 116).

Quant aux décisions à prendre, dans les huit jours qui suivent la prise en délibéré de la cause qui concerne l'enfant, le juge prend l'une des décisions suivantes :

1. réprimander l'enfant et le rendre à ses parents ou aux personnes qui exerçaient sur lui l'autorité parentale en leur enjoignant de mieux le surveiller à l'avenir;

³⁶ Convention internationale relative aux droits de l'enfant, article 3.1.

³⁷ Pierre GRELLEY, "Contrepoint - Intérêt de l'enfant : un renouveau", (2010) 4 : 160 *Informations sociales*, 41. Voir aussi : Mélanie CHATENOUD, "Intérêt supérieur de l'enfant", *Humanium*, en ligne : <https://www.humanium.org/fr/interet-superieur-de-lenfant/>

2. le confier à un couple de bonne moralité ou à une institution privée agréée à caractère social pour une période ne dépassant pas sa dix-huitième année d'âge;

3 le mettre dans une institution publique à caractère social pour une période ne dépassant pas sa dix-huitième année d'âge;

4. le placer dans un centre médical ou médicoéducatif approprié;

5. le mettre dans un établissement de garde et d'éducation de l'État pour une période ne dépassant pas sa dix-huitième année d'âge.

La mesure prévue au point 3 ne s'applique pas à l'enfant âgé de plus de seize ans.

Toutefois, lorsque le fait commis par l'enfant est connexe à celui qui peut donner lieu à une poursuite contre un adulte, les poursuites sont disjointes et l'enfant est poursuivi devant le juge pour enfants (article 112). La "disjonction" est entendue ici comme une mesure procédurale à caractère administratif par laquelle une juridiction saisie de plusieurs demandes décide qu'une ou plusieurs d'entre elles devront être jugées par une autre juridiction et en ordonne le renvoi³⁸.

Dans le cas de la procédure sous analyse, dès lors que le jugement est annulé laissant les poursuites subsister contre les adultes coauteurs ou complices, le Ministère public devra présenter l'enfant devant son juge naturelle avec une nouvelle requête d'accusation. Ce dernier procède comme si la cause vient de naître mais tiendra compte du temps déjà passé en détention préventive lorsqu'il était considéré comme majeur d'âge et prendra toutes les mesures nécessaires dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi par exemple, avant de statuer sur le fond, le juge pour enfant doit prendre par voie d'ordonnance l'une de trois mesures provisoires suivantes prévues à l'article 106 de la loi précitée :

1. placer l'enfant sous l'autorité de ses père et mère ou de ceux qui en ont la garde ;

2. assigner à résidence l'enfant sous la surveillance de ses père et mère ou de ceux qui en ont la garde ;

3. soustraire l'enfant de son milieu et le confier provisoirement à un couple de bonne moralité ou à une institution publique ou privée agréée à caractère social. Par couple, on entend deux personnes de sexes opposés légalement mariées. Le choix par le juge pour enfants des mesures provisoires privilégie autant que possible le maintien de l'enfant dans un environnement familial, le tout dans son intérêt supérieur.

Le placement dans une institution publique ou privée agréée à caractère social ne peut être envisagé que comme une mesure de dernier recours. L'assistant social assure le suivi des mesures provisoires prises par le juge.

³⁸ Serge BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé*, v° Disjonction, en ligne : <<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/disjonction.php>>.

Conclusion

L'on évitera de condamner une personne comme majeure lorsque le doute plane au sujet de l'âge exact de cette personne qui, vraisemblablement, serait un mineur au moment de la commission des faits lui reprochés. La position de la Cour d'appel du Haut-Katanga est donc conforme aux principes juridiques régissant le droit de l'enfant.

En effet, les autorités judiciaires ou administratives des États ayant ratifié la Convention relative aux droits de l'enfant, comme la RDC, ont pour obligation de prendre en considération "l'intérêt supérieur de l'enfant" lors de toute prise de décision officielle le concernant. L'utilisation de cette notion fait appel essentiellement à la subjectivité du preneur de décision. Dans la pratique, l'intervenant prend une mesure en fonction de ce qu'il a évalué comme étant dans l'intérêt de l'enfant, au moment présent et dans une perspective future.

Le principe de "l'intérêt supérieur de l'enfant" correspond à l'esprit de la Convention relative aux droits de l'enfant. Selon son article 9, un enfant a le droit de vivre avec ses parents. Cependant, il peut en être séparé sous décision judiciaire pour autant qu'elle soit prise dans le respect de son "intérêt supérieur". Cette situation peut se présenter lorsque l'enfant est victime de sa famille (maltraitance, négligence...). Cette notion est nécessaire lors de mesures relatives à la privation de liberté et dans les procédures de placement, de séparation, de divorce ou d'adoption.

Comme l'a si bien rappelé l'Observation générale n°14, des Nations Unies, sur la Convention relative aux droits de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant est à la fois un droit de fond, lié au principe interprétatif et une règle de procédure³⁹. Un droit de fond parce qu'il s'agit d'une considération primordiale dans les instances concernant l'enfant en raison de sa dépendance, de son degré de maturité, de son statut juridique et, souvent, de l'impossibilité de faire entendre sa voix ; un principe interprétatif car si une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations, on doit choisir celle qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant ; et une règle de procédure parce que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant s'applique à la représentation juridique, à la célérité des décisions, aux motifs des décisions, à la pondération des divers facteurs et à la prise en considération de l'opinion de l'enfant.

Æ Æ

Æ

³⁹ Voir paragraphe 6 de l'Observation générale n°14 sur la Convention relative aux droits de l'enfant.



(ISSN : 3078-4077)

© *Revue des Sciences Juridiques et de l'Interdisciplinarité (RSJI)*

Likasi 2024

Dépôt légal : 09.20.2024.91 III^{ème} trimestre 2024

Presses universitaires de Likasi

(P.U.L.I.)



Dépôt légal : 09.20.2024.91 IIIe Trimestre 2024
16 Septembre 2024
Presses Universitaires de Likasi
(P.U.L.I.)