

UNIVERSITÉ DE LIKASI



FACULTÉ DE DROIT



Revue générale de Droit et interdisciplinaire

Fondée en 2018

Vol.5 n°2

2021

LMD EST À NOTRE PORTE

Presses Universitaires de Likasi
(P.U.LI.)

© *Revue générale de droit et interdisciplinaire*
Likasi 2021
Dépôt légal : 12.20.2021.46 IV^{ème} trimestre 2021
Presses universitaires de Likasi

UNIVERSITÉ DE LIKASI
FACULTÉ DE DROIT
REVUE GÉNÉRALE DE DROIT ET INTERDISCIPLINAIRE



TABLE DES MATIÈRES

Volume 5 numéro 2 – 2021

« *LE DIPLOME UNIVERSITAIRE, UNE TOISON D'OR POUR LA VIE* »957
Discours prononcé par le Professeur Ordinaire Esaïe MBUYA MUKOMBO, Recteur de l'Université de Likasi à l'occasion de la clôture de l'année académique 2020-2021 et de l'ouverture de l'année académique 2021-2022

Première Partie

FORUM DE DISCUSSION.....969

Existe-t-il un Code de droit international privé en République démocratique du Congo?.....969

Opinions de Joseph YAV KATSHUNG, Pierre-Félix KANDOLO, Pierre LENGE et Athanase ESAKI TSHOFU

Deuxième Partie :

DOCTRINE.....1011

La guerre des droits : limitation de la libre circulation pour urgence sanitaire en République démocratique du

Congo.....1013

Richard LUMBIKA NLANDU et Jeancy NSALA

Des circonstances exceptionnelles aux mesures exceptionnelles pendant la période de la COVID-19 au Tchad : Regard sur l'office du juge en matière des libertés publiques.....1049

M. ABDELKERIM Marcelin

Quelques considérations sur la tendance du non recours à la théorie des pouvoirs exceptionnels dans le constitutionnalisme africain : Regard sur la République démocratique du Congo (de 2006 à 2016)..... 1075

KAYIBU BECKER Igor

<i>Exception d'inconstitutionnalité en droit positif congolais : problématique des lois et règlements non conformes à la Constitution.....</i>	<i>1095</i>
<i>Kevin BIAYA MUSELWA</i>	
<i>La limitation du domaine de la loi à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 12 octobre 2018 sous R.Const. 739.....</i>	<i>1111</i>
<i>Alexandre-Chancel FUNGA LUFÉ MOTÉMA</i>	
<i>La protection de l'environnement par le juge administratif camerounais à travers les moyens classiques du contentieux de l'excès de pouvoir.....</i>	<i>1133</i>
<i>Brice EHAWA</i>	
<i>Règlementation de la pollution sonore :.....</i>	<i>1167</i>
<i>une étude comparative du droit congolais (RDC) et camerounais.....</i>	<i>1167</i>
<i>SIFA SEGIHOBE Clémence</i>	
<i>Insuffisances de la notion de droit d'accès à l'eau potable.....</i>	<i>1187</i>
<i>Faustin MUYEMBE</i>	
<i>Traitement des litiges fiscaux en droit camerounais.....</i>	<i>1219</i>
<i>TINWO FONKOUO Simplicé Emmanuel</i>	
<i>Fonction de la peine face aux conditions carcérales : Cas de la prison de Kamina.....</i>	<i>1245</i>
<i>Martin LUBABA MWENZE NYENGELE, Jules NKULU NSENGA et Patrick LENGE NSHIMBA</i>	
<i>Établissement de la filiation naturelle post mortem en droit camerounais.....</i>	<i>1245</i>
<i>Willy Claudel PINLAP MBOM</i>	
<i>Troisième partie :</i>	
<i>JURISPRUDENCE.....</i>	<i>1273</i>
<i>COUR CONSTITUTIONNELLE DE LA RDC : Aff. Ministère public c. Matata Ponyo Mapon Augustin, Kitebi Kibol Mvul Patrice et Grobler Christo.....</i>	
	<i>1273</i>
<i>Avec Note d'observation de Pierre Félix KANDOLO</i>	

REVUE GÉNÉRALE DE DROIT ET INTERDISCIPLINAIRE
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

Doyen de la Faculté de droit
Pr Léon MUSANS KAPEND-A-KATSHIW
Faculté des sciences sociales, politiques et administratives

Vice-doyen à l'Enseignement
Loïc MBUYI ILUNGA, Chef de travaux, Faculté de droit

Vice-doyen à la Recherche
Évodie KALENGA BAMBI, Chef de travaux, Faculté de droit

Comité des Assistants à la rédaction

ASUMANI NGENGELE
Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Blaise BWANGA ANEMBALI
Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Igor KAYIBU BECKER
Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Jeancord MWAMBA
Chef de travaux, Faculté de droit,
Université de Likasi

Paul TSHIBANGU
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 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

Pr 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 Junior MUMBALA ABELUNGU

Institut supérieur de Commerce et École de Criminologie, Université de Lubumbashi

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 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

UNIVERSITÉ DE LIKASI

Code : 320

B.P : 1946



Cabinet du Recteur

**« LE DIPLOME UNIVERSITAIRE, UNE TOISON D'OR POUR LA
VIE »**

**ALLOCUTION DE MONSIEUR LE PROFESSEUR
ORDINAIRE MBUYA MUKOMBO ESAÏE,
RECTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LIKASI A
L'OCCASION DE LA DOUBLE CÉRÉMONIE :
COLLATION DES GRADES ACADÉMIQUES ET
CLÔTURE OFFICIELLE DE L'ANNÉE
ACADÉMIQUE 2020-2021**

30 OCTOBRE 2021

Excellence Monsieur le Ministre de l'Enseignement Supérieur et Universitaire, (ici représenté)

Excellence Monsieur l'Ambassadeur itinérant du Chef de l'État,

Excellence Monsieur le Gouverneur de la Province du Haut-Katanga,

Monsieur le Maire de la Ville de Likasi,

Vénérables Chefs coutumiers,

Honorables Députés nationaux et provinciaux,

Messieurs les Consuls généraux,

Messieurs les membres du Conseil Urbain de Sécurité,

Mesdames et Messieurs les Représentants des entreprises paraétatiques et privées,

Messieurs les Membres des Comités de Gestion des Établissements de l'Enseignement Supérieur et Universitaire,

Messieurs les Membres du Comité de gestion de l'Université de Likasi,

Messieurs les Doyens des Facultés et Directeur d'École de l'Université de Likasi,

Mesdames et messieurs les membres des corps académique et scientifique de l'Université de Likasi,

Mesdames et messieurs les membres des corps administratif, technique et ouvrier de l'Université de Likasi,

Camarades Étudiantes et Étudiants,

Chers Lauréates et Lauréats,

Distingués invités, tout protocole respecté,

Auguste Assemblée,

Au nom du Comité de Gestion et au mien propre, je vous souhaite la bienvenue à ce joyeux et solennel rendez-vous de collation des grades académiques et de clôture de l'année académique 2020-2021. Cette expression de bienvenue à chacun de vous, témoigne ma reconnaissance à Dieu pour la grâce

de nous retrouver, cette grâce qu'on ne rendra jamais assez à Dieu pour le souffle de vie renouvelé en chacun de nous, grâce qui a gardé nos lauréats en bonne santé tout au long de leur cursus, grâce qui réalise ce rendez-vous solennel.

Distingués invités,

Parce qu'à Dieu ne plaise l'ingratitude, je m'acquitte du noble devoir de reconnaissance de l'accompagnement témoigné à l'Université de Likasi par les autorités politico-administratives nationales, provinciales et locales.

Je rends un hommage déférent à Monsieur le Président de la République, Chef de l'Etat, son Excellence Antoine-Felix Tshilombo Tshisekedi, Grand Chancelier des Universités et des Instituts Supérieurs de la République Démocratique du Congo qui ne ménage aucun effort pour garantir la paix et la sécurité du peuple congolais.

Chapeau bas à Monsieur le Premier Ministre, son Excellence Jean-Michel Sama Lukonde Kyenge, pour l'attention spéciale de son Gouvernement qui a valu à l'Université de Likasi la programmation pour l'acquisition des auditorios modernes.

Que soit salué le pragmatisme de Monsieur le Ministre de l'Enseignement Supérieur et Universitaire, Son Excellence Serge Muhindo Nzangi Butondo, pour avoir redynamisé l'Enseignement Supérieur et Universitaire, non seulement par un leadership de réponse pragmatique, notable à l'Université de Likasi par la pose de la première pierre pour la construction des auditorios modernes, mais surtout via des réformes intervenues des suites des Etats Généraux de l'Enseignement Supérieur et Universitaire qu'il a initiés.

Que Monsieur le Gouverneur de la Province du Haut-Katanga, Son Excellence Jacques Kyabula Katwe, se sente remercié pour sa profonde gratitude lisible en nombreux actes posés en faveur de notre Université.

Que Monsieur le Maire de la Ville de Likasi, le Docteur Idesbald Petwe Kapande, trouve ici l'expression de ma gratitude pour sa collaboration pendant les moments de félicité et d'adversité.

Mon Comité de Gestion et moi-même sommes redevables au Conseil de sécurité de la ville de Likasi pour le climat de paix ; nos sentiments de reconnaissance aux vénérables chefs coutumiers, aux chefs des services urbains de la fonction publique, aux Représentants des Eglises, d'Entreprises, de Banques et à tous les visiteurs qui rehaussent de leur présence cette double cérémonie.

Je remercie les Membres de la Conférence des Chefs d'Etablissements de l'Enseignement Supérieur et Universitaire du Haut-Katanga, du Haut-Lomami, du Lwalaba et du Tanganika pour différentes concertations ayant conduit à l'aboutissement heureux et harmonieux de cette année universitaire.

Une mention spéciale aux vaillants enseignants, résidents et visiteurs, véritables architectes des résultats de ces accises, pour s'être acquittés de ce qu'ils avaient à faire ; au personnel administratif, technique et ouvrier pour l'aboutissement de cette année universitaire. Chers collaborateurs, je vous réitère mes sincères félicitations.

Distingués invités,

L'année académique 2020-2021 s'est révélée une année mouvementée. Mouvementée d'abord par la Covid19 qui a perturbé le calendrier académique, mouvementée surtout par différentes missions de contrôle du Ministère de tutelle sur les Universités.

Missions de contrôle (scolarité, viabilité, faculté de Médecine) qui ont pourvu au Ministère de Tutelle un état des lieux sur l'Enseignement Supérieur et Universitaire en République Démocratique du Congo, dont les réalités factuelles ont permis d'organiser les assises des Etats Généraux de l'Enseignement Supérieur et Universitaire à Lubumbashi, à l'issue desquelles des réformes importantes ont été adoptées, avec en phare le système LMD pour mettre fin au bicéphalisme des architectures de formation en RDC¹.

Les résolutions prises en vue de contextualiser le LMD aux réalités congolaises, imposent aux Etablissements de l'Enseignement Supérieur et Universitaire l'exécution des recommandations urgentes suivantes : « *Recruter les étudiants conformément à des critères d'éligibilité d'entrée selon les filières ; Organiser des concours d'entrées à l'enseignement supérieur et universitaire ; Instaurer une période de remise à niveau obligatoire d'une année préparatoire pour les filières techniques ; Pour les autres filières, instaurer des programmes de remise à niveau selon les cas ; Appliquer rigoureusement les critères de passage d'un cycle à un autre ; Appliquer les modalités de généralisation suivantes : - Créer des structures institutionnelles BMD sous la responsabilité des autorités en charge du secteur académique ; - Sensibiliser la communauté universitaire et les différents partenaires sur le BMD, ses avantages et ses exigences ; - Mobiliser des fonds par divers mécanismes internes et externes à l'institution ; Faire participer les étudiants à l'évaluation des enseignements et de leurs animateurs ; Instruire les étudiants à s'approprier la réforme ; Inviter les étudiants à être responsables et à se consacrer sérieusement à leurs projets*

¹ RDC/ESU, *Les états généraux de l'ESU. Livret des résolutions*, Lubumbashi, Septembre 2011, p.16.

respectifs d'études ; Inviter les étudiants à intégrer la culture de la recherche et la valorisation des résultats dès le début de leur cursus universitaire »².

Distingués invités,

L'Université de Likasi campe déjà sur ces réformes, dont la matérialité est perceptible par la pose de la première pierre, par son Excellence Monsieur le Ministre de l'Enseignement Supérieur et Universitaire, pour la construction des auditorios modernes, dont le laboratoire de Médecine, et l'installation d'un grand groupe électrogène sur fonds propres, préalable à l'alimentation électrique du réseau wifi... tous ces efforts vont dans le sens de faciliter l'arrimage du LMD à l'Université de Likasi.

Distingués invités,

Le mouvement de l'année 2021 a aussi invité notre adversaire commun, la mort. Sa fatalité a irrésistiblement terrassé certains de nos êtres chers. L'Université de Likasi se rappelle avec impuissance les décès, d'une part, de ses membres du corps scientifique et administratif et, d'autre part, de ses étudiants, auxquels s'ajoutent ceux des parents non seulement du corps enseignant mais aussi des étudiants.

Elle a perdu les Chefs de Travaux Alain Mutombo Mwanza, alors Doyen de la Faculté Polytechnique, et Ngwanza Mbinzi-I-Mudui de la Faculté des Sciences et le Directeur Dieudonné Kayombo Sekesenu.

Du côté des étudiants elle déplore la disparition de : Grace Kiwele Kanekula de premier graduat Médecine, Mike Kazadi Bin Amundala de

² RDC/ESU, *Les états généraux de l'ESU. Livret des résolutions*, Lubumbashi, Septembre 2011, p.17-18.

deuxième graduat Sciences Economiques et de Gestion, Franck Kalumba Kipeleme de première Génie, Béatrice Mbeya Mangenga de premier graduat Ecole Supérieure des Ingénieurs Industriels et de John Ndala Muyuke de deuxième graduat Lettres et Sciences Humaines. (Moment de silence)

Chers lauréates et lauréats

C'est l'exploit de votre bravoure qui nous réunit ici. Je vous félicite. Vous êtes à féliciter parce que vous l'avez mérité. Vous venez d'obtenir des mentions « *grande distinction, distinction et satisfaction* » en cette année terrassée par la pandémie de la Covid19. J'imagine que vous-même d'abord, vos familles à l'unisson, en éprouvez une grande joie, empreinte d'une réelle fierté.

Je souhaite, pour ma part et au nom du Comité de Gestion, vous dire la joie et la fierté de l'Université de Likasi. Vous faites honneur à cette Université et à la nation, et chacun de vous doit savoir que la prospérité et l'avenir de la nation congolaise dépendront toujours de l'excellence de la jeunesse que vous êtes aujourd'hui. Votre succès me pousse à m'entretenir avec vous autour du thème :

« LE DIPLÔME UNIVERSITAIRE, UNE TOISON D'OR POUR LA VIE »

Si le diplôme universitaire est une Toison d'or, alors la Toison d'or qu'est-ce ? À quoi a-t-elle servi ? Quels ont été les obstacles pour son acquisition ?

Dans la mythologie grecque, la Toison d'or représente une Toison précieuse du bélier ailé Chrysomallus (du grec *khrusos*, « or », et *mallos*, « toison »), dont la conquête est le but du périple de Jason et des Argonautes³.

³ « Toison d'or. » Microsoft® Encarta® 2009 [DVD]. Microsoft Corporation, 2008.

Elle a été le prix exigé à Jason par son oncle Pélias, pour accéder au trône. Convaincu du périple périlleux pour son acquisition, Pélias l'exigeait de son neveu Jason en échange du trône, pensant qu'il allait y laisser sa peau.

De rudes obstacles mortels séparaient Jason de l'acquisition de cette Toison d'or : il devait chevaucher les taureaux crachant le feu au risque de se consumer, il devait planter les dents de dragon jaillissant des soldats en armes qui le combattaient et il devait vaincre le serpent aux yeux dorés qui gardait la Toison d'or.

Jason sort victorieux de tous ces défis grâce aux sortilèges de la magicienne Médée, fille du roi Ætès, éprise de lui, et qu'il a promis d'épouser. Mais le roi refuse de respecter son engagement de livrer la Toison d'or. Jason reçoit alors une nouvelle fois l'aide de Médée, qui endort le dragon gardien de la Toison et permet au héros de s'en emparer⁴. De son retour à la rencontre de son oncle Pélias, pour la reprise du trône de son père, Jason a la victoire des combats mortels contre des ennemis en quête de la même Toison d'or.

Oui, chers Lauréates et Lauréats,

Vous êtes les héros de l'académie, le « Diplôme universitaire » que vous acquérez aujourd'hui est une véritable « Toison d'or » pour la vie. Vous avez bravé des obstacles à l'exemple de Jason pour y parvenir. En Jason, Vous avez vaincu la pauvreté, parce que le cursus universitaire est payant ; en Jason, vous avez eu raison du temps, parce qu'il ne peut plus vous retenir ; en Jason, vous avez vaincu l'ignorance, parce qu'aujourd'hui vous avez acquis le savoir, le savoir-faire et le savoir-être. Alors en Jason, soyez conscient de tous ces savoirs que symbolise votre diplôme, car plusieurs d'entre vous ont acquis de véritables compétences qu'ils ignorent encore.

⁴ « Jason. » Microsoft® Encarta® 2009 [DVD]. Microsoft Corporation, 2008.

Chers lauréates et lauréats,

Les obstacles que vous avez rencontrés en Jason, tout au long de votre formation, et les efforts que vous avez consentis en Jason pour les braver, sont une preuve expressive que rien ne s'acquiert dans cette vie sans sacrifices. Vous êtes sur le point d'entrer dans un monde hostile au changement, pendant que votre formation vous y pousse. Vous avez sur vos épaules le devoir d'accomplir le destin de la nation congolaise.

Tout ce récit de votre excellent parcours se résume dans l'expression « *agir pour réussir* ». Votre acquisition du savoir, du savoir-être et du savoir-faire fait de vous la preuve même de la réussite. Alors agissez dans le but de réussir, parce que vous êtes le résultat de la réussite chacun dans son domaine. Les connaissances par vous acquises sont des atouts qui vous permettront de résoudre tous les problèmes que vous allez rencontrer dans la société.

Camarades étudiantes et étudiants,

Vous êtes aussi de Lions comme ces heureux Lauréats qui ont arraché leur Toison d'or. A l'heure différence, vous êtes encore assoiffés du savoir, ce qui vous rend encore plus redoutables qu'eux, car de la nature on apprend que le Lion affamé est plus redoutable que celui rassasié.

Alors pour vous qui êtes encore en plein parcours, il vous a été annoncé, lors du passage de son Excellence Monsieur le Ministre de l'Enseignement Supérieur et Universitaire, ce que vous continuez d'apprendre à travers les médias, que dès l'année académique prochaine, tout le système universitaire congolais bascule vers le système LMD.

C'est ici le lieu de vous rassurer qu'à l'issue des Etats Généraux de l'Enseignement Supérieur et Universitaire, le système LMD qui en est résulté,

n'est que la correction des défauts qu'accusait notre ancien système GLD. Il permet « *d'harmoniser le cursus de l'ESU et de favoriser la mobilité du personnel enseignant et des étudiants à l'échelle mondiale* »⁵. Votre redoutable soif du savoir et le génie du personnel enseignant vous y guideront avec assurance. Ne prêtez pas attention à l'émoi collectif pessimiste qui vous y décourage.

Distingués invités,

Si le Diplôme universitaire est certes une Toison d'or pour tout étudiant, telle est l'Université de Likasi pour la ville de Likasi et ce, dans toutes ses filières. La montagneuse se délecte de merveilleux loyaux services de ses perles tant dans ses institutions publiques que privées. L'Université de Likasi est ainsi pour sa Ville un Eldorado (pas imaginaire) mais véritable des richesses scientifiques et intellectuelles. Voilà qui justifie cet émoi collectif qui réclame à longueur des journées la continuité du recrutement en Faculté de Médecine. Des démarches au plus haut niveau sont en cours et les espoirs sont permis.

Distingués invités,

Le rendez-vous d'aujourd'hui est un lieu d'éclosion d'autres perles scientifiques. Alors je souhaite que les activités préparatoires à leur présentation soient bénéfiques à tous et à tout un chacun de nous. Que nos lauréats se sentent heureux et dignes de leurs titres académiques. Je leur souhaite une bonne chance dans leurs démarches dans le monde de l'emploi via le service de l'ONEM.

Distingués invités,

⁵ RDC/ESU, *Les états généraux de l'ESU. Livret des résolutions*, Lubumbashi, Septembre 2011, p.4.

Que vive la République Démocratique du Congo,

Que vive l'Enseignement Supérieur et Universitaire,

Que vive l'Université de Likasi et sa ville

Je vous remercie pour votre attention soutenue.

Fait à Likasi, le 30 octobre 2021

LE RECTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LIKASI

MBUYA MUKOMBO Esaïe

Professeur Ordinaire

*

* *

Première Partie

FORUM DE DISCUSSION

Existe-t-il un Code de droit international privé en République démocratique du Congo ?

Ci-après les opinions de :

1. Joseph YAV KATSHUNG

Professeur, Faculté de droit, Université de Lubumbashi
Avocat, Barreaux du Haut-Katanga et du Lualaba

2. Athanase ESAKI TSHOFU

Apprenant, Master 2, Droit international et Droit européen
Université de Picardie Jules Verne (Amiens/France)
Avocat, Barreau de Kinshasa/Matete

3. Pierre KASONGO LENGE

Avocat, Barreau du Lualaba
Chargé de cours, Université Libre de Kolwezi et Université du Cepromad/Likasi

4. Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO

Professeur, Faculté de droit, Université de Likasi
Avocat, Barreau du Haut-Katanga
Avocat, Cour Africaine des droits de l'Homme et des peuples
Conseil inscrit auprès de la Cour pénale internationale

I. Contexte de discussion

Par son *Appel à contributions* de septembre 2021, la *Revue générale de droit et interdisciplinaire* paraissant à la Faculté de droit de l'Université de Likasi (RGDILI), a eu le réel plaisir d'annoncer à la communauté scientifique, académique et professionnelle son projet de recueillir les opinions des juristes sur une problématique liée aux conséquences juridiques créées par l'abrogation de l'article 915 du code de la famille par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille.

En effet, dans sa version originale de 1987 et jusqu'avant la révision de 2016, l'article 915 de la loi portant code de la famille disposait comme suit : « *Sont abrogés le code civil, livre I ainsi que ses mesures d'exécution, à l'exception du titre II* ». Ce titre II, qui portait sur les « Étrangers », est le seul ayant survécu de l'ensemble du Décret du 20 février 1891 sur « Des personnes ». Il constituait le fondement juridique de l'essentiel du droit international privé congolais à travers ses articles 7 à 15. Il était même qualifié par la doctrine du « code de droit international privé congolais ».

Par la révision du code de la famille intervenue par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, cet unique article (915) grâce auquel survivait encore le titre II (sur « Des étrangers ») de l'ancien code civil livre 1^{er} sur « Des personnes », a été abrogé par l'article III de la nouvelle loi de 2016 dans le lot de nombreux autres articles abrogés.

II. Clé de discussion

De cette brève présentation, une question demeure, celle de savoir : « Peut-on considérer que l'abrogation de la disposition de l'article 915 du Code congolais de la famille par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant celle n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille qui maintenait le titre II de

l'ancien Code civil livre 1^{er}, la République démocratique du Congo n'a plus un « Code de droit international privé » ou tout au moins une législation nationale du droit international privé et spécialement sur l'état et la capacité des personnes ? »

La Revue remercie très sincèrement les chercheurs qui ont émis leurs opinions et reste disposée à recevoir d'autres points de vue même après la parution de ce numéro tout en notant que ces avis ne sont pas évalués.

= Éditeur =

Opinion de M. YAV KATSHUNG Joseph*

Professeur à la Faculté de droit, Université de Lubumbashi
Avocat aux Barreaux du Haut-Katanga et du Lualaba (RDC)

« Le Droit International Privé congolais : Du droit vivant au droit mourant après l'abrogation de l'article 915 du Code de la famille »**I. LIMINAIRES**

Sandrine Clavel affirme que le Droit International Privé *est un « Droit savant » mais aussi « droit vivant », le droit international privé est en perpétuelle évolution*¹. Mais n'est-il pas devenu un « droit mourant » en République Démocratique du Congo [RDC] avec l'abrogation de l'article 915 du Code de la famille, par la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la Famille, supprimant ainsi indirectement – dans ses dispositions finales – le titre II du Code Civil Livre I et amputant ainsi le droit international privé congolais d'une partie essentielle de ses dispositions en matière de conflit des lois ? Abroger une loi ou certaines de ses dispositions, c'est prendre le risque de créer un « vide juridique », une absence de législation concernant un domaine.

Il est donc question dans cet article, d'essayer de donner de l'eau au moulin sur une question qui taraude tout juriste qui se frotte aux aspects d'extranéité du droit qui régit les rapports privés. Il s'agit bien du « Droit International Privé », considéré comme l'une des matières les plus complexes et il constitue, de ce fait, un terrain propice pour les mésententes et les controverses doctrinales. Cette complexité contrevient, pourtant, à l'objectif principal de cette matière, qui est celui de « trouver des solutions raisonnables aux problèmes quotidiens des rapports

* Il enseigne le Droit international privé à l'Université de Lubumbashi et à l'Université de Kolwezi

¹ Sandrine CLAVEL, *Droit international privé*, Paris, édition Dalloz, 2012.

juridiques familiaux ou commerciaux impliquant un élément d'extranéité »². Cet article entend élucider les circonstances et les conséquences de la disparition de l'article 915 du code de la famille, l'état actuel du droit international congolais et plaider son rétablissement afin de garantir la sécurité juridique.

II. DU CONTENU DE L'ARTICLE 915 DU CODE DE LA FAMILLE ET DE SON ABROGATION

Notons que la loi n°87-010 du 1^{er} aout 1987 portant Code de la Famille en RDC dispose à son article 915 que « *sont abrogés le code civil, livre I ainsi que ses mesures d'exécution, à l'exception du titre II.* » De cette disposition, il faut retenir que le Décret du 20 février 1891 qui constituait le Titre II du Code Civil Congolais Livre 1^{er} n'a pas été abrogé par le Code de la Famille de 1987 et est resté en vigueur jusqu'à la modification de la loi en 2016.

Certains juristes – dont nous-même – qualifient ce décret de « Code de Droit International Privé Congolais »³. Mais à bien y regarder, ce décret ne résout que les questions relatives aux conflits de lois, mais non la « nationalité » par exemple. Celles relatives au conflit de juridiction sont contenues dans les articles 147 et 148 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

Ainsi, partant de ce Titre II du Code Civil Congolais Livre 1^{er}, le droit international privé congolais est composé, entre autres, de règles de conflit de lois émanant du Code Civil Congolais Livre 1^{er} et précisément des articles 8 à 15 du titre II intitulé « Des étrangers » et constitués des matières suivantes : - *l'état et la*

² Michael BOGDAN, « Private International Law as Component of the Law of the Forum : General Course on Private International Law », (2011) 348 *Rec. cours*, La Haye, 28.

³ Joseph YAV KATSHUNG, *Droit international privé congolais*, Kinshasa, s.e., 2015, p. 24.

capacité (article 8), les droits sur les biens tant meubles qu'immeubles (article 9), les testaments (article 10), la forme des actes entre vifs (article 11 alinéa 1), les contrats (article 11 alinéa 2), les délits, quasi-délits et les quasi-contrats (article 11 alinéa 3), la forme du mariage, ses effets sur les biens, sur la personne des époux et des enfants (article 12), le divorce (article 13), les lois de police (article 14), ainsi que l'ordre public (article 15).

Cependant, dans ses dispositions finales, la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la Famille, abrogea l'article 915 du Code de la famille, supprimant ainsi, le titre II du Code Civil Livre I et en conséquence, amputant le droit international privé congolais de l'essentiel de ses dispositions alors que l'exposé des motifs ne renseigne pas la nécessité voire l'opportunité de cette abrogation. En effet, la lecture de l'exposé des motifs⁴ de la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et

⁴ Quand il relève que :

« [...] Plus de deux décennies après son application, le Code de la famille révèle cependant plusieurs faiblesses, notamment sur la question spécifique du statut de la femme mariée et de l'enfant. Sur la capacité juridique de la femme mariée, le code l'a limitée d'une manière excessive et discriminatoire en soumettant tout acte juridique posé par elle à l'autorisation maritale. En ce qui concerne la situation juridique de l'enfant, le Code a fait, de manière non objective, une distinction entre le garçon et la fille quant à leur âge nubile et autorisé leur émancipation automatique par le mariage sans tenir compte de leurs intérêts. Il a paru nécessaire d'adapter le Code aux innovations apportées par la Constitution du 18 février 2006 et à l'évolution de la législation nationale, particulièrement la Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant et la Loi n° 15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité. La loi sur la protection de l'enfant a notamment soustrait l'enfant de la même juridiction que les adultes pour les soumettre à la compétence du Tribunal pour enfants. De même, la loi sur les droits de la femme et la parité a promu la concertation et la protection mutuelle en lieu et place de l'autorisation maritale. Prise conformément à l'article 40 de la Constitution, elle s'inspire aussi des traités et accords internationaux ratifiés par la République Démocratique du Congo en matière des droits fondamentaux. De manière spécifique, elle vise à conformer le code de 1987 aux obligations souscrites par la République dans les deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme, dans la Charte africaine

complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la Famille ne renseigne aucune motivation sur le pourquoi de l'abrogation. Tout porte à croire que c'est *une abrogation accidentelle voire par mégarde*.

III. DE L'ABROGATION DE L'ARTICLE 915 DU CODE DE LA FAMILLE CONSTITUANT LES DISPOSITIONS ORGANISANT LE CONFLIT DES LOIS EN DIP CONGOLAIS

A. De l'abrogation accidentelle ou par mégarde de l'article 915 du Code de la famille

Le texte même de l'article III de la *Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille* que nous pouvons qualifier de « fautif » ne fait pas davantage transparaitre ce résultat puisqu'il se limite à énoncer, dans la plus pure tradition de la méthode de législation par référence, que : « Sont abrogés, les articles [...], **915**, [...] de la Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille. »

Bien que cette lecture paraisse lever un premier coin de voile, les raisons de l'abrogation de l'article 915 du code de la famille demeurent, à ce stade, assez mystérieuses si pas inexistantes. Si l'on s'essaie à identifier la cause déterminante de l'abrogation apparemment involontaire de l'article 915 du Code de la famille, il faut montrer du doigt une autre tendance législative contemporaine, tout aussi condamnable selon les termes de Jean-Marie-Pontier :

« Qui arrêtera le législateur dans sa course folle ? Tous ceux qui sont responsables d'une manière ou d'une autre de l'élaboration des textes semblent emportés dans une spirale infernale dont personne n'arrive à se dégager : toujours plus

des droits de l'homme et des peuples, dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes discriminations à l'égard de la femme ainsi que dans la Convention relative aux droits de l'enfant [...] ».

de normes, toujours plus de lois, avec leurs voltes face, la multiplication des malfaçons et des contradictions, et la création régulière de nouveaux monstres juridiques »⁵.

On se serait attendu à ce que l'inadvertance du législateur fût rapidement mise au jour, comme c'est généralement le cas pour ce type d'erreur, et que soit par conséquent apporté un prompt remède. L'abrogation par mégarde de l'article 915 du code de la famille – depuis 2016 – est passée presque inaperçue. Heureusement que Jean-Michel Kumbu Ki Ngimbi et Justin Monsenepwo furent les premiers à percevoir le problème⁶. Il est donc temps, avant d'en étudier le remède, envisager les conséquences de cette abrogation regrettable.

B. Des conséquences de l'abrogation accidentelle ou par mégarde de l'article 915

Le fait qu'une loi ou l'une de ses dispositions ait pu être abrogée accidentellement, est lourd de conséquences car, l'abrogation non réfléchie laisse forcément un vide, aucune nouvelle législation n'étant créée pour remplacer celle abrogée, puisque les législateurs ne sont pas souvent conscients de cette abrogation. Pourtant, des abrogations accidentelles se produisent souvent, poussant certains auteurs de rappeler que la critique des maux de la loi est de toute époque⁷. Ils mettent aussi en avant la difficulté de mesurer objectivement l'inflation législative ou la dégradation de sa qualité. Il reste qu'à dénoncer ce qui

⁵ Jean-Marie PONTIER, « Délire et dérive du législateur », *L'Actualité juridique, Droit Administratif (AJDA)*, Paris, Dalloz, 2015, p. 2001.

⁶ Jean-Michel KUMBU KI NGIMBI et Justin MONSENEPWO, « Problèmes actuels en droit international privé congolais liés à l'abrogation de l'article 915 de la loi 87-010 », (2018) 21-1 *RIA Recht in Afrika* 52-72.

⁷ Lire à ce sujet, Pierre ALBERTINI, *La crise de la loi : déclin ou mutation ?*, coll. « Essais », Paris, LexisNexis, 2015 ; Alexandre FLUCKIGER, « Qu'est-ce que mieux légiférer ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer : le rôle des guides de légistique*, Genève, Schulthess, 2008, p. 11.

peut être qualifiée de crise de la loi et c'est le cas en RDC – par cette abrogation – qui fait perdre le caractère du droit vivant, au droit international privé congolais. Non seulement que le droit international privé a perdu une partie importante de ses matières dans l'indifférence presque générale, mais il ne l'a encore pas retrouvée. Le risque d'insécurité juridique est alors évident car l'abrogation par mégarde génère, en effet, ses propres effets juridiques, susceptibles d'en limiter les conséquences *a priori* inquiétantes.

Au vu des développements qui précèdent, la question de la réalité des effets de l'abrogation malencontreuse peut certes surprendre. Après tout, puisque la suppression de l'article 915 du code de la famille résulte expressément de la *loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille*, supprimant ainsi indirectement – dans ses dispositions finales – le titre II du Code Civil Livre I, ses effets ne sont-ils pas automatiquement ceux qui viennent d'être décrits ci-avant ?

A notre sens, aussi paradoxale que puisse paraître l'interrogation, elle est néanmoins nécessaire. On a vu, en effet, que le caractère purement involontaire de la suppression de cette disposition légale ne peut être remis en cause rendant à notre avis contestable qu'une abrogation *stricto sensu* ait eu lieu, c'est-à-dire la suppression d'un texte en sorte qu'il devienne inapplicable pour l'avenir.

IV. COMMENT DÈS LORS RÉGLER LES QUESTIONS DE CONFLIT DE LOIS EN RDC AVEC CETTE ABROGATION ACCIDENTELLE OU PAR MÉGARDE DE L'ARTICLE 915 DU CODE DE LA FAMILLE ?

Nonobstant l'abrogation, le droit international privé demeure intact en ce qui concerne la nationalité, le conflit des juridictions et la condition des étrangers qui sont régis par des textes différents et non abrogés. Le problème se pose uniquement sur la question des règles de conflit. En effet, comme relevé précédemment, en

RDC, avec l'abrogation de l'article 915 du code de la famille, le droit international privé est amputé d'une grande partie de sa matière, les conflits de lois qui représentent les seules véritables règles des conflits qui existent en droit international privé.

Notons toutefois que bien que la compétence d'élaborer les règles de conflits appartienne au législateur, comme son œuvre est toujours incomplète et même embryonnaire, le rôle de la jurisprudence et de la doctrine demeure important pour orienter et compléter l'œuvre législative. Ainsi, il ne nous paraît pas entièrement iconoclaste, par ailleurs, d'affirmer que les matières énoncées par l'article 915 du code de la famille ont, en toute hypothèse, été maintenues dans le droit positif congolais à ce jour au moins en tant que « *principes coutumiers* » ou en tant que « *principe général de droit* ».

A. Principes coutumiers

Les conditions d'existence de la coutume, source de droit positif au même titre que la loi et à côté d'elle⁸, apparaissent en effet réunies dans le cas présent : d'une part, nonobstant la suppression matérielle de la disposition, elle a continué à être appliquée par la pratique de manière répétitive, générale et constante, avant et après l'abrogation pendant un laps de temps conséquent : on retrouve ici l'élément matériel de la coutume, « usage ancien, constant, notoire et général »⁹. Bien plus, l'élément psychologique de la coutume, *l'opinio juris seu necessitatis*, est également bien présent, puisque le contenu de la disposition supprimée a continué à être mis en pratique avec la conviction des intéressés d'agir en vertu d'une règle obligatoire et, pour cause, la disparition de l'article 915 du code de la famille

⁸ Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEAUX, Muriel FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^{ème} édition, Paris, L.G.D.J., 1994, n° 352 et s., n° 541.

⁹ *Ibid.*, n° 544.

n'ayant, semble-t-il, pas même été prise en compte dans les codifications privées... L'adage *error communis facit jus* nous semble, de la même façon, pouvoir être invoqué à bon escient pour parer aux effets indésirables de l'abrogation pour la période en cours.

B. Recours aux règles de conflits de lois du titre II du Code Civil Livre I comme principes généraux de droit

Bien qu'abrogées par erreur ou par mégarde, les règles de conflit de lois sur le statut personnel, l'état et la capacité, le mariage, le divorce, les obligations contractuelles, délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contractuelles, ainsi que sur les testaments et les successions peuvent être appliquées en RDC et leurs différends être réglés par les tribunaux congolais sur base des principes généraux de droit. Cela ressort de l'Ordonnance de l'administrateur général au Congo du 14 mai 1886 dont l'article 1^{er} dispose : « *Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité.* »

Bien plus, l'on peut faire également usage utile de l'application des principes généraux de droit comme source de droit conformément à l'article 118 alinéa 2 de la *Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire* qui dispose qu' : « *En cas d'absence de coutume ou lorsque celle-ci n'est pas conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit.* »

Dans ce sens, nous joignons donc notre voix à Jean-Michel Kumbu Ki Ngimbi et Justin Monsenepwo quand ils soutiennent que

« [...] les juges peuvent appliquer les règles de conflit de lois contenues dans le titre II du Code Civil Livre I en tant que principes généraux de droit sur base de la combinaison de l'article 1 de l'Ordonnance du 14 mai 1886 et de l'article 118 alinéa 2 de la loi organique du 11 avril 2013. En d'autres termes, – continuent-ils – les juges et les parties pourraient, sans être liés par les dispositions abrogées du titre II du Code Civil Livre I (puisque celles-ci ne font plus partie du droit positif congolais), se servir de ses règles comme indicateurs pour trancher les questions de conflit pouvant surgir à l'occasion d'une situation juridique internationale... Ainsi, le titre II du Code Civil Livre I donnerait aux parties et aux juges des lignes directrices sur la loi applicable aux situations présentant un élément d'extranéité »¹⁰.

EN GUISE DE CONCLUSION

Que faire pour rétablir le Code de droit international privé congolais ?

Rappelons que les conséquences d'une abrogation accidentelle pourraient être particulièrement lourdes et préjudiciables. En effet, le risque est donc d'abroger par erreur un texte d'apparence obsolète mais qui constituerait toujours, en réalité, la base légale d'un acte ou d'une situation actuels. C'est pourquoi, le législateur est astreint à la plus grande rigueur et à la plus grande prudence lors de l'examen des mesures d'abrogation de loi ou d'articles, le doute sur les conséquences juridiques concrètes conduisant toujours à renoncer à l'abrogation d'un texte.

Ainsi, les conséquences juridiques de l'abrogation involontaire de l'article 915 du Code de la famille devront, quoi qu'il en soit, prochainement être jugulées : l'erreur ayant été finalement détectée, le rétablissement de cet article disparu

¹⁰ J.-M. KUMBU KI NGIMBI et J. MONSENEPWO, préc., note 6, p. 66.

devra sans doute figurer désormais au calendrier législatif. Dans cette perspective, si, toutefois, le législateur, en abrogeant une loi, souhaite réellement revenir à l'état antérieur du droit, il lui est possible de recourir à la procédure du « rétablissement », sous une formulation de type : « *L'article 915 du code de la famille [texte précédemment abrogé] est rétabli dans sa rédaction antérieure à la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille [mesure abrogative antérieure]* ».

Cette abrogation passée presque inaperçue participe d'une insécurité juridique préjudiciable à tous. Il convient d'y remédier dans les meilleurs délais. Il s'agira de réintroduire la disposition de l'article 915 du code de la famille au sein d'un nouveau réceptacle juridique, le code du droit international privé congolais. C'est aussi l'occasion pour en améliorer la quintessence. *Faisons qu'il en soit ainsi pour rendre effectivement vivant, le Droit International Privé congolais !*

*

* *

Opinion de M. Athanase ESAKI TSHOFU*

Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete

Apprenant en Master 2 Droit international et Droit européen

Université de Picardie Jules Verne (Amiens/France)

PROLÉGOMÈNES

Le droit international privé est précédé, accompagné et souvent suivi d'une solide réputation de complexité voire d'obscurité¹¹. Au début du XX^e siècle, Thaller le qualifiait de « science des broussailles »¹². Mais c'est aussi celle des vastes panoramas, des paysages superbes et, il faut bien l'admettre parfois, des forêts profondes¹³.

L'obscurantisme complexe de cette branche qu'est le droit international privé repose, sans nul doute, sur la diversité de l'application de ses règles éparses contenues dans plusieurs instruments juridiques tant nationaux qu'internationaux. Ainsi, pour des raisons de sécurité juridique, la nécessité de codifier ses règles s'avère importante. A cet effet, nous pouvons apprécier la teneur de la pensée de Rémy Cabrillac¹⁴, qui a montré que l'alchimie de deux éléments est indispensable à l'éclosion de toute codification : la rencontre d'un besoin social de sécurité juridique et d'une forte volonté politique de codifier¹⁵. Pour ce faire, certains États,

* Athanase ESAKI TSHOFU est Avocat inscrit au Barreau de Kinshasa/Matete ;il est détenteur d'une Licence (BAC+5) en droit public à la Faculté de Droit de l'Université Protestante au Congo (U.P.C) (Kinshasa/RDC) ; il détient un Master 1 en Droit international et Droit européen à la Faculté de Droit de l'Université de Picardie Jules Verne (Amiens/France) ; actuellement, il poursuit ses études comme Apprenant en Master 2 - Droit international et Droit européen à la Faculté de Droit de l'Université de Picardie Jules Verne (Amiens/France).

¹¹ Jean-Pierre LABORDE et Sandrine SANA-CHAILLE de NERE, *Droit international privé*, 19^e édition, collection « Les Mementos/Droit privé », Paris, Dalloz, Avant-propos, 2017.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Rémy CABRILLAC, *Les codifications*, collection « Droit, éthique, société », Paris, PUF, 2002, p. 86.

¹⁵ Bruno OPPETIT, *De la codification*, collection « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 1996, p. 7, spéc. p. 8.

tels que la Belgique¹⁶, la Suisse¹⁷ ou encore l'Italie¹⁸, ont codifié leur droit international privé. Pour sa part, la République Démocratique du Congo avait consacré l'essentiel de ses règles relatives au droit international privé dans le titre II du livre I^{er} du Code civil¹⁹, que certains auteurs ont qualifié de « Code de droit international privé congolais ».

La survivance des règles du droit international privé, en droit congolais, consacrées par le titre II du livre I^{er} du Code civil précité a été faite par l'article 915 de la *Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille* qui disposait : « Sont abrogés le code civil, livre I ainsi que ses mesures d'exécution, à l'exception du titre II ». Cependant, lors de la révision du Code de la famille congolais en 2016, l'article 915 ci-haut cité a été abrogé²⁰. Fort de cette abrogation, d'aucuns ont affirmé que la République Démocratique du Congo n'a plus de Code de droit international privé.

Eu égard à ce qui précède, peut-on affirmer que la République Démocratique du Congo n'a plus de Code de droit international privé du fait de l'abrogation de l'article 915 susmentionné ? De ce fait, pour ne pas aboutir à une conclusion rapide que soudaine d'une telle affirmation, il appert de revenir sur la qualification « imprudente » de certains auteurs sur l'existence d'un Code de droit international privé congolais (I) tiré, de mémoire, du titre II du livre I^{er} du Code civil, d'une part et, d'autre part, rebondir sur les conséquences de l'abrogation de l'article 915 sous examen en droit international privé congolais (II).

¹⁶ Elle a codifié son droit international privé par la Loi portant Code de droit international privé du 16 juillet 2004.

¹⁷ Elle l'a codifié par la Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé.

¹⁸ V. La *Loi du 31 mai 1995 portant sur la réforme du système italien de droit international privé*.

¹⁹ En ce sens, lire les articles 8 à 15 du Décret du 04 mai 1895, Code civil, livre I.

²⁰ Cet article 915 a été abrogé par la Loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille.

I. LA QUALIFICATION « IMPRUDENTE » DE CERTAINS AUTEURS SUR L'EXISTENCE D'UN CODE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CONGOLAIS

Tandis que le droit international privé « international » a de la difficulté à prendre corps en tant qu'ensemble cohérent de règles, il y a, depuis environ deux décennies, une prolifération de codifications nationales des « règles de conflits »²¹. Ce besoin de se donner au niveau national des règles de droit international privé s'explique, peut-être, dans un contexte où les relations transnationales sont de plus en plus nombreuses, par l'échec des projets mondiaux ou par le fait, comme en Europe, que des règles élaborées pour une « région » n'ont pas vocation à régir les relations entre les États membres de la région et le reste du monde²².

Le titre II du livre I^{er} du Code civil congolais intitulé « **Des étrangers** », éteint de droit du fait de l'abrogation de l'article 915 du Code de la famille congolais du 1^{er} août 1987 par la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 le modifiant et le complétant, était qualifié « imprudemment » par certains auteurs de Code de droit international privé congolais. Dans la même veine, Eddy Mwanzo estime qu'il s'agissait d'ailleurs d'une qualification impropre²³. Cette qualification imprudente est compréhensible et peut, par conséquent, trouver un prélude de justifications. En effet, le Code civil congolais, livre I^{er} existait depuis l'époque l'État Indépendant du Congo, soit un décret datant du 4 mai 1895. Dès lors, son titre II était le seul à contenir des dispositions, comprises entre les articles 8 à 15, traitant des règles applicables en droit international privé congolais.

²¹ Sylvette GUILLEMARD, & Alain PRUJINER, « La codification internationale du droit international privé : un échec ? » (2005) 1-2 *Les Cahiers de droit* 175-192.

²² *Ibidem*.

²³ Eddy MWANZO Idin'AMINYE, *Droit international privé congolais*, cours inédit, 5^{ème} édition, Kinshasa, 2018-2019, p. 1.

Cette « survivance » du titre II du Code civil livre I^{er} par l'ancien article 915 du Code congolais de la Famille de 1987, qui était qualifié de « Code de droit international privé congolais »²⁴, « imprudemment », avait permis de conserver en droit positif congolais les dispositions principales du droit internationale privé congolais concernant l'état et la capacité (article 8), les droits sur les biens tant meubles qu'immeubles (article 9), les testaments (article 10), la forme des actes entre vifs (article 11 alinéa 1), les contrats (article 11 alinéa 2), les délits, les quasi-délits et les quasi-contrats (article 11 alinéa 3), la forme du mariage, ses effets sur les biens, sur la personne des époux et des enfants (article 12), le divorce (article 13), les lois de police (article 14), ainsi que l'ordre public (article 15)²⁵.

Pis encore, jusqu'avant 1960, la République Démocratique du Congo, encore sous colonie belge, ne disposait pas d'autres instruments juridiques, hormis ledit décret, mettant en exergue d'autres règles applicables en matière de droit international privé congolais. Il eut fallu attendre le premier trimestre de l'année 1960 pour apercevoir d'autres nouvelles règles de droit international privé congolais ; celles-ci étaient contenues dans le décret du 7 mars 1960, particulièrement en matière d'*exequatur* des jugements et de sentences arbitrales.

Bien après, plusieurs autres textes épars ont consacré des règles en droit international privé congolais ; il s'agit notamment de l'*Ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant code d'organisation et de compétence judiciaires* telle que profondément modifiée par la *Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire*, la *Loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail*²⁶, les

²⁴ Joseph YAV KATSHUNG, *Droit international privé congolais*, cours inédit, Faculté de droit, Lubumbashi, Université de Lubumbashi, 2013, p. 24.

²⁵ Jean-Michel KUMBU ki NGIMBI et Justin MONSENEPWO, « Problèmes actuels en droit international privé congolais liés à l'abrogation de l'article 915 de la loi 87-010 » (2018) 21 *Droit en Afrique* 52-72.

²⁶ Lire la *Loi n°16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la Loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail*, article 6.

différents Actes uniformes de l'OHADA, l'*Ordonnance-loi n°83-033 du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers*, l'*Ordonnance n°87-281 portant mesures d'exécution de l'ordonnance-loi précitée*²⁷. Nous pouvons également y ajouter le Décret du 30 juillet 1888 sur « Des contrats ou des obligations conventionnelles²⁸ ».

L'approche diachronique de l'évolution du droit international privé congolais nous permet de comprendre que la République Démocratique du Congo n'a jamais eu de véritable Code de droit international privé. Ses règles en droit international privé se sont condensées dans des textes épars. Par ailleurs, le titre II du livre I^{er} du Code civil congolais contenait les principales règles du droit international privé congolais, en ce qu'il fixait la situation des étrangers sur le territoire de l'État Indépendant du Congo²⁹, ce qui est devenu aujourd'hui la République Démocratique du Congo. C'est ce titre qui contenait les principales règles de conflit de lois en droit international privé congolais³⁰. Ce dernier ne contenait aucune règle en matière de conflit de juridiction³¹, il serait donc mal aisé de le considérer comme un Code de droit international privé. En conséquence, faire une extension de huit dispositions du décret citées plus haut en un véritable Code de droit international privé congolais s'avère mal aisé car, ce dernier ne constituait pas un ensemble coordonné des textes régissant les différentes matières de droit international privé. Pis encore, quoiqu'ayant un champ d'application très limité,

²⁷ E. MWANZO Idin'AMINYE, préc., note 13, 1-2.

²⁸ Spécialement en son article 24 qui dispose : « L'état et la capacité des personnes, ainsi que leurs rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent ».

²⁹ Il convient de noter que les autres titres du Décret du 4 mai 1895 traitaient des actes de l'état civil, du domicile et de la résidence, de l'absence, du mariage, du divorce et de la séparation de corps, de la filiation, de l'adoption, de l'autorité paternelle, de la tutelle des mineurs, de l'émancipation, de la majorité, de l'interdiction, et du conseil judiciaire. Les dispositions en rapport avec ces différentes matières étaient pour la plupart empruntées au droit civil belge : J-M. KUMBU ki NGIMBI et J. MONSENEPWO, préc., note 15.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Les règles en matière de conflit de juridiction sont contenues dans la *Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire*, articles 147 et 148.

quelques règles de conflit de lois sont contenues dans d'autres lois ; cela démontre que le titre II du Livre I^{er} du Code civil congolais ne contenait pas toutes les règles de conflit de lois, sinon que l'essentiel. Et donc, ce n'était pas un véritable Code de droit international privé congolais.

Notons cependant que l'abrogation de l'article 915 du Code congolais de la famille de 1987 engendre des conséquences juridiques considérables en droit international privé congolais. Il convient d'en aborder dans les lignes qui suivent.

II. LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE L'ABROGATION DE L'ARTICLE 915 DU CODE DE LA FAMILLE DE 1987 EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CONGOLAIS

Sans pour autant avoir supprimé de l'arsenal juridique congolais un Code de droit international privé ; l'abrogation, de l'article 915 par l'article III de la *Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant le Code de la famille de 1987*³², résultant d'une inattention maladroite du législateur, a néanmoins causé des conséquences juridiques majeures que fâcheuses qu'il en faille de dire un mot. Cette abrogation incompréhensible de l'article 915 sous examen a créé un vide législatif en matière de règles de conflit des lois notamment sur le statut personnel, le statut réel, les obligations, les testaments, les successions, et l'ordre public. Cet article était donc une corde de sécurité sur laquelle reposaient paisiblement les règles de conflit de lois susdites. Par conséquent, son abrogation est lourde de conséquence pour la sécurité et la prévisibilité juridiques des parties dans des situations internationales³³.

³² L'article III de la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 dispose : « Sont abrogés, les articles 288, 358, 359, 360, 418, 419, 421, 450, 497, 501, 515, 531, 537, 835, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 930, 931, 932 et 933 de la Loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la Famille ».

³³ J.-M. KUMBU ki NGIMBI et J. MONSENEPWO, préc., note 15.

Quoique ce vide législatif puisse être comblé par des principes généraux de droit en la matière ; il rend, néanmoins, le droit international privé congolais orphelin d'un support matériel formel de haute importance reprenant l'essentiel des règles de conflit des lois. A cet effet, le juge congolais saisi par exemple pour statuer sur une question de conflit de lois en matière de mariage entre un congolais et un étranger ne saura s'appuyer utilement sur une disposition légale pour motiver sa décision car, celle-ci n'existe plus depuis l'abrogation de l'article 915 du Code de la famille de 1987. Celui-ci pourra, pour éviter un déni de justice, faire application des principes généraux de droit sur la question, encore que ces derniers doivent exister.

Dans cette veine, le juge saisi fera application de l'ordonnance de l'Administrateur général au Congo du 14 mai 1886³⁴ pour régler les matières abrogées susdites. En effet, l'article 1^{er} de cette ordonnance dispose : « Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité ». Par ailleurs, loin du débat qui n'a plus lieu d'être sur l'abrogation ou non de l'ordonnance de l'administrateur général au Congo évoquée ci-haut, Kalongo Mbikayi, d'heureuse mémoire, affirmait que l'ordonnance du 14 mai 1886 sur les sources supplétives du droit est encore d'application et que la Cour suprême de justice en fait souvent usage³⁵. Abordant dans le même sens, Matadi Nenga indique par ailleurs que c'est en référence à cette ordonnance que la « Cour suprême de justice » a bâti une série de principes généraux du droit³⁶. En outre, au-

³⁴ *Bulletin Officiel*, 1886, p. 188 et 189.

³⁵ KALONGO MBIKAYI, *Droit Civil*, Tome 1 : *Les obligations*, Kinshasa, 2012, p. 14 ; Voir également : MUSHIGO-a-GAZANGA GIGOMBE, *Les principes généraux du droit et leurs applications par la Cour suprême de justice du Congo*, Bruxelles, 2002 ; KALONGO MBIKAYI et BUKA EKA NGOY, « Le juge zaïrois et l'interprétation des principes généraux du droit national » (1971) *Revue zaïroise de droit*, numéro spécial, 31 à 41.

³⁶ MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2006, para. 15.

delà de priver le droit international privé congolais de la majeure partie de ses règles de conflit de lois, cette abrogation crée également une insécurité juridique pour les personnes, les familles, et les entreprises dans les rapports internationaux. Pis est, dans des situations civiles et commerciales comportant un élément d'extranéité, l'absence de règles de conflits de lois rendra difficile en droit congolais la détermination de la loi applicable avec certitude et prévisibilité³⁷.

L'abrogation de l'article 915, qui fait l'objet de notre étude, par l'article III de la Loi n°16/008 du 15 juillet 2016, qui est très probablement une œuvre législative involontaire à notre entendement, a laissé un arrière-goût au droit international privé congolais qui a du mal à la digérer.

Le législateur aurait dû plutôt modifier le décret du 4 mai 1895 portant Code civil congolais, livre I^{er} pour le marier aux modifications apportées au Code de la famille de 1987 afin de le conformer aussi aux obligations souscrites par la RDC dans les deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme, dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes des discriminations à l'égard de la femme ainsi que dans la Convention relative aux droits de l'enfant.

*

* *

³⁷ J-M. KUMBU ki Ngimbi et J. MONSENEPWO, préc., note 15.

Opinion de M. Pierre KASONGO LENGE*

Avocat au Barreau du Lualaba

Chargé de cours aux Facultés de droit des Universités Libre de Kolwezi
et du Cepromad/Extension de Likasi

I. INTRODUCTION

Sous l'empire du Décret du 4 mai 1895 portant code civil des personnes, spécialement son titre II relatif aux étrangers, en ses articles 7 à 15, le législateur congolais avait prévu plusieurs questions en rapport avec le droit international privé. A titre d'illustration, il faut relever le cas de l'article 9 du décret sous examen, en ce qui concerne les droits reconnus à une personne sur les biens, qui énonçait que : « Les droits sur les biens tant meubles qu'immeubles sont régis par la loi où ces biens se trouvent »¹.

Il y a lieu d'évoquer également l'article 12 du même Décret qui, s'agissant du mariage, disposait que :

« Quant à la forme, celui-ci est régi par la loi du lieu où il est célébré; quant à ses effets sur la personne des époux, par la loi de la nationalité à laquelle appartenait le mari au moment de la célébration ; par la loi du premier établissement des époux, sauf preuve d'une intention contraire pour ce qui est des effets sur les biens et ce, en l'absence des conventions matrimoniales et, enfin, par la loi de la nationalité du père au moment de la naissance, quant à ses effets sur la personne des enfants »².

* Pierre KASONGO LENGE est Licencié en Droit, Département de Droit privé et judiciaire, Licence obtenue avec la mention « Distinction » à l'Université de Likasi. Il est Avocat au Barreau du Lualaba et Chargé des cours aux Facultés de droit des Universités Libre de Kolwezi et CEPROMAD/Likasi.

¹ Article 9 du Décret du 4 mai 1895 portant code civil, livre 1^{er} sur « Des personnes ».

² Article 12 du même Décret.

C'est ce décret que plus d'un qualifie de code congolais de droit international privé, défini comme « l'ensemble des règles applicables aux personnes privées dans leurs relations internationales³ ».

Aujourd'hui, avec les différentes réformes législatives connues, notamment la modification de la loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille par celle n° 16/008 du 15 juillet 2016, l'unique article du code de la famille qui maintenait encore le titre II du Décret précité a été abrogé⁴. Ainsi, qu'en est-il du code congolais de droit international privé, pouvons-nous dire que par l'abrogation de l'article 915 du code de la famille qui maintenait le titre II du Décret du 4 mai 1895, la République Démocratique du Congo n'a plus de code de droit international privé ? Ceci, nous conduit à analyser la question dans les lignes qui suivent et après quoi, nous allons tirer une conclusion.

II. SITUATIONS RÉGIÉS PAR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Il est important de connaître les situations régies par le droit international privé afin de bien comprendre l'état actuel de notre législation et déduire si ce droit n'existe plus en RDC, faute de texte le consacrant. Écrivant à ce propos, Joseph Yav Katshung dit que :

« [...] selon les États, l'objet du droit international privé est conçu de façon plus ou moins extensive. Dans les pays anglo-saxons par exemple, le droit international privé est limité au droit des conflits de lois et de juridictions. La nationalité et la condition des étrangers relèvent du droit public pur. Dans

³ « Le Droit International Privé », CICADE-2015, en ligne : <www.cicade.org> (consulté le 28 juillet 2021).

⁴ C'est en ce sens que l'article III de la loi modificative dispose que : « sont abrogés, les articles 288, 358, 359, 360, 418, 419, 421, 450, 497, 501, 515, 531, 537, 835, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 930, 931, 932 et 933 de la loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille.

d'autres États comme l'Allemagne et l'Italie, la conception du droit international privé est encore plus restreinte car elle ne s'applique qu'aux conflits de lois, les conflits de juridictions étant abordés en procédure civile. La conception congolaise voire française est quant à elle très large puisqu'elle concerne quatre domaines spécifiques : la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois qui constituent un élément incontournable et les conflits de juridictions »⁵.

Lorsque nous prenons les quatre domaines évoqués par Joseph Yav Katshung, nous nous rendons compte qu'il n'y a pas que le Décret de 1895 précité qui consacrait la matière relative au droit international privé au Congo, mais il y a lieu de considérer aussi d'autres textes des lois comme la *Loi n° 04/024 du 12 Novembre 2004 relative à la nationalité congolaise*, *l'Ordonnance-loi n° 83-33 du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers* et *l'Ordonnance n° 87-281 du 13 août 1987 portant mesures d'exécution de l'ordonnance-loi n° 83-33 du 12 septembre 1983 sur la police des étrangers*.

Toutes ces lois forment, à notre avis, un ensemble des règles relatives au droit international privé congolais, sans pour autant négliger certaines autres règles de procédure comme celles prévues aux articles 147 et 148 de la *Loi organique n° 13/011-B du 11 Avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire*, concernant la compétence générale ou internationale des juridictions congolaises.

Bien plus, la doctrine enseigne qu' :

« Il existe fort peu de règles substantielles, de source nationale ou internationale, spécialement forgées pour régir les

⁵ Joseph YAV KATSHUNG, *Droit international privé*, cours, Deuxième Licence, faculté de droit, Likasi, Université de Likasi, 2017-2018.

situations internationales. Le plus souvent, la relation internationale de droit privé sera soumise aux mêmes règles substantielles que celles qui s'appliquent aux relations internes équivalentes »⁶.

Dans le même ordre d'idées, on considère que

« [...] le droit international privé n'est pas une matière homogène, étant donné qu'il existe plusieurs droits internationaux privés notamment un droit international privé à la française que les juges étrangers ne sont pas tenus de respecter. En effet, chaque pays élabore ses propres règles pour déterminer quelle loi appliquer lorsqu'une situation présente un caractère international. Chaque État édicte donc son propre droit international privé »⁷.

Il est certes vrai que le législateur congolais ne s'est pas encore intéressé à fond sur toutes les questions de droit international privé en raison notamment du nombre peu important des lois déjà prises concernant la matière. C'est ici peut-être l'occasion pour nous de saluer le courage et surtout l'intérêt porté à la question par le Député national Daniel Mbau Sukisa qui, dans sa proposition de loi relative à la modification de la loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille, fort critiquée sur l'aspect de la fixation maximale du montant de la dot, a prévu la réorganisation du Droit international privé à travers la réaffirmation et l'assouplissement des principes applicables aux étrangers et aux situations présentant un élément d'extranéité. Si bien que cette proposition de loi ne suffit pas, on note tout de même huit dispositions consacrées au Droit international privé, allant de l'article 930 à l'article 933.⁸

⁶ Sandrine CLAVEL, *Droit International Privé*, 5^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2018, p.3.

⁷ « Le Droit international privé », CICADE-2015, préc., note 3.

⁸ Exposé des motifs de la proposition de loi de juillet 2021 relative à la modification de la loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille.

CONCLUSION

Somme toute, nous relevons de notre réflexion que la RDC ne dispose pas d'assez d'instruments juridiques organisant d'une manière complète et cohérente le droit international privé. Ceci revient à dire qu'il y a tant des questions de droit international privé qui échappent jusque-là à l'ordre juridique congolais. Cependant, en partant de l'étude des situations régies par le droit international privé, nous avons constaté qu'il existait des textes de loi et il en existe encore quelques-uns qui consacrent la matière. Ainsi, lorsque nous prenons l'ensemble de toutes ces lois, il y a lieu d'affirmer l'existence en RDC, non pas d'un code de droit international privé mais d'un ensemble des règles éparses susceptibles d'en constituer une discipline distincte.

Il convient dès lors de noter que même les quelques textes de loi en vigueur sur le droit international privé ne balayent pas toutes les questions relatives à ce droit. D'où, il revient au législateur congolais de s'inscrire dans une démarche de *lege ferenda* en vue de renforcer l'arsenal juridique congolais quant au droit international privé.

*

* *

Opinion de M. Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO*

Professeur à la Faculté de droit, Université de Likasi

Avocat au Barreau du Haut-Katanga

Avocat à la Cour Africaine des droits de l'Homme et des peuples

Conseil inscrit auprès de la Cour pénale internationale

INTRODUCTION

En vue de répondre à la question suscitée dans ce débat, nous allons repartir la présente intervention en trois points essentiels. Dans un premier temps, nous commençons par démontrer que le droit international privé congolais n'est pas encore organisé structurellement, ses normes sont éparpillées dans différents documents qu'il est difficile de le comprendre. À partir de cette moindre démonstration, nous allons préciser notre compréhension des termes de référence.

Dans le deuxième temps, au regard de la théorie de l'existence d'un code de droit international privé pour la RDC, nous allons nous efforcer de donner un avis contraire à cette théorie. Cette position nous conduit à répondre, dans un troisième temps, à la question posée dans le forum, celle de parler de l'abrogation de l'article 915 du code de la famille par l'article III de la loi de 2016 modifiant et complétant le code de la famille. Nous dégageons ici les conséquences de cette abrogation au regard du droit congolais.

Au quatrième temps, nous proposons, à trois niveaux, les solutions pour sortir du vide juridique créé par l'abrogation de l'article 915 du code de la famille. Dans cette partie de notre réflexion, nous dégageons notre point

* Il enseigne le Droit international privé à l'Université de Likasi, à l'Université Protestante de Lubumbashi et à l'Université Méthodiste de Kamina.

de vue face aux cas soumis au juge congolais avant et après la promulgation de la loi de 2016 ainsi que notre critique face à la position actuelle de l'État congolais au regard de cette abrogation. Nous avançons une petite conclusion pour clore cette intervention.

I. DE L'ÉPARPILLEMENT DES NORMES À LA POSITION DU PROBLÈME

Le droit international privé est souvent qualifié de matière nébuleuse. L'appréhension qu'il suscite est liée au fait que les litiges internationaux appellent une réflexion distincte du raisonnement juridique classique puisque la seule présence d'*élément d'extranéité* suffit à différer la résolution du litige pour n'aborder d'abord que des questions de compétence internationale et d'applicabilité des normes. Son caractère nébuleux est aussi certainement dû à l'éparpillement des sources des règles de droit international privé, [dans plusieurs pays, en ce que celles-ci retrouvent éparpillées] tant dans l'arsenal juridique interne que dans celui international, voire régional¹. L'absence d'un code unique et spécifique contenant ses règles participe à rendre sa compréhension difficile et son applicabilité compliquée. Ainsi, à l'intérieur de l'État, les normes du droit international privé se sont installées dans divers codes et lois spéciales, sans que ceux-ci ne déterminent clairement leur influence au droit international privé.

Dans le cas du droit interne congolais par exemple, un désordre s'était déjà installé depuis la colonisation puisque les règles de droit international privé se retrouvent aussi bien dans le code de la famille, ancien code civil (nationalité, mariage, domicile, résidence, succession, libéralité, etc.), dans

¹ Sylvie SAROLEA, « Le code de droit international privé et le droit familial : le grand nettoyage de printemps », (2004) 4 *Revue trimestrielle de droit familial* 819-871, 820.

le code civil livre III (contrats en général)², dans la loi sur le régime général des biens et régime immobilier (droit réel)³, dans la loi sur l'organisation, le fonctionnement et la compétence des juridictions (de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire)⁴, dans le code de procédure civile (notions de compétence, de l'intervention, de la procédure, des mesures provisoires, des exceptions, etc.), qu'au sein d'une série fort longue des lois spéciales telles que la loi sur la police des étrangers, celle sur l'immigration, sur le travail des étrangers au Congo, etc. Il faut ajouter le fameux titre II, sur les « Étrangers », contenu dans le Décret du 20 février 1891 sur « Des personnes » (ancien livre 1^{er} du Code civil congolais hérité de la colonisation belge), qui réglait la matière relative au conflit de lois au Congo.

Il faut clarifier que cet éparpillement du droit international privé congolais n'est pas ni un vide juridique, ni un désordre législatif car organisé par des règles de conflit de lois reprises dans le Code civil congolais livre 1^{er} sur « Des personnes », précisément à son titre II sur « Des étrangers ». Le droit international privé congolais était en grande partie régi par le titre II du Code civil livre 1^{er}. Ce sont les dispositions contenues dans ce titre II qui permettaient, dans les situations juridiques comportant un élément d'extranéité, de déterminer avec certitude la loi applicable en matière de statut personnel, de statut réel, d'obligations, de testament et de succession (état et capacité des personnes) ; c'est ce qu'on appelle « les règles de conflit de lois ». Ce code civil livre 1^{er} a existé par le *Décret du 4 mai 1895*⁵. Mais

² Voir le Décret du 30 juillet 1888 sur les contrats et les obligations conventionnelle (code civil livre III).

³ Il s'agit de la Loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés, telle que modifiée et complétée par la Loi n° 80-008 du 18 juillet 1980, dans *Journal officiel de la RDC*, numéro spécial, 47^{ième} année, 5 avril 2006.

⁴ C'est la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

⁵ Ce décret de 1891 a été publié le 4 mai 1895 au *Bulletin officiel*, 1895, p.138.

comme les différents conflits qui surgissent en droit international privé ne sont pas résolus uniquement par les règles de conflit de lois, ils le sont aussi par les différentes normes du conflit de juridictions, de la nationalité et de la condition des étrangers telles que la loi sur la nationalité congolaise, les différents textes conférant les compétences juridictionnelles et les règles de procédure, ainsi que les lois spéciales sur la condition des étrangers, il est important de se demander si l'on pourrait conférer à ce titre II de l'ancien code civil livre 1^{er} le qualificatif d'un « code de droit international privé congolais ».

La situation préoccupante actuelle provient du fait que le Code civil livre 1^{er}, à l'intérieur duquel se trouvait le titre II précité, a été abrogé par le Code de la famille. L'éparpillement législatif que connaît le Congo en cette matière a été bien réglé lors de l'adoption du Code de la famille. En effet, en 1987, lors de l'adoption et de la promulgation de la *Loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille*⁶, l'article 915 faisait résister le titre II du Code civil livre 1^{er} de l'abrogation de l'ensemble de ce dernier code en ce qu'il stipulait que : « *Sont abrogés le code civil, livre I ainsi que ses mesures d'exécution, à l'exception du titre II* ». Cela faisait transparaitre que, de l'ensemble des dispositions du Code civil livre 1^{er}, seules celles relatives au titre II restaient en vigueur et constituaient l'ensemble des normes sur le règlement de conflit de lois en République démocratique du Congo (RDC). Le titre II en question comportait au total neuf articles, allant des articles 7 à 15 et réglant les conflits de lois liés au statut personnel de l'individu, au statut réel, aux obligations, aux testaments et successions, ainsi qu'aux lois de

⁶ Cette Loi a été publiée dans le *Journal officiel de la République du Zaïre*, numéro spécial, 1^{er} août 1987.

police et de sûreté publique à l'intérieur de l'État, à la force exécutoire des décisions rendues à l'étranger⁷, ...

Cette situation d'éparpillement des normes du droit international privé congolais, loin de quitter l'arsenal juridique, s'est davantage détériorée avec la modification de la Loi de 1987 par celle n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant celle n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille. Par cette première loi modificatrice du code de la famille, l'article 915 précité a été abrogé par l'article III dans le lot de nombreux autres articles du code de la famille. C'est cet état de choses qui pousse le juriste à s'interroger si le titre II relatif aux « Étrangers », incorporé au code civil livre 1^{er} par le *Décret du 20 février 1891* pourrait encore être considéré comme existant et applicable en matière de conflit de lois en RDC? Il faut donc se demander quel est le texte applicable actuellement en RDC en matière de droit international privé après l'abrogation de l'article 915 du Code de la famille? En pratique, l'on tente de se poser la question de savoir sur quelle base un juge saisi des faits relevant du droit international privé tranchera-t-il lorsque l'on sait que ce décret, qui permettait de trouver des solutions en cas de conflit de lois et qui existait par le fait de l'article 915 du code de la famille de 1987, a été abrogé ?

Les réponses à ces questions appellent préalablement une observation, celle qui consiste à affirmer ou à infirmer l'existence d'un « Code de droit international privé congolais » : existe-t-il ou a-t-il existé un code congolais

⁷ Pour plus de détails, voir Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Code expliqué du droit international privé congolais. Commentaires des lois internes et conventions internationales à l'aide de la jurisprudence et de la doctrine*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2012, p.201 et ss. ; voir également Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, *Règlementation congolaise du droit international privé. Essai de mise en commun avec notes*, Deuxième édition revue et mise à jour, Lubumbashi, Éditions Centre Africain d'Études et de recherche en Droits de l'Homme-Yula, 2009, p. 81 et ss.

du droit international privé dans le sens que le concept « code » est compris dans les pays où le code de droit international privé existe déjà⁸ ?

À la fin de tout argument au titre de réponse à ces questions, il y a lieu de dénoncer la malignité du législateur congolais qui tente de combler le vide qu'il a créé en considérant le titre II du code civil livre 1^{er} abrogé comme un texte complémentaire annexé au Code de la famille, dans certaines versions du journal officiel de la RDC. Ce résumé sera suivi d'une petite conclusion qui présente une voie de sortie pour l'application des normes de conflit de lois en RDC.

II. LE CODE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CONGOLAIS « ABROGÉ » A-T-IL EXISTÉ ?

Nous partons de l'explication que donne le commun de mortels au concept « code », reconnu comme « un ensemble de dispositions normatives, placées dans un ouvrage présentant dans une même reliure une suite logique de Livres, de Titres, de Chapitres, de Sections, quelque fois de Sous-sections, de Paragraphes et enfin, d'articles ». Il doit également être entendu comme « un ensemble de lois et textes règlementaires, normatifs ou juridiques qui forment un système complet de législation dans une branche du droit », l'exemple de la branche du droit international privé. Brièvement et en droit, le « code » est considéré comme « un recueil de lois ou de règles juridiques définies par un groupe, une société, un métier, un État ».

⁸ Certains pays ont déjà procédé à la codification du droit international privé. Nous pouvons citer l'Allemagne, la Suisse, l'Italie, la Fédération de Russie, la Belgique, le Vietnam, le Monaco et, plus près de nous, la Tunisie. Lire ces précisions dans Françoise MONÉGER, *Droit international privé*, 8^{ième} édition, coll. « Objectif Droit. Cours », Paris, LexisNexis, 2018, p.11.

Devant pareilles précisions, le titre II du Code civil livre 1^{er} répond-t-il à ces éléments de définitions proposées pour être qualifié de « code de droit international privé congolais »?

Pour mieux y répondre, il faut partir de l'explication que lorsque l'on voudrait déterminer originairement le droit international privé, pris dans son sens strict, deux objets sont principalement à retenir : celui de loi applicable lorsqu'il y a un élément d'extranéité dit du « **conflit de lois** » et celui de « **conflits de juridictions** ». Le premier objet permet de faire un choix entre les différentes lois en présence pour déterminer celle qui règlera la relation. Tandis que le second permet de savoir comment désigner le tribunal compétent pour régler un différend. À ce deuxième objet, l'on présente deux volets, celui relatif à ce que l'on nomme la « **compétence directe** », c'est-à-dire les règles qui permettent de savoir quand un tribunal peut être saisi, et celui relatif à la « **compétence indirecte** », puisqu'il sera nécessaire d'apprécier la compétence du juge étranger qui a statué⁹ sur un cas dont l'exécution peut ou pourra être suivie dans un autre pays. Toutefois, même s'il existe des pays qui considèrent qu'il s'agit de question de droit public et non de droit privé¹⁰, la conception d'origine française très large du droit international privé ajoute un troisième objet de cette discipline, l'étude de la **nationalité** et de la **condition des étrangers** (entrée et séjour des étrangers, exercice des droits).

Tous les trois objets énumérés ci-dessus contiennent chacun un texte légal qui le régit au Congo. Ainsi, pour la RDC par exemple, il existe : - une loi organisant le conflit de lois, c'est le titre II du code civil livre 1^{er} sur les étrangers, qui vient d'être abrogé ;

⁹ F. MONÉGER, préc., note 8, p.2 et 3, n° 6-9.

¹⁰ *Idem*, p. 3, n° 10.

- plusieurs textes de lois régissant les conflits de juridictions notamment le code de procédure civile, les lois organiques relatives à l'organisation, au fonctionnement et à la compétence des juridictions des ordres administratif et judiciaire ;
- la nationalité, organisée par *loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise* ;
- la condition des étrangers est, elle, règlementée par *l'ordonnance-loi n°83-033 du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers*¹¹.

Comme on le constate, le droit international privé congolais contient des textes épars; il serait, à notre avis, exagéré de qualifier les neuf articles constituant le Titre II du Code civil congolais livre 1^{er} comme un « code ». Ce seul texte sur le conflit de lois ne peut pas, en toute évidence, être assimilé à un « code » pour la simple raison qu'il ne contient pas toutes les matières formant les trois objets du droit international privé. L'on se limiterait à qualifier le titre II du code civil livre 1^{er} comme une partie, un objet, du droit international privé et non un code, un recueil consistant à rassembler des normes dispersées, législatives ou réglementaires pour les rendre cohérentes et accessibles, à travers un plan logique ; il est tout sauf un « code ».

III. L'ABROGATION DE L'ARTICLE 915 DU CODE DE LA FAMILLE ET SES CONSÉQUENCES JURIDIQUES

L'article III de la *Loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la Loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille* a abrogé 26 articles du code de la famille. Parmi eux se trouve l'article 915 qui maintenait expressément et assurait la survie du titre II, sur « Des

¹¹ Détails et commentaires de ces différents textes, dans P.F. KANDOLO ON 'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 7.

étrangers », du code civil livre 1^{er}. Les raisons de cette abrogation ne sont pas contenues ni dans l'exposé de motifs, qui visait à corriger les faiblesses du code de la famille spécifiquement sur le statut de la femme mariée et de l'enfant, ni dans le corps de la loi de 2016.

En incluant cet article dans le lot de 26 articles abrogés, l'article III de la loi de 2016 a purement et simplement supprimé le texte qui organisait la question de conflit de lois de l'arsenal juridique congolais car, comme nous le savons, l'abrogation consiste en la suppression d'une règle normative qui cesse ainsi d'être applicable pour l'avenir ; elle annule pour l'avenir le caractère exécutoire d'un texte législatif ou réglementaire¹². Lorsque le législateur abroge une loi ou une disposition, c'est donc non seulement la forme de cette loi qu'il fait disparaître¹³ mais c'est également à sa force exécutoire qu'il s'attaque¹⁴. La disposition abrogée ne fait plus partie de la législation¹⁵, c'est comme si elle n'avait jamais existé.

De ces précisions, l'on est assurément tenté de conclure à l'inexistence, à l'heure actuelle, de la loi congolaise de droit international privé sur le conflit de lois. En d'autres termes, sauf quelques règles de conflit de lois contenues dans d'autres lois et ayant un champ d'application très limité, le droit international privé congolais ne dispose plus, depuis 2016, des règles de conflit de lois claires et spécifiques semblables à celles qui constituaient le titre II du Code civil livre 1^{er}. Cette abrogation, ainsi que le soulignent Kumbu Ki Ngimbi et Monsenepwo Mwakwaya, prive le droit positif congolais des dispositions principales de droit international privé, entraînant

¹² Denis NADEAU, « Le remplacement d'une disposition législative : une abrogation méconnue », (1987) 19-2 *Revue générale de droit* 377-397, 378.

¹³ Pierre-André COTÉ, *Interprétation des lois*, 5^{ème} édition, Montréal, Thémis, 2021, p.82.

¹⁴ *Idem*, p.84.

¹⁵ Georges DESLISLE, *Traité de l'interprétation juridique*, t.1, Paris, Delamotte, 1849, p.96, n°41.

ainsi une insécurité juridique pour les personnes, les familles et les entreprises dans les rapports internationaux¹⁶.

De cette position, quelle peut être la solution lorsque le juge est saisi d'un litige ayant un élément d'extranéité devant être tranché par les règles de conflit de lois ? Cette question nous conduit à examiner les pistes de solution au regard de cette carence législative née de l'abrogation expresse de l'article 915 du code de la famille.

IV. LES PISTES DE SOLUTIONS ENVISAGEABLES

Face à la carence de la loi sur le conflit de lois en RDC, les solutions que nous proposons proviennent de l'application de la loi abrogée dans les cas soumis au juge avant l'abrogation, de l'usage des dispositions abrogées comme principes généraux du droit et de la critique face à la position malicieuse de l'État congolais face à cette abrogation.

1. Notre position face au cas soumis au juge avant la loi de 2016

Aucune difficulté n'est envisagée au regard des cas soumis à la connaissance du juge avant l'abrogation du texte, ceux-ci sont réglés conformément à la loi abrogée (loi ancienne). En effet, toute loi est applicable dans le temps dès la date de son entrée en vigueur jusqu'à celle de son abrogation. En principe, bien que la résolution des conflits de lois dans le temps est soumise à des exigences contradictoires¹⁷, les situations nées avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sont tranchées selon la loi

¹⁶ Jean-Michel KUMBU ki NGIMBI et Justin MONSENEPWO, « Problèmes actuels en droit international privé congolais liés à l'abrogation de l'article 915 de la loi n 87-010 » (2018) 21 *Law in Africa* 52-72, 61.

¹⁷ Astrid MARAIS, « Le temps, la loi et la jurisprudence : le bon, la brute et le truand », *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet*, Paris, Dalloz, 2011, p.384.

ancienne (abrogée) : c'est le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle¹⁸ que nous évoquons ici.

2. Notre position sur le règlement des cas soumis ou à soumettre au juge après 2016

Pour les cas soumis au juge après l'entrée en vigueur de la loi abrogatoire de 2016, il est important de considérer les dispositions des articles 7 à 15 de l'ancien titre II du code civil livre 1^{er} comme faisant partie des principes généraux du droit¹⁹. En effet, selon l'article 118, alinéa 2 de la *Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire*, « [E]n cas d'absence de coutume ou lorsque celle-ci n'est pas conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit ». Plus explicite est l'*Ordonnance de l'Administrateur général au Congo du 14 mai 1886*, qui énonce, en son article 1^{er} que : « [Q]uand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit²⁰ et l'équité ». Les principes généraux du droit sont, au fond, des règles qui ne résultent d'aucun texte écrit ayant valeur juridique, mais auxquelles [...] l'on reconnaît une valeur législative et même constitutionnelle²¹.

¹⁸ Ce principe est consacré dans la Constitution de la RDC du 18 février 2006, article 17.

¹⁹ Cette position est soutenue également par J.-M. KUMBU KI NGIMBI et J. MONSENEPWO, préc., note 17, p.63-64.

²⁰ C'est nous qui soulignons.

²¹ Conseil d'État, 16 mars 1962, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*, Rec., p. 394, dans André ICARD, *Lexique juridique*, en ligne : <<https://www.jurisconculte.net/fr/lexique/id-111-principes-generaux-du-droit>> (consulté le 29 décembre 2021), v° principes généraux du droit.

3. Critique face à la technique mise en œuvre par l'État congolais d'ignorer l'article III de la Loi de 2016

À ces solutions s'ajoute la technique utilisée par l'État congolais pour continuer à voir le titre II du code civil livre 1^{er} (conflit de lois) être appliqué par les juges dans les cas leur soumis. En effet, dans un recueil du Code de la famille publié par le Ministère du genre, enfant et famille de la RDC après la promulgation de la loi de 2016, il est curieux de constater que l'ensemble du titre II du code civil livre 1^{er} a été annexé au Code de la famille révisé comme « Loi complémentaire » devant faire un tout avec ce dernier pour être appliquée²². L'idée derrière cette annexe au code de la famille aurait pour objet d'ignorer les termes de l'article III de la loi de 2016 et de continuer à donner vie au titre II de l'ancien code civil livre 1^{er}.

Cette idée de vouloir faire appliquer un texte abrogé fait prévaloir l'idée selon laquelle l'abrogation du titre II du code civil livre 1^{er} aurait été le résultat d'un oubli involontaire ou d'une inattention maladroite du législateur de 2016²³. Il faut donc, selon l'État congolais, corriger coûte que coûte l'erreur commise, devenue pourtant irréparable.

Face à cette reconnaissance d'erreur ou de faute commise par toute la communauté (à travers les représentant du peuple), des propositions faites ci-dessus, et celles avancées par les prédécesseurs qui ont réfléchi sur la question, s'avèrent pertinentes et pratiques.

²² « Loi complémentaire – Décret du 4 mai 1895 portant Code civil des personnes », dans R.D.C.-MINISTÈRE DU GENRE, ENFANT ET FAMILLE, *Le Code de la famille* [modifié et complété par la Loi n°04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise et la Loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille], Kinshasa, 2016.

²³ J.-M. KUMBU KI NGIMBI et J. MONSENEPWO, préc., note 17, p.62.

CONCLUSION

Devant un vide juridique comme celui que connaît actuellement le droit international privé congolais, il faut mettre des mécanismes légaux susceptibles de réguler rapidement la société congolaise. Cela sous-entend que l'État devra, le plus rapidement possible, profiter de ce vide pour élaborer et adopter une loi ou un code de droit international privé congolais qui rassemblera, de manière cohérente, toutes les dispositions faisant partie de trois objets du droit international privé cités ci-dessus, à savoir le conflit de lois, le conflit de juridictions, la nationalité et la condition des étrangers en RDC.

En suivant cette voie, la RDC ne sera pas dans sa première l'expérience de tenter de s'octroyer un Code de droit international privé. Depuis 1983, les tentatives de codification du droit international privé ont échoué. En effet, il existe un projet de codification du droit international privé congolais qui fut établi par la Commission permanente de réforme du droit congolais en 1983, mais aucune évolution n'a été observée dans ce domaine jusqu'à ce jour. Aujourd'hui encore, un projet de Loi ou d'un code de droit international privé congolais, initié lors de cette troisième législature, serait en étude au Parlement.

Adopter un code de droit international privé en RDC ne serait pas une innovation congolaise. Cette absence de codification du droit international privé est d'autant plus surprenant que beaucoup de pays y ont déjà procédé : l'Allemagne, par la *Loi fédérale du 25 juillet 1986*²⁴ ; la Suisse, avec la *Loi fédérale du 18 décembre 1987*²⁵, l'Italie, par la *Loi du 31 mai 1995*²⁶ ; la

²⁴ *Revue critique de Droit international privé*, 1987, p. 1 et s.

²⁵ *Idem*, 1988, p. 202.

²⁶ *Idem*, 1996, p. 1 et s.

Fédération de Russie, avec la *Loi fédérale du 26 novembre 2001*²⁷ ; la Belgique, par la *Loi 16 juillet 2004*²⁸ ; le Vietnam, par la *Loi de 2015*²⁹ ; le Monaco, par la *Loi du 28 juin 2017* ; et, plus près de nous, la Tunisie, par la *Loi du 27 novembre 1998*³⁰. Nous pouvons donc suivre leurs pas sans être gênés.

L'État devra mettre en place un code qui aura pour caractéristiques l'accroissement de la transparence en augmentant la clarté et la prévisibilité, la modernité des règles et un esprit beaucoup plus internationaliste. Il règlera une fois pour toute et en un seul document les questions de conflit de lois, de conflit de juridictions, de la nationalité et de la condition des étrangers en RDC.

*

* *

²⁷ Idem, 2002, p. 182.

²⁸ Idem, 2005, p. 154.

²⁹ Idem, 2016, p. 615, avec commentaires de Quoc Chien NGO et Van Anh LY.

³⁰ Idem, 1999, p. 227.

Deuxième Partie

DOCTRINE

Les sujets traités dans ce numéro résultent de :

Droit constitutionnel

Droit administratif

Droit de l'environnement

Droit fiscal

Droit pénal et droit pénitentiaire

Droit civil (droit de la famille)

ARTICLES

La guerre des droits : limitation de la libre circulation pour urgence sanitaire en République démocratique du Congo

Richard LUMBIKA NLANDU*

Jeancy NSALA**

RESUMÉ

Le droit international des droits de l'homme garantit à chaque citoyen les droits essentiels et fondamentaux dont les pouvoirs publics ne peuvent, en principe, restreindre l'exercice. Cependant, la pandémie de COVID-19 a atteint clairement le niveau d'une menace à la santé publique pouvant justifier des restrictions à certains droits, notamment la liberté de circulation. Par ailleurs, face à l'ampleur de la crise du Covid-19, le gouvernement congolais devrait prendre non seulement en compte la santé de chaque habitant du pays, mais également l'ensemble de ses droits en adoptant des mesures adaptées afin d'éviter d'asphyxier les ménages en état de survie.

Mots clés : Covid-19 – Droit à la santé – Droit à la liberté de circulation – Restriction – Ménages en état e survie.

ABSTRACT :

The International human rights law guarantees every citizen the essential and fundamental rights, the exercise of which the public authorities cannot, in principle,

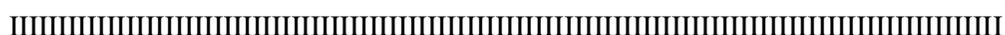
* Docteur en droit de l'Université d'Anvers en Belgique ; Professeur à la Faculté de droit et ancien Secrétaire général académique de l'Université Président Joseph Kasa-Vubu (Boma). Il enseigne également à l'Université catholique du Congo (UCC), à l'Université du Kongo (UK), à l'Université Libre de Kinshasa (ULK) en République démocratique du Congo. Pour contacter l'auteur : Richard.lumbika@uantwerpen.be

** Licencié en droit public, Université Kongo ; Assistant d'enseignement à la Faculté de Droit, Université Kongo (U.K) à Mbanza-Ngungu, Kongo Central et Avocat au Barreau du Kongo Central (RDC).

restrict. However, the COVID-19 pandemic has clearly reached the level of a threat to public health that may justify restrictions on certain rights, including freedom of movement. In addition, faced with the scale of the Covid-19 crisis, the Congolese government should take into account not only the health of each inhabitant of the country, but also all of their rights by adopting appropriate measures to avoid to suffocate households in a state of survival.

Keywords :

Covid-19 – Right to health – Right to freedom of movement – Restriction – Households in a state of survival.



SOMMAIRE

INTRODUCTION

I. LES DROITS HUMAINS DANS LA LEGISLATION CONGOLAISE ET DANS LE DROIT REGIONAL AFRICAIN

A. Les droits humains en droit congolais

1. Les droits humains dans la Constitution de la R.D.C. du 18 février 2006
2. Les droits humains dans les lois et règlements
 - a. Textes législatifs
 - b. Textes réglementaires
3. Décryptage de la liberté de circulation et du droit à la santé en RDC
 - a. Quelques cas jurisprudentiels de juge judiciaire en rapport avec la liberté de manifester
 - Le procès de 300 manifestants contre la loi électorale du 23 Janvier 2015
 - Condamnation de 4 militants de FILIMBI par le tribunal de paix à la Makala
 - La condamnation de Six membres de la LUCHA par le Tribunal de Grande Instance de Goma

- b. Ce qu'on peut retenir de la jurisprudence du juge judiciaire relative à la liberté de manifester
 - c. Restriction du droit de manifester (liberté de circuler) en faveur du droit à la santé
4. Le droit international des droits de l'homme dans l'ordre juridique congolais
5. L'ordonnance proclamant l'état d'urgence sanitaire en RDC

B. Les droits humains en droit régional africain

1. Les instruments régionaux sur les droits de l'homme

- La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
- Le Protocole additionnel à la Charte créant la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples
- La Convention de l'UA régissant les aspects propres des réfugiés en Afrique
- La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant

2. La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples en rapport avec le droit à la santé

- a. Un contenu normatif non limité à l'accès aux soins
 - La définition des prétentions de l'individu dans le domaine du droit à la santé
 - Le lien entre le droit à la santé et les autres droits de l'homme
- b. Une détermination des obligations des États parties à la Charte remettant en cause des postulats théoriques
 - Intervention dans la réalisation du droit à la santé et relativisation de la pauvreté des États
 - Obligation d'abstention de l'État et droit à la santé

II. CONFLIT DES DROITS : ENTRE LA LIBERTE DE CIRCULATION ET LE DROIT A LA SANTE

- A. Le droit à la vie (survie) face à la liberté de mouvement dans le contexte du covid-19
 - B. La préséance du droit à la santé sur la liberté de circulation dans le contexte du covid-19 **Erreur ! Signet non défini.**
 - C. La liberté de circulation remise en question en faveur du droit à la santé
2. De l'inopportunité du confinement de la ville de Kinshasa
3. L'impact du Covid-19 sur le secteur alimentaire

INTRODUCTION

En date du 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a déclaré qu'une épidémie de maladie virale à coronavirus, ou COVID-19, identifiée pour la première fois en décembre 2019 à Wuhan, en Chine, avait atteint le niveau de pandémie mondiale.

Préoccupée par les niveaux alarmants de propagation et de gravité de la maladie, l'OMS a appelé les gouvernements, la République démocratique du Congo y compris, à prendre des mesures urgentes et agressives pour stopper la propagation du virus¹. Confinement, fermetures des écoles et des restaurants, interdiction des rassemblements et de circulation...tout cela ne représente qu'une partie des mesures exceptionnelles prises par la majorité des États dans le monde, dans le but d'enrayer la propagation du Coronavirus. La réaction des autorités face à cette urgence sanitaire peut, à terme, porter atteinte aux droits fondamentaux de millions de personnes. En effet, le droit international des droits humains garantit à chacun le droit au meilleur état de santé possible et oblige les gouvernements à prendre des mesures pour se prémunir contre les menaces à la santé publique et fournir des soins médicaux à ceux qui en ont besoin.

Le droit relatif aux droits humains reconnaît que dans le cadre de graves menaces pour la santé publique et en cas d'urgences publiques menaçant la vie de la nation, les restrictions de certains droits peuvent être justifiées si elles ont une base légale et sont strictement nécessaires, si elles s'appuient sur des preuves scientifiques qui ne sont ni arbitraires, ni discriminatoires dans leur application, et si elles sont limitées dans la durée, respectueuses de la dignité

¹ <<https://www.hrw.org/fr/tag/coronavirus>> (consulté le 11 août 2021 à 22h15').

humaine, sujettes à examen et proportionnées en vue d'atteindre l'objectif fixé².

L'ampleur et la gravité de la pandémie de COVID-19 atteignent clairement le niveau d'une menace à la santé publique qui pourrait justifier des restrictions à certains droits, comme celles qui résultent de mesures d'isolement qui limitent, en défaveur des citoyens, le droit de circuler librement. Toutefois, l'État peut, dans certains cas, limiter les libertés pour faire respecter les droits d'autrui et satisfaire aux exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. Le COVID-19 a rendu évidente la tension entre la protection de la santé publique et la protection des droits de l'homme. C'est dans ce cadre que la République démocratique du Congo a pris une série de mesures pour lutter contre la propagation du coronavirus notamment l'*Ordonnance n°20/014 du 24 mars 2020 portant proclamation de l'état d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de COVID-19* (prorogée plus d'une fois) ; le *Décret n°20/023 du 1^{er} octobre 2020 portant mesures barrières de lutte contre la pandémie de COVID-19 en R.D.C...* Tout récemment, suite à la légère progression des cas de Covid-19 en République démocratique du Congo, à l'apparition du nouveau variant Omicron en Afrique Australe et à la recrudescence de la pandémie dans plusieurs pays du monde, le Chef de l'État, son Excellence Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo, a présidé le 4 décembre 2021, une réunion du Comité Multisectoriel de Riposte élargie à sa Task Force. Au cours de cette réunion, une série de mesures a été prise, poursuivant trois objectifs : limiter l'importation de cas infectés ; limiter l'importation des variants dangereux et augmenter la couverture vaccinale dans la population cible³.

² *Idem.*

³ Pour l'ensemble des mesures prises, voir la Compte-rendu lu à la Télévision nationale le 5 décembre 2021 par le Monsieur Patrick Muyaya Katembwe, Ministre du Gouvernement

De ce fait, l'état d'urgence déclaré en République démocratique du Congo, suite à la pandémie due au coronavirus a été progressivement levé après cinq mois d'arrêt pour faire face à la première vague du COVID. Un temps d'immobilisation aux conséquences économiques alarmantes fut observé : explosion des prix, rentrées d'argent faibles..., alimentant ainsi le cercle vicieux de la faim et laissant les plus vulnérables dans un avenir incertain. A ce propos, l'on peut retrouver dans l'ordonnance susmentionnée certaines limitations qui restreignent tous azimuts quelques droits fondamentaux de l'homme à savoir : l'interdiction des rassemblements et des réunions ; la fermeture des écoles et universités ; la suspension des cultes religieux...et la liste n'est pas exhaustive.

Cependant, la médiatisation anxiogène de la pandémie de coronavirus a, dans un premier temps, éclipsé tout débat de fond sur le fondement juridique des mesures mises en œuvre et sur le cadre légal des dispositions adoptées par le pouvoir exécutif pour tenter de l'endiguer. Pourtant, l'atteinte qu'elles portent à nos droits fondamentaux est considérable. Le confinement généralisé de la population a pour effet de restreindre non seulement les libertés de circulation et d'entreprendre, qui sont indispensables pour que les populations se nourrissent, mais également les libertés de réunion et de manifestation ainsi qu'indirectement, le droit à la vie privée et familiale et le droit à l'éducation. En outre, ces mesures d'exception aboutissent au renversement complet des principes censés prévaloir en démocratie. Certes, le bien-fondé de ces restrictions ne prête guère à discussion, dès lors qu'il s'agit de préserver la vie des milliers de personnes directement exposées à la diffusion d'une pathologie potentiellement létale. En revanche, il est important de déterminer si le cadre légal dans lequel elles peuvent être ordonnées et leur conséquence garantissent

central en charge de la Communication et Médias, portant « Actualisation des mesures de prévention et de lutte contre la pandémie à Covid-19 en République démocratique du Congo ».

suffisamment leur nécessité et leur proportionnalité. Toutes les libertés qu'elles affectent ont, en effet, une valeur constitutionnelle, ce qui signifie que les pouvoirs publics ne peuvent priver les citoyens des garanties légales de leur exercice et doivent, au contraire, leur assurer « une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables ». Par conséquent, seuls les événements de nature à menacer la vie ou, à tout le moins, à affecter irrémédiablement l'intégrité physique d'une partie significative de la population devraient pouvoir justifier la mise en œuvre de mesures aussi restrictives de libertés que celles que nous impose aujourd'hui la lutte contre le coronavirus.

Partant de toutes ces considérations, tout en gardant à l'esprit que la problématique est la présentation du problème faisant l'objet de la recherche, une question primordiale a retenu notre attention à savoir : *le conflit entre le droit à la santé et la liberté de circulation, quel juste équilibre pour les ménages en état de survie en RDC ?*

Pour mieux cerner les contours de la présente analyse, le matériel de recherche va s'étendre d'abord, comme l'indique le sujet, en République démocratique du Congo étant donné que les droits humains (droits de l'homme) ont une place de choix dans sa constitution du 18 février 2006. Mais vu que la question relative au coronavirus a causé des dommages collatéraux au niveau du continent africain, il sera judicieux d'aborder aussi la question au niveau de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples afin de s'imprégner tant soit peu de sa jurisprudence en la matière. Ainsi donc, pour conduire nettement que possible notre question de recherche, la présente étude va s'axer autour de deux grands points dont le premier va s'étaler sur la théorie du droit, tant au niveau législatif que jurisprudentiel, des lois qui consacrent à la fois la liberté de circulation et le droit à la santé en droit congolais et dans la région africaine (I). Le deuxième point va s'appesantir sur la théorie de conflit

des droits pour connaître si lequel de deux (la liberté de circulation et le droit à la santé) pourrait être limité en faveur de l'autre, tout en ouvrant également le débat sur la spécificité de mode de vie des congolais (II).

I. LES DROITS HUMAINS DANS LA LEGISLATION CONGOLAISE ET DANS LE DROIT REGIONAL AFRICAIN

En temps normal, des droits fondamentaux peuvent entrer en conflit les uns avec les autres ou être en porte-à-faux avec les intérêts collectifs. Les États sont en droit de chercher à préserver ces intérêts, ce qui peut les amener à limiter certains de ces droits lorsque les circonstances changent.

Dans des circonstances exceptionnelles, des restrictions et des dérogations plus sévères peuvent être admises. Il s'agit d'ores et déjà d'analyser ces droits d'abord en droit congolais (A) et, ensuite, en droit régional où on évaluera plus exactement l'état de la jurisprudence en la matière (B).

A. Les droits humains en droit congolais

En RDC., les droits humains sont prévus tantôt dans la Constitution du 18 février 2006 (1), tantôt dans les lois et règlements (2). Nous ferons également un décryptage de l'exercice du droit à la santé (3).

1. Les droits humains dans la Constitution de la R.D.C. du 18 février 2006

Dans son exposé des motifs, la Constitution de 2006 mentionne en ces termes le respect des droits et libertés fondamentaux comme principes fondateurs de la nouvelle République : « *Le constituant tient à réaffirmer l'attachement de la RDC aux droits humains et aux libertés fondamentaux tels que proclamés par les instruments juridiques internationaux auxquels elle a adhéré. Aussi, a-t-il intégré ces droits et libertés dans le corps même de la constitution* ».

Ces droits sont proclamés dans le Titre II de la Constitution intitulé : « *Droits humains, des libertés fondamentales et les devoirs du citoyen et de l'État* ». Ce titre contient 57 articles et consacre trois catégories de droits : droits civils et politiques, droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que droits collectifs. Ces articles énumèrent et précisent ces droits, consacrant ainsi clairement leur valeur supérieure, en tant que droits primordiaux pour l'individu, dans un régime politique fondé sur la démocratie et l'État de droit. Cela signifie qu'une loi qui serait non conforme à ces droits ne doit pas être appliquée. La Constitution rappelle également à son article 60 que : « Le respect des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales consacrés par la constitution s'impose aux pouvoirs publics et à toute personne »⁴.

La Constitution du 18 février 2006 consacre des avancées significatives sur l'indépendance de la justice, socle et fondement de la sauvegarde et du respect des droits de l'Homme. C'est pourquoi, il est indiqué de considérer que la IIIème République est favorable au respect et à la sauvegarde des droits de l'Homme. Il reste que cette volonté soit concrétisée dans la pratique du droit.

Une autre illustration de cette affirmation tient à la place réservée aux Droits de la femme. En effet, longtemps marginalisée, la femme congolaise se voit restaurée dans tous ses droits civils et politiques. L'alinéa 1er de l'article précité impose aux pouvoirs publics de veiller à l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard de la femme et de prendre des mesures pour lutter contre toute forme de violence qu'elle pourrait subir dans la vie publique comme dans la vie privée. Il affirme, ce faisant, que la IIIème République, qu'elle régit, entend faire recouvrer à la femme congolaise toute sa dignité⁵.

⁴ *Guide des libertés publiques*, Kinshasa, Editions Médias Paul, 2013, p. 29.

⁵ E-J. LUZOLO BAMBI et N.A. BAYONA BA MEYA (+), *Manuel de procédure pénale*, Kinshasa, Editions Presses Universitaires du Congo, 2011, p. 33.

2. Les droits humains dans les lois et règlements

Il existe dans l'ordre juridique congolais un grand nombre de textes légaux et réglementaires relatifs aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Nous ne reprenons ci-dessous que les plus importants :

a. Textes législatifs

Nous avons plusieurs textes législatifs en matière des droits de l'homme. Nous pouvons citer : le Décret du 6 août 1959 portant Code de procédure pénale ; le Décret du 7 mars 1960 portant Code de procédure civile ; La loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail ; La loi n°023/2002 du 19 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire ; La loi n°024/2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire ; La loi n° 87- 010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille ; La loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant Régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés ; La loi n°96-002 du 22 juin 1996 fixant les modalités de l'exercice de la presse ; La loi n° 04/2001 du 20 juillet 2001 portant Dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique ; La loi n° 04/2002 du 15 mars 2004 portant organisation et fonctionnement des partis politiques ; La loi n°016/2002 du 16 octobre 2002 portant création des tribunaux du travail ; Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire ; Loi organique n°13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la Cour de Cassation; La loi n° 04/009 du 5 juin 2004 portant organisation, attribution et fonctionnement de l'Observatoire National des Droits de l'Homme ; La loi sur la répression des violences sexuelles de 2006, etc.

b. Textes réglementaires

Parmi les textes réglementaires nous pouvons citer : l'Ordonnance-loi n°79-028 du 28 septembre 1979 portant organisation du Barreau, du corps des défenseurs judiciaires et du corps des mandataires de l'État ; l'Ordonnance n° 78-289 du 3 juillet 1978 relative à l'exercice des attributions d'officier et agent de police judiciaire près les juridictions de droit commun ; Ordonnance n°344 du 17 septembre 1965 portant régime pénitentiaire, etc.

3. Décryptage de la liberté de circulation et du droit à la santé en RDC

a. L'exercice de la liberté de circulation et ses conséquences sur terrain

La notion de la liberté de circulation se résume à la liberté physique ou à la liberté d'aller et de venir, que garantissent aussi bien le droit congolais que les conventions internationales relatives aux droits et libertés individuels. Il s'agit concrètement de cette faculté physique de l'individu, par opposition à l'esclavage ou à l'internement arbitraire, de se déplacer à l'intérieur du territoire national, s'y fixer, le quitter et le retrouver à son gré. C'est donc une sorte de sûreté que l'État aménage à l'individu, et qui a, à travers l'évolution de la jurisprudence, reçu valeur constitutionnelle. Cependant, son exercice en RDC est tributaire par conciliation entre la liberté de manifester et celle de circuler. Ainsi, pour mieux comprendre le droit de circuler librement, il convient d'analyser le droit de manifester afin de trouver quelques cas jurisprudentiels qui vont nous permettre de connaître l'étendue et la portée de la limitation de ce droit. En effet, la liberté de manifestation est l'un des droits fondamentaux reconnus aux citoyens congolais dans la Constitution (article 26) et permet l'exercice d'autres droits tels que la liberté d'expression, le droit de participer à la gestion de la chose publique. Elle constitue un moyen efficace de contrôle par le citoyen de l'action des institutions publiques et du respect de la Constitution.

L'application même de l'article 64 de la Constitution qui consacre l'insurrection populaire pour protéger l'ordre constitutionnel, passe inéluctablement par la liberté de manifestation. Cependant, son exercice en République Démocratique du Congo (RDC) est tributaire de plusieurs restrictions dans la mesure où elle est hautement surveillée par les gouvernants. Les marches pacifiques sont régulièrement réprimées ou interdites en dépit du régime d'information consacré par la Constitution (article 26 alinéa 2).

a.1. Quelques cas jurisprudentiels en rapport avec la liberté de manifester : le procès de 300 manifestants contre la loi électorale du 23 janvier 2015

L'on se rappellera qu'en dates des 19, 21 et 29 janvier 2015, une manifestation continue contre le projet de loi électorale qui conditionnait la tenue des élections au recensement général de la population et qui devait retarder les élections à au moins trois ans. Plus de 300 manifestants ont été arrêtés en cascade à Kinshasa et leur procès s'est ouvert le 23 janvier de la même année au Tribunal de Grande Instance de Kinshasa/Matete et en audience foraine à la prison centrale de Makala. Le chef d'inculpation commun à tous les accusés était la destruction méchante et le vol qualifié.

A l'audience du 28 janvier 2015, 30 prévenus ont été relaxés faute de preuves, 42 condamnés à 12 mois fermes. A l'audience du 28 février 2015, les autres détenus ont été condamnés à la peine capitale⁶, parmi eux, il y a ceux des mouvements citoyens tels Filimbi et Lutte pour le changement (LUCHA).

- **Condamnation de 4 militants de Filimbi par le tribunal de paix à la Makala**

⁶ MAINA KIAI, *Rapport sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association*, doc. ONU, A/HRC/23/39, 24 avril 2013, §50, 55 et 56.

Les 4 militants pro-démocraties (Carbone Beni, Grace Tshiunza, Mino Bopomi et Cédric Kalonji) appartenant au mouvement citoyen Filimbi avaient été arrêtés le 24 décembre 2018 alors qu'ils mobilisaient la population pour la marche du 31 décembre de la même année pour demander au président Joseph Kabila de quitter le pouvoir après l'expiration de second et dernier mandat.

Le tribunal de paix siégeant à la prison centrale de Makala les avaient condamnés à 12 mois fermes de prison pour offense au Chef de l'État, publication des écrits subversifs et incitation à la désobéissance civile. Le parquet avait requis trois ans de prison ferme. Depuis leur arrestation en décembre 2017, les militants de Filimbi n'ont été présentés devant le juge qu'en juin après avoir passé plus de 5 mois au cachot de l'Agence nationale de renseignement (ANR)⁷.

- **La condamnation de Six membres de la LUCHA par le Tribunal de Grande Instance de Goma**

Les militants de la LUCHA ont été condamnés le 24 février 2016 par le Tribunal de Grande Instance de Goma pour incitation à la révolte alors qu'ils participaient à la grève générale décrétée par l'opposition le 16 février, date de l'anniversaire de la répression meurtrière de la marche des chrétiens qui réclamaient l'ouverture de la conférence nationale souveraine (CNS) en 1992. En appel, à la Cour d'Appel de Goma, la condamnation a été confirmée en dépit de plusieurs cas de violations du principe de procès équitable et sans avocats, leurs conseils ayant boycotté le procès pour protester contre lesdites violations⁸.

⁷ *Idem*, §59.

⁸ *Ibid.*, §60.

a.2. Ce qu'on peut retenir de la jurisprudence du juge judiciaire relative à la liberté de manifester

Au regard de l'échantillon jurisprudentielle précédente, nous constatons que le juge judiciaire a souvent tendance à condamner les manifestants dans la plupart de ses jugements relatifs à la liberté de manifestation. Le motif généralement évoqué pour motiver sa décision est la destruction méchante, offense au Chef de l'État ou la subversion contre les institutions légalement établies.

Les victimes de la répression policière pendant la manifestation n'obtiennent pas généralement réparation des préjudices physiques, matériels et moraux subis. De même, les procès contre les manifestants s'ouvrent généralement après que ce dernier ait passé un long moment de détention à l'ANR, en dépassant le délai de 48 heures prévues par la loi pour la garde à vue. Dans le cas des militants de Filimbi par exemple, le procès ne s'est ouvert au tribunal de paix (à la prison de Makala) qu'après qu'ils aient passés cinq mois à l'ANR. Il importe de relever aussi qu'en cas de relaxation des manifestants par manque de preuves, aucune réparation pour tout le temps passé en détention n'est allouée. Par ailleurs, l'on remarque que la répression des manifestations fait difficilement l'objet de poursuites judiciaires et de condamnations par le juge malgré la dénonciation par les rapports des organisations de défense des droits de l'Homme.

b. Restriction du droit de manifester (liberté de circuler) en faveur du droit à la santé

Le droit international relatif aux droits humains et les normes en la matière autorisent les États à imposer certaines restrictions. L'article 21 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) dispose clairement que les seules restrictions autorisées sont celles qui sont « *imposées*

conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publique, ou les droits et les libertés d'autrui ». Les restrictions doivent aussi être proportionnelles à l'objectif poursuivi. Elles ne doivent en aucun cas être appliquées d'une manière qui porterait atteinte à l'essence même du droit⁹. La mise en œuvre de cette disposition de l'article 21 du PIDCP suscite des explications en droit congolais.

II. LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME DANS L'ORDRE JURIDIQUE CONGOLAIS

La République Démocratique du Congo est de tradition moniste avec primauté du droit international. Cette primauté de la convention internationale sur le droit interne congolais va jusqu'à recommander la révision de la Constitution avant la ratification d'un traité ou accord international comportant une clause contraire à la Constitution. En effet, même si l'article 215 de la Constitution congolaise du 16 février 2006 soumet le respect par la République démocratique du Congo des traités régulièrement ratifiés et publiés au journal officiel à la réciprocité, les traités des droits de l'homme font exception à cette condition de réciprocité. C'est autant dire que les Pactes jumeaux de 1966, ratifiés par la République démocratique du Congo, sont d'applicabilité directe et ont une autorité supérieure à celle des textes nationaux. Il en va de même de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de tant d'autres instruments.

Cette précision nous permet de nous fixer sur la question de savoir si l'ordonnance proclamant l'état d'urgence sanitaire était en droit de délimiter

⁹ MAINA KIAI, « Rapport sur le droit de réunion pacifique et la liberté d'association », Doc. ONU, A/HRC/23/39, 24 avril 2013, §60, 65 et 66.

des droits humains, qui ne sont pas simplement constitutionnels, mais proclamés également par les instruments internationaux dûment ratifiés.

Pour répondre à cette préoccupation, nous analysons la légalité de l'Ordonnance proclamant l'état d'urgence par rapport à la protection des droits de l'homme (A) avant d'analyser les droits violés par ladite ordonnance (B).

A. L'Ordonnance proclamant l'état d'urgence sanitaire en RDC

L'Ordonnance n°20/014 du 24 mars 2020 portant proclamation de l'état d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de COVID-19 limite visiblement quelques droits et libertés. Il s'agit de l'interdiction des réunions et célébrations de plus de vingt personnes sur les lieux publics en dehors du domicile familial, la fermeture des écoles, universités et instituts supérieurs, la suspension des lieux de cultes, des activités sportives, discothèques, bars, cafés, terrasses, restaurants, salles funéraires.

Par cette ordonnance l'on constate que la mobilité des citoyens est réduite ; les vols en provenance des pays à risque sont suspendus, mis à part les avions et navires, cargos et autres moyens de fret. Les voyages vers la République démocratique du Congo au départ des pays à risque sont reportés, tandis que les passagers arrivés au Congo sont obligés de remplir une fiche de renseignements, de se soumettre au lavage des mains, au prélèvement de température, à la quatorzaine pour toute personne suspectée. Les contrôles sont renforcés dans tous les postes d'entrée, autant dans le mouvement des personnes de Kinshasa vers d'autres provinces du pays. Et actuellement, il faut ajouter à ces mesures, l'obligation d'avoir un test PCR négatif datant de 48 heures maximum avant de quitter le territoire ou encore avant d'y entrer. Mais il faut dégager le côté positif de ces mesures. « Face à l'ampleur de la crise Covid-19, le gouvernement congolais devrait prendre non seulement en

compte la santé de chaque habitant du pays mais également l'ensemble de ses droits..., mettre au point avec ses partenaires locaux et internationaux, des stratégies d'assistance aux populations les plus vulnérables et faire en sorte que les professionnels de santé puissent faire leur travail de manière sûre »¹⁰. Ainsi, l'on peut dire que l'état d'urgence sanitaire est décidé en vue de sauvegarder le droit à la santé, et plus globalement le droit à la vie.

Bien que cela, les mesures imposées sont forts restrictives des droits humains, civils, politiques, économiques, sociaux ou culturels. Dès lors, il y a une tension entre les droits dont l'on vise la protection et les droits qui sont restreints. En effet, si la protection de la santé et de la vie sont légitimes, en irait-on à dégager une hiérarchie des droits, au péril de l'universalité de l'indivisibilité et de l'interdépendance de ceux-ci ? Un citoyen, ou un groupe de citoyens, peut-il exiger la non-restriction de ses droits en renonciation à la protection accordée/imposée par les pouvoirs publics, qui, eux, restent liés par l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹¹ ?

La lutte contre la pandémie du coronavirus, au niveau national comme international, démontre réellement que la pauvreté est un défi pour les droits de l'homme¹². Dans le Congo des bidonvilles et des villages, les gestes barrières sont difficiles à appliquer en raison de l'accès difficile à l'eau et à l'hygiène, mais aussi un logement dans un environnement discutable¹³. Alors

¹⁰ <Hrw.org/fr/news/2020/04/03/rd-Congo> (consulté le 27 janvier 2021 à 08 : 42).

¹¹ « Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale... » : PIDCP, art. 4.

¹² Emmanuel DECAUX, Alice YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *La pauvreté, un défi pour les droits de l'homme*, Paris, Pédone, 2009, p. 54.

¹³ [Notre traduction] : Pascal SUNDI MBAMBI et Rachel HAMMONDS, *The human right to safe Drinking water and sanitation in the rural Bas-Fleuve region of the Democratic Republic*

que les riches ont accès aux formations hospitalières d'un niveau élevé, en ville comme à Kinshasa, les pauvres peinent à accéder à des centres de santé peu équipés. « La grande pauvreté est la principale cause structurelle et sous-jacente des discriminations dans le monde (...). Lorsque on est pauvre, en effet, les portes d'accès à tous les droits de l'homme semblent se refermer ou devenir inaccessibles...une preuve en négatif de l'indivisibilité des droits de l'homme »¹⁴. À ce sujet, il y a lieu d'affirmer qu'entre pauvreté et santé, il y a une relation directe. La première influence la seconde.

Il est vrai, en effet, que « l'ennemi le plus grand de la santé dans le monde en voie de développement, c'est la pauvreté »¹⁵. La pauvreté empêche la bonne gestion de la santé et l'absence de celle-ci conduit à la pauvreté. « La maladie peut réduire l'épargne des ménages et la productivité et conduire à une vie de qualité diminuée, qui crée ou perpétue la pauvreté. Le pauvre à son tour, est exposé à des risques personnels et environnementaux plus élevés, est nourri de façon moins satisfaisante et a une capacité d'accès moindre aux soins médicaux »¹⁶. Dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire ou du couvre-feu, les ménages vivant des activités économiques informelles sont d'autant plus vulnérables que la limitation de la liberté de circulation, empêche l'accès aux ressources. Le confinement est à cet égard préjudiciable à la santé, à la vie des personnes pauvres.

of Congo : Exploring the local conceptions of Human rights, Antwerp, University of Antwerp, 2017, p.

¹⁴ Regis DE GOUTTES, « Les doubles discriminations ou les cumuls de discriminations dans l'accès aux droits de l'homme : l'approche du problème par les Nations Unies », dans E. DECAUX, A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, préc., note 12, p. 104-105.

¹⁵ Koffi ANNAN, *Dans une liberté plus grande. Développement, sécurité et droits de l'homme pour tous*, Rapport, 2001, p. 1.

¹⁶ Antonis BREDIMAS, « Droit à la santé et extrême pauvreté : problèmes et perspectives d'un droit d'une effectivité douteuse », dans E. DECAUX, A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, préc., note 12, p. 136.

Après cet état des lieux, il nous paraît important de préciser les différents droits violés ou susceptibles d'être violés par les différentes mesures prises par les Gouvernements. Ces droits ressortent de l'arsenal juridique africain et international.

1. Les droits humains en droit régional africain

Nous nous limiterons, dans ce point, à inventorier les instruments adoptés dans le cadre régional africain. L'Union Africaine a adopté quatre principaux instruments relatifs aux droits de l'homme. Ces instruments font souvent l'objet d'une interprétation par la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples.

a. Les instruments juridiques africains protégeant les droits de l'Homme

Les instruments qui protègent les droits de l'Homme en Afrique sont les suivants :

▪ La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples

Cette Charte a été adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi (Kenya). Elle est entrée en vigueur en 1986. La RDC l'a ratifiée le 20 juillet 1987. Elle proclame des droits, mais aussi des devoirs dans un effort de traduire une conception des droits de l'homme propre au continent africain.

Les droits proclamés sont aussi bien les droits de l'individu (droits civils et politiques, droits économiques, sociaux et culturels, droits de solidarité) que les droits des peuples (égalité des peuples, droit des peuples à l'existence, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou à l'autodétermination, droit des peuples à la libre disposition de leurs richesses et ressources naturelles). La Charte proclame par ailleurs les devoirs de l'individu. Elle crée un organe de

supervision de son application par les États parties : la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

▪ **Le Protocole additionnel à la Charte créant la Cour Africaine des droits de l'Homme et des peuples**

Ce Protocole a été adopté à Ouagadougou, au Burkina Faso, en 1998. Appelé Protocole de Ouagadougou, il est entré en vigueur le 25 janvier 2004. Il crée une Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples. Cette Cour, composée de 11 juges, complète les fonctions de protection que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a conférées à la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples.

▪ **La Convention de l'Union Africaine (UA) régissant les aspects propres des réfugiés en Afrique**

Régissant les aspects propres des réfugiés en Afrique, cette convention a été adoptée à Addis-Abeba le 10 septembre 1969 et est entrée en vigueur le 20 juin 1974. Cette Convention complète celle relative au statut des réfugiés adoptée dans le cadre des Nations Unies le 8 juillet 1951.

La particularité de la Convention africaine consiste dans le fait que celle-ci donne au réfugié une définition plus large que celle de la Convention onusienne. En effet, alors que la Convention de 1951 ne vise que la personne qui fuit le pays dont elle a la nationalité, par crainte d'être persécutée, celle africaine étend le concept de réfugié à toute personne obligée de quitter son pays du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité (article 1 § 2 de la Convention).

▪ **La Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant**

Elle a été adoptée à Addis-Abeba en juillet 1990. La RDC l'a ratifiée le 29 mars 2001. Dans sa première partie (article 1 à 31), cet instrument définit le concept « enfant », énonce ses droits, détermine les obligations des États

parties, la responsabilité des parents et les responsabilités des enfants. Dans sa deuxième partie (articles 32 à 48), la Charte crée et organise l'organe de supervision de son application par les États parties : le Comité des droits et du bien-être de l'enfant.

b. La jurisprudence de la Cour et de la Commission africaines des droits de l'Homme et des peuples en rapport avec le droit à la santé

La jurisprudence de la Cour africaine contribue également à l'humanisation et à la moralisation du droit africain. Le développement de la jurisprudence de la Cour africaine a largement enrichi le droit africain qui est devenu non seulement un droit à visage humain, mais également un droit prenant en compte les questions morales ou éthiques. L'Afrique a souvent été qualifiée de « berceau de l'impunité », au regard de l'ampleur des violations des droits de l'homme qui y sont perpétrées¹⁷.

Partant de ce constat, il convient d'étudier la justiciabilité du droit à la santé en Afrique en se servant des décisions de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples en la matière. Car, le droit à la santé implique un certain nombre de prétentions pour l'individu et il existe un lien entre le droit à la santé et la jouissance de tous les droits de l'homme.

i. Un contenu normatif non limité à l'accès aux soins

▪ La définition des prétentions de l'individu dans le domaine du droit à la santé

En 2003, la Commission a déterminé explicitement les prétentions des individus dans le domaine du droit à la santé à l'occasion de l'affaire *Purohit et Moore c. Gambie*. Elle considère que le droit à la santé comprend des

¹⁷ Telesphore ONDO, « La jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : entre particularisme et universalité », (2017) 1 *Annuaire africain des droits de l'homme* 244-262, 246.

structures de santé, des biens et services, qui doivent exister. En laissant indéfinie l'expression « biens et services » et semblant restreindre le droit à la santé au seul domaine des soins de santé, la Commission s'éloignait des développements du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC).

Cette question a fait l'objet de divergences dans la doctrine africaine. En effet, analysant la Charte, certains auteurs ont estimé que le droit à la santé apparaissait limité aux soins de santé, tandis que d'autres ont suggéré que le droit à la santé englobait un ensemble de prétentions qui ne pouvaient être réduites aux soins de santé¹⁸. Pour leur part, même si elles restaient concentrées sur les obligations de l'État, les premières décisions de la Commission constatant la violation du droit à la santé semblaient avoir une vision large de ce droit. Ainsi, en 1995, dans l'affaire *Témoins de Jéhovah c. Zaïre* par exemple, la Commission avait constaté la violation du droit à la santé dans le cadre d'une situation éloignée de l'accès aux soins. En l'espèce, l'État zaïrois (Actuelle République démocratique du Congo) était incapable de fournir l'eau potable et l'électricité aux populations.

Il est donc difficile de comprendre pourquoi en 2003, dans le cadre d'une volonté affichée de définition du droit à la santé, la Commission n'a pas tiré les conséquences de sa propre jurisprudence antérieure. Cependant, la volonté de définir le contenu du droit à la santé conduira la Commission, quelques années plus tard, à élargir le contenu du droit à la santé, en s'appuyant

¹⁸ Sandra KIAPI, « Interpreting the Right to Health under the African Charter », (2005) 11: 1 *East African Journal of Peace and Human Rights* 1-20, 11.

notamment sur des développements normatifs aux niveaux africain et international¹⁹.

▪ Le lien entre le droit à la santé et les autres droits de l'homme

Le droit à la santé qui relève de la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels, facilite la jouissance des droits civils et politiques. Sa violation ouvre inéluctablement la porte à d'autres violations de droits civils et politiques. La jurisprudence de la Commission établit régulièrement ce lien. Dans toutes les affaires à l'occasion desquelles la Commission constate une atteinte au droit à la santé, cette violation n'est jamais considérée isolément. Elle s'accompagne toujours du constat d'atteintes aux droits civils et politiques²⁰. Parfois, ce lien de connexité est si étroit que les violations du droit à la santé et d'un droit civil sont constituées pour les mêmes faits. Dans l'affaire *Ken Saro c. Nigeria*, prenant en compte les conditions déplorables de détention d'une personne, la Commission constate simultanément la violation de l'article 16 qui garantit le droit à la santé et une atteinte à l'article 5 qui interdit notamment la torture et les peines et traitements inhumains et dégradants²¹.

¹⁹ COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES, *Free Legal Assistance Group, Lawyers Committee for Human Rights, Union interafricaine des droits de l'homme, Les Témoins de Jéhovah c. Zaïre*, §62.

²⁰ Voy. par exemple ComADHP, *The Nubian Community in Kenya c. Kenya*, communication 317/2006, février 2015. Dans cette décision, la Commission constate, en plus de l'atteinte au droit à la santé, la violation de l'article 2 (interdiction de la discrimination), de l'article 3 (l'égalité devant la loi) et de l'article 5 (protection de la dignité et de l'intégrité des personnes) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

²¹ ComADHP, *International Pen, Constitutional Rights, Interights au nom de Ken Saro - Wiwa Jr. et Civil Liberties Organisation c. Nigeria*, préc., voy. les motifs de la décision.

ii. Une détermination des obligations des États parties à la Charte remettant en cause des postulats théoriques

▪ Intervention dans la réalisation du droit à la santé et relativisation de la pauvreté des États

Dans l'affaire *The Nubian Community in Kenya c. Kenya*, la Commission constate une violation de l'interdiction de la discrimination parce que l'État Kenyan a refusé d'établir des cartes d'identité aux membres de la communauté nubienne. Les cartes d'identité étant exigées pour l'accès aux services publics, notamment aux structures de santé kenyanes, la Commission voit dans l'inaction de l'État kenyan une violation de l'article 16. Dans sa décision *Interights c. Égypte*, l'action de l'État inclut la garantie d'un accès égalitaire de ses populations aux soins et la mise en place d'un corpus législatif qui facilite le respect du droit à la santé. Cette faible incidence d'une potentielle mobilisation de ressources est encore plus pertinente dans le cadre de l'obligation d'abstention de l'État qui, dans de nombreux cas, permet de garantir le droit à la santé.

▪ Obligation d'abstention de l'État et droit à la santé

Les décisions de la Commission concluant à des violations du droit à la santé envisagent l'obligation d'abstention de l'État dans le cadre du traitement des personnes détenues, des activités des entreprises pétrolières et des conflits armés.

Le défaut d'abstention de l'État est la cause de la violation du droit à la santé des personnes détenues. Dans une partie de la jurisprudence de la Commission, celle-ci condamne moins l'absence de ressources que le refus d'autoriser l'accès aux soins et aux structures de santé existants et disponibles aux personnes en détention. Ainsi, dans l'affaire *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c. Nigeria* où il était allégué que le plaignant, un

détenu, s'était vu refuser l'accès aux soins alors que sa santé se détériorait en prison, la Commission africaine est claire :

« La responsabilité du gouvernement devient plus grande lorsque l'individu est détenu dans sa prison et par conséquent son intégrité et son bien-être dépendent entièrement des dispositions de l'autorité. Refuser à quelqu'un l'accès aux médecins lorsque son état de santé se détériore est une violation de l'article 16 »²².

La Commission va dans le même sens dans sa décision *Ken Saro*, une personne détenue n'ayant pas été autorisée à se rendre dans un hôpital malgré une demande d'hospitalisation du médecin²³.

Les activités des entreprises pétrolières, lorsqu'elles sont préjudiciables à la santé, placent également l'État dans une obligation d'abstention. Dans l'affaire *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, les plaignants rapportaient que les activités du consortium pétrolier auxquelles l'État nigérian participait avaient détruit l'environnement et entraîné de graves dommages sur la santé des populations *Ogoni* : infections cutanées, maladies gastro-intestinales et respiratoires, accroissement des risques de cancer, problèmes neurologiques et de reproduction²⁴. Dans sa décision, la Commission juge que l'État nigérian aurait dû s'abstenir de participer à ces activités détruisant l'environnement et portant atteinte au droit à la santé. Prenant en compte l'article 16 qui garantit le droit à la santé, elle insiste sur la nécessité pour l'État de ne pas contaminer les sources alimentaires²⁵.

²² ComADHP, *Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project c. Nigeria*, § 91.

²³ ComADHP, *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, §2.

²⁴ *Idem*, §51.

²⁵ T. ONDO, préc., note 17, §64-65.

Dans le même ordre d'idées, parce que le gouvernement nigérian avait répondu par la répression à la contestation des *Ogonis* en brûlant des villages et des habitations, la Commission considère que lorsque des maisons sont détruites, la santé est affectée²⁶. En constatant une violation de l'article 16 dans le cadre d'un raisonnement qui vise en réalité à établir une atteinte au droit au logement, la Commission souligne la nécessité d'une abstention de l'État. Cette obligation d'abstention apparaît aussi nettement dans le cadre des conflits armés qui, d'un point de vue juridique, s'inscrivent généralement dans un contexte d'invitation à une certaine retenue. Dans l'affaire *R.D. Congo c. Burundi, Rwanda et Ouganda*, des États connaissant une situation de conflit armé, la Commission relève que « le fait d'assiéger et d'endommager le barrage hydroélectrique, arrêtant ainsi les services essentiels dans les hôpitaux, ce qui a causé la mort de patients et le bouleversement général de la vie », entraîne notamment une violation de l'article 16 et du droit à la santé. Par conséquent, l'État doit s'abstenir de toute action pouvant compromettre le droit à la santé, même dans le cadre d'un conflit armé.

Dans la même veine, dans l'affaire *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Soudan*, les plaignants indiquaient que « l'État Défendeur [en guerre contre des rebelles] était complice du pillage et de la destruction des produits alimentaires, des cultures et du bétail, ainsi que de l'empoisonnement des puits et l'interdiction de l'accès aux sources d'eau dans la région du Darfour »²⁷.

L'examen du traitement du droit à la santé par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples montre qu'il s'agit d'un droit justiciable et aux facettes multiples. Son contenu est dense et sa satisfaction influence

²⁶ *Idem*, §60.

²⁷ ComADHP, *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Soudan*, préc., § 207.

celle de tous les autres droits de l'homme. Les postulats théoriques qui tendent à séparer les droits de l'homme en catégories et en tirer des conséquences au niveau des obligations de l'État ne sont pas pertinents à l'analyse des décisions de la Commission²⁸.

Force est de constater que la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples n'a pas encore une jurisprudence abondante en rapport avec la liberté de circulation. Et donc, on ne peut émettre un quelconque avis quant à ce. Qu'à cela ne tienne, les considérations données à ce droit « liberté de circulation » sur le plan national, nous permettraient de faire une comparaison d'avec le droit à la santé pour enfin déduire si lequel de deux pourrait se limiter en faveur de l'autre. Tel l'objet de l'analyse de notre deuxième point relatif au conflit des droits.

II. CONFLIT DES DROITS : ENTRE LA LIBERTE DE CIRCULATION ET LE DROIT A LA SANTE

Il est question dans ce point d'analyser l'inopportunité du confinement, notamment, dans les villes étant donné que la population de celles-ci vit au jour le jour, pour ensuite démontrer l'impact néfaste du coronavirus (Covid-19) dans le secteur agricole (secteur alimentaire) et aussi dans les gargotes communément appelées en RDC « *Malewa* » tout en ouvrant un débat sociologique sur le mode de vie des congolais et, enfin faire un décryptage du respect des droits essentiels dans la lutte contre le Covid-19. Mais avant toute étude au fond sur ces points, il est préférable d'aborder ce conflit des droits entre d'une part, le droit à la santé et, d'autre part, la liberté de circulation en vue de comprendre lequel de deux pourrait se limiter en faveur de l'autre.

A. Le droit à la vie (survie) face à la liberté de mouvement dans le contexte du covid-19

Le droit à la vie, dans les milieux défavorisés, est d'abord un droit à la survie. A la suite de René Dumont, il convient d'affirmer que « le premier droit d'un être humain (est) celui de satisfaire ses besoins essentiels et d'abord ceux qui assurent sa survie : le droit de manger correctement et de boire de l'eau potable »²⁹. « La faim de chaque jour, la détresse quotidienne est, par sa répétition, beaucoup moins spectaculaire »³⁰. Elle est dévastatrice, mais n'est pas aussi médiatisée que la famine. « Un logement décent constitue aussi un élément de survie, car l'homme et la femme ne vivent pas seulement de pain : ils ont droit à la dignité et au respect »³¹. « La survie (...) dépend d'un réflexe social que les experts (...) tentent d'appivoiser en parlant de secteur informel ou de société civile »³².

1. La préséance du droit à la santé sur la liberté de circulation dans le contexte du covid-19

Le droit à la santé est indissociable du droit à la vie. La COVID-19 met à l'épreuve la capacité des États à protéger le droit à la santé. *Toute personne a le droit de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint, lui permettant de vivre dans la dignité. Mais également, toute personne, quel que soit son statut économique ou social, doit pouvoir accéder aux soins de santé dont elle a besoin.*

Dans plusieurs pays, des années de sous-investissement en faveur de la politique sanitaire ont altéré la capacité des systèmes de santé à faire face à cette pandémie tout en assurant d'autres services de santé essentiels.

²⁹ René DUMONT, *Démocratie pour l'Afrique*, Paris, Seuil, 1991, p.240.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*, p.242.

³² Jean-Marc ELA, *Afrique. L'irruption des pauvres. Société contre ingérence, pouvoir et argent*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 62.

La COVID-19 montre que la couverture sanitaire universelle (CSU) doit devenir un impératif. Les États dont les systèmes de santé sont robustes et résilients sont mieux équipés pour affronter les crises. Partout dans le monde, les systèmes de santé sont poussés jusqu'à leurs limites, au risque de s'effondrer. La CSU favorise la solidité et la résilience des systèmes de santé, en soutenant les plus vulnérables et en permettant la préparation aux pandémies et la prévention. Sa mise en place compte parmi les cibles de l'objectif de développement durable³³.

2. La liberté de circulation remise en question en faveur du droit à la santé

Pour maîtriser le virus et protéger le droit à la vie, il faut rompre la chaîne de transmission : cela veut dire cesser de se déplacer et d'interagir avec autrui. La mesure de santé publique la plus fréquemment choisie par les États pour riposter à la COVID-19 a été la restriction de la liberté de circulation, à savoir le confinement total ou l'instruction de rester à la maison. Il s'agit là d'un moyen pragmatique et nécessaire d'interrompre la transmission du virus, de prévenir l'engorgement des services sanitaires et, donc, de sauver des vies. Toutefois, les mesures de confinement peuvent avoir de graves répercussions sur l'emploi et les moyens de subsistance, sur l'accès aux services, notamment de santé, à l'eau, à l'éducation et aux services sociaux, sur la sécurité au domicile, les conditions de vie et la vie de famille. Comme le monde est en train de le découvrir, la liberté de circulation est un droit essentiel, dont dépend l'exercice de nombreux autres droits.

Si le droit international autorise la limitation de la liberté de circulation dans certains cas, notamment pour des raisons de sécurité ou dans le cas d'urgences nationales telles que les urgences sanitaires, *ces restrictions doivent*

³³ « Covid-19 et droits humains, réagissons ensemble », *Rapport de Nations-Unies*, 2021, p. 2.

être strictement nécessaires à la réalisation de l'objectif visé, proportionnées et non discriminatoires. Il est possible de réduire la nécessité de restrictions systématiques, en généralisant les pratiques efficaces de dépistage et de traçage des contacts, tout en ciblant les mesures de quarantaine.

B. L'inopportunité du confinement des villes de la RDC

Plusieurs villes, dont celle de Kinshasa, ont fermé plusieurs quartiers d'affaires depuis le 4 avril 2020, car la majorité des cas de Covid-19 y avaient été détectés, en l'occurrence le quartier Gombe dans la ville de Kinshasa.

Avec ses plus de dix millions d'habitants, Kinshasa, la capitale de la République démocratique du Congo (RDC), est une des plus grandes mégapoles d'Afrique. Alors, même si le gouvernement a songé un temps confiner toute la population, il y a très vite renoncé en élaborant une stratégie d'isolement total de la commune de la Gombe, l'une des 24 que compte la capitale. Quartier résidentiel, centre du pouvoir et des affaires, *la Gombe* a enregistré de premiers cas « importés » d'Europe à partir du 10 mars 2020. Une décision qui ne fait pas du tout les affaires de bon nombre de travailleurs congolais habitués à naviguer entre les différents quartiers de la ville. Flambée des prix, pouvoir d'achat en berne, pillage, secteur informel acculé : une chose est sûre, la mesure semble être une gageure pour des populations qui vivent au jour le jour. Et la conséquence majeure de cette situation est la double peine des travailleurs invisibles³⁴.

Avec l'arrêt des activités informelles, la faillite de plusieurs PME, le renvoi en congé technique et définitif de plusieurs employés, le taux de chômage à Kinshasa déjà en hausse a pris des proportions inquiétantes avec

³⁴ <https://www.lisapo.info/confinement_de_Kinshasa> (consulté le 12 aout 2021).

comme corollaire la recrudescence du banditisme urbain, des violences conjugales et des divorces éphémères³⁵.

C. L'impact du Covid-19 sur le secteur alimentaire

La suspension des mouvements des personnes entre les villes de Goma et Bukavu a eu un impact considérable sur l'activité économique des deux villes et plus particulièrement sur le commerce des produits alimentaires. Même si les gouverneurs des deux provinces (Nord et Sud-Kivu) ont pris la décision d'autoriser la circulation des marchandises, cela n'a pas empêché le ralentissement du commerce voire l'affaiblissement des échanges des produits. Les conséquences se sont fait sentir sur les marchés de Bukavu. Certains produits alimentaires consommés au Sud-Kivu sont produits au Nord-Kivu, par exemple la pomme de terre, le haricot et quelque fois le maïs, car le Nord-Kivu avec son sol volcanique, est un bassin de grande production de ces aliments. Les prix de produits ont augmenté considérablement : 1 kilo de pommes de terre vendu à 600 francs congolais avant la crise est passée à 1000 fc, 1 kilo de haricots est passé de 1000 à 1800 fc. La production locale de ces produits cités est très faible et elle ne peut couvrir les besoins alimentaires de toute la population³⁶.

D. L'impact néfaste du covid-19 sur les gargotes communément appelées « *Malewa* »

La liberté d'entreprendre est un principe général ayant une valeur constitutionnelle. Elle implique le droit de créer et d'exercer librement une activité économique dans le domaine de son choix et comme on l'entend.

³⁵ *Idem.*

³⁶ <www.entraide.be/Impact_du_coronavirus_sur_le_secteur_alimentaire_au_Sud-Kivu> (consulté le 12 août 2021).

Aujourd'hui, le *Malewa* occupe une place importante au sein de la communauté congolaise en ce sens que la majorité de la population ne se nourrit qu'avec la nourriture de *Malewa* du fait de leur rang social ou autres raisons. Il est vrai que la COVID-19 est mortel mais il y a un adage qui dit que : « le ventre affamé n'a point d'oreilles », d'où les congolais n'ont pas eu peur de cette pandémie et ils continuaient de s'y rendre.

E. Le respect des droits : gage essentiel dans la lutte contre le covid-19 en RDC

Dans sa réponse à la pandémie de Covid-19, la République démocratique du Congo devrait en priorité assurer un soutien aux communautés défavorisées, aux personnes déplacées et aux autres personnes les plus à risque. Le gouvernement congolais devrait rapidement adopter une stratégie de communication efficace, afin de fournir de façon opportune des informations précises sur les mesures à prendre pour contenir le coronavirus. Le gouvernement devrait également se préparer à faire face à des perturbations en termes de sécurité alimentaire et d'accès aux soins médicaux, et s'assurer que le personnel sanitaire soit protégé. Les autorités devraient aussi instruire les forces de sécurité de faire appliquer la loi tout en respectant les droits fondamentaux. Par ailleurs, la réponse du gouvernement congolais face à la pandémie devrait commencer par un plan de communication robuste afin de gagner la confiance de la population. Mais il faudrait aussi mettre rapidement en place des mesures humanitaires respectueuses des droits et adaptées à la société congolaise en évitant de copier les mesures européennes. Car, la survie de millions de personnes en dépend.

CONCLUSION

Il a été question dans ce travail de démontrer les motivations qui ont conduit à faire admettre les droits de l'homme comme la plus grande aspiration de l'humanité et l'avènement de cette pandémie qui a occasionné la restriction des certains droits humains dont la liberté de circuler en faveur du droit à la santé. Nous estimons que la réponse au covid-19 doit s'appuyer sur les réalités de la vie des gens et être axée sur l'élimination des obstacles auxquels les individus sont confrontés pour pouvoir se protéger et protéger leurs communautés. Aussi, en lieu et place de ces restrictions, il serait préférable de privilégier l'autonomisation et les consignes pour permettre aux individus d'agir conformément aux mesures édictées sans peur de perdre leurs moyens de subsistance et de disposer d'une quantité suffisante de nourriture et vivre dans le respect de leur communauté, ce qui permettra finalement une réponse plus efficace, plus humain et plus durable à l'épidémie.

La liberté étant donc la règle, elle ne peut être limitée que sous les conditions des circonstances exceptionnelles que sont l'état d'urgence et l'état de siège paraissant comme des justificatifs employés lorsque les règles de droits habituelles paraissent inadaptées à une situation donnée et qu'il semble nécessaire d'y déroger pour sauvegarder l'ordre public. Cette affirmation est conforme à l'article 61 de la *Constitution de la RDC* qui énumère les sept *droits indérogeables* et laisse la liberté au pouvoir public de déroger à tout autre droit fondamental qui n'y est pas énuméré. C'est dans cette optique que nous avons analysé l'*Ordonnance loi n°20/014 du 20 mars 2020* qui a été prise pour sauvegarder le droit à la vie des congolais en leur épargnant du risque d'attraper le coronavirus.

Le bien-fondé de ces restrictions ne prête guère à discussion, dès lors qu'il s'agit de préserver la vie des milliers de personnes directement exposées

à la diffusion d'une pathologie potentiellement létale. En revanche, il est important de déterminer si le cadre légal dans lequel elles peuvent être ordonnées garantit suffisamment leur nécessité et leur proportionnalité.

Toutes les libertés qu'elles affectent ont, en effet, une valeur constitutionnelle, ce qui signifie que les pouvoirs publics ne peuvent priver les citoyens des garanties légales de leur exercice et doivent, au contraire, leur assurer « une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables ». C'est pourquoi, seuls les événements de nature à menacer la vie ou, à tout le moins, à affecter irrémédiablement l'intégrité physique d'une partie significative de la population devraient pouvoir justifier la mise en œuvre de mesures aussi restrictives de libertés que celles que nous impose aujourd'hui la lutte contre le coronavirus.

*

* *

Des circonstances exceptionnelles aux mesures exceptionnelles pendant la période de la COVID-19 au Tchad : Regard sur l'office du juge en matière des libertés publiques

M. ABDELKERIM Marcelin*

RESUMÉ

La pandémie de Coronavirus (COVID-19) a changé la vie des gens et la façon dont ils interagissent ensemble dans presque toutes les nations et régions. Les réactions politiques à cette pandémie mondiale ont influencé les réponses nationales et jouent un rôle important dans les changements qu'elle a déclenchés. Actuellement, le monde connaît des bouleversements politiques, sociaux, culturels et économiques d'une proportion épique, jamais vus ou rencontrés depuis le début du XX^e siècle en raison de COVID-19. La vie telle que nous la connaissons avant la pandémie ne sera plus jamais la même et les sociétés devront faire face à la menace du virus et, surtout, à ses conséquences telles que les bouclages, l'éloignement social et d'autres mesures. Certaines de ses conséquences sont encore imprévisibles, mais certains de ses contours commencent à apparaître.

Cette déviation des habitudes de la vie humaine appelle, de la part de l'État, une adaptation des normes et, de la part de l'organe judiciaire, une application conforme de ces normes adaptées. L'État Tchadien ne sera pas en marge de cette situation qui touche le monde entier. La présente réflexion examine donc le processus de prise des mesures exceptionnelles dans pareilles circonstances et le comportement du juge face au respect des droits et libertés des citoyens tels qu'ils sont prévus dans la Constitution de la République tchadienne.

Mots-clés :

* Docteur en Science Politique de l'Université de Ngaoundéré, Doctorant en Droit Public à l'Université de Douala et Assistant à l'Université de N'Djamena, Faculté des sciences juridiques et politiques (FSJP). Pour contacter l'auteur : marcelinabdelkerim@gmail.com ; abdelkerimmarcelin@yahoo.fr

Pandémie – Coronavirus – Libertés publiques – Droits de l'Homme – circonstances exceptionnelles – Tchad.

ABSTRACT :

The coronavirus pandemic (COVID-19) has changed people's lives and the way they interact together in nearly every nation and region. Political reactions to this global pandemic have influenced national responses and are playing an important role in the changes it has triggered. Currently, the world is experiencing political, social, cultural and economic upheaval of epic proportions unseen or encountered since the turn of the 20th century as a result of COVID-19. Life as we knew it before the pandemic will never be the same and societies will have to deal with the threat of the virus and, most importantly, its consequences such as closures, social estrangement and other measures. Some of its consequences are still unpredictable, but some of its outlines are starting to appear.

This deviation from the habits of human life calls for an adaptation of standards on the part of the State and, on the part of the judiciary, for the compliant application of these adapted standards. The Chadian state will not be on the sidelines of this situation which affects the whole world. This reflection therefore examines the process of taking exceptional measures in such circumstances and the behavior of the judge with regard to respect for the rights and freedoms of citizens as provided for in the Constitution of the Republic of Tchad.

Keywords : *Pandemic - Coronavirus - Civil liberties - Human rights - exceptional circumstances - Tchad.*



SOMMAIRE

INTRODUCTION

I. L'ISOLEMENT DU JUGE FACE À LA MENACE DES LIBERTÉS PUBLIQUES EN PÉRIODE DE CRISE SANITAIRE DE LA COVID-19 PAR L'ADMINISTRATION

A. L'isolement du juge administratif, protecteur des libertés publiques

B. L'isolement du juge administratif, protecteur des libertés publiques

II. DU DÉSARMEMENT DU JUGE VERS UNE ADMINISTRATION
AUTORITAIRE EN PÉRIODE DE CRISE SANITAIRE DE LA COVID-19

A. Le privilège du préalable, une arme administrative à munitions réduites

B. L'exécution d'office, une arme administrative à munition pleine

Conclusion



INTRODUCTION

L'état d'urgence est une mesure exceptionnelle pouvant être décidée par le Conseil des ministres, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas de calamité publique telles que la catastrophe naturelle d'une ampleur exceptionnelle, une guerre déclarée ou pour des raisons sécuritaires. Il permet de renforcer les pouvoirs des autorités civiles et de restreindre certaines libertés publiques ou individuelles pour des personnes soupçonnées d'être une menace pour la sécurité publique. L'état d'urgence peut être déclaré sur tout ou partie du territoire.

Chaque Constitution repose sur une règle de droit fondamentale trop souvent méconnue qu'exprime bien l'expression *salus populi suprema lex*. Cette expression sera employée dans le sens où c'est *la sécurité ou le salut public qui devient la loi suprême*, dans des circonstances autres, où la protection de l'État n'est pas mise en cause¹.

On sait que le droit constitutionnel comprend les normes supérieures régissant l'organisation et le fonctionnement de l'État, et que parmi celles-ci, peut se trouver l'affirmation de libertés publiques individuelles ou collectives². L'efficacité de la sanction de telles règles, de même que la préservation des droits reconnus au citoyen et à la collectivité présupposent, il est sûr, l'existence au profit de l'État de moyens coercitifs généraux, mais présupposent d'abord, en fait et en droit, que cet État soit capable d'assurer sa propre survie. De ce point de vue, toutes les mesures de protection de l'État forment nécessairement partie de la Constitution de cet État et, en temps de crise, il n'est pas paradoxal de dire qu'elles deviennent des normes supérieures aux

¹ Guy TREMBLAY, « Les libertés publiques en temps de crise », (1972) 13-3 *Les Cahiers de droit* 401-418, 401.

² Henri BRUN et Guy TREMBLAY G., *Droit public fondamental*, Québec, P.U.L. 1972, p. 2 et ss.

autres principes constitutionnels, et, en particulier, à toutes ces libertés fondamentales qui ne peuvent être que subordonnées au maintien effectif de l'État lui-même³.

S'il n'existe pas de définition générale et consensuelle de la notion d'office du juge, il s'en dégage néanmoins un sens commun et doctrinal communément admis, toutefois rarement explicitement formulé. Cette notion recoupe schématiquement son sens commun, à savoir celle de devoir, de « *fonction que l'on doit remplir, charge dont on doit s'acquitter* »⁴. L'office est l'« *ensemble des pouvoirs et devoirs attachés à une fonction publique* »⁵. Étymologiquement, le terme d'office est issu du latin « *officium* », qui signifie devoir ou service. L'office du juge est donc la fonction de juger⁶. C'est, non seulement l'ensemble des méthodes qu'il utilise, des limites assignées à sa compétence, des règles de procédure qu'il applique, mais aussi « *la nature...des relations qu'il tisse avec l'administration qu'il contrôle et le justiciable auquel il répond* »⁷. Autrement dit, « *l'office du juge est lié aux fonctions que lui reconnaît le système juridique et aux missions qui lui sont dévolues* »⁸. Mais l'office du juge ne saurait se déduire uniquement des textes qui le fondent. Il est ou dépend aussi de la conception que le juge se fait lui-même de son métier à travers ses décisions⁹. En somme, c'est à travers les textes et les décisions que rend le juge que se donne à voir son office. Ainsi, il apparait que, selon les différents domaines dans lesquels il intervient ou les différents recours qui lui sont soumis, le juge exerce un office

³ Guy TREMBLAY, *Gagnon et Vallières v. La Reine*, C.A. 454, 1971, p. 462.

⁴ Le Petit Robert, dictionnaire, 2013

⁵ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd. mise à jour, Paris, PUF, 2016, p. 708.

⁶ Gilles DARCY, « Avant-propos », Actes du colloque : *L'office du juge*, Palais du Luxembourg, Les colloques du Sénat, 29 et 30 septembre 2006, pp. 535 et s.

⁷ Francis DONNAT et Didier CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *D.A.* n° 5, mai 2004, étude 9.

⁸ Jean-Louis BERGEL, « Introduction », dans *L'office du juge*, Actes du colloque, Palais du Luxembourg, Les colloques du Sénat, 29 et 30 septembre 2006, p. 13.

⁹ Francis DONNAT et Didier CASAS, « L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'État », *D.A.* n° 5, mai 2004, étude 9.

spécifique¹⁰, même si un juge est institué à la fois pour trancher un litige, apaiser un conflit et appliquer une règle de droit¹¹.

Les libertés prises en charge par l'État ou reconnues par lui sont des libertés publiques. Le mot « public » n'est pas à comprendre comme une opposition au terme « privé ». Il n'est guère concevable d'admettre l'existence des libertés publiques, définies comme n'intéressant que les relations des citoyens avec l'État et des libertés privées qui concerneraient les rapports entre les individus. Toutes les libertés sont des libertés publiques. Les libertés publiques sont des libertés aménagées dans le cadre de l'État par le pouvoir politique de façon à les rendre effectives. Elles sont « publiques » car elles supposent l'intervention de l'autorité publique¹². Quant aux libertés publiques, la même définition est admise en ajoutant que, pour qu'elles soient publiques, ces libertés doivent être reconnues, organisées et garanties par l'État. Ainsi, définit Marcel Waline, les libertés publiques sont « *un ordre d'activité des citoyens dont le législateur ou le constituant a présumé que l'exercice ne donnerait pas lieu normalement à des abus, et que par conséquent, il y avait lieu d'autoriser une fois pour toutes, et même de garantir* »¹³. Pour Gilles Lebreton, « *les libertés publiques sont les pouvoirs d'autodétermination qui visent à assurer l'autonomie de la personne humaine, qui sont reconnues par des normes à valeur au moins législative, et bénéficient d'un régime juridique de protection renforcée même à l'égard des pouvoirs publics* »¹⁴.

Les libertés publiques sont connues et réclamées par tous et partout. Elles doivent être protégées contre toute atteinte. Les atteintes portées aux libertés publiques le sont souvent par l'administration. La première institution à garantir les libertés publiques

¹⁰ Marie-Anne FRISON-ROCHE, *Les offices du juge*, Leges Tullit, Jura Docut, Écrits en l'honneur de Jean Foyer, Paris PUF, 1997, p. 464.

¹¹ *Idem*, pp. 463- 476.

¹² Caroline LACROIX, *Protection des droits et libertés fondamentaux*, Tome I, Prépa Dalloz, Session 2016, p. 15.

¹³ Marcel WALINE, *Traité de Droit administratif*, Paris, Sirey, 1963, n° 1095, p. 651.

¹⁴ Gilles LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 8^{ième} édition, Paris, Dalloz-Sirey, 2009, p.15.

contre l'administration est le juge administratif, son juge ordinaire¹⁵. Elles sont aujourd'hui organisées juridiquement ; leurs conditions d'existence et d'exercice sont généralement déterminées par le droit positif qui prévoit d'ailleurs les garanties de leur exercice. Toutefois, ce n'était pas le cas auparavant. En effet, avant d'aboutir aux libertés publiques organisées d'une façon permettant à tout individu de les exercer, il y avait des libertés naturelles qui étaient fondées sur la liberté de chaque individu de faire ce qu'il voulait¹⁶.

La COVID-19 est une pandémie qui a fini par avoir une influence négative sur les États. Elle a changé le comportement des États dans les relations internationales au XXI^{ème} siècle dont le Tchad, pays très pauvre, en est victime, tant au niveau économique, culturel, social que politique. De nombreuses mesures ont été prises par le gouvernement dans l'optique de palier la pandémie, mais force est de constater que les moyens déployés pour la sensibilisation et la lutte contre cette maladie n'atteignent pas toutes les couches sociales et notamment la population vivant dans la zone rurale.

Le juge administratif ne peut systématiquement interpréter de façon restrictive toute loi défavorable aux libertés publiques surtout si elle est relative à la protection de l'ordre public et qu'elle permet de prendre des actes de police pour assurer cette protection. On revient là à l'équation importante et nécessaire selon laquelle les libertés publiques doivent être limitées en vue de protéger l'ordre public autant que cette protection l'exige. Il s'agit du fameux principe de proportionnalité entre l'exigence de la protection de l'ordre public et les limites apportées aux libertés publiques¹⁷.

Juge de l'administration, juge-administrateur, juge connaissant les problèmes et besoins de l'action administrative..., est-ce que ce juge, à côté du juge judiciaire,

¹⁵ YEHIA KERKATLY, *Le juge administratif et les libertés publiques en droits libanais et français*, Thèse de Droit, Grenoble, Université Grenoble Alpes, 2013, p. 6.

¹⁶ *Idem*, p. 14.

¹⁷ *Ibidem*, p. 149.

pourrait être un juge rendant justice dans le domaine des libertés publiques avec tout ce qu'exige celle-ci d'indépendance et d'impartialité au Tchad en période de crise sanitaire? C'est sur cette interrogation que va s'articuler notre communication, d'une part, sur l'isolement du juge face à la menace des libertés publiques en période de crise sanitaire de la COVID-19 par l'administration (I) et, d'autre part, du désarmement du juge vers une administration autoritaire en période de crise sanitaire de la COVID-19 (II).

I. L'ISOLEMENT DU JUGE FACE À LA MENACE DES LIBERTÉS PUBLIQUES EN PÉRIODE DE CRISE SANITAIRE DE LA COVID-19 PAR L'ADMINISTRATION

Au Tchad, disons-le ainsi, la défense des libertés n'est l'apanage d'aucun juge, elle est une mission partagée entre le juge administratif et le juge judiciaire, chacun ayant des compétences exclusives à base constitutionnelle – la protection de la liberté individuelle pour le juge judiciaire – le contrôle des mesures prises pour la sauvegarde de l'ordre public pour le juge administratif. Cette division des tâches est, en dépit de quelques variations entre jurisprudences administrative et constitutionnelle ou entre juge des référés et du fond, ancienne, stable, opérationnelle et protectrice pour nos concitoyens. Elle est l'un des acquis de notre État de droit¹⁸.

Pendant la COVID-19, des mesures prises pour la sauvegarde de l'intérêt général ont du moins isolé les juges à savoir : juge de la légalité qui officie en tant que juge de l'administration (A) et juge judiciaire en tant que juge de la protection proche des citoyens (B).

¹⁸ Jean-Marc SAUVE, « Le juge administratif, protecteur des libertés », Colloque organisé pour les dix ans de l'Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) à l'Université d'Auvergne le 16 juin 2016.

A. L'isolement du juge administratif, protecteur des libertés publiques

Avant de parler du juge de l'administration, il convient de définir ce que l'on entend par administration. Celle-ci est toute autorité ayant pouvoir réglementaire autonome ou pouvoir d'application des lois et règlements, que ce soit par des mesures réglementaires ou individuelles y compris des mesures de police, ou ayant mission de service public. D'ailleurs, certains groupements de personnes privées sont considérés comme appartenant à l'administration¹⁹. Si l'émergence du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires²⁰ est le bienvenu en tant qu'il met fin à l'immixtion des tribunaux judiciaires dans les affaires de l'administration, il ne doit pas pourtant aboutir à une situation pire : confier à l'administration la charge de résoudre les conflits auxquels elle est partie²¹.

Une autre fonction du contentieux administratif sera de servir d'instrument devant concourir à une plus forte affirmation du pouvoir hiérarchique en s'assurant la garantie de la docilité de l'ensemble de l'administration. On verra alors dans le redressement par le juge des irrégularités administratives, le moyen d'obliger les

¹⁹ YEHIA KERKATLY, préc., note 13, p. 31

²⁰ La loi des 16-24 août définit un code des rapports du judiciaire à l'administratif. Dans la logique de séparation des pouvoirs, elle défend aux tribunaux de prendre part à l'exercice des pouvoirs législatifs et exécutif. Le 8 février, le Tribunal des Conflits rend l'arrêt Blanco. Il est parfois considéré comme le fondement du droit administratif français. Les dommages causés par l'État doivent suivre un régime particulier de responsabilité. Celui-ci déroge alors aux règles de droit commun, elle est « ni générale, ni absolue (...) [elle] a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Un conflit s'élève entre les juridictions judiciaire et administrative et le Tribunal des conflits est chargé de trancher. Selon Léon Duguit cet arrêt est la « pierre angulaire » du droit administratif français. Le juge ordinaire ne peut pas intervenir dans l'activité de l'administration, sous peine de forfaiture (art. 13). Les constituants affirment donc la séparation des autorités administratives et judiciaires dans la loi des 16-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire : « les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leur fonction ». Parce qu'elle fut difficile à faire respecter, cette loi dut être confirmée par celle du 16 fructidor an III : « défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ». Ce n'est qu'en 1953 que la juridiction de droit commun était confiée aux tribunaux administratifs qui succèdent alors aux conseils de préfecture.

²¹ YEHIA KERKATLY, préc., note 13, p. 32.

diverses autorités administratives au respect des règles établies par les autorités placées à la tête du corps politique. A cet égard, le contrôle de la légalité des actes administratifs constitue un des procédés les plus efficaces pour mettre fin à l'inobservation de ces règles, et « *il joue un certain rôle préventif en menaçant l'administration de nouvelles sanctions en cas de renouvellement de l'illégalité* »²².

Le rôle du juge administratif en matière de protection des libertés publiques est en rapport avec le rôle du juge judiciaire en la matière. « *Beaucoup d'administrés ignorent jusqu'à l'existence des juridictions administratives ; même quand ils les connaissent, ils ne savent pas souvent dans quels cas elles sont compétentes. Ils ignorent totalement les règles en vigueur devant ces tribunaux* »²³. D'ailleurs, le juge judiciaire se voyait le gardien des libertés publiques et surtout de la liberté individuelle²⁴. L'irrecevabilité n'est pas opposée pour défaut de décision préalable lorsque le demandeur n'a pu produire la décision attaquée dès lors qu'au regard de l'ensemble des circonstances de l'affaire, le juge peut établir l'existence d'une décision contre laquelle le recours est recevable²⁵.

Les pouvoirs du juge administratif sont de cinq ordres :

i. *Le juge administratif peut annuler une décision administrative contestée.* Lorsqu'il constate qu'une décision administrative est illégale (parce qu'elle n'a pas respecté une loi, parce que des moyens ont été utilisés à d'autres fins que celles prévues par les textes...), il en prononce l'*annulation*. Tout se passe alors comme si cette décision n'avait jamais existé et ses effets produits antérieurement au jugement sont également annulés. L'annulation, dans certains cas, peut conduire le juge administratif à ordonner à l'administration de prendre une nouvelle décision dans un sens déterminé.

²² Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, 3^{ème} édition, vol.1, Paris, LGDJ, 1984, p. 16.

²³ Gustave PEISER, *Contentieux administratif*, 15^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2009, p. 296.

²⁴ YEHIA KERKATLY, préc., note 13, p. 40.

²⁵ CS (CA) du Togo, Ordonnance n° 2008-01/CA/du 03 janvier 2008, *Affaire : Chambre nationale des huissiers du Togo c. le garde des sceaux, ministre de la justice*.

ii. *Le juge administratif peut modifier la décision contestée.* Il ne s'agit plus seulement d'annuler purement et simplement une décision, mais de la modifier de manière à la rendre légale. Le meilleur exemple est celui des élections. Lorsque le juge administratif constate que de très graves irrégularités ont été commises par le candidat élu, il peut, si ces manœuvres ont changé l'issue de l'élection, déclarer élu un autre candidat.

iii. *Le juge administratif peut condamner une administration à payer une somme d'argent à titre de dommages et intérêts.* Si le juge constate qu'une administration a causé un préjudice (tels que les services de l'Équipement n'ont pas entretenu une route qui a provoqué des accidents, un service hospitalier a choisi un traitement inadapté à l'état d'un patient), il peut la condamner à indemniser la victime.

iv. En outre, *le juge administratif peut prononcer des mesures d'urgence.* Il s'agit, dans ce cas, du juge des référés, qui peut notamment demander la suspension de l'exécution d'un acte administratif, ordonner une expertise ou enjoindre la communication d'un document.

v. Enfin, à la demande des parties au litige, *les tribunaux administratifs ou les cours administratives d'appel peuvent transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'État*, et ce dernier peut renvoyer la question au Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur la conformité d'une disposition législative aux droits et libertés protégés par la Constitution.

À menace exceptionnelle devait répondre un régime d'exception²⁶. La *théorie des circonstances exceptionnelles* a comme objet d'élargir les pouvoirs de l'administration autant qu'il faut pour faire face aux menaces graves à l'ordre public lesquelles résultent des circonstances exceptionnelles. Cette théorie est apparue à l'occasion de la guerre de 1914-1918 dans deux arrêts du Conseil d'État français²⁷. Elle

²⁶ Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 13^e édition, collection « Cours », Paris, L.G.D.J., 2013, p. 52.

²⁷ CEF 28 juin 1918, Heyriès, 28 févr. 1919, *Dames Dol et Laurent*, précité.

est un assouplissement du principe de légalité, mais aussi son protecteur puisque, sans elle, ce principe n'aurait pas vécu tel qu'il est aujourd'hui²⁸.

La Constitution du 4 mai 2018 dispose en son article 96 en ces termes : « (...) *Ces mesures exceptionnelles ne sauraient justifier les atteintes aux droits humains, à l'intégrité physique et morale et aux garanties juridictionnelles accordées aux individus* ». L'Ordonnance n°044/INT/SUR du 27 octobre 1962 relative à l'état d'urgence au Tchad constitue la plus ancienne base juridique d'état d'urgence. Pourtant, l'article 132 de ladite Constitution est clair à propos de l'Ordonnance, il dispose que :

« (...) le Président de la République peut, pour l'exécution de son programme, demander à l'Assemblée Nationale l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les matières objet de l'autorisation doivent être énumérées et motivées dans la demande adressée à l'Assemblée Nationale. Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis de la Cour Suprême. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant l'Assemblée Nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

Si on s'en tient à l'année 1962, cette ordonnance doit, *prima facie*, tomber en désuétude vue son caractère très ancien. La loi évolue selon l'évolution de la société, elle n'est pas stagnante comme le lac. Il est fait mention clairement dans la Constitution en son article 127 que « *la Loi est votée par l'Assemblée Nationale dans le respect de la répartition des compétences entre l'État central et les collectivités autonomes. La Loi fixe les règles concernant : (...) l'état de siège et l'état d'urgence* ». C'est donc

²⁸ YEHIA KERKATLY, préc., note 13, p. 248.

l'Assemblée nationale qui est habilitée à voter une loi qui doit régler l'état de siège et l'état d'urgence et non une Ordonnance déjà expirée comme un référentiel. Plus encore, le Décret est supérieur à l'Ordonnance, puisqu'il relève directement du Président, alors que l'Ordonnance est un domaine partagé entre le Président et l'Assemblée. Cela laisse désirer que les jurislatores de 2018 n'aient pas voulu innover les textes de la République et restent cantonnés dans l'époque de la « jurassique-parc », pourtant la COVID-19 a contraint les autorités à prendre de nombreuses mesures, parfois dans l'anarchie, pour faire face à cette pandémie.

Après le tout premier *Décret n°0499/PR/2020 du 2 avril 2020 portant instauration d'un couvre-feu de 20 heures à 05 heures dans les provinces du Logone occidental, du Logone oriental, du Mayo-Kebbi-ouest, du Mayo-Kebbi-est et dans la ville de N'Djamena en République du Tchad*, le Président l'a, certes, pris après consultation de l'Assemblée nationale, d'autres Décrets ont été signés. Car chose curieuse était survenue au lendemain, un autre Décret n°0500/PR/2020 du 3 avril 2020 portant extension du couvre-feu à Mandelia, Logone-Gana et de N'Djamena-Fara à Guitté en République du Tchad. On se demande, quel temps le Président a eu pour avoir consulté l'Assemblée Nationale? Cela laisse désirer l'isolement du juge en charge de contrôler la légalité des textes infra-législatifs.

Douze jours plus tard, un autre Décret a été pris pour proroger le couvre-feu, le Décret n°0577/PR.2020 du 15 avril 2020. 14 jours encore, un autre Décret fut pris signé, le Décret n°0827/PR/2020 du 29 avril 2020 portant prorogation du couvre-feu en référence au Décret n°0500 précité.

L'article 129 de ladite Constitution dispose : « La déclaration de guerre est autorisée par l'Assemblée Nationale » et l'article 130 stipule que « L'état de siège et l'état d'urgence sont décrétés en Conseil des Ministres. Le Président de la République en informe l'Assemblée Nationale. Leur prorogation au-delà de vingt et un (21) jours ne peut être autorisée que par l'Assemblée Nationale ». Donc, si le Président de la

République veut proroger le couvre-feu au-delà de 21 jours, il doit impérativement bénéficier de l'autorisation de l'Assemblée Nationale. Alors on se le demande, cette autorisation doit-elle être implicite (silence) ou explicite (par écrit) ou encore orale (verbale) ? Alors que l'article 96 précité dispose que :

« [L]orsque les Institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate, et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics est interrompu, le Président de la République, après consultation obligatoire du Président de l'Assemblée Nationale et du Président de la Cour Suprême, prend en Conseil des Ministres, pour une durée n'excédant pas trente (30) jours, les mesures exceptionnelles exigées par ces circonstances. Cette période ne peut être prorogée qu'après avis de l'Assemblée Nationale ».

Le Président en l'espèce, s'il veut prendre une mesure exceptionnelle en circonstance exceptionnelle n'excédant pas 30 jours, l'avis de l'Assemblée ne sera pas requis. Mais par contre, s'il veut une prorogation, il doit avoir l'avis de l'Assemblée Nationale. Une autre question en découle, il s'agit de savoir si cet avis, quel qu'il soit, favorable ou défavorable, permet au Président de décider pour la cause.

Le constituant laisse perplexe les justiciables et écarte le juge administratif de toute saisine. Les circonstances exceptionnelles rendent légitime l'augmentation des pouvoirs de police de l'administration. Dans l'arrêt *Dol et Laurent*, « le Conseil d'État a déclaré formellement que l'étendue des pouvoirs de police était plus grande en temps de guerre qu'en temps de paix... La liberté individuelle, la liberté du commerce et de l'industrie, etc., doivent s'incliner devant l'intérêt général de la Défense nationale »²⁹. Comme l'a relevé à juste titre Célestin Keutcha Tchapinga, « [...] la simple référence à une menace à l'ordre public est une motivation suffisante pour rendre pratiquement

²⁹ « Pouvoirs de l'administration en temps de guerre », C.E., 28 février 1919, *Dol et Laurent*, R.D.P., 1919, p. 340.

impossible l'obtention d'un sursis à exécution »³⁰. Cette situation d'isolement se pose aussi face au juge judiciaire.

B. L'isolement du juge judiciaire, gardien des libertés publiques

Jean-Marie Auby et Roland Drago diront que « [...] le contentieux administratif remplit donc une fonction de protection des administrés contre l'administration. Il met les individus à même de préserver, dans la mesure prévue par la règle de droit, leurs droits et intérêts à l'encontre des exigences de l'action administrative »³¹.

Les procès administratif et pénal ont ceci de commun qu'au contraire des procès civils qui opposent deux particuliers, ceux-là opposent en règle générale un particulier à la collectivité. Il est en effet question dans le procès pénal, comme dans le contentieux de la légalité d'une certaine manière, non pas de trancher des prétentions individuelles divergentes, mais de garantir plus directement certains principes transcendants et inhérents à la vie en société³². Concernant le contrôle exercé par le juge judiciaire répressif sur la légalité des actes administratifs, un auteur observe :

"[...] pour lui, l'appréciation qu'il porte sur ce point n'est qu'un maillon dans la chaîne des raisonnements et des constatations qui lui permettent de statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'individu traduit devant lui. Du moment qu'un acte administratif interfère dans l'ensemble des éléments de l'infraction, soit pour la caractériser, soit pour lui servir d'excuse ou de fait justificatif, le juge répressif doit rechercher si l'action de l'administration s'est développée conformément à la loi..."³³.

³⁰ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Le régime du sursis à exécution dans la jurisprudence administrative camerounaise », (avril-mai-juin 1999) 38 *Juridis périodique* 83-92, 91.

³¹ J.-M. AUBY et R. DRAGO, préc., note 22, p. 15.

³² Wendy LELLIG, L'Office du juge administrative de la légalité, Thèse de doctorate n droit, Montpellier, Université de Montpellier, 2015, p. 201.

³³ André PEPY, « La séparation des autorités administratives et judiciaires et l'appréciation par le juge répressif de la légalité des actes administratifs individuels », dans *Mélanges Patin*, Paris, éd. Cujas, 1969, p. 96.

Le Président de la République a institué par Décret 0708/PR/2020 du 25 Avril 2020 un état d'urgence sanitaire de 21 jours sur toute l'étendue du territoire national. La déclaration de l'état d'urgence sanitaire donne pouvoir aux ministres concernés de prendre toutes mesures empêchant la propagation de la pandémie du Covid-19. Voici les autres détails de l'article 2 du décret :

« Restreindre ou interdire la circulation des personnes et des véhicules dans les lieux et aux horaires fixés par arrêté; Interdire aux personnes de sortir de leurs domiciles, sous réserve des déplacements strictement indispensables ; Mettre en quarantaine les personnes susceptibles d'être affectées ainsi que le placement et le maintien en isolement à leurs domiciles des personnes affectées ; Fermer provisoirement une ou plusieurs catégories d'établissement accueillant le public, à l'exception des établissements fournissant des biens ou des services de première nécessité ; Ordonner la fermeture temporaire des lieux de réunion de toute nature, des débits de boisson, des salles de jeux et spectacles ; Limiter ou interdire les rassemblements sur la voie publique, ainsi que les réunions de toute nature ; Prendre des mesures pouvant assurer la permanence des pharmacies de garde ; Ordonner la réquisition de tous biens et services nécessaires à la lutte contre la catastrophe sanitaire, ainsi que de toute personne nécessaire au fonctionnement de ces services ou à l'usage de ces biens ; Prendre toutes mesures permettant la mise à disposition des médicaments appropriés pour l'éradication de la catastrophe sanitaire.»

L'article 3 du Décret précise que les infractions aux mesures prévues à l'article 2 seront punies d'un emprisonnement d'un à trois mois, sans préjudice de l'exécution desdites mesures.

Le juge pénal présente néanmoins la complexité de connaître de deux types d'actions radicalement opposées : l'action publique et l'action civile. Si l'action publique a

« [...] » pour but de réprimer le trouble social, par l'application d'une peine ou d'une mesure de sûreté à l'auteur de

l'infraction »³⁴, l'action civile se définit quant à elle comme une « action qui, ouverte à la victime d'une infraction pénale devant une juridiction répressive, a pour objet la réparation du dommage personnel que lui a causé cette infraction »³⁵. En effet, la « commission d'un délit engendre généralement un trouble à l'ordre social et un dommage privé. C'est pourquoi elle donne naissance à deux actions en justice, l'action publique, qui appartient à la collectivité, et l'action civile, qui appartient à la personne lésée »³⁶.

Le juge répressif contrôle depuis la légalité des règlements autonomes pris en la forme de règlements d'administration publique, source d'incriminations contraventionnelles ainsi que la légalité des ordonnances prises sur habilitation parlementaire ou référendaire, source d'incriminations criminelles et délictuelles³⁷. Dans cette perspective, le juge pénal, de par la dimension des questions dont il est en charge, se rapproche davantage d'un juge administratif, qui a toujours à connaître de discussions mettant en jeu l'intérêt général, que d'un juge civil principalement chargé de départager des intérêts d'ordre privé. La procédure administrative et la procédure pénale « mettent l'une et l'autre en jeu des prérogatives de puissance publique. La partie privée y est confrontée, d'une façon ou d'une autre, à la collectivité. L'intérêt général est, à ce titre, directement intéressé au traitement juridictionnel et à l'issue du différend »³⁸.

Les garanties d'application des lois défavorables aux libertés publiques peuvent parfois être en contradiction avec les impératifs des mesures de police surtout en ce qui concerne leur caractère urgent. Certes, les garanties d'application des lois défavorables

³⁴ Bernard BOULOC, *Procédure pénale*, 23^{ième} édition, Paris, Dalloz, 2012, n° 163.

³⁵ Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON, *Procédure pénale*, 7^{ième} édition, Paris, LexisNexis, 2011, n° 1090.

³⁶ Jocelyne LEBLOIS-HAPPE, « Procédure pénale », dans *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, p. 1074-1096, à la page 1076.

³⁷ Démosthène TSEVAS, *Le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire*, Paris, LGDJ, E.J.A. et Démosthène Tsevas, 1995, p. 4.

³⁸ Jacques NORMAND, « Office du juge », dans *Dictionnaire de la justice*, Paris PUF, 2004, p. 925-1045, à la page 930.

aux libertés publiques sont prévues pour rationaliser l'édition des mesures de police et ne doivent pas dès lors être inobservées au nom de la protection de l'ordre public, le législateur ayant estimé que ces garanties ne gênent pas la prise des mesures prévues dans la loi, mais il arrive parfois que l'observation des garanties prescrites dans la loi lors de la prise des mesures de police puisse toucher l'efficacité de ces mesures pour protéger l'ordre public³⁹.

II. DU DÉSARMEMENT DU JUGE VERS UNE ADMINISTRATION AUTORITAIRE EN PÉRIODE DE CRISE SANITAIRE DE LA COVID-19

Ce régime d'exception, une première dans l'histoire du pays, encadre le confinement et d'autres mesures restrictives des libertés publiques au Tchad. Il peut être déclaré « *en cas de catastrophe sanitaire mettant en péril, par sa nature et sa gravité, la santé de la population* ».

Décrivant, il y a bientôt trente ans, les mérites respectifs des juges judiciaire et administratif en la matière, le doyen Rivero écrivait qu'au « [...] *service des libertés, les deux juridictions, chacune selon sa spécificité, ont mis des moyens différents mais complémentaires : le juge administratif a situé l'essentiel de son action au niveau des normes, le juge judiciaire au niveau des réalités concrètes* »⁴⁰. Il sied, cependant, d'analyser tour à tour le privilège du préalable comme une arme administrative à munitions réduites (A) et l'exécution d'office comme une arme administrative à munitions pleines (B).

A. Le privilège du préalable, une arme administrative à munitions réduites

Le privilège du préalable est un principe de droit énoncé par Maurice Hauriou⁴¹. Il désigne une prérogative de puissance publique inhérente à l'action administrative. En vertu de ce privilège également appelé « *procédure d'action directe* », les actes édictés par l'administration revêtent l'« *autorité de la chose décidée* ». L'administration dispose

³⁹ YEHIA KERKATLY, préc., note 13, p. 152.

⁴⁰ Jean RIVERO, *Dualité de juridictions et protection des libertés*, RFDA 1990, p.736.

⁴¹ Maurice Hauriou disait que « l'administration est en partie son propre juge, en ce sens qu'elle remplace par des décisions exécutoires les jugements qu'un particulier serait obligé de demander », voir Maurice Hauriou, note sur CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*.

de la capacité d'édicter des actes sans requérir le consentement des administrés ni l'autorisation du juge. Celle-ci est tenue d'exercer elle-même ses pouvoirs, « *l'administration est en principe irrecevable à demander au juge le prononcé des mesures qu'elle a le pouvoir de décider* »⁴². Il peut aussi être la faculté qu'a l'administration d'imposer sa volonté à des personnes sans avoir obtenu leur consentement préalable et sans avoir recours à l'autorisation préalable d'un juge. Concrètement, le ou les destinataires d'une décision administrative doivent s'y conformer. Ils peuvent la contester devant un juge, mais un tel recours n'a pas d'effet suspensif : la décision est applicable tant que le juge n'en a pas décidé autrement⁴³.

Le principe comporte deux éléments importants :

1. l'administration dispose de la prérogative de réaliser ses droits par ses propres moyens, sans avoir recours à l'autorisation préalable d'un juge ;
2. la décision produit des effets de droit et est exécutoire (décision exécutoire).

Mais il faut nuancer ce principe qui caractérisait l'action administrative pour plusieurs raisons : d'abord, l'administration utilisait beaucoup l'acte unilatéral (arrêtés, décrets...), le cas des mesures prises pendant l'état d'urgence sanitaire. Elle utilise maintenant aussi le contrat (marchés, DSP...) ; ensuite, l'acte unilatéral n'a pas la portée d'une décision de justice et n'a pas l'autorité de la chose jugée ; l'acte unilatéral existe si un texte le prévoit. Le privilège du préalable constituait un critère majeur pour distinguer droit public et droit privé.

Le juge administratif est le juge de l'administration, il juge son action, annule ou confirme ses décisions et lui adresse même des injonctions. La jurisprudence administrative montre que le juge administratif utilise souvent tous les instruments dont il dispose pour protéger les libertés publiques contre les atteintes qui leur sont portées

⁴² CE, 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*

⁴³ « Le privilège du préalable », Fiches-droit.com, le site pour réussir ses études de droit, en ligne : <<https://fiches-droit.com/privilege-du-prealable>> (consulté le 25 mai 2020).

par l'administration⁴⁴. L'institution centrale est évidemment le référé-liberté. Avec celui-ci, le juge administratif a enfin été doté d'une procédure efficace de protection dans l'urgence des libertés fondamentales⁴⁵.

Lorsque le juge est invité à censurer une illégalité, il estimera que « l'acte qui n'est ni signé et qui ne porte pas de nom, doit être considéré comme inexistant et entraîne une disqualification du recours pour excès de pouvoir en déclaration de nullité »⁴⁶ ; ou encore, il redressera l'objet de la demande en considérant que « l'introduction de réparations financières dans son recours donne à ce dernier le caractère de recours de plein contentieux soumis à l'obligation de recours préalable avant tout contentieux »⁴⁷. Les règles de compétences, souvent d'ordre public, réservent à la juridiction administrative suprême, le jugement en premier et dernier ressort de l'excès de pouvoir des autorités exécutives⁴⁸, les juridictions de fond étant juges de droit commun du contentieux indemnitaire ; dans ce cas, le juge statue sur les conclusions tendant à l'annulation de l'acte et soulève pour le surplus des conclusions, l'exception de recours parallèle⁴⁹.

Les arrêtés par lesquels le Maire de Nevers avait interdit les conférences de René Benjamin ont certes été annulés par le juge de l'excès de pouvoir comme portant à la liberté de réunion une atteinte non justifiée par les nécessités de l'ordre public mais trois ans après leur édicition⁵⁰. Cela n'est pas un inconvénient du point de vue de la régulation de l'action administrative : l'important à cet égard est que, désormais, les

⁴⁴ YEHIA KERKATLY, préc., note 13, p. 6.

⁴⁵ Jacques PETIT, « Les armes du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales, Colloque : La guerre des juges aura-t-elle lieu ? », (2016) 23356 *Revue Générale du Droit*, p.8, en ligne : <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=2335>.

⁴⁶ CE Sénégal, Arrêt n° 0058, *ASC DIAL DIOP* du 27. 04. 1994, Rec., n° 1, juillet 1998, p. 62.

⁴⁷ CS (CA) Burkina Faso, Arrêt n° 018 du 08. 02. 2000, *Aff. OUOBA Tianiagou Lucien c. Etat Burkinabé*.

⁴⁸ Oumar GAYE et MAMADOU SECK DIOUF, *Le Conseil d'Etat et la pratique du recours en annulation*, Dakar, éd. 2001.

⁴⁹ CS (CA) du Sénégal, 4 mai 1977, « Abdoulaye BA c. Régie des Chemins de fer du Sénégal », dans Oumar GAYE et Mamadou Seck DIOUF, préc., note 48, p. 49.

⁵⁰ CE 19 mai 1933, *Benjamin*.

maires sauront comment ils doivent user de leur pouvoir de police. Du point de vue de la protection des libertés, le résultat est plus discutable : certes, l'annulation peut dissuader de commettre de nouvelles atteintes aux libertés mais le fait demeure que les réunions interdites n'ont pas eu lieu et ce fait ne peut être que compensé et non effacé sur le terrain du plein contentieux de la responsabilité⁵¹.

B. L'exécution d'office, une arme administrative à munition pleine

L'exécution d'office est le fait pour l'Administration de pouvoir prendre des décisions de façon unilatérale pouvant modifier des droits et obligations d'autrui, et de pouvoir les faire exécuter sans avoir besoin de demander le consentement à quiconque.

En droit administratif, le recours à l'exécution d'office des décisions administratives trouve sa justification dans l'idée d'intérêt général, dont l'Administration est garante. En droit privé, l'exécution d'office n'est envisageable qu'en vertu d'un jugement. Par ailleurs, il existe devant le juge administratif un recours spécifique et efficace en matière de protection des libertés, le référé-liberté. C'est une procédure récente puisqu'il n'existe que depuis la loi du 30 juin 2000 en France. Cette procédure permet au juge des référés de prononcer, à l'encontre de l'administration, une injonction en vue de mettre fin à une atteinte portée à une liberté fondamentale⁵².

Jean Rivero souligne que « [D]ans certaines situations de crise, le respect de la légalité risquerait de paralyser l'administration, en lui interdisant de prendre les mesures nécessaires ou en les retardant »⁵³, de la même manière que Christophe Guettier précise que « Si l'obligation de respecter la légalité n'est pas abandonnée, elle peut être très sensiblement assouplie en raison du caractère exceptionnel des

⁵¹ J. PETIT, préc., note 45, p. 5.

⁵² Hervé GUÉRIN, « Les droits fondamentaux et les libertés publiques : Les mécanismes de protection », dans *Admin CNFPT*, 27 septembre 2018.

⁵³ Jean RIVERO, *Droit administratif*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 1990, p. 109.

circonstances »⁵⁴.

Le 2 mai 2020, un *Arrêté conjoint n°035 /MDPDNSACVG/MATCTD/2020 portant réglementation de la circulation et attrouplement de personnes pendant l'État d'urgence sanitaire au Tchad* signé des Ministres délégué à la présidence chargé de la défense nationale, de la sécurité publique, des anciens combattants et des victimes de guerres et de celui de l'Administration du territoire et des collectivités territoriales décentralisées, ayant pour base juridique le Décret n°0708/PR/2020 du 25 avril 2020 portant l'État d'urgence en République du Tchad, dont la teneur suit :

« **Article 1^{er}** : la circulation et l'attrouplement de personnes en République du Tchad sont règlementés comme suit :

1. Sont interdits :

- les attrouplements sur la voie publique et au domicile privé ;
- les funérailles et places mortuaires ;
- le transport d'une dépouille mortelle d'un quartier à un autre ou d'une localité à une autre ;
- l'organisation de toute cérémonie (mariage, azouma⁵⁵, baptême, sacrifice, etc.), réunion et retrouvailles ;
- les transports en amazone.

2. Sont autorisés :

- la circulation en véhicule transportant quatre (4) personnes y compris la chauffeur et tout déplacement à but vital ou professionnel dans la limite fixé de 05 heures du matin à 20heures ;
- l'ouverture des Pharmacies de garde au-delà de 20heures en respectant aux règles d'urgence et de distanciation sociale ;
- l'ouverture des marchés des denrées alimentaires en respect aux mesures d'hygiène et de distanciation sociale ;
- les visites familiales limitées à deux (2) personnes en respectant aux mesures barrières.

Article 2 : Les infractions aux mesures ci-dessus énumérées seront punies conformément aux textes en vigueur».

⁵⁴ Christophe GUETTIER, *Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 40.

⁵⁵ C'est un terme en arabe local qui signifie les festivités ou les cérémonies non funèbres.

Le Ministre délégué à la présidence chargé de la défense nationale, de la sécurité publique, des anciens combattants et des victimes de guerres a pris un arrêté n°39 en date du 10 mai 2020 portant port de masque obligatoire sur toute l'étendue du territoire et prévoit une amende de 2000frs et un emprisonnement de 15 jours pour toute personne ayant dérogé à l'arrêté. Cet arrêté se fonde de manière analogique au livre VIII sur des *contravention de simple police* du code pénal tchadien de 2017 en son article 518 qui prévoit des sanctions en cas de contravention de simple police et qui dispose que : « Seront punis d'une amende de 2000 à 20 000 francs et pourront l'être en outre, de l'emprisonnement jusqu'à 15 jours au plus [...] ». Cet Arrêté fait foi d'une loi, car de manière analogique, il sanctionne en lieu et place de la loi pénale, ressort du juge judiciaire et surtout pénal. Toutefois, le contrôle du juge administratif se trouve affaibli. Il ne s'agit même pas du contrôle minimum exercé en temps normal. Cette restriction du contrôle du juge administratif résulte en fait de la restriction du bloc de légalité servant de base à ce contrôle. Cette dernière restriction est le résultat direct de l'application des régimes exceptionnels de l'état de siège et de l'état d'urgence. En effet, le contrôle du juge administratif, sous l'application de ces régimes exceptionnels, prend comme base la législation mise en application et restreignant les libertés publiques et non, comme en temps normal, le bloc de légalité⁵⁶. Ainsi le juge administratif élargit par exemple dans ces cas l'étendue de la notion de réunion publique pour englober les rassemblements de fait même accidentels de citoyens dans tous les lieux ouverts au public⁵⁷.

Il n'y a de bonne administration de la justice que dans l'intérêt des justiciables, qui doivent pouvoir s'adresser aisément à un juge doté, autant que possible, d'une plénitude de juridiction. C'est ainsi qu'a été progressivement réduit le périmètre des questions préjudicielles, en faisant le plus souvent du juge de l'action, le juge de

⁵⁶ CEF. 16 déc. 1955, *Dame Bourokba*, D. 1956, p. 392 ; 25 juill. 1985, *Mme Dagostini*, Lebon, p. 225.

⁵⁷ CEF. 6 août 1915, *Delmotte*, Lebon, p. 276.

l'exception⁵⁸. C'est aussi dans leur intérêt qu'ont été revues certaines dérogations jurisprudentielles, initialement justifiées mais devenues obsolètes, aux règles de compétence entre ordres de juridiction. A cet égard, avec le développement des référés administratifs, la voie de fait a perdu une partie de sa raison d'être et c'est pourquoi son périmètre a été réajusté⁵⁹.

CONCLUSION

La dualité des ordres de juridiction sert utilement la garantie des droits, dans la mesure où elle repose sur une division des tâches simple et opérationnelle entre le juge administratif et le juge judiciaire. Il ne suffit pas que chaque juge soit efficace dans son champ de compétences, il faut encore qu'ils dialoguent et coopèrent d'une manière loyale et utile, afin de prévenir toute rigidité procédurale et tout retard d'intervention.

*

* *

⁵⁸ TC 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, Rec. 698 et décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles.

⁵⁹ Elle ne s'applique désormais plus aux procédures de référé administratif (CE, ord., 23 janvier 2013, *Commune de Chirongui*, Rec. 6) et, hors ces procédures, elle a été recentrée sur les compétences exclusives du juge judiciaire, à savoir la protection de la liberté individuelle et les cas d'extinction du droit de propriété (TC. 17 juin 2013, *M. Bergoend c. la société ERDF Annecy Léman*, Rec. 370 et TC 9 décembre 2013, *Panizzon*, Rec. 376).

Quelques considérations sur la tendance du non recours à la théorie des pouvoirs exceptionnels dans le constitutionnalisme africain : Regard sur la République démocratique du Congo (de 2006 à 2016)

KAYIBU BECKER Igor*

RESUME

Depuis son accession à la souveraineté nationale et internationale, la République démocratique du Congo s'est rangée du côté du constitutionnalisme. Malheureusement, le cheminement du constitutionnalisme n'a pas été du tout rose en son sein. Ce dernier n'a pas résisté à plusieurs obstacles ayant poussé à des récurrents mouvements de constitutionnalisation-deconstitutionnalisation-réconstitutionnalisation. Dans cette occurrence l'apparence d'une Constitution sans constitutionnalisme ne pouvait être exclue.

A la base de cet état de chose, on a relevé plusieurs maux dont la solution est contenue dans l'instauration de la culture du respect des textes à caractère juridique et constitutionnel ainsi que de la reformation de l'homme congolais lui-même.

Mots clés : Constitution-constitutionnalisme-differends-conciliabule-constituant.

ABSTRACT :

Since its accession to national and international sovereignty, the Democratic Republic of Congo has sided with constitutionalism. Unfortunately, the progress of constitutionalism has not been at all rosy within it. The latter did not resist several obstacles that have led to recurrent movements of constitutionalisation-deconstitutionalization-reconstitutionalization. In this occurrence the appearance of a constitution without constitutionalism could not be excluded.

At the base of this state of affairs, several evils have been identified, the solution of which is contained in the establishment of a culture of respect for legal and constitutional texts as well as the reformation of the Congolese man himself.

Keywords : Constitution – constitutionalism – disputes – conciliabule – constituant.

|||||

* Chef de Travaux, Faculté de droit, Université de Likasi ; Avocat près la Cour d'Appel du Haut-Katanga.
Pour contacter l'auteur : igorbecker84@yahoo.fr

INTRODUCTION

L'histoire du constitutionnalisme en Afrique remonte en grande partie aux débuts des années 90. Dès lors, le vent de l'expression d'une quête sérieuse de démocratie, de respect des droits de l'homme, de légitimation du pouvoir et d'efficacité de l'action politique, a vigoureusement secoué le continent. A la suite on a noté dans l'ensemble une offre démocratique tant au niveau qualitatif que quantitatif, proposée à juste titre comme solution en présence dans certains pays. Cette offre s'est matérialisée d'une part, par l'organisation des Conférences nationales (au Bénin, en République démocratique du Congo, au Congo-Brazzaville, etc.) et, d'autre part, avec la révision des Constitutions (Gabon, Cameroun, Tchad, ...).

La gouvernance d'un État ou d'une entité politique dans un contexte démocratique est fondée sur des principes fondamentaux contenus dans un texte appelé «Constitution». Cette dernière est ainsi dénommée car elle est supérieure aux autres lois constituant l'ordre normatif interne. Il s'agit de la « loi fondamentale de l'État qui fixe les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des institutions politiques ainsi que celles relatives aux droits fondamentaux de l'homme et du citoyen»¹.

Notons toutefois que les règles contenues dans la Constitution s'appliquent aisément dans un contexte politique normal. Cependant, il arrive de fois que la gestion de la nation se retrouve désabusée par certains facteurs imprévisibles affectant parfois le fonctionnement régulier des institutions. Dans ces conditions, le pouvoir exécutif est alors amené à prendre certaines mesures de manière transitoire pour éviter le chaos avant de revenir à meilleure situation : c'est la *théorie de pouvoirs exceptionnels*.

¹ VUNDUAWE TE PEMA KO, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2007, p.164.

Affirmée et soutenue par le constitutionnalisme, la théorie des pouvoirs exceptionnels est aujourd'hui insérée dans la plupart des Constitutions du monde, y compris celle de la République démocratique du Congo. Dans son évolution politique de ces dernières années, la République démocratique du Congo n'a pas échappé à des soubresauts dont seule la théorie de pouvoirs exceptionnels en était en principe le remède légal. Mais il a été curieux de constater que plusieurs nations africaines, face à des cas patents, se sont plusieurs fois réservées de recourir à cette dernière au profit des solutions à motivation essentiellement politique. La nomination de Commissaires Spéciaux et des Commissaires Spéciaux Adjointes par exemple, à la tête des Provinces en 2015 faisant foi.

La présente réflexion est une sorte de projecteur sur cette façon de conduire les affaires de l'État, surtout sur ce phénomène de résistance ou d'aversion au respect/application des normes juridico-constitutionnelles à l'aune du constitutionnalisme face au prisme de la propension des mécanismes extraconstitutionnels dans la résolution des problèmes politiques. D'où, l'essentiel de cette étude s'étale sur trois articulations suivantes : le décryptage du constitutionnalisme (I), la théorie de pouvoirs exceptionnels et son vrai visage dans le jeu politique en Afrique, en prenant pour exemple la République démocratique du Congo (II) ; la résolution des crises politiques en République démocratique du Congo, entre dispositions constitutionnelles et les mécanismes extra constitutionnels (III).

I. DECRYPTAGE DU CONSTITUTIONNALISME

Dans ce point nous nous attelons à scruter le contenu des notions du constitutionalisme et de la Constitution. En effet, les Constitutions en Afrique sont presque pareilles à quelques exceptions près. Les grands principes qui fondent ces Constitutions sont les mêmes. Voilà pourquoi les étudier ensemble est assez aisé.

A. Essence du constitutionnalisme

Selon Philippe Raynaud, le constitutionnalisme désigne

« [...] les régimes politiques qui, grâce à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une instance politico-judiciaire indépendante, rendant possible la limitation du pouvoir législatif lui-même, en veillant à la conformité des lois, à la constitution et à ses principes généraux, et non pas simplement à la légalité des actions du pouvoir exécutif et de l'administration »².

Dès lors, l'on peut noter que le constitutionnalisme est une théorie de droit qui considère que le pouvoir souverain et les droits fondamentaux doivent être garantis par une constitution écrite. Il est fondé sur la suprématie accordée à la Constitution dans la hiérarchie des normes juridiques du pays.

On a observé le « mouvement d'apparition des Constitutions comme moyen de limitation du pouvoir. Il se développe dans la seconde moitié du XX^e Siècle en mettant en avant la constitution comme moyen d'éviter les dérives totalitaires et les atteintes à la dignité humaine que n'ont pu empêcher les systèmes précédents »³.

B. Parcours du constitutionnalisme africain

Dans son cheminement le constitutionnalisme a évolué en deux vagues.

1. La première vague

La première vague du constitutionnalisme africain a connu un constitutionnalisme du type classique, qui a été mis en place pour un souci de révolution à penchant essentiellement politique que juridique. Cette tendance a fortement été influencée par la « révolution française dont le but principal fut la limitation du pouvoir par la Constitution. Toute la littérature de cette époque mettait

² Philippe RAYNAUD, *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Paris, PUF, 2003, p.265.

³ En ligne : <[www.toupi.org/dictionnaire de politique](http://www.toupi.org/dictionnaire%20de%20politique)> (consulté le 19/06/2019).

l'accent, pour définir cette notion, sur la limitation du pouvoir des monarques absolus⁴ ».

A cette époque, les monarques, les rois, les empereurs,... exerçaient le pouvoir d'une manière absolue voire quasi-arbitraire. L'impérium (pouvoir de vie et de mort) leur servait de cheville ouvrière. Face à cela, le besoin d'une limitation de cette influence s'est posé avec acuité. D'où la nécessité du constitutionnalisme a été évoqué mais pour une finalité purement politique, reléguant ainsi les aspects juridiques aux calendes grecques. C'est dans cette mouvance qu'a été échaufaudée la théorie de la séparation des pouvoirs. La motivation était telle qu'il fallait limiter à tout prix le pouvoir absolu du monarque au profit d'un parlement naissant et découlant de l'expression de la volonté populaire.

Pour ce qui est de l'Afrique, Ntumba Luaba Lumu⁵ a fait une classification en parlant du constitutionnalisme précolonial, du constitutionnalisme colonial et du constitutionnalisme autoritaire qui mérite également d'être rangée dans cette première vague :

- *Le constitutionnalisme précolonial* avec une double fonction : légitimer le pouvoir établi (par notamment la socialité du pouvoir) et éviter que le pouvoir ne soit tyrannique. On y observait une prédominance du sacré et du groupe social sur l'individu.
- *Le constitutionnalisme colonial* avec, pour finalité, conformément aux intérêts de la métropole, de substituer un droit aux institutions traditionnelles africaines.
- *Le constitutionnalisme autoritaire*, qui était d'application dans presque tous les pays ayant connu des régimes des monarchies constitutionnelles et mono partisanes,

⁴ Michel De VILLIERS et Armel Le DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 6^{ième} édition, coll. « Sirey », Paris, Armand Colin, 2007, p.119

⁵ NTUMBA LUABA LUMU, *Droit constitutionnel général*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2005, p.119.

fondés sur la suprématie du parti-unique sur l'État, culminant dans le règne du parti-État.

2. Deuxième vague

Cette deuxième vague est celle d'un constitutionnalisme moderne ou de l'ère du juridisme. En effet, contrairement au constitutionnalisme de la vague précédente qui avait cherché la limitation du pouvoir par une séparation uniquement politique, le constitutionnalisme de la seconde vague, en plus de la séparation du pouvoir, consacre la théorie de la primauté du droit par la Constitution. De ce fait, rien de politique ne peut être cautionné pour autant qu'il est contraire à la loi, essentiellement la loi suprême. Ceci traduit l'adhésion de l'ensemble de la communauté nationale à la Constitution. Mais surtout, l'invalidation des actes contraires à la Constitution, sans omettre l'introduction d'un élément important « l'intervention du juge dans le respect de l'autorité de la constitution et la garantie des droits des citoyens »⁶. Ledit constitutionnalisme a aussi suivi l'évolution intervenue dans la définition même de la conception de la Constitution. C'est pourquoi elle s'appuie sur la supériorité de la Constitution en tant que norme juridique suprême à laquelle toutes les normes inférieures doivent se conformer sous peine d'invalidation. Cette vague a enrichi la science juridique avec la notion du « Juge constitutionnel ». D'où, la limitation du pouvoir que poursuit le constitutionnalisme se fait au moyen d'une Constitution qui est la norme juridique supérieure dont le respect est garanti par un juge qui en est le gardien. En d'autres termes, le constitutionnalisme de la deuxième vague, d'une part, « met l'accent sur la Constitution écrite qui limite le pouvoir des gouvernants et, d'autre part, sur la valeur hiérarchique de cette norme ainsi que sur le rôle actif du juge appelé à veiller sur son respect⁷. »

⁶ Éric OLIVA, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2004, p.16.

⁷ Pierre PACTET, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 2001, p.65.

Le constitutionnalisme moderne a dégagé d'autres aspects restés longtemps latents sous la première vague. C'est le cas par exemple de la promotion et de la protection des droits de l'homme et la soumission de l'État au droit (État de droit). Ces deux aspects à eux seuls font clairement partie intégrante avec la limitation du pouvoir (séparation de pouvoirs) de la définition complète du constitutionnalisme de la deuxième vague.

C. De la Constitution

La doctrine définit la Constitution en deux sens (matériel et formel). Jacques Djoli affirme que

« [L]a constitution au sens matériel est l'ensemble de règles écrites ou non relatives à l'accession, à l'exercice et à la dévolution du pouvoir politique, aux libertés et droits fondamentaux des citoyens. Tandis qu'au sens formel, c'est l'ensemble de règles juridiques élaborées et révisées selon une procédure supérieure et spécifique à celle utilisée pour la loi ordinaire »⁸.

De cette définition, on peut en déduire de ces deux sens que la Constitution est une norme juridique supérieure qui définit les structures de l'État et le mode d'exercice de son pouvoir. Elle a vocation d'une norme à la fois fondamentale et suprême au sein d'un ordre juridique donné dans la mesure où elle rassemble les principes concernant l'organisation des pouvoirs, répartit les compétences entre les organes de l'État avec la manifestation de la liberté des individus. Elle est par conséquent la source normative par excellence de toute production législative et normative au sein d'un État. La Constitution est un symbole de l'État, elle est la fondatrice d'une République. Ainsi, « de nos jours presque tous les États du monde se sont dotés d'une Constitution à la suite du mouvement constitutionnaliste apparu avec le siècle de

⁸ Jacques DJOLI ESENG'KELI, *Droit constitutionnel. Principes et structures*, Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2001, p.172.

lumières et qui s'est généralisé au cours du 20^e siècle⁹. » Par ailleurs, la théorie des pouvoirs exceptionnels comporte deux aspects (l'état d'urgence et l'état de siège). Notre étude se borne uniquement sur *l'état d'urgence* et dans la séquence temporelle clairement définie dans notre intitulé (de 2006 à 2016).

II. LA THEORIE DES POUVOIRS EXCEPTIONNELS ET SON VRAI VISAGE DANS LE JEU POLITIQUE EN AFRIQUE : CAS DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

La théorie des pouvoirs exceptionnels ou des circonstances exceptionnelles renvoie à des situations qui viennent perturber le fonctionnement normal (régulier) de l'État et poussent le pouvoir public à prendre des mesures atypiques de gouvernance, en vertu du principe « à situations exceptionnelles, des mesures exceptionnelles ». Cette situation est récurrente en Afrique, surtout francophone. Le fondement juridique de la théorie des pouvoirs exceptionnels en République démocratique du Congo est logé à l'article 85 de la Constitution qui dispose :

« Lorsque des circonstances graves menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qu'elles provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions, le Président de la République proclame l'état d'urgence ou l'état de siège, après concertation avec le Premier Ministre et les Présidents de deux Chambres, conformément aux articles 144 et 145 de la présente constitution. Il en informe la nation par un message. Les modalités d'application de l'état d'urgence et l'état de siège sont déterminées par la loi.»

A la lecture de cette disposition, nous retenons que *l'état de siège* renvoie au fait que des circonstances graves menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national. Tandis que *l'état d'urgence* renvoie quant à lui au fait que le pays est confronté à des circonstances qui empêchent le fonctionnement régulier

⁹ Paterne MAMBO, « Rapport entre la constitution et les accords Politiques dans les Etats Africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », en ligne : <www.erudit.org> (consulté le 02/05/2020).

des institutions. Ces circonstances, dans l'un ou l'autre cas, peuvent revêtir des aspects multiples : social, économique, politique, sanitaire,...

En 2015, la Cour Constitutionnelle a été saisie par la Commission Électorale Nationale Indépendante (CENI), pour 2 chefs de demande à savoir :

- L'interprétation des dispositions des articles 10 de la Loi de programmation n°15/004 du 28/02/2015 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces et 168 de la loi n°06/006 du 09/03/2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales, telle que modifiée par la loi n°11/003 du 25/06/2011 et par celle n°15/001 du 15/02/2015 ;
- L'avis de la Cour sur la poursuite du processus électoral tel que planifié par sa Décision n°001/CENI/BUR/15 du 12/02/2015 portant publication du calendrier des élections provinciales, urbaines, municipales et locales de 2015 et des élections présidentielles et législatives de 2016 relativement à l'organisation, dans le délai, des élections provinciales prévues le 25/10/2015.

Par son Arrêt R. Const 0089/2015 rendu en date du 08/09/2015 et dont le dispositif énonçait :

« Ordonne au gouvernement de la RD. Congo de *prendre sans tarder les dispositions transitoires exceptionnelles pour faire régner l'ordre public, la sécurité et assurer la régularité, ainsi que la continuité des services publics dans les provinces concernées* par la loi de programmation en attendant l'élection des Gouverneurs et Vice-gouverneurs, ainsi que l'installation des gouvernements provinciaux issus des élections prévues par l'article 168 de la loi électorale. »

C'est fort de cet Arrêt que le Président de la République signa, en marge de la Constitution, l'*Ordonnance n°15/081 du 29/10/2015 portant nomination des Commissaires Spéciaux et des Commissaires Spéciaux Adjointes du Gouvernement chargés d'administrer les nouvelles Provinces.*

Cette décision de justice n'allait pas sans poser problème. La Cour Constitutionnelle, au départ dans son Arrêt, avait péché en ce sens que dans sa motivation, elle renseignait *expressis verbis* : « L'anarchie dans laquelle se trouvent les nouvelles provinces qui ne sont pas actuellement administrées, situation qui frise la mort de l'État préjudiciable à la sécurité et à l'ordre public. Cette situation préoccupante *menace l'unité nationale et l'intégrité territoriale du pays* ». Au regard de ce dispositif, il est plausible de comprendre que c'est clairement l'*état de siège* qui avait été évoqué. Que par conséquent, il revenait au chef de l'État d'actionner la procédure fixée à l'article 85 de la Constitution, c'est-à-dire celle de *décréter l'état de siège*. En clair, le Président de la République devait se concerter avec le Premier Ministre et les Présidents de deux Chambres Parlementaires pour prendre une Ordonnance quant à ce, et en informer la Nation par un message. Mais à la place de cette démarche constitutionnelle, le Président de la République nomma des *Commissaires Spéciaux* que beaucoup avaient qualifié de « monstres juridiques ». Cette façon de faire était déjà un indice de reniement de la norme juridique au profit d'une solution purement politique. En plus, l'Ordonnance en question péchait aussi par le fait qu'elle venait porter un sérieux grief à l'exercice du contrôle parlementaire reconnu aux Assemblées Provinciales.

Ainsi, les Commissaires spéciaux ont géré les provinces à l'insu des Assemblées provinciales dont la plupart étaient dans l'impossibilité de siéger soit par interdiction du ministère national de l'intérieur, soit parce que non encore installées. De cette façon, il était juridiquement impensable d'avoir dans un même pays d'une part des provinces dirigées par des Gouverneurs élus rendant compte aux Assemblées provinciales et, d'autre part, celles dirigées par des Commissaires Spéciaux relevant du Gouvernement central. La présence des Commissaires spéciaux avait naturellement occasionné certaines conséquences d'ordre juridique, entre autres la rupture entre l'exécutif provincial et l'Assemblée provinciale, la mise en difficulté du fonctionnement de la Conférence des gouverneurs, la prise en compte des mesures

transitoires exceptionnelles sans tenir compte des conditions de mise en œuvre, ... Par ailleurs, le même élan avait été encore observé lors de l'expiration du mandat constitutionnel du Président de la république en 2016. La Constitution, dans pareille circonstance, en ses articles 75 et 76 indique que, c'est le gouvernement, représenté par son chef (le Premier Ministre), qui saisit la Cour Constitutionnelle afin de voir cette dernière déclarer la vacance de la présidence (article 76). C'est lorsque la vacance est déclarée par la juridiction compétente que le Président du Sénat assure l'intérim de la fonction présidentielle jusqu'à l'installation d'un nouveau président élu (article 75). Malheureusement, le dos a été tourné à cette solution juridique au profit d'une solution (arrangement) politique. En outre, on se souviendra du dialogue de la cité de l'Union Africaine sous la facilitation d'Edem Kodjo en septembre 2016 et celui du Centre Interdiocésain de Kinshasa en décembre de la même année qui a abouti à l'Accord du 31 décembre 2016 sous la médiation de la Conférence Épiscopale Nationale du Congo « CENCO ». Il s'avère que l'Accord du 31 décembre 2016, dit aussi « Accord de la Saint Sylvestre », avait offert un glissement du délai constitutionnel de deux ans à l'ancien Président de la république, Joseph Kabila Kabange, sur une base essentiellement consensuelle.

En réalité tous ces comportements de l'homme politique congolais sont le reflet des certaines carences dans son chef, principalement l'absence de la culture du respect des textes régissant l'État, pratique que certains auteurs qualifient de « textophobie »¹⁰. Il faut chercher des solutions autrement.

¹⁰ La textophobie est la haine ou l'allergie à lire certains textes pour des raisons idéologiques subjectives. Voir à ce sujet, KAMBAJI WA KAMBAJI, *Autopsie praxéologique de la crise des Sciences, des animateurs scientifiques, des institutions académiques et sociopolitiques au Congo-Zaïre*, Lubumbashi, Ed. la Dialectique, 2012, p.22.

III. LA RESOLUTION DES CRISES POLITIQUES EN RD. CONGO : ENTRE DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES ET MECANISMES EXTRACTIONNELS.

La compréhension de l'étude de situations conflictuelles au sein des institutions politiques africaines, surtout pour ce qui est de la République démocratique du Congo, exige au préalable de cerner de près les causes des crises politiques récurrentes et son penchant pour la solution à tendance politique voire « *sui generis* », déployée loin de la norme juridique.

Le cadre juridique y est malheureusement pour quelque chose, tant il est vrai que « la faiblesse du droit constitutionnel à enserrer le jeu politique favorise la permanence des crises politiques et la convocation des rencontres, des conclaves, des conciliabules, comme lieux des dialogues extraconstitutionnels de régulation de la vie politique¹¹. D'où, il est nécessaire de déceler les causes poussant au recours vers des mécanismes extraconstitutionnels (A) et proposer les moyens d'y remédier (B).

A. Les causes du recours aux mécanismes extraconstitutionnels

Dans le cadre de cette étude, même si les causes du recours à des mécanismes extraconstitutionnels peuvent être nombreuses, nous retenons celles qui nous paraissent patentes. Nous pouvons citer notamment la persistance des différends politiques et l'objection aux vertus de la Constitution (1), le renversement de la hiérarchie normative (2) et la prépondérance des pesanteurs traditionnelles africaines (3).

1. La persistance des différends politiques et l'objection aux vertus de la constitution

¹¹ Jacques DJOLI ESENG'KELI, *Droit constitutionnel. L'Expérience Congolaise(RDC)*, Paris, L'Harmattan, 2013, p.42

L'analyse attentive de l'exercice du pouvoir politique en République démocratique du Congo fait paraître l'hypothèse d'un conflit de normes entre la Constitution et les accords politiques. Malheureusement ces derniers supplantent voire prévalent sur la loi suprême. Par conséquent, dans la gestion de l'Etat, il s'observe une sorte d'équivalence normative entre la Constitution et les accords politiques. Cette attitude incite toute personne ayant des ambitions politiques de penser y accéder non pas par des normes juridiques établies, mais par la voie du dialogue politique avec partage du pouvoir, que seuls les différends politiques en exigent la convocation.

S'agissant du primat offert aux arrangements politiques sur la norme juridique, la prolifération des compromis politiques est justifiée par le contexte général africain animé depuis plusieurs décennies par des résurgences des crises et des foyers de tensions. Cependant, certains de ces accords politiques violent malheureusement la Constitution voire le droit constitutionnel. En fait, la violation du droit constitutionnel constitue « une réalité tangible où la multiplication des accords symbolise de manière très marquée ce que certains auteurs appellent le recul du constitutionnalisme »¹². La prolifération des compromis politiques affiche nettement la lacune des solutions constitutionnelles proposées ou prévues. D'où ce mouvement/phénomène de déconstitutionnalisation. Ce rejet du constitutionnalisme a offert gracieusement une suprématie à la solution politique (arrangement), devenant par ricochet le socle de l'Etat en période de crise, solution politique venant remplacer la Constitution dans son rôle traditionnel. On dirait que « le texte constitutionnel n'a aucun impact sur la vie politique, car ce sont les accords politiques qui deviennent, par la même occasion, la véritable source de l'exercice du pouvoir d'Etat »¹³.

¹² Paterné MAMBO, « Rapport entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », en ligne : <<https://www.erudit.org>> (consulté le 02/05/2020).

¹³ Louis FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternance, cohabitation et conseil constitutionnel*, Paris, Ed. Economica, 1988, p.41.

La rupture existant entre la Constitution et la réalité africaine doit à tout prix être brisée, en vue d'obtenir une grande adhésion de la population à la sauvegarde de cette loi suprême. Il est triste de constater que ceux censés en être des vrais gardiens s'amuse à vouloir quelques fois dénaturer son contenu en lui donnant un contre-sens, pour l'unique but d'inoculer le virus de la désinformation dans le chef du citoyen lambda. C'est pourquoi, ce dernier à son tour en éprouve une aversion et s'en détourne sans aucune autre forme de procès. Aussi, l'ignorance de la population profite aux gouvernants qui, derrière la ruse, parviennent à imposer une confusion normative.

2. Renversement de la hiérarchie normative

La praxis du pouvoir des dernières années a laissé voir que la place prépondérante qu'occupe la normativité politique dans l'actuel constitutionnalisme africain relance le débat sur la problématique de l'utilité de la Constitution dans les États en crise. A cet effet, la schématisation de la hiérarchie des normes élaborées par la doctrine se voit désavouée et tacitement déconstruite. La vie politique dans les États en crise donne l'impression que la Constitution est mise en veilleuse. L'interrogation de Pierre François Gonidec est toujours d'actualité en Afrique « A quoi servent encore les Constitutions ? »¹⁴.

3. Prépondérance des pesanteurs traditionnelles africaines

Les arrangements politiques, dont l'irruption dans l'ordre juridique semble inattendue, visent décidément à réorganiser les institutions et les pouvoirs publics. La relation entre la Constitution et les accords politiques cristallise ainsi l'idée de rupture, de la cohérence et de l'unité de l'ordre constitutionnel dans son ensemble. Cette rupture est révélée par le bouleversement institutionnel qui occasionne la revisitation des règles posées dans la Constitution, dans un contexte de marginalisation au profit

¹⁴ Pierre F. GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, Paris, LGDJ, 1971, p.41.

des normes politiques. Cela traduit le peu de considération accordée à la Constitution, d'où l'intention de toujours la violer.

Revenant au cas de figure de la République démocratique du Congo, toutes les Constitutions, hormis celle de Luluabourg de 1964, ont été le fruit des accords politiques dans un contexte de conciliabule. L'actuelle Constitution du 18/02/2006, quoique soumise au referendum, a par contre été élaborée par un pouvoir constituant originaire composé en majeure partie des belligérants. A notre avis, cet aspect contribue également à sa fragilité et à celle de toutes les constitutions. Aussi, le gouvernant africain (notamment congolais) a tendance à gouverner non pas sur base de la constitution mais en tenant compte de l'image du chef, en misant plus sur son vouloir ou sur vision et non sur base de ce qui est écrit. Le dirigeant africain (et congolais) n'a pas évolué dans sa façon de concevoir le pouvoir politique, quoique ceci soit un héritage précolonial voire colonial. C'est un problème politique (carence) créé par le balbutiement et le tâtonnement dans la gestion de l'État post-colonial en Afrique. Cette carence est malheureusement vivifiée par le comportement politique des dirigeants africains qui font abondamment recours à certains vestiges de l'Afrique précoloniale tels que la personnification du pouvoir et sa forte concentration dans les mains d'un seul individu¹⁵.

Les traits indiqués ci-haut persistent malheureusement et constituent des majeurs problèmes politiques de l'Afrique qui devront impérativement être solutionnés pour favoriser l'émergence du continent. Toutefois, il y a encore lieu d'espérer pour le constitutionnalisme parce que toutes les solutions politiques ont toujours été « transitoires, manquant de prédictibilité, de normativité, d'impersonnalité, d'abstraction, de neutralité et généralité, bref la juridicité et son corollaire qui est la sanctionabilité. On préfère des solutions politiques opportunistes

¹⁵ Igor KAYIBU BECKER, *Institutions politiques de l'Afrique contemporaine*, Cours, troisième année de graduat en Droit Public, Lubumbashi, Université Baptiste du Congo, 2019-2020.

qui se caractérisent par leur volatilité et instinctivité. Il s'installe alors une absence de rationalité qui, elle, est l'essence du droit¹⁶ ». De cette énumération de quelques causes majeures de ce phénomène, il sied de fournir une tentative de solution. C'est la tâche à laquelle nous nous évertuons dans le point suivant.

B. Tentative de solutions pour un constitutionnalisme pragmatique

Lorsqu'un phénomène est étudié, la perception globale se passe au travers une énumération ou un décryptage des causes et dont l'issue exige des objections qui permettront à une reconsidération de la question sous examen.

Il est vrai qu'à l'heure actuelle la République démocratique du Congo a intérêt à s'incruster dignement dans le constitutionnalisme étant donné que c'est le chemin qu'elle avait déjà opté. Mais pour réussir sur cette voie, nous pensons qu'il y a des préalables qui s'imposent. Parmi ces derniers, nous pouvons citer l'instauration de la culture du respect de texte qui est le socle du constitutionnalisme.

Le constitutionnalisme a érigé la primauté du texte constitutionnel dans tout état démocratique. Fort est d'observer, de manière sidérante, que les dirigeants africains en général et congolais en particulier ont, jusqu'au jour d'aujourd'hui, du mal à s'en remettre totalement et correctement. Or, c'est le respect du texte qui devra imposer une nouvelle culture politique consistant notamment à procéder par le recours à la théorie des pouvoirs exceptionnels. Ceci mettra fin à la culture des arrangements politiques comme un des modes résolutoires de conflits politiques qui, d'ailleurs, sont toujours en porte à faux avec l'ordre juridique établi. Il faut souligner que l'État de droit est aussi celui qui accepte de lier son existence à celle du droit, celui qui est soumis au droit.

¹⁶ J. DJOLI ESENG'KELI, préc., note 11, p.43.

Le constituant africain en général et congolais en particulier devra fournir un effort pour livrer au peuple une architecture juridico-constitutionnelle dans laquelle il va pleinement se retrouver. La réalité démontre que la plupart de nos constitutions sont des assemblages désordonnés des textes des autres (étrangers). Ces textes importés (ce mimétisme) ne correspondent souvent pas avec le vécu de l'africain, mieux du congolais. C'est pourquoi, l'on remarque que même le constituant a du mal à l'appliquer à la lettre ou même à fournir une interprétation rassemblant l'accord général. Même lorsque plusieurs mouvements avaient été initiés ces dernières années par des acteurs politiques et des structures citoyennes pour ou contre la révision de la constitution, c'était malheureusement un affaire à eux seuls. Or cette démarche doit en principe stimuler une synergie collective à l'échelle nationale. La consolidation des perspectives décrites ci-dessus ne pourrait connaître une effectivité réelle tant que l'homme, africain ou congolais, pris en son sens intégral, n'aura pas opéré une mutation intrinsèque.

La culture du respect de texte et la prise en compte de la réalité locale dans l'élaboration de la constitution ou du constitutionnalisme africain dans lequel fait partie la République démocratique du Congo ne sera un fait palpable que lorsque l'homme africain (décideurs politiques) aura pris conscience de ranger son espace vital sur une trajectoire purement juridique. Aussi longtemps que les africains se tiendront loin du constitutionnalisme, rien de lumineux ne se pointera à l'horizon. D'où, l'homme (africain ou congolais) est à reformer car c'est lui l'acteur principal du développement global du pays. C'est ainsi que cette célèbre phrase continuera toujours à trouver sa raison d'être « l'homme qu'il faut, à la place qu'il faut ».

CONCLUSION

Cette réflexion avait pour but d'offrir une lecture de la dynamique du droit constitutionnel africain sous l'angle de la théorie de pouvoirs exceptionnels. Il a été plus que patent de constater l'effondrement ou la non consolidation du

constitutionnalisme en Afrique, suite au décalage entre les règles constitutionnelles et la pratique constitutionnelle. Or, la Constitution pose des principes. C'est à la pratique constitutionnelle d'assurer la mise en action desdits principes.

A la lumière de ce qui précède, cette problématique pousse à croire qu'en tant qu'État de droit, la République démocratique du Congo est aussi engagée dans la dynamique du constitutionnalisme. Ceci sous-entend que la solution à toute crise politique devrait au préalable être trouvée dans la Constitution. Aussi, que tout arrangement politique s'arrime à elle et sur ses principes. Malheureusement, l'expérience a révélé que plusieurs arrangements politiques sont en déphasage avec la Constitution et ils la repoussent carrément aux placards en renversant l'ordre juridique normatif. Pour y arriver, l'Afrique devra produire une Constitution modelée à son peuple et adaptée à son histoire, à sa culture et à ses logiques sociales. C'est à ce prix qu'on assistera à une forte adhésion des citoyens et à une manifestation de son respect voire de sa protection. L'apport du juge constitutionnel sera un grand atout. En tant qu'élément clé du constitutionnalisme de la 2^{ème} vague, il devra faire preuve d'un courage exceptionnel et faire échec à tout processus de sabotage de la loi fondamentale.

*

* *

Exception d'inconstitutionnalité en droit positif congolais : problématique des lois et règlements non conformes à la Constitution

Kevin BIAYA MUSELWA*

RESUME

Positiviste que nous semblons être, la présente œuvre ne pourra porter que sur la loi actuelle ou en vigueur. En vue de garantir la cohérence entre les éléments de tout système qui pourrait équivaloir à la société ou à toute autre réalité, l'ordre ou le respect de certains principes s'avère indispensable. C'est ainsi que dans tout État moderne, une notion de hiérarchisation se manifeste entre les différentes lois. C'est dans cet ordre que la constitutionnalité en tant que principe régulateur de l'ordre législatif constitue un garde-fou contre les malices de la nature humaine et plus particulièrement ceux des gouvernants, qui peuvent se résumer en députés, sénateurs, juges et autres.

Constituant le sommet de la hiérarchie de l'ordre juridique interne des États dits de droit, la Constitution sert d'exemple ou de chemin à suivre à l'égard des autres lois ou d'autres textes ayant force de lois tels que les règlements et autres. Cela étant, la Constitution jouit d'un respect de la part des autres textes légaux en ce sens que pour leur entrée en vigueur, ces derniers doivent lui être conformes, elle en tant que « mère » de tous les textes légaux. Il pourrait se faire qu'un texte légal soit déclaré inconstitutionnel, il faut chercher à déterminer le statut de ce texte après le constat de sa non-conformité au texte-mère.

Mots clés : Inconstitutionnalité – Loi – Règlement – Non-conformité – Constitution – droit – État.

ABSTRACT

Positivist that we seem to be, this work can only relate to current or current law. In order to ensure consistency between the elements of any system which could amount to society or any other reality, order or respect for certain principles is essential. This is how in any modern state, a notion of hierarchy manifests itself between the different laws. It is in this order that constitutionality as a regulatory principle of the legislative order constitutes a safeguard against the mischief of human nature and more particularly those of the rulers, who can be summed up in deputies, senators, judges and others.

* Détenteur d'une Licence (BAC+5) en droit, Département de Droit privé et judiciaire, obtenue avec la mention « Distinction », à l'Université de Likasi (RDC), Kevin BIAYA MUSELWA est chercheur-indépendant en attendant sa nomination en qualité d'Assistant au sein de la même Université.

INTRODUCTION

Pour aboutir aux fins que nous nous sommes assignés dans le cadre de la présente étude, il est question de faire comprendre les notions de base liées à l'exception d'inconstitutionnalité (I) et le sort des lois et règlements déclarés inconstitutionnels par la juridiction compétente (Cour constitutionnelle) (II). En effet, la Constitution de la République démocratique du Congo et la Loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle nous apprennent que non seulement les institutions publiques mais aussi les personnes privées et publiques peuvent contester la constitutionnalité de la loi ou de l'acte réglementaire lorsque celui-ci nuit à leurs intérêts. Mais la question est de chercher à connaître le sort d'une loi ou d'un acte réglementaire qui, après avoir été déféré devant une juridiction compétente, a été déclaré contraire à la Constitution.

Au cours de cette analyse, il nous est question d'examiner, à travers une jurisprudence de l'ancienne Cour suprême de justice, le cas de saisine en inconstitutionnalité de la loi non encore promulguée (contrôle *a priori*). Nous nous débattons également pour expliquer comment s'effectue la procédure pour le cas du contrôle *a posteriori*. La Constitution, la Loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle ainsi que la jurisprudence de la défunte Cour suprême de justice sont des matériaux qui nous ont servi de construire cette recherche.

I. UNANIMITÉ SUR LA COMPRÉHENSION DES NOTIONS DE BASE

La compréhension de cette étude doit partir des précisions que nous donnons aux concepts « exception » ou « exception d'inconstitutionnalité » (A). Ce qui est déclaré inconstitutionnel peut être une loi ou un règlement (B).

A. Notions sur l'exception et l'exception et l'exception d'inconstitutionnalité

Les expressions « exception » et « exception d'inconstitutionnalité méritent d'être précisées.

D'essence polysémique, le concept « exception »¹ peut vouloir signifier étymologiquement ce qui est hors de prise (*ex capere*). Elle peut échapper à la règle en demeurant en marge de celle-ci sans l'affecter directement ; elle tient une place à côté de la règle mais lui reste en principe étrangère. Il s'agit là du premier sens de ce concept. Dans un second sens, l'exception est intégrée dans la règle et prend deux formes : soit l'alternative (dualité de solutions prévue par la règle), soit la dérogation (l'autorité censée appliquer la règle l'écarte sur la base des motifs qu'elle apprécie telles l'urgence ou la nécessité et détermine une solution originale ignorée du texte). Dans un troisième sens, l'« exception » peut mettre en échec la règle qui ne prévoit ni alternative ni dérogation. La règle est violée : l'acte accède au rang d'exception à condition que des justifications puissantes viennent en quelque sorte pardonner la soustraction, devenue simple écart, simple tempérament de la norme².

L'exception est une notion très complexe et cette complexité crée une certaine confusion entre ce que l'on entend par « l'exception » et « l'incident ». Certains pensent que ce sont des mots synonymes en droit judiciaire. Il faut s'en méfier. En effet, l'exception est une arme dont tout plaideur a le droit de se servir pour s'abriter d'une situation de droit. A titre d'exemple, nous pouvons évoquer l'exception selon

¹ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 6^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1985, p.200. Ces auteurs définissent l'*exception* comme « moyen par lequel le défendeur demande au juge, soit de refuser d'examiner la prétention du demandeur parce que l'instance a été mal engagée (incompétence du tribunal, irrégularité d'un acte de procédure), soit de surseoir à statuer jusqu'à la mise en cause d'un garant, l'expiration du délai accordé à un héritier pour faire inventaire et délibérer. Dirigée contre la procédure, seulement, l'exception ne constitue qu'un obstacle temporaire. Après décision sur l'exception, la procédure reprend son cours devant le même tribunal ou est recommencée devant lui ou devant un autre ».

² François SAINT-BONNET, « Exception, nécessité, urgence », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy, Quadrige, PUF, 2003, p.673-678.

laquelle « il n'y a pas d'action sans intérêt » qu'une partie peut soulever lorsqu'elle est atraite en justice par une personne n'ayant pas intérêt à initier une pareille action. Tandis que l'incident est ce qui intervient en cours de l'instance dans le but soit dans la suspendre, soit d'y mettre fin. C'est le cas de la jonction ou de la disjonction d'instance. Mais à la différence de l'exception, l'incident peut faire l'objet d'une régularisation³.

Ces développements de François Saint-Bonnet, fort riches du point de vue de la philosophie de droit, ne présentent qu'un menu intérêt pour ce qui est de la justice constitutionnelle. En effet, si le premier sens donné par cet auteur à la notion d'exception semble cadrer avec l'usage qui en est fait en contentieux constitutionnel, il faut remarquer cependant que cette expression est empruntée au droit judiciaire qui lui donne un sens fort technique et donc très strict. Un incident est tout événement qui vient troubler le déroulement normal d'un procès. Il est déclinatoire, dilatoire et péremptoire. Même si la confusion règne quant à la différence entre concept « exception » et celui « incident », il existe des incidents qui précèdent des exceptions. Il s'agit de l'absence de saisine et de la récusation et du déport⁴.

Partant de cette catégorisation, Michel de Villiers définit « l'exception d'inconstitutionnalité » comme « une technique procédurale par laquelle une partie à un procès oppose à son adversaire la non-conformité à la Constitution de la loi invoquée contre lui⁵ ». Cette définition, qui est correcte du point de vue du droit constitutionnel, présente le défaut de ne pas détailler en quoi consiste cette technique procédurale car dans une instance, plusieurs moyens de défense sont à la disposition du défendeur qui peut ainsi, en les soulevant, faire échec à la demande. Aussi, du point

³ *Idem.*

⁴ *Loi n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence Sdes juridictions de l'ordre judiciaire*, art. 71.

⁵ Michel De VILLIERS et Arnel Le DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Paris, Armand Colin, 2001, p. 106.

de vue du contentieux constitutionnel, l'exception ainsi visée s'entend d'une fin de non-recevoir, c'est-à-dire d'une défense en justice liée à une prétention qui empêche le juge de statuer sur le fond de cette prétention jusqu'à ce qu'elle soit vidée par un juge compétent⁶. C'est cela que l'on nomme également une question préjudicielle car elle conteste la compétence du juge saisi de vider la totalité des questions soumises à son examen.

La technique d'exception d'inconstitutionnalité s'entend également d'une obligation faite au juge ordinaire qui doute de la constitutionnalité d'une loi et parfois d'une autre règle de droit de surseoir à statuer sur le litige à trancher et de saisir la cour spéciale de la question de la constitutionnalité de la loi : c'est la procédure de contrôle concret de la constitutionnalité des lois⁷.

L'on peut affirmer, en outre, que l'exception constitue la meilleure manière de faire trancher une difficulté constitutionnelle par un juge mais à la condition que cette dernière ait un lien évident avec l'issue du litige principal. Cette précision distingue le système congolais, issu du système franco-belge, du système américain. Dans le modèle américain fondé sur les litiges concrets, la question de constitutionnalité ne peut être résolue que par voie d'exception sous réserve des détails fort utiles que nous avons relevés à l'occasion de l'étude des quelques dérivés du modèle sous analyse.

B. Loi et du règlement dans l'étude de la constitutionnalité

Ces deux éléments ont en commun le caractère normatif mais leur différence se situe au niveau de leurs sources. La loi, comme on le sait, est l'œuvre du pouvoir législatif et emprunte la procédure normale de l'édiction des règles alors que le règlement est un acte administratif qui peut être pris par toute autorité administrative.

⁶ Guy BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Paris/Nice1Bruxelles, LGDJ, Université Nice Sophia Antipolis, Bruylant, 2002, 453p. Nous empruntons cette définition de fin de non-recevoir à cet auteur et plus précisément dans sa belle thèse publiée et spécialement à la page 49.

⁷ Michel FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p.21.

On entend par loi une règle de conduite sociale obligatoire qui émane de l'autorité publique d'application générale et permanente. Ainsi par exemple, la loi reconnaît au Ministre de la justice le pouvoir réglementaire en matière judiciaire, notamment le pouvoir de fixation des taux, des droits, taxes et redevances à percevoir à l'initiative du Ministère de la justice⁸, le pouvoir de fixation des taux et des taxes des recettes administratives et judiciaires⁹, la nomination des juges assesseurs des tribunaux de paix¹⁰, la nomination des magistrats inspecteurs près les tribunaux de paix¹¹, etc. Mais cette prérogative n'est pas seulement reconnue au ministre de la justice ; elle est aussi reconnue à tant d'autres ministres, dans les limites de leurs compétences respectives.

La question restant posée est celle de savoir quel est le sort des lois et de ces actes réglementaires lorsqu'ils sont réputés non-conformes à la Constitution ? Les réponses à cette préoccupation, qui constitue le cœur de cette étude, vont nous permettre de développer le sort des lois et règlements déclarés non conformes à la Constitution.

II. SORT DES LOIS ET REGLEMETS DECLARES NON CONFORMES A LA CONSTITUTION EN DROIT POSITIF CONGOLAIS

Le constituant congolais a accordé à la Haute Cour, dans les dispositions pertinentes des articles 160 à 167 de la Constitution du 18 février 2006, un certain nombre des compétences. Une Loi particulière organise sa saisine et la procédure à suivre. Il s'agit de la *Loi n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle*. C'est cette saisine que la doctrine qualifie d'ensemble d'actes de procédure pour porter un litige devant le juge. D'après

⁸ Arrêté interministériel n°213/CAB/MIN/J/2009 et n°253/CAB/MIN/FINANCES/2009 du 23 décembre 2009.

⁹ Arrêté interministériel n°25/CAB/MIN/R.I-J& GS FIN/98 du 14 décembre 1998.

¹⁰ *Loi sur le fonctionnement, organisation et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire*, préc., note 3, article 25.

¹¹ *Idem*, art. 30.

l'article 43 de cette Loi, « La Cour connaît de la constitutionnalité des traités et accords internationaux, des Lois, des actes ayant force de Loi, des édits, des règlements intérieurs des Chambres parlementaires, du Congrès et des Institutions d'appui à la démocratie ainsi que des actes réglementaires des autorités administratives ».

La procédure de saisine en inconstitutionnalité procède d'une démarche particulière. La matière d'inconstitutionnalité de lois engendre l'idée relative au contrôle de constitutionnalité dont la Cour constitutionnelle jouit du monopole et cela vu qu'aucune autre juridiction congolaise ne peut traiter de cette matière. Deux hypothèses sont susceptibles de survenir en cette matière, soit qu'il s'agit d'une action directe en inconstitutionnalité, soit qu'il s'agit alors d'un incident d'inconstitutionnalité soulevé à l'occasion d'une instance ordinaire devant un juge non constitutionnel. Nous envisageons ici les deux hypothèses et nous y consacrons deux points.

A. Cas de l'action en inconstitutionnalité

L'hypothèse de l'action en inconstitutionnalité est couverte par les dispositions de l'article 162, alinéa 2 de la Constitution, 44 à 51 de la Loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle précitée. En outre, elle recouvre deux occurrences, celle du contrôle *a priori* et celle du contrôle *a posteriori*.

1. Hypothèse du contrôle *a priori*

Le contrôle de constitutionnalité étant ouvert contre traités internationaux, les lois, les édits, les règlements, etc., le constituant a réservé l'initiative du contrôle *a priori* aux seules autorités publiques, écartant ainsi les particuliers du cercle des personnes qualifiées pour saisir le juge constitutionnel. En effet, il s'agit des actes juridiques en chantier, il est plus logique que ce soient les autorités politiques (députés et/ou sénateurs), elles-mêmes au courant de ces textes en chantier qui soient habilitées à en empêcher leur naissance juridique. Il en est ainsi des lois organiques qui sont

obligatoirement soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle avant leur promulgation, sur pied de l'article 160, alinéa 2. La saisine dans cette occurrence est l'œuvre du Président de la République auquel le tertio de l'article 124 de la Constitution confère cette compétence. Lorsqu'il s'agit du règlement intérieur des Chambres parlementaires ou du Congrès, la saisine revient au Président de la chambre concernée ou, en ce qui est du congrès, à son Président.

Il est également possible au regard de notre ordonnancement juridique que les lois ordinaires puissent également faire l'objet d'un contrôle *a priori*. En effet, aux termes de l'article 160, alinéa 3 de la Constitution, les lois peuvent être déférées avant leur promulgation par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou le dixième des députés ou des sénateurs.

Dans toutes ces occurrences, la saisine appartient aux autorités politiques qualifiées qui doivent agir par voie de requête en inconstitutionnalité. Il n'est pas indifférent de remarquer que cette possibilité d'empêcher la loi de naître juridiquement est une arme politique dont la minorité dans les Chambres ne peut s'interdire l'usage.

Le droit public congolais connaît déjà un cas qui a malheureusement abouti à une décision d'irrecevabilité. C'est la cause inscrite sous RConst. 06/TSR du 24 mars 2004. En effet, en date du 11 mars 2004, les honorables députés Kazadi Nanshabolowa, Jean Mubanga Kabobela, Alphonse Lupumba Kamanda, Bruno Mukadi et Flory Sekelay ont sollicité l'examen de la conformité à la Constitution de la Transition de la loi portant organisation et fonctionnement des partis politiques. Enrôlée sous R. Const.06/TSR, la requête du 23 décembre 2003 émanant d'une poignée des parlementaires a donné lieu à un arrêt de principe de la défunte Cour Suprême de Justice, section constitutionnelle, qu'il convient de commenter avant de donner notre position.

Le mode de saisine pratiqué par les parlementaires n'appelle nullement de commentaires particuliers dans la mesure où ils ont agi par voie de requête prévue à l'article 131 de la Constitution de la transition. L'étude de cet arrêt présente néanmoins un intérêt majeur car il s'agit du premier antécédent jurisprudentiel du recours formé par les députés contre une loi dont ils n'ont pu empêcher l'adoption au niveau de l'Assemblée Nationale. De ce point de vue, l'on peut apprécier l'efficacité de ce moyen de contrôle exercé par une minorité politique pendant la période de transition. La logique caporaliste des composantes semble émasculer l'efficacité d'une telle procédure.

Il reste à voir si cette requête a répondu aux exigences de forme et de fond portées par l'Ordonnance-loi relative à la procédure devant la défunte Cour suprême de justice. Dans son arrêt, la défunte Cour Suprême de Justice a relevé que à

« [...] s'agissant de la recevabilité du recours en appréciation de la conformité d'une loi à la Constitution, l'article 131 de cette loi fondamentale pose deux conditions aux députés désireux d'engager cette procédure, à savoir : 1) Le recours doit être formé par un nombre de députés au moins égal au dixième des membres de l'Assemblée Nationale ;2) Le recours doit être introduit dans le délai de six jours francs qui suivent son adoption définitive. »

Elle constate en outre que dans l'espèce examinée, « aucune de ces deux conditions n'a été respectée » en ce que d'une part, « le recours du 11 mars a été introduit au-delà de six jours francs fixés par l'article 131 de la Constitution, et qu'il a été signé, d'autre part, par cinq députés sur les cinq cents que comprend l'Assemblée Nationale ». Aussi, la Haute Cour, toutes sections réunies et siégeant en matière d'appréciation de la conformité des lois à la Constitution, a-t-elle déclaré irrecevable le recours introduit par les requérants pour non-respect des conditions fixées par l'article 131 de la Constitution de la Transition du 4 avril 2003. En effet, l'article 131 de cette Constitution du 4 avril 2003 disposait que « la Cour Suprême de Justice peut être saisie d'un recours visant à faire déclarer une loi non conforme à la Constitution de la

Transition notamment par un nombre de députés au moins égal au dixième des membres de l'Assemblée Nationale, dans les six jours francs qui suivent son adoption définitive ». De cette disposition, il découle que tout recours soumis à l'appréciation de la Cour en cette matière, doit répondre aux trois conditions non alternatives suivantes, à savoir : la signature du recours par un dixième au moins des membres de l'Assemblée Nationale ; l'adoption définitive d'une loi par l'Assemblée Nationale et le respect du délai de six jours francs courant à partir de l'adoption de loi.

Dans l'espèce examinée, il ressort qu'aucune de ces conditions n'a été respectée par les représentants, et que c'est à bon droit que la défunte Cour Suprême de Justice a décrété l'irrecevabilité de la susdite requête¹².

2. Hypothèse du contrôle *a posteriori*

Il rappelle le contrôle *a posteriori* est celui qui nous intéresse étant entendu que cette exception ne peut être soulevée qu'après l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un règlement. La survenance de cette occurrence postule que la loi a été votée et promulguée par le Chef de l'État alors qu'elle est infectée des vices d'inconstitutionnalité. Dans ce cas, toute personne a le droit de saisine vis-à-vis des lois dans leurs sens strict et large, qu'elles soient organiques ou ordinaires, dans la mesure où elles renferment un vice d'inconstitutionnalité¹³. Ainsi, il est permis à toute personne de droit public ou de droit privé, physique ou morale, de saisir le juge par voie de requête. Ceci est également prévu dans la Loi portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, spécialement en ses articles 52 et 53.

¹² Arrêt inédit.

¹³ Le terme « actes législatifs » utilisé à l'article 162 de la Constitution du 18 février 2006 n'est pas de nature à introduire des distinctions entre les diverses formes de loi. Il importe seulement au regard du critère formel qu'il s'agisse d'un acte législatif, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté législative émanant du législateur, ordinaire ou d'exception, exprimée dans la forme et dans les conditions prévues par la Constitution.

Le contrôle *a priori* qu'une autorité publique aurait initié devant la Haute Cour ne la rend pas inapte à saisir de nouveau la même juridiction car, en effet, la déclaration de conformité d'une loi organique ne joue pas au titre d'autorité de la chose jugée. L'explication rationnelle est qu'agissant sans litige, la Cour constitutionnelle ne fait pas œuvre de juge, elle agit en revanche au titre d'autorité constituée dans un processus législatif prévu par la Constitution.

B. Cas de l'exception d'inconstitutionnalité

Cette hypothèse est celle prévue par les dispositions de l'alinéa 3 de l'article 162 de la Constitution. Elle n'appelle guère de commentaire particulier sauf à remarquer que la juridiction par devant laquelle est soulevée une exception d'inconstitutionnalité n'a d'autre ressources juridiques que la *surséance à statuer*, toutes affaires cessantes. La question d'exception concerne une personne qui est partie à un procès et qui se voit appliquer une loi qu'elle juge inconstitutionnelle¹⁴.

C'est ici le lieu de mentionner la problématique juridique que soulève l'énoncé constitutionnel sur l'exception d'inconstitutionnalité. En effet, en limitant l'exception d'inconstitutionnalité à la personne concernée par une affaire, le constituant semble donc écarter toute intervention volontaire des tiers. En d'autres termes, une personne non partie à l'instance n'a aucune qualité pour soulever cette exception. Or, en matière civile et administrative, par exemple, l'intervention volontaire comme la tierce-opposition sont permises de sorte que des tiers plus ou moins intéressés ont le droit aussi de soulever cette exception¹⁵. Il ne pourrait en aller autrement dans la mesure où il n'est pas inutile d'observer que l'exception d'inconstitutionnalité engendre un contentieux objectif contre la loi ou l'acte réglementaire dont la nullité est ainsi sollicitée.

¹⁴ Pierre AVRIL et Jean GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 7^{ème} édition corrigée, Paris, PUF, 1998, p.57, v° « Exception d'inconstitutionnalité ».

¹⁵ Articles 80 du code de procédure civile.

Le régime congolais de l'exception d'inconstitutionnalité qui fonctionne par renvoi préjudiciel porte une spécificité : non seulement que le texte trouvé et déclaré inconstitutionnel ne peut être comme partout ailleurs appliqué à la partie exceptionnelle mais aussi et surtout le texte constitutionnel postule que la Cour constitutionnelle statue et rend un arrêt définitif sur cet incident¹⁶. L'on peut de même observer que par la longueur des délais de prononcé et la chicane parfois non justifiée des plaideurs, l'on serait amené à considérer l'exception d'inconstitutionnalité comme une sorte d'arme fatale désorientant les plaideurs sur le sort de la question principale.

L'article 52 de la loi organique précitée portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, abordant la section relative au contrôle par voie d'exception, tranche cette préoccupation par son contenu. Cet article dispose que :

« Hormis les traités et accords internationaux, toute personne peut invoquer l'inconstitutionnalité des actes cités à l'article 43 de la Loi organique dans une affaire qui la concerne devant une juridiction. Ce droit est reconnu aussi à la juridiction saisie et au Ministère public. Dans ce cas, la juridiction sursoit à statuer et saisit la Cour toutes affaires cessantes. »

Cette disposition fait ouverture à toute personne de saisir la Haute Cour, mais elle doit prouver sa qualité de partie au procès et le préjudice qu'elle subit ou qu'elle est susceptible de subir si une telle loi lui est appliquée.

CONCLUSION

Il faut préciser d'emblée que les notions de courage et de vertu ressortissent du langage moral. Mais la justice n'est-elle pas finalement une question éthique ? La symbolique de la justice n'est-elle pas deux plateaux soutenus au milieu par un glaive, c'est-à-dire le fait et le droit soutenus par la puissance publique (*l'imperium*) ? Lorsqu'au mépris de cette logique de justice le droit est dit, il n'est pas rare de constater

¹⁶Saisie par avant dire droit, la Cour constitutionnelle rend en effet un arrêt qui sera définitif sur incident vis-à-vis des parties à l'instance principale qui aura entretemps été suspendue.

qu'il est contesté et méprisé, à son tour, perdant ainsi son caractère normatif au seul profit de son appareil autoritaire¹⁷.

La notion d'inconstitutionnalité en République démocratique du Congo, comme sous d'autres cieux, est une matière très complexe. C'est avec raison qu'elle relève exclusivement des juridictions suprêmes et spéciales de l'État. Il pourrait s'agir du Conseil constitutionnel ou encore de la Cour constitutionnelle. La législation congolaise est assez formaliste à ce sujet vu les exigences qu'elle assigne aux parties en la matière. La Cour est saisie par une requête en inconstitutionnalité émanant de la partie victime. Cette procédure permet à la juridiction inférieure devant laquelle l'exception d'inconstitutionnalité a été soulevée d'ordonner, toutes affaires cessantes et par un jugement avant-dire-droit, la surséance à statuer jusqu'à l'arrêt de la Haute Cour. Comme en toutes autres matières, en celle-ci aussi la loi a assigné au juge constitutionnelle le délai endéans lequel il doit se prononcer au sujet de l'inconstitutionnalité soulevée. La loi organique, en son article 52, dispose que la loi ou le règlement déclaré non conforme à la constitution s'appliquera dans toutes les autres affaires sauf dans celle où son inconstitutionnalité a été soulevée.

L'examen du cas de jurisprudence évoqué, par l'arrêt R. Const 06/TSR de la défunte Cour Suprême de Justice, qui a donné le ton, a été autant rigoureuse qu'impartiale. Nous ne pouvons perdre de vue sur un aspect pratique susceptible de constituer une tentative d'explication rationnelle de cet état de choses. En effet, il n'est pas inutile de constater que la quasi-totalité de nos hauts magistrats sont des juristes de haut niveau œuvrant depuis vingt-cinq ans, en moyenne, dans le domaine de droit privé et judiciaire sans avoir eu à trancher des matières de droit public du reste rare devant les juridictions inférieures dont ils proviennent. Il faut, à notre avis, penser à leur formation avant d'intégrer cette Cour. Aussi, la désignation des personnes qui,

¹⁷ L'autorité est en effet une des caractéristiques de la loi mais l'adhésion est une constante dans l'histoire qui fait de la loi une œuvre commune des gouvernants et des gouvernés.

pour la plupart n'ont jamais œuvré comme « magistrats » mais désignées en tenant compte de la représentation des différentes institutions publiques existantes, vient encore compliquer l'équation de juger la conformité des lois à la Constitution.

Le cas analysé ci-dessus est particulièrement symptomatique de la situation politique qui prévalait lors de la transition politique d'après *Sun City*. Et c'est le paradoxe de base du contentieux constitutionnel : les horreurs engendrent le développement de la justice constitutionnelle¹⁸.

L'article 53 de la même Loi organique dispose que « La Cour statue par un Arrêt motivé. Celui-ci est signifié à la juridiction concernée et s'impose à elle. L'acte déclaré non conforme à la Constitution ne peut être appliqué dans le procès en cours ». Par son contenu, nous comprenons le sort réservé aux lois et règlements déclarés non conformes à la Constitution. Ces actes ne seront pas appliqués dans le procès en cours ; donc celui dans lequel l'exception d'inconstitutionnalité a été soulevée. Il faut donc signaler, quant au sort de la loi déclarée inconstitutionnelle, que même si le juge de la Haute Cour admet l'exception, la loi n'est pas invalidée mais déclarée inapplicable à l'espèce.

*
* * *

¹⁸ Dieudonné KALUBA DIBWA, *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit public congolais*, Kinshasa, éditions Eucalyptus, 2007.

La limitation du domaine de la loi à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 12 octobre 2018 sous R.Const. 739

Alexandre-Chancel FUNGA LUFÉ MOTEMA*

RÉSUMÉ :

Prononcé par la Cour constitutionnelle en date du 12 octobre 2018, l'arrêt R.Const. 739 a été une décision importante dans les champs de la limitation du domaine de la loi qui, sous le régime de la Constitution congolaise du 18 février 2006, a été formellement consacrée par plusieurs dispositions pertinentes. Pour assurer la limitation constitutionnellement ainsi affirmée, le juge constitutionnel a fait usage de la technique de déclaration de conformité sous réserve d'interprétation qui, à ce jour, figure parmi les acquis de son office dans le règlement du contentieux de constitutionnalité.

Mots-clés :

Limitation du domaine de la loi – domaine règlementaire – déclaration de conformité sous réserve – délégation de compétence législative – domaine de la Constitution.

ABSTRACT :

Delivered by the Constitutional Court on October 12, 2018, the R.Const. 739 was an important decision in the fields of the law which, under the regime of the Congolese Constitution of February 18, 2006, was formally enshrined by several relevant provisions. To ensure the limitation constitutionally thus affirmed, the constitutional judge made use of the technique of declaration of conformity subject to interpretation which, to this day, figures among the achievements of his office in the settlement of constitutional litigation.

Keywords :

Limitation of the field of law – regulatory field – declaration of conformity with reservations – delegation of legislative competence – are of the Constitution.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

* Avocat au Barreau près la Cour d'Appel de Kinshasa/Matete, Assistant à la Faculté de Droit de l'Université Pédagogique Nationale (Kinshasa/RDC).

INTRODUCTION

Le contrôle préventif de la constitutionnalité de la loi organique portant composition, organisation et fonctionnement de la Cour des comptes a été une étape décisive ayant précédé la promulgation d'un acte appelé à remplacer une législation vieille de plus de trois décennies¹. La Cour constitutionnelle a, par son arrêt R.Const. 739 datant du 12 octobre 2018, simplement jugé conforme à la Constitution la loi soumise à son examen, tout en déclarant certaines dispositions conformes sous réserves d'interprétation².

Au nombre de dispositions dont la constitutionnalité a été conditionnement admise à travers l'usage de la technique de déclaration de conformité sous réserve³, l'on relève, entre autres, l'article 4 de la loi qui, énonçant que « le siège de la Cour des comptes est établi à Kinshasa », prévoit toutefois que le siège de cette juridiction spécialisée de l'ordre administratif⁴ peut être transféré, par « voie législative », en

¹ La loi organique n° 18/023 du 13 novembre 2018 portant composition, organisation et fonctionnement de la Cour des comptes abroge, à son article 291, les textes suivants : l'ordonnance-loi n° 87-005 du 6 février 1987 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes, in *J.O.Z.*, n° spéc. « Cour des comptes », septembre 1987, p. 4 ; l'ordonnance-loi n° 87-031 du 22 juillet 1987 relative à la procédure devant la Cour des comptes, in *J.O.Z.*, n° spéc., précité, p. 15 ; l'ordonnance-loi n° 032 du 22 juillet 1987 portant statut des magistrats de la Cour des comptes, in *J.O.Z.*, n° spéc., précité, p. 31 ; l'ordonnance n° 87-275 du 8 août 1987 portant organigramme de la Cour des comptes, in *J.O.Z.*, n° spéc., précité, p. 53.

² Usant de la technique des réserves d'interprétation, le juge constitutionnel évite de prononcer l'inconstitutionnalité pure et simple de la loi en tant qu'acte. Mais si celle-ci reste formellement intacte, sa substance normative a été « manipulée » pour satisfaire aux exigences constitutionnelles : Thierry DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, coll. « Droit public positif », Paris, Aix-en-Provence, Economica-P.U.A.M., 1997, p. 19.

³ Sur la technique de déclaration de conformité sous réserve, voir : Alexandre VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, L.G.D.J., 1999 ; Louis FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », (1986) 2 *R.I.D.C.*, p. 622 et s ; Franck MODERNE, « La déclaration de conformité sous réserve », dans *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Paris, Aix-en-Provence, Economica-P.U.A.M., 1987, p. 93-118.

⁴ Outre sa nature de juridiction administrative spécialisée, la Cour des comptes est un service public administratif. C'est à ce titre qu'elle soumet chaque année au Parlement, avec ses observations, le compte général de la République, en vertu de l'article 173 alinéa 1^{er} de la Constitution.

toute autre lieu de la République démocratique du Congo, lorsque les circonstances l'exigent⁵. Pour la Cour constitutionnelle, cette disposition est

« [...] contraire à la Constitution en ce qu'elle donne compétence au législateur pour transférer le siège de la Cour des comptes en toute autre lieu de la République, en violation entre autres des articles 122, 123 et 128 de la Constitution qui opèrent la répartition des compétences entre les matières relevant du domaine de la loi et celles relevant du domaine règlementaire »⁶.

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 128 de la Constitution les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère règlementaire, la Cour jugea l'article 4 de la loi contrôlée conforme à la Constitution sous réserve qu'il soit compris comme reconnaissant plutôt au pouvoir règlementaire la compétence d'opérer le transfert du siège de la Cour des comptes en tout autre lieu de la République⁷. En outre, la Cour constitutionnelle a, pour délivrer un « brevet de constitutionnalité » à la disposition visée par le grief d'inconstitutionnalité, procédé à la formulation d'une réserve constructive à caractère substitutive⁸ qui, en définitive, reconnaît au pouvoir règlementaire la compétence de transférer, lorsque les circonstances l'exigent, le siège de la Cour des comptes. Cette décision appelle, sur ce point, des observations faisant état de la limitation du domaine de la loi en droit congolais (I), mais aussi de l'impossibilité pour le législateur de s'attribuer des compétences nouvelles (II).

⁵ Art. 4 de la loi organique n° 18/023 du 13 novembre 2018 portant composition, organisation et fonctionnement de la Cour des comptes, *J.O.R.D.C.*, n° spéc. 24 novembre, col. 18.

⁶ C.C., R.Const. 739 du 12 octobre 2018, *J.O.R.D.C.*, n° spéc. 24 novembre, col. 119.

⁷ *Idem*.

⁸ La technique d'interprétation substitutive est une variante des réserves d'interprétation constructives. Elle se présente en effet sous les traits d'une *technique à deux temps*, ayant pour objet, d'une part, de retirer de la disposition concernée une norme ou un fragment de norme contraire à la Constitution et, d'autre part, d'y introduire une norme conforme aux exigences constitutionnelles : T. DI MANNO, préc., note 2, p. 259.

I. LE SYSTEME DE LIMITATION DU DOMAINE DE LA LOI EN DROIT CONGOLAIS

Tirant les conséquences des excès du légicentrisme⁹, la majorité des Constitutions modernes assure le cantonnement du législateur dans un domaine de compétence délimité¹⁰. Depuis, limiter la pleine compétence législative des assemblées parlementaires est une réelle préoccupation des constituants. À ce stade de notre propos, il conviendra d'identifier les origines congolaises du système limitant le domaine législatif (A), bien avant d'en indiquer les bases et implications sous le régime de la Constitution du 18 février 2006 (B).

A. Les origines congolaises du système

D'emblée, affirmons qu'en considérant comme contraire à la Constitution l'article 4 de la loi contrôlée au motif qu'il reconnaissait au législateur une compétence non attribuée par la Constitution, l'arrêt R.Const. 739 prononcé le 12 octobre 2018 par la Cour constitutionnelle a assuré, de manière concrète, l'effectivité de la limitation du domaine de la loi qui n'intervient que dans les matières relevant de son domaine expressément assignée par l'œuvre du constituant. En effet, inspiré de la Constitution française du 4 octobre 1958¹¹, ce système limitant le domaine de compétence législative est, en droit congolais, d'application depuis la Constitution du

⁹ Il s'agit du courant de pensée qui prêche la supériorité de la loi comme expression de la volonté générale : Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme*, coll. « Bibliothèque de droit africain », Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2010, p 240 ; voir, aussi, nos développements *infra*. Il s'oppose au constitutionnalisme qui postule, plutôt, la primauté de la Constitution comme source de validité de l'ensemble de l'ordre juridique : Jacques DJOLI ESENG'EKELI, *Le constitutionnalisme africain. Entre la gestion des héritages et l'invention du futur*, Paris, Connaissances et Savoirs, 2006.

¹⁰ Michel VERPEAUX, Pierre de MONTALIVET, Agnès ROBLOT-TROIZIER et Ariane VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, 2^e éd., coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2011, p. 443.

¹¹ L'une des grandes innovations de la Constitution française du 4 octobre 1958 a été que la loi, auparavant souveraine, se voyait désormais assigner un domaine, certes large mais énoncé de façon limitative : Muriel FABRE-MAGNAN et François BRUNET, *Introduction générale au droit*, coll. « Thémis droit », Paris, P.U.F., 2017, p. 124.

24 juin 1967¹², celle dite « révolutionnaire »¹³, à l'exception de la courte période allant du 15 août 1974 au 15 février 1978¹⁴, marquée par l'absorption des institutions classiques de l'État par la seule et unique institution de la République, le Mouvement Populaire de la Révolution (MPR)¹⁵, incarné par son Président qui, détenant la plénitude de l'exercice du pouvoir¹⁶, était de droit Président de la République¹⁷.

Bien avant la Constitution du 24 juin 1967, le système d'application en droit public congolais a longtemps été celui de la « souveraineté de la loi » qui, sous le régime de la loi belge du 18 octobre 1908 sur le Gouvernement du Congo (Charte coloniale)¹⁸, avait été expressément consacré par l'article 7 qui disposait que « La loi

¹² M.C., n° 14 du 7 juillet 1967.

¹³ La Constitution du 24 juin 1967 a connu, au moins, 17 révisions : Jacques DJOLI ESENG'EKELI, *Droit constitutionnel. L'expérience congolaise (RDC)*, coll. « Comptes rendus », Paris, L'Harmattan, 2013, p. 133-140.

¹⁴ Jean-Marie MBOKO DJ'ANDIMA, *Droit congolais des services publics*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2015, p. 35 et Louis YUMA BIABA, « Le contrôle de constitutionnalité des actes juridiques en droit positif congolais », (2012) I :34 *Cahiers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie*, p. 43.

¹⁵ Léon Kengo opine que le Mouvement populaire de la révolution était, en ce temps-là, « source de validité des normes de l'ordonnement juridique zaïrois » et « source de légitimité fixant les fondements idéologiques de l'État » : Léon KENGO-wa-DONDO, « Le Mouvement populaire de la révolution et l'indépendance de la magistrature », *Mercuriale du Procureur général de la République*, 16 octobre 1972, *Bull. CSJ*, Vol. 1, Kinshasa, Éditions de la Cour suprême de justice, 1972, p. 167).

¹⁶ Art. 30, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 24 juin 1967 telle que modifiée par la loi n° 74-020 du 15 août 1974. C'est à ce titre qu'il présidait le Bureau politique, le Congrès, le Conseil législatif, le Conseil exécutif et le Conseil judiciaire d'alors. (Art. 30, al. 2, de la même Constitution du 24 juin 1967 modifiée).

¹⁷ La révision constitutionnelle réalisée par la loi n° 74-020 du 15 août 1974 a été à l'origine d'un changement profond du système instauré par la Constitution du 24 juin 1967. Annihilant la limitation du domaine de la loi, cette révision avait également consacré la disparition de lois parlementaires avec l'apparition de « lois présidentielles ». Sous ce régime constitutionnelle, les actes ayant force de loi, connus auparavant sous la forme d'ordonnances-lois, ne se justifiaient plus d'autant plus que le Président du MPR, *de jure* Président de la République, était lui-même le « législateur de principe » au sein de l'État : Félix. VUNDUAWE et PEMAKO et Jean-Marie MBOKO DJ'ANDIMA, *Droit constitutionnel du Congo. Textes et documents fondamentaux*, Vol. 1, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2012, p. 557-559. Ce n'est que quatre ans plus tard que la loi constitutionnelle n° 78-010 du 15 février 1978 est intervenue pour atténuer les excès du régime constitutionnel d'août 1974, en réinstaurant, notamment, le système séparant le domaine de la loi et le domaine réglementaire : Art. 81 de la Constitution du 24 juin 1967 modifiée par la loi n° 78-010 du 15 février 1978, *J.O.Z.*, n° 7, 1^{er} mars 1978.

¹⁸ Soulignons que cette loi n'avait pas de valeur constitutionnelle. Il s'agissait plutôt d'un texte pris en vue d'assurer, sur le territoire du Congo belge, l'application de la Constitution belge du 7 février 1831.

intervient souverainement en toute matière »¹⁹. Contrairement au système de limitation du domaine de la loi qui postule le caractère domanial des compétences législatives, ce système reconnaissait au pouvoir législatif une plénitude de compétence de nature à lui permettre de légiférer indistinctement dans toutes les matières. En effet, cette conception que l'on doit au légicentrisme excluait radicalement toute perspective d'un cantonnement des actes législatifs à un domaine prédéterminé²⁰. La loi, idéalisée comme étant l'expression de la volonté générale²¹, pouvait tout faire et ne pouvait mal faire²². Ce postulat véhiculant l'idée de la souveraineté de la loi justifiait donc le caractère illimité de son domaine. Cette option, assurant la répartition de compétences entre les matières relevant du domaine de la loi et celles propres au pouvoir réglementaire a, également, été fondamentalement admise sous la Constitution en vigueur qu'il convient d'étudier d'emblée.

B. Les bases constitutionnelles et implications du système en droit positif congolais

Depuis la promulgation de la Constitution du 18 février 2006²³, et sous réserve d'autres dispositions constitutionnelles²⁴, le domaine de la loi a, en droit congolais, essentiellement été circonscrit par les articles 122 et 123 qui, avec remarquable

¹⁹ B.O., 1908, p. 68.

²⁰ Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Jean-Louis MESTRE, Otto PFERSMANN, André ROUX et Guy SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 21^e éd, coll. « Précis », Paris, Dalloz, 2019, p. 846.

²¹ C'est aux révolutionnaires français que l'on peut légitimement attribuer l'idée rousseauiste de la loi comme « expression de la volonté générale ». Cette idée a été expressément consacrée par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. On lira, en doctrine : Raymond CARRE de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, rééd., Economica, coll. « Classique », 1984).

²² L. FAVOREU et alii, préc., note 20, p. 846.

²³ Constitution du 18 février 2006 (Textes coordonnés), *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 5 février 2011.

²⁴ Il s'agit des articles 2 al. 5, 3 al. 4, 4, 5 al. 3 et 5, 6 *in fine*, 8 al. 2, 9 al. 2, 10 al. 4, 11, 14 al. 6, 21 al. 2, 22 al. 2, 24 al. 3 et 4, 26 al. 4, 30 al. 1^{er}, 33 al. 6, 35 al. 3, art. 36 al. 5, 37 al. 4, 40 al. 5, 43 al. 3, 45 *in fine*, 47 al. 2, 48, 49 al. 3, 54 al. 1^{er} et 3, 85 al. 3, 89, 95 al. 1^{er}, 101 al. 6, 104 al. 8, 109 al. 2, 126 al. 1^{er}, 144 al. 6, 146 al. 6, 150 al. 3, 152 *in fine*, 155 al. 4, 161 *in fine*, 169, 173 al. 2, 174 al. 1^{er} et 2, 175 al. 1^{er} et 3, 177, 179, 181 *in fine*, 186, 191, 192 al. 3, 194, 196 al. 2, 200 *in fine*, 207 al. 5, 210, 211 al. 4, 212 al. 4, 222 al. 3, 226 al. 1^{er}, et 227 al. 2 de la Constitution du 18 février 2006.

précision, énumèrent les matières où la loi fixe les « règles »²⁵ ou les « principes »²⁶ fondamentaux. Le domaine de la loi ainsi délimité, le premier alinéa de l'article 128 de la Constitution énonce – *a contrario* – que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire »²⁷. En outre, cette disposition définit, par soustraction des matières à caractère législatif, le domaine réservé au pouvoir réglementaire autonome²⁸. Partant, Félix Vunduawe te Pemako déduit que la compétence réglementaire est la règle, alors que la compétence législative du Parlement est l'exception, c'est-à-dire une compétence d'attribution²⁹.

²⁵ Les « règles » sont des normes à contenu précis : T. DI MANNO, préc., note 2, p. 277. Sous l'angle de l'article 122 de la Constitution, on parlera ainsi des « lois particulières » qui sont des actes législatifs fixant les « règles » se rapportant aux matières reprises par la disposition précitée de la Constitution.

²⁶ Les « principes » sont, en revanche, constitués par des normes à contenu général. En outre, un principe donne une « direction », il trace une ligne de conduite : Xavier MAGNON, *Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire devant les juges constitutionnels français et italien*, Thèse de doctorat en droit public, Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et de science politique, 2002, p. 55 ; T. DI MANNO, préc., note 2, p. 277). Suivant l'article 123 de la Constitution, les actes législatifs pris sont des « lois-cadres » ou « squelettiques » qui s'entendent comme celles qui ne se limitent qu'à fixer les dispositions principielles ou les « principes fondamentaux ». Il est donc interdit au législateur d'aller au-delà en édictant des règles détaillées. Il doit se limiter à ce que la pratique constitutionnelle britannique qualifie de *skeleton legislation*, c'est-à-dire une sorte de loi esquissée à grands traits sous la forme d'un « texte squelettique » : Félix VUNDUAWE te PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Larcier-Afrique Éditions, 2007, p. 313).

²⁷ Art. 128, al. 1, de la Constitution du 18 février 2006. Observons que la formulation de cette disposition est fortement mimée du second alinéa de l'article 37 de la Constitution française de 1958. De notre point de vue, en droit congolais, l'article 128 alinéa 1 de la Constitution ne traduit exactement pas la réalité de l'ordre juridique en vigueur car, à la différence du droit français, toutes les matières ne relevant pas du domaine de la loi ne sont toujours pas réservées au pouvoir réglementaire autonome. En effet, sans relever du domaine de la loi, certaines matières relèvent, conformément aux articles 203 et 204 de la Constitution, soit de la compétence concurrente du pouvoir central et des provinces, soit de la compétence exclusive des provinces. Et en ces matières, les Assemblées provinciales légifèrent par voie d'édit et ce dans les matières spécifiquement reprises aux articles 35 et 36 de la loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces. Les matières autres que celles énumérées par les dispositions légales précitées relèvent donc du pouvoir réglementaire provincial. (Art. 37 de la même loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 telle qu'à ce jour modifiée). Le droit congolais doit cette particularité au régionalisme constitutionnel qui postule la reconnaissance d'un « pouvoir normatif » propre aux entités territoriales régionalisées.

²⁸ Dieudonné KALUBA DIBWA, *La justice constitutionnelle en République démocratique du Congo*, Kinshasa-Bruxelles, Eucalyptus-Academia, 2013, p. 424.

²⁹ F. VUNDUAWE te PEMAKO, préc., note 26, p. 310.

La compétence normative de droit commun appartient donc au pouvoir réglementaire autonome³⁰ qui bénéficie par ailleurs d'une protection par le biais de la procédure de délégalisation qui peut être déclenchée à l'initiative du Gouvernement³¹, mais aussi par la possibilité pour certains « requérants institutionnels »³² de saisir la Cour constitutionnelle en vue de soumettre un conflit de compétences opposant le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif³³, ou de faire déclarer une loi promulguée ou à promulguer non conforme à la Constitution³⁴.

La procédure de délégalisation – que la doctrine du droit public désigne également sous l'appellation de procédé de « requalification juridique »³⁵ ou de « déclassement législatif »³⁶ – est, en effet, possible en vertu du second alinéa de l'article 128 de la Constitution qui, à l'instar du second alinéa de l'article 37 de la Constitution française du 4 octobre 1958, prévoit que les textes à caractère de loi intervenus dans les matières autres que celles relevant du domaine de la loi peuvent

³⁰ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., coll. « Domat droit public », Paris, Montchrestien, 2001, p. 70.

³¹ Delphine POLLET-PANOUSSIS, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », in *R.F.D.C.*, n° 75, 2008/3, p. 477.

³² Par l'expression « requérant institutionnel », il convient d'entendre toute institution, autorité publique ou groupe d'individus membres d'une institution publique qui, disposant d'une action attitrée, saisit le juge *qualitate qua*.

³³ Art. 161, al. 3, de la Constitution du 18 février 2006.

³⁴ Art. 139 de la même Constitution du 18 février 2006, Il est toutefois utile de noter que, comme l'article 41 de la Constitution française de 1958, l'article 127 de la Constitution du 4 avril 2003 avait en son temps consacré une possibilité pour le Gouvernement d'opposer une exception d'irrecevabilité chaque fois qu'il paraît, au cours d'une procédure législative, qu'une proposition de loi ou un amendement n'est pas du domaine de la loi : *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 5 avril 2003. La doctrine française fait cependant observer que la procédure de l'irrecevabilité législative prévue par l'article 41 de la Constitution est progressivement tombée en désuétude depuis que le Gouvernement a découvert les vertus de moyens plus « simples » pour défendre son domaine ; c'est notamment le cas de l'appel à la discipline majoritaire ou de la non inscription de la proposition de loi à l'ordre du jour : Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN et Jullien BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^e éd, coll. « Domat droit public », Paris, L.G.D.J., 2016, p. 510).

³⁵ Voir, notamment : Cyril BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit public français. Essai d'analyse systémique*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Cergy Pontoise, Ecole doctorale Droit et Sciences humaines, 2008, p. 32.

³⁶ Expression notamment consacrée par : Louis FAVOREU, « La justice constitutionnelle en France », (1985) 26 :2 *Les Cahiers de droit*, p. 321.

être modifiés par décret si, à la demande du Gouvernement, la Cour constitutionnelle a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire³⁷.

Sur le fondement du troisième alinéa de l'article 161 de la Constitution, et suivant le régime de saisine prévu par les articles 59 et 54 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013³⁸, la Cour constitutionnelle connaît des conflits de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, c'est-à-dire du contentieux de la division horizontale des pouvoirs en vue de la protection du domaine réglementaire contre les empiétements du législateur et, inversement, de la protection du domaine assigné au législateur contre les atteintes du pouvoir réglementaire³⁹. Par ailleurs, dans le souci d'assurer la protection du domaine réservé au règlement, la Cour constitutionnelle peut être saisie, dans les conditions fixées par l'article 139 de la Constitution⁴⁰, d'un recours visant à faire déclarer une loi à promulguer non conforme à la Constitution⁴¹ pour violation matérielle du domaine propre au pouvoir

³⁷ Art. 128, al. 2, de la Constitution du 18 février 2006, *précitée*.

³⁸ De la lecture combinée de ces dispositions légales, il ressort que quand il y a lieu d'assurer le règlement des conflits d'attributions entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, la Cour constitutionnelle peut statuer sur saisine du Président de la République, du Gouvernement en tant qu'organe collégial, du Président du Sénat, du Président de l'Assemblée nationale, d'un dixième des membres de chacune des Chambres parlementaires, des Gouverneurs de province et des Présidents des Assemblées provinciales : Art. 59 et 54 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *précitée* ; voir également l'article 69 alinéa 3 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle, *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 16 novembre 2018.

³⁹ Art. 161, al. 3, de la même Constitution du 18 février 2006 ; Art. 58 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, in *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 18 octobre 2013 ; Félix VUNDUAWA te PEMAKO, Jean-Marie MBOKO DJ'ANDIMA, *préc.*, note 17, p. 1054. Voir aussi D. POLLET-PANOUSSIS, *préc.*, note 31, p. 477. Dieudonné Kaluba Dibwa considère que ces conflits sont les plus nuisibles à l'État car ils transforment la nature du régime politique et, avec lui, l'état des libertés publiques dans la nation : D. KALUBA DIBWA, *préc.*, note 28, p. 458.

⁴⁰ Pour ce recours, la Cour peut en effet être saisie par le Président de la République ou le Premier Ministre, dans les quinze jours qui suivent la transmission à eux faite de la loi définitivement adoptée, par le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou le dixième des députés ou sénateurs au moins, dans les quinze jours qui suivent l'adoption définitive de la loi : Art. 139 de la Constitution du 18 février 2006. La Cour se prononce dans les trente jours de sa saisine. En cas d'urgence, ce délai est ramené à huit jours à la demande du Gouvernement. Passé ce délai, la Loi est réputée conforme : Art. 47, al. 2, de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *précitée*.

⁴¹ Art. 139 de la Constitution du 18 février 2006, *précitée*.

règlementaire⁴². Toute personne peut en outre saisir la Haute Cour, sur le fondement du second alinéa de l'article 162 de la Constitution, pour inconstitutionnalité de tout acte législatif empiétant irrégulièrement dans le domaine du pouvoir réglementaire⁴³.

Le législateur ne pouvant lui-même assurer l'exécution de ses propres lois⁴⁴, ce pouvoir a été reconnu, aux termes de l'article 92 de la Constitution, à l'exécutif, spécifiquement au Premier ministre qui, sous réserve des prérogatives dévolues au Président de la République⁴⁵, est le détenteur du pouvoir réglementaire général⁴⁶. Dans ce contexte, certains règlement administratifs dits « subordonnés », non soumis au régime de l'article 128 de la Constitution, interviennent régulièrement dans le domaine de la loi, en vue de poser des règles destinées à assurer l'application ou l'exécution des lois, sans courir le risque de déclaration d'inconstitutionnalité⁴⁷. Mais

⁴² Notons cependant que dans la jurisprudence française, le Conseil constitutionnel avait, dans une décision du 30 juillet 1982 dite « blocage des prix et des revenus », à tort, écarté un moyen d'inconstitutionnalité d'une loi pour violation du domaine réservé au règlement. Pour lui en effet, « par les articles 34 et 37 alinéa 1^{er}, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37 alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi ; que, dans ces conditions, les députés auteurs de la saisine ne sauraient se prévaloir de ce que le législateur est intervenu dans le domaine réglementaire pour soutenir que la disposition critiquée serait contraire à la Constitution » : Cons. Const.fr., Déc n° 82-143, D.C. du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus* ; Notes : Louis FAVOREU, *R.D.P.*, n° 2, avril 1983, p. 333 ; Michel de VILLIERS, *R.A.*, n° 214, juillet-août 1983, pp. 360-364 et Jean RIVERO, *A.J.D.A.*, 1982, p. 213.

⁴³ Aux termes de l'article 162 alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006, « toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire » : *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 5 février 2011, *précité*.

⁴⁴ F. VUNDUAWÉ te PEMAKO, *préc.*, note 26, p. 314.

⁴⁵ Alors que le Premier ministre dispose d'un pouvoir réglementaire général, le Président de la République ne peut qu'exercer un pouvoir réglementaire résiduaire : F. VUNDUAWÉ te PEMAKO, *préc.*, note 26, p. 121. En outre, le Premier ministre dispose d'un pouvoir réglementaire de principe, la Constitution réserve au Président de la République un pouvoir réglementaire d'attribution : Marie SIRINELLI et Julien SORIN, *Questions de droit public*, coll. « Optimum », Paris, Ellipses, 2007, p. 95).

⁴⁶ Art. 92 de la Constitution du 18 février 2006, *précitée*.

⁴⁷ Plus généralement, c'est par le biais du « mécanisme de renvoi réglementaire » qu'interviennent les règlements subordonnés posant les règles d'application ou d'exécution des lois. Ce mécanisme s'entend, théoriquement, comme celui par lequel un texte de valeur législative reconnaît au pouvoir réglementaire le soin de fixer, en détail, les règles de son application. Mais en règle générale, l'Administration est tenue de prendre, dans un délai raisonnable, les dispositions réglementaires

outre la procédure de délégalisation prévue par le deuxième alinéa de l'article 128 de la Constitution⁴⁸, les atteintes au domaine de la loi par le pouvoir réglementaire autonome⁴⁹ peuvent, pour leur part, notamment être sanctionnées par le biais des recours en inconstitutionnalité⁵⁰ adressés au juge constitutionnel ou des recours en annulation⁵¹ adressés au juge administratif de l'excès de pouvoir⁵², sauf lorsqu'elles résultent des ordonnances prises conformément à l'article 145 de la Constitution⁵³. À bon droit, la Cour constitutionnelle a, par son arrêt R.Const. 739 du 18 octobre 2018, considéré qu'il ne revenait pas au pouvoir législatif de procéder à une extension de sa

nécessaires à l'application des lois, sans pouvoir se retrancher derrière l'absence d'une « habilitation » du législateur. L'absence d'un règlement subordonné utile ou un retard excessif dans sa publication est de nature à engager la responsabilité de l'État : C.E.fr., 28 juillet 2000, *Assoc. France Nature Environnement*. L'exécution des lois n'est donc pas, pour le pouvoir exécutif, une simple faculté, mais une ardente obligation résultant du premier alinéa de l'article 92 de la Constitution de la République. En France, le Conseil d'État déjà a eu à rappeler que lorsqu'aucun délai n'est prévu pour l'adoption des actes d'application des lois, ces actes doivent tout de même être pris dans un délai raisonnable : C.E.fr., 27 novembre 1964, *Dame veuve Renard*.

⁴⁸ Voir *supra*.

⁴⁹ Entre autres exemples, nous citerons le cas de la loi n° 18/021 du 26 juillet 2018 portant statut des anciens Présidents de la République élus et fixant les avantages accordés aux anciens chefs des corps constitué : *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 31 juillet 2018. Il en est de même de la loi n° 10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics : *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 30 avril 2010, ainsi que de la loi n° 08/006 du 7 juillet 2008 portant création d'un Fonds national d'entretien routier, « FONER », *J.O.R.D.C.*, n° 14, 15 juillet 2008, col. 4 et s. Mais, à ce jour, aucune procédure de délégalisation n'a été mise en œuvre par le gouvernement conformément à l'article 128, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006.

⁵⁰ Aux termes de l'article 162, alinéa 2, de la Constitution de la République, en effet, « toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire » : *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 5 février 2011, *précité*.

⁵¹ Le recours pour excès de pouvoir est ouvert même sans texte. (C.E.fr., 17 février 1950, *Dame Lamotte*). Il est recevable contre un acte administratif à compter de sa signature, même s'il n'est pas opposable : C.E.fr., 26 janvier 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils*. Sur la distinction entre « recours en annulation » et « recours en inconstitutionnalité » en droit congolais, voir : Alexandre-Chancel FUNGA LUFÉ MOTEMA, « Distinction entre recours en annulation et recours en inconstitutionnalité, recevabilité des requêtes additionnelles. Observations sous l'arrêt R.Const. 569/599 du 29 décembre 2017 », (2018) 40 *Les analyses juridiques* 67-70.

⁵² F. VUNDUAWÉ te PEMAKO, *préc.*, note 26, p. 316.

⁵³ Les ordonnances de l'article 145 de la Constitution interviennent dans un contexte de crise, lorsque des circonstances graves menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qu'elles provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions et conduisent le Président de la République à proclamer l'état d'urgence ou l'état de siège après concertation avec le Premier ministre et les Présidents des deux Chambres parlementaires. Pour ce qui est de leur objet, la Constitution ne limite pas ces ordonnances : D. KALUBA DIBWA, *préc.*, note 28, p. 388. Elles peuvent donc, au regard des circonstances, intervenir dans le domaine de la loi.

compétence d'attribution. Cette limite s'imposant au législateur fera, à la lumière de l'arrêt sous étude, l'objet des développements qui suivent.

II. DE L'IMPOSSIBILITE POUR LE LEGISLATEUR D'ETENDRE LE CHAMP DOMANIAL RESERVE A LA LOI

Qu'elle s'appuie sur la tradition britannique ou sur l'héritage de la Révolution française, la souveraineté du Parlement, et donc de la loi, a pendant longtemps été un élément central de l'ordre juridique et politique⁵⁴. Actuellement, il est acquis que le droit public congolais organise le « cantonnement » matériel du pouvoir législatif à un domaine constitutionnellement délimité⁵⁵. Toutefois, si le législateur peut, par voie de loi d'habilitation, déléguer sa compétence d'attribution au pouvoir réglementaire (A), celui-ci ne peut cependant pas édicter des normes tendant à étendre la définition constitutionnelle de son domaine (B).

A. Le législateur peut déléguer sa compétence d'attribution au pouvoir réglementaire

Il arrive, dans les États modernes, que les Parlements éprouvent quelques difficultés à assurer la fonction législative en temps utile ; Parfois, cela tient à la longueur ainsi qu'à la lourdeur excessive des procédures alors qu'il est nécessaire de légiférer⁵⁶. Ainsi, le droit public congolais, comme le droit public français, aménage un régime de délégation des compétences législatives au profit du pouvoir réglementaire, sans toutefois inversement admettre les délégations des compétences du pouvoir réglementaire autonome en faveur du législateur.

⁵⁴ Louis FAVOREU, « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle », (1988) 4 *A.I.J.C.*, p. 53. L'histoire du droit congolais renseigne que c'est pendant au moins huit décennies (1885-1967) que la souveraineté de la loi a été la règle.

⁵⁵ Voir *supra*.

⁵⁶ Francis HAMON et Michel TROPER, *Droit constitutionnel*, coll. « Manuels », Paris, L.G.D.J., 2016, p. 139.

Sur le fondement du premier alinéa de l'article 129 de la Constitution de la République, en effet, « le Gouvernement peut, pour l'exécution urgente de son programme d'action, demander à l'Assemblée nationale ou au Sénat l'autorisation de prendre par ordonnances-lois, pendant un délai limité et sur des matières déterminées, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi »⁵⁷.

En pratique, la demande du gouvernement est formulée auprès d'une des Chambres par le biais du dépôt d'un « projet de loi d'habilitation » qui doit, avec une précision suffisante⁵⁸, non seulement démontrer l'urgence, mais aussi clairement énoncer le délai d'habilitation et les « matières du domaine de la loi ordinaire » dont la délégation est sollicitée⁵⁹.

D'un point de vue comparatiste, il convient de relever que les ordonnances-lois de l'article 129 correspondent aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution française du 4 octobre 1958⁶⁰. Quoique conçues comme un procédé exceptionnel de

⁵⁷ Art. 129, al. 1, de la Constitution du 18 février 2006.

⁵⁸ Cons. Const. f., Déc n° 95-370, D.C. du 30 décembre 1995, *Protection sociale*.

⁵⁹ En effet, la loi d'habilitation ne peut autoriser la prise d'une ordonnance-loi dans des matières réservées par la Constitution aux lois organiques, comme d'ailleurs aux lois des finances qui sont votées dans les conditions prévues pour la loi organique. (Art. 126, al. 2, de la Constitution). Au cas contraire, une telle loi mérite d'être déclarée non conforme à la Constitution au cas où sa constitutionnalité arrivait à être contestée devant le juge constitutionnel. Une telle solution se justifie par le fait que les garanties particulières prévues par la Constitution dans la procédure législative applicable aux lois organiques – notamment le contrôle préventif obligatoire de leur constitutionnalité et l'adoption à la majorité absolue des membres composant chaque Chambre – disparaîtraient : Pierre BON, « Les substituts à la loi : les actes législatifs de l'exécutif », (2003) 19 *Annuaire internationale de justice constitutionnelle* 472-503, 478. Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, il a été jugé que la loi d'habilitation ne saurait permettre l'intervention d'ordonnances dans des domaines réservés à la loi organique et aux lois des finances : Cons. Const.fr., Déc n° 99-421, D.C. du 16 décembre 1999, *Codification*. Voir aussi : Cons. Const.fr., Déc n° 81-134, D.C. du 5 janvier 1982, *Loi d'orientation*.

⁶⁰ L'article 38 de la Constitution française du 4 octobre 1958 dispose que « le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi ». Voir, à propos de ces ordonnances de l'article 38 : Catherine BOYER-MERENTIER, *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, coll. « Droit public positif », Paris, Aix-en-Provence, Economica-P.U.A.M., 1996.

législation⁶¹, ces actes de l'exécutif – délégitimant la pratique des règlements autonomes au sens doctrinal⁶² – n'ont cependant pas une valeur législative *ab initio*, et ce en dépit de leur dénomination qui peut s'avérer trompeuse⁶³. Avant leur ratification par le Parlement à l'approche de l'expiration du délai d'habilitation, elles demeurent des « actes administratifs réglementaires »⁶⁴ qui, en tant que tels, sont soumis au contrôle de légalité exercé par le Conseil d'État au regard de la loi d'habilitation qui détermine les conditions de leur édicition⁶⁵, encore que la loi d'habilitation en vertu de quoi elles interviennent ne puissent « faire écran » avec la Constitution⁶⁶. Ces décisions réglementaires sont, en outre, soumises au contrôle de

⁶¹ M. VERPEAUX, P. de MONTALIVET, A. ROBLLOT-TROIZIER et A. VIDAL-NAQUET, préc., note 10, p. 227.

⁶² Dans leur acception doctrinale, les règlements autonomes peuvent intervenir dans un domaine réservé à la loi, en cas de silence ou d'absence de celle-ci, c'est-à-dire de « vide législatif », pour combler ce vide : F. VUNDUAWE et PEMAKO, préc., note 26, p. 56. Nous sommes cependant d'avis que le mécanisme de délégation de pouvoir prévu par l'article 129 de la Constitution rend pratiquement illégitime l'existence de ces règlements administratifs à quoi la doctrine continue, bien qu'à tort, à reconnaître la possibilité d'intervenir dans les matières relevant du domaine de la loi.

⁶³ En effet, le terme « ordonnance-loi » n'est pas en soi de nature à accorder à ces actes une valeur législative *ab initio*.

⁶⁴ Techniquement, il ne s'agit donc pas d'une « délégation législative » car les ordonnances-lois prises en vertu de l'article 129 de la Constitution sont, avant leur ratification, des actes d'exécution, des actes formellement réglementaires et par conséquent soumis au régime juridique applicable aux règlements administratifs. (En ce sens, voir : F. HAMON, M. TROPER, préc., note 56, p. 140).

⁶⁵ C.E.fr., 3 novembre 1961, *Damiani* ; C.E.fr., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police* (Observations de : Marcel LONG, Prosper WEIL et Guy BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7^e éd, coll. « Droit public », Paris, Sirey, 1978, p. 78). La jurisprudence du Conseil d'État a été confirmée par le Conseil constitutionnel qui affirme également le caractère réglementaire des ordonnances de l'article 38 de la Constitution française, tant que la ratification législative n'est pas intervenue : Cons. Const.fr., Déc n° 72-73, D.C. du 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions* ; Cons. Const.fr., Déc n° 86-224, D.C. du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*).

⁶⁶ En application de la théorie de la « loi-écran », le juge administratif de l'excès de pouvoir ne saurait recevoir un moyen d'illégalité tiré de l'inconstitutionnalité d'une ordonnance-loi conforme à la loi d'habilitation en vertu de quoi elle est prise, mais comportant des dispositions inconstitutionnelles. Il évitera donc de connaître de la constitutionnalité de l'ordonnance-loi car censurer l'acte administratif serait, implicitement mais certainement, censurer la loi dont il procède ou tout au moins dénoncer l'inconstitutionnalité de cette loi : R. CHAPUS, préc., note 30, p. 33 ; Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 13^e éd, coll. « Cours », Paris, L.G.D.J., 2013, p. 237). Soulignons, en passant, que l'*arrêt Arrighi*, prononcé le 6 novembre 1936, a été fondateur de la « théorie de la loi-écran » dans la jurisprudence du Conseil d'État français : C.E. fr., 6 novembre 1936, *Arrighi* ; Note de : C. EISENMAN, *R.D.P.*, 1936, p. 671 ; M. LONG, P. WEIL et G. BRAIBANT, préc., note 65, p. 79.

constitutionnalité qu'exerce le juge constitutionnel conformément au deuxième alinéa de l'article 162 de la Constitution qui dispose que « toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire »⁶⁷. Ce n'est qu'après la promulgation et l'entrée en vigueur d'une « loi de ratification » adoptée par le Parlement avant l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation⁶⁸ que les ordonnances-lois de l'article 129 acquièrent définitivement la nature d'actes législatifs, mieux d'actes ayant force de loi⁶⁹, et ne peuvent être modifiées que par une loi⁷⁰, tout en échappant au contrôle de légalité qu'exerce le juge administratif de l'excès de pouvoir⁷¹.

En consentant une délégation de pouvoir à travers une loi d'habilitation⁷², le Parlement dispose donc de sa compétence législative qu'il reconnaît expressément au

⁶⁷ Art. 162, al. 2, de la Constitution du 18 février 2006.

⁶⁸ Par un arrêt du 5 mai 2006, le Conseil d'État français s'est prononcé en faveur de la thèse du caractère impersonnel de l'habilitation qui produit ses effets jusqu'à l'expiration du délai prévu ; et qu'en cas de changement de Gouvernement, elle profite également à celui qui succède au précédent, sauf exception expressément prévue par le Parlement au moment du vote de la loi d'habilitation : C.E.fr., 5 mai 2006, *Schmitt* ; Note : C.-É. SENAC, *R.G.D.*, n° 1858, 2008.

⁶⁹ En effet, les actes ayant force de loi sont entendus comme étant toute déclaration de volonté émanant de l'exécutif et destinée à produire, en vertu de la Constitution ou des théories des circonstances exceptionnelles, des effets juridiques équipollentes à ceux d'une loi : Félix VUNDUAWE te PEMAKO et Jean-Marie MBOKO DJ'ANDIMA, *Traité de droit administratif de la République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 230. Sous le régime de la Constitution du 18 février 2006, les actes ayant force de loi interviennent donc sous la forme d'« ordonnance-loi ». Les ordonnances-lois de finances sont prises conformément à l'article 126, tandis qu'une autre catégorie d'ordonnances-lois intervient conformément à l'article 129 de la Constitution. Mais à la différence des ordonnances-lois de l'article 126, celles de l'article 129 n'acquière valeur législative qu'après ratification. Sur l'évolution historique de la notion d'actes ayant force de loi en droit congolais, voir l'étude de : Félix VUNDUAWE te PEMAKO, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005) », dans Sayeman BULA-BULA (dir.), *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise. Liber Amicorum Marcel Antoine Lihau*, vol. 1, Coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa, Bruxelles-Kinshasa, Bruylant-P.U.K., 2006.

⁷⁰ Art. 129, al. 4, de la Constitution du 18 février 2006.

⁷¹ Dès la ratification d'une ordonnance-loi à l'expiration du délai de l'habilitation, son régime juridictionnel ou contentieux change. En tant qu'acte législatif, celle-ci ne peut plus être soumise au contrôle de légalité qu'exerce le Conseil d'État siégeant comme juge du contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir. Il ne restera plus que le recours en inconstitutionnalité qui pourra être exercé sur le fondement de l'article 162, alinéa 2, de la Constitution de la République.

⁷² Il est utile de noter que la technique de l'interprétation directive – facilitant l'application conforme des lois – trouve un « terrain de prédiction » en droit congolais, comme en France, dans les lois d'habilitation. Le juge de la constitutionnalité des lois est naturellement porté à formuler des directives

pouvoir réglementaire, sans possibilité de subdélégation⁷³. De façon analogue à la procédure de l'article 129, le second alinéa de l'article 205 de la Constitution prévoit qu'en vertu d'une loi d'habilitation adoptée par les Chambres législatives nationales, une Assemblée provinciale peut régulièrement légiférer sur des matières relevant de la compétence législative exclusive du pouvoir central⁷⁴.

Ces modalités d'action font ainsi figures d'uniques hypothèses permettant au législateur ordinaire de disposer de sa compétence en toute régularité juridique.

Pouvant disposer de sa compétence législative par voie de délégation, le Parlement ne saurait cependant disposer de celle-ci en édictant des règles législatives ayant pour finalité d'élargir la domanialité législative telle que délimitée par le constituant.

à l'égard du gouvernement pour que, nonobstant l'éventuel silence de la loi d'habilitation, ce dernier ne puisse perdre de vue la Constitution dans l'édition des ordonnances-lois : T. DI MANNO, préc., note 2, p. 284. Dans la jurisprudence constitutionnelle française, le Conseil a récurrentement rappelé que « les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet, ni pour effet, de dispenser le Gouvernement du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au Conseil constitutionnel de n'admettre la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution » : Cons. Const.fr., Déc. n° 95-370, D.C du 30 décembre 1995, cons. 28. Voir aussi, dans le même sens : Cons. Const.fr., Déc. n° 86-207, D.C du 26 juin 1986, cons. 14 et Cons. Const.fr., Déc. n° 86-208 du 2 juillet 1986, cons. 8.

⁷³ Même dans le silence du texte constitutionnel, l'impossibilité de toute subdélégation doit être considérée comme acquise en application du principe général de droit incarné par l'adage *delegata potestas delegare non potest* véhiculant l'idée selon laquelle « aucun pouvoir délégué ne peut davantage être délégué ». En ce sens : P. BON, préc., note 59, p. 476.

⁷⁴ Art. 205 al. 2 de la Constitution du 18 février 2006 ; art. 62, al. 1^{er}, de la loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, *J.O.R.D.C.*, n° spéc., 31 juillet 2008 : Texte modifié et complété par la loi n° 13/008 du 22 janvier 2013, *J.O.R.D.C.*, n° 3, 1^{er} février 2013, col. 5-7. Lorsque l'Assemblée nationale et le Sénat mettent fin à cette habilitation, les dispositions des édits promulgués à cet effet demeurent cependant en vigueur dans la province jusqu'à ce que le Parlement ait légiféré en la matière : Art. 205 al. 2 de la Constitution du 18 février 2006 ; art. 62, al. 1^{er}, de la loi n° 08/012 du 31 juillet 2008.

B. Le législateur ne peut édicter des dispositions tendant à étendre la définition constitutionnelle du domaine de la loi

En dehors des hypothèses prévues par les articles 129 et 205 de la Constitution, le droit public congolais ne reconnaît pas au pouvoir législatif la latitude de disposer de sa compétence d'attribution. Partant, le principe de mise en la matière est que, sauf exception établie par la Constitution, « le législateur n'a pas la compétence de sa compétence »⁷⁵.

En jugeant, par son arrêt R.Const. 739, l'article 4 de la loi organique portant composition, organisation et fonctionnement de la Cour des comptes contraire à la Constitution au motif qu'il donne compétence au législateur pour transférer le siège de la Cour des comptes en toute autre lieu de la République, en violation entre autres des articles 122, 123 et 128 de la Constitution qui opèrent la répartition des compétences entre les matières relevant du domaine de la loi et celles relevant du domaine règlementaire,⁷⁶ la Cour constitutionnelle a considéré qu'il ne revient pas au législateur – ordinaire comme organique – de procéder à une extension de son domaine de compétence législative telle que fixée par la Constitution. En effet, échappant au législateur, cette attribution relève de ce que l'on peut qualifier de « domaine de la Constitution »⁷⁷, étant entendue que le rattachement d'une matière quelconque au domaine de la loi relève de la compétence exclusive du pouvoir

⁷⁵ Louis FAVOREU, « Note sous Cons. Const.fr. D.C. n° 2001-454, D.C du 17 janvier 2002, Loi relative à la Corse », *R.F.D.C.*, n° 50, 2002/2, p. 413.

⁷⁶ C.C., R.Const. 739 du 12 octobre 2018, *J.O.R.D.C.*, *précité*, col. 119.

⁷⁷ Par une décision du 17 janvier 2002, l'expression a été notamment utilisée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français qui, considérant qu'en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenait dans un domaine qui ne relève que de la Constitution. (Cons. Const.fr., D.C. n° 2001-454, D.C du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse* ; Note de : L. FAVOREU, *R.F.D.C.*, n° 50, *précité*, p. 410-414.

constituant qui, originel comme dérivé, n'est en définitive sujette à aucune limitation⁷⁸.

L'invocation des articles 122, 123 et 128 alinéa 1^{er} de la Constitution congolaise, comme celle des articles 34 et 37 alinéa 1^{er} de la Constitution française⁷⁹, permet donc d'empêcher au législateur d'édicter des normes étendant la définition constitutionnelle de son domaine. En contentieux, ce moyen peut donc être avancé par le requérant en appui d'une requête en inconstitutionnalité. En outre, ce grief peut être soulevé d'office par le juge constitutionnel usant de la technique des moyens et conclusions soulevés d'office⁸⁰. Toutefois, il y a lieu de souligner que sous l'arrêt

⁷⁸ Il a été jugé que « le pouvoir constituant est souverain ; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle » : Cons. Const.fr., Déc. n° 92-312, D.C du 2 septembre 1992, *Maastricht II*. Si le pouvoir de révision est soumis à des contraintes de procédure qui le distinguent du pouvoir constituant originaire fondateur du régime, habituellement qualifié d'originaire, il est, lui aussi, souverain : Valérie GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, 1^{ère} éd, coll. « Cours magistral », Paris, Ellipse, 2010, p. 262. En effet, pour Charles Eisenmann – à la position de qui nous adhérons –, dans l'hypothèse où le pouvoir constituant originel aurait entendu « interdire à ses successeurs de réviser ou d'abroger telle ou telle disposition de son œuvre », il suffirait à ces derniers d' « abroger dans les formes régulières » les dispositions constitutionnelles qui leur interdisent de procéder à une révision. Cela ne devrait pas s'analyser comme une quelconque « fraude à la Constitution » car les normes constitutionnelles jouissent d'une stabilité relative et non absolue. Cette stabilité relative des normes constitutionnelles est donc un autre argument en faveur de cette thèse soutenant l'absence de limitation juridique de l'État : Laurent BONNARD, *La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann*, Paris, Jus politicum, 2012, p. 18.

⁷⁹ Gérard SACCONI, « De l'utilité d'invoquer la violation des articles 34 et 37, al. 1 dans le cadre des saisines parlementaires », *A.I.J.C.*, 1-1985, p. 177.

⁸⁰ Cette technique contentieuse – permettant au juge de procéder au contrôle de constitutionnalité des dispositions non critiquées par les requérants – devrait être d'application constante dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle de constitutionnalité parce que l'inconstitutionnalité d'une norme est un grief d'ordre public susceptible d'être soulevée même d'office par le juge. Sur la technique des moyens et conclusions soulevés d'office, voir : Thierry DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel et les moyens et conclusions soulevés d'office*, coll. « Droit public positif », Paris, Aix-en-Provence, Economica-P.U.A.M., 1994. Dans la jurisprudence de la Cour suprême de Justice, voir : C.S.J., R.Const. 317/TSR du 19 février 2015, in *Bull. CSJ*, n° spéc., matière de constitutionnalité, Kinshasa, Éditions du Service de documentation et d'études du ministère de la justice, garde des sceaux et droits humains, 2015, pp. 100-103. La technique des moyens et conclusions soulevés d'office se rapproche à la notion de moyen d'ordre public que connaît notamment le juge administratif et celui de cassation. Voir, sur les moyens d'ordre public : Anne-Charlene BEZZINA, *L'étendue du contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi ordinaire à travers l'étude des moyens et conclusions soulevés d'office*, 7^e congrès de l'Association française des constitutionnalistes, 50^e anniversaire de la Constitution de 1958, Atelier n° 5, Paris, : « Constitution et Justice », 2008, pp. 3-4 ;

R.Const. 739 du 12 octobre 2018, la Cour constitutionnelle s'était abstenue de conclure à une déclaration d'inconstitutionnalité pure et simple de l'article 4 de la loi organique élargissant le domaine de la loi. Appliquant la technique de déclaration de conformité sous réserve, elle jugea cette disposition conforme à la Constitution, sous la condition qu'elle soit comprise comme reconnaissant plutôt au « pouvoir règlementaire » la compétence d'opérer le transfert du siège de la Cour des comptes en tout autre lieu de la République lorsque les circonstances l'exigent⁸¹. Si cette réserve d'interprétation substitutive⁸² a eu le mérite d'assurer le respect du premier alinéa de l'article 128 de la Constitution qui reconnaît au pouvoir règlementaire autonome toutes les matières qui ne relèvent pas du domaine de la loi, elle n'a cependant pas été suffisamment précise au point de formellement identifier l'autorité administrative à qui serait reconnu ce pouvoir règlementaire.

Au demeurant, sans déconsidérer le pouvoir règlementaire général dont dispose le Premier ministre sous réserve du respect des prérogatives dévolues au Président de la République⁸³, par respect au principe de séparation des pouvoirs, ce pouvoir administratif revient au Premier président de la Cour des comptes en ses qualités de chef de juridiction et de chef de service public administratif⁸⁴. En effet, depuis l'*arrêt Jamart* prononcé en date du 7 février 1936 par le Conseil d'État français, il est admis que, même en l'absence d'un texte, « tout chef de service a la compétence de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité »⁸⁵. La doctrine considère que ce pouvoir reconnu à tous les chefs de service

Charles Théodore TUKA IKA BAZUNGULA, *La cassation en droit congolais*, Kinshasa, P.U.C., 2017, p. 142-143.

⁸¹ C.C., R.Const. 739 du 12 octobre 2018, *J.O.R.D.C.*, précité, col. 121.

⁸² Voir *supra*.

⁸³ Art. 92, al. 1^{er}, de la Constitution du 18 février 2006.

⁸⁴ Nous notons, à titre de rappel, que la Cour des comptes a une nature hybride. Elle est à la fois une juridiction administrative spécialisée et un service public administratif : J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, préc., note 14, p. 310 ; F. VUNDUAWE te PEMAKO, préc., note 26, p. 146.

⁸⁵ C.E.fr., 7 février 1936, *Jamart* ; Voir les développements forts utiles de : R. CHAPUS, préc., note 30, p. 678 ; Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 20^e éd, coll. « Manuel », Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2012, p. 319.

se fonde sur la nécessité d'assurer le fonctionnement régulier des services publics et sur l'idée que toute autorité doit, naturellement, disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission⁸⁶.

Il revient ainsi au Premier président de la Cour des comptes de prendre, lorsque les circonstances l'exigent, une mesure ordonnant le transfert du siège de l'institution qu'il dirige⁸⁷, dans la finalité d'assurer son fonctionnement régulier et ininterrompu ainsi que l'exige le principe de continuité et de régularité applicable aux services publics⁸⁸.

CONCLUSION

L'extension irrégulière du domaine de la loi par les actes législatifs ne peut que s'opérer au préjudice du domaine de compétence reconnu au pouvoir réglementaire autonome. Elle constitue par ailleurs et toujours un empiètement du législateur dans le domaine des compétences propres du constituant et, partant, source d'illicéité constitutionnelle de la loi⁸⁹. Dans la jurisprudence constitutionnelle congolaise, l'arrêt rendu le 12 octobre 2018 sous R.Const. 739 a eu le mérite d'assurer l'effectivité du

⁸⁶ M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, préc., note 65, p. 239.

⁸⁷ En effet, plusieurs circonstances de fait ou événements peuvent être à l'origine de la nécessité d'un transfert du siège de la Cour des comptes vers tout autre lieu de la République. Il en est ainsi de l'existence des troubles graves à l'ordre public au sein de la ville de Kinshasa, au point de menacer le fonctionnement régulier des institutions de la République.

⁸⁸ Pour un exposé théorique sur le principe de continuité et de régularité des services publics, voir : Gilles J. GUGLIELMI et Geneviève KOUBI, *Droit du service public*, 2^e éd, coll. « Domat droit public », Paris, Montchrestien, 2007, p. 573 ; Ambroise KAMUKUNY MUKINAY, *Droit congolais des services et entreprises publics*, Kinshasa, Éditions Congo Uni, 2017, p. 126-128 ; Clément KABANGE NTABALA, *Droit administratif*, t. I, Kinshasa, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2005, p. 114-115 ; J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, préc., note 14, p. 267-269. Il s'agit d'un versant administratif du « principe de continuité de l'État ». (Jean Désiré INGANGE wa INGANGE, Bob YONDAR, « Commentaire de l'arrêt R.Const. 262 de la Cour constitutionnelle de la République démocratique du Congo », in *Analyse stratégique*, n° 003, 2017, p. 270). Sur le « principe de régularité et de continuité des services publics » dans la jurisprudence de la Cour suprême de Justice, voir : C.S.J., 055/TSR du 27 août 2007 ; C.S.J., 059/TSR du 30 janvier 2008, *Bull. CSJ*, 2004-2009, t. II, Éditions du Service de documentation et d'études du ministère de la justice et droits humains, 2010, pp. 67-72 ; C.S.J., R.Const.189/TSR du 18 novembre 2013, in *Bull. CSJ, op.cit.*, pp. 78-82.

⁸⁹ L. FAVOREU et alii, préc., note 20, p. 871.

système de limitation du domaine de la loi qui, comme en droit français, fait quasiment du Parlement une sorte de législateur d'exception⁹⁰.

Contraint au respect de la définition constitutionnelle des compétences, le législateur ne peut ainsi réécrire les dispositions de valeur constitutionnelle déterminant le domaine de la loi⁹¹. Autant qu'il est appelé à veiller sur les éventuels cas d'incompétences négatives du législateur⁹², le juge constitutionnel est, dans le cadre de l'exercice de son contrôle de constitutionnalité, tenu d'assurer le respect par le législateur des limites de ses compétences non extensibles par voie législative. Une attitude jurisprudentielle contraire du « gardien du principe de constitutionnalité » reviendrait donc à nullifier la répartition constitutionnelle des compétences entre la loi et le règlement.

*

* *

⁹⁰ C. BRAMI, préc., note 35, p. 35.

⁹¹ Denys de BÉCHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, coll. « Droit public positif », Paris, Economica, 1996, p. 73.

⁹² Le contrôle des incompétences négatives vise à sanctionner les omissions législatives. Par ce contrôle, le juge constitutionnel sanctionne, en outre, les hypothèses où le législateur reste en deçà de sa compétence, laquelle compétence qu'il méconnaît à son propre détriment : Valérie GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, 2^e éd, Paris, Ellipse, coll. « Cours magistral », 2016, p. 178 ; D. ROUSSEAU, P.-Y. GAHDOUN et J. BONNET, préc., note 34, p. 263 et s ; Jonathan GARCIA, *Les incompétences négatives dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Montpellier, École de Droit et de Science politique, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques, 2015. Quoique la question mérite une étude plus développée ailleurs, notons tout de même que dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, la technique de l'interprétation constructive est, comme en France, l'outil que le juge s'est forgé en vue d'assurer la censure des incompétences négatives du législateur. (En France, voir : T. DI MANNO, préc., note 2, p. 238 et s ; Georges BERGOUIGNOUS, « L'incompétence négative vue du Parlement », (2015) I :46 *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 41-54, 43 et s).

La protection de l'environnement par le juge administratif camerounais à travers les moyens classiques du contentieux de l'excès de pouvoir

Brice EHAWA *

RÉSUMÉ

La prise de conscience écologique au Cameroun a permis d'inscrire les questions relatives à l'environnement au cœur de l'action publique. Par la même occasion, plusieurs textes règlementaires ont été adoptés pour permettre la gestion de l'environnement dans l'intérêt commun de tous les camerounais. A travers cet ordonnancement juridique, le juge administratif se trouve au centre des questions relativement importantes à la protection de l'environnement, son intervention dans la construction du droit de l'environnement est garantie par un ensemble des règles de fond s'articulant autour des concepts et des principes dérivés du droit administratif général. A la lumière de la jurisprudence administrative en matière de protection de l'environnement, il est à noter que l'action du juge administratif est guidée par les tendances traditionnelles dans le choix du contentieux administratif de l'excès de pouvoir.

Les mots clés : Le juge administratif – protection de l'environnement – jurisprudence administrative – le contentieux de l'excès de pouvoir – droit de l'environnement – environnement.

ABSTRACT :

Environmental awareness in Cameroon has made it possible to place environmental issues at the heart of public action. At the same time, several regulatory texts have been adopted to enable the management of the environment in the common interest of all Cameroonians. Through this legal framework, the administrative judge is at the center of

* Doctorant en droit public à la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Maroua (Cameroun). Pour contacter l'auteur : briceehawa@gmail.com. La Revue fait remarquer que cet article a déjà paru dans la Revue *International Multilingual Journal of Science and Technology* (IMJST), volume 6, n°8, Août 2021, p.4017 à 4039. Il est reproduit ici sur autorisation de l'auteur.

1. L'intérêt général environnemental, un standard de contrôle de l'action de l'Administration
2. L'intérêt général, un outil de consolidation de la démocratie environnementale

CONCLUSION



INTRODUCTION

Depuis ces dernières décennies, la protection de l'environnement est devenue une évolution irrésistible des temps modernes. En effet, longtemps ignorée et considérée pour la plupart comme « *un phénomène de mode* »¹ ou comme une *chimère*, la protection de l'environnement « *a fini par s'imposer à la conscience universelle comme une nécessité* »². Elle semble aujourd'hui devenir un nouveau paradigme, siégeant ainsi au premier rang des principes, droits et devoirs particulièrement nécessaires de notre temps. Selon P. Kromarek,

« La protection de l'environnement est devenue, depuis moins de vingt-cinq années, un souci majeur dans tous les pays. En effet, nombre d'entre eux, alarmés par certaines dégradations, alertés par des résultats d'analyses scientifiques et souvent motivés par les réactions de l'opinion publique, ont reconnu la nécessité d'une action qui s'est traduite en particulier par des législations et des réglementations. La mention de l'environnement dans différentes branches juridiques est un élément marquant de ces dernières années. On parle de droit administratif, de droit fiscal, de droit pénal de l'environnement »³.

Au regard des grandes rencontres internationales⁴ sur la protection de l'environnement et les différentes conventions et autres instruments juridiques internationaux régulièrement ratifiés⁵ y relatifs, l'urgent besoin de protéger

¹ Maurice KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, Paris, EDICEF, 1996, p. 15.

² *Idem*.

³ Patrick KROMAREK, « Introduction », dans Pascale KROMAREK (dir.), *Environnement et droits de l'homme*, Unesco, 1987, p.9-12, à la page 9.

⁴ Il convient à ce sujet de citer : La Conférence de Stockholm tenue en 1972 ; Le Sommet de RIO de 1992 ; La Réunion de Johannesburg tenue en 2002 ; et plus récemment en 2015 la COP21.

⁵ Au Cameroun, les conditions d'internalisation des conventions et autres instruments juridiques sont prévues à l'article 45 de la constitution de 18 janvier 1996. Il convient de rappeler que le droit international s'applique au Cameroun sous le système du monisme juridique de l'ordre interne et l'ordre international avec primauté de la norme internationale sur les normes infra constitutionnelles : Olivier C. RUPPEL et Daniel Armel OWONA MBARGA, « Introduction au droit international de l'environnement », dans Emmanuel D. KAM YOGO et Olivier C. RUPPEL (dir.), *Droit et politique de l'environnement au Cameroun : afin de faire de l'Afrique l'arbre de vie*, Yaoundé, Presse de l'UCAC, Konrad Adenauer Stiftung, 2018, 93-118, aux pages 93-94. Ces deux auteurs dressent à ce

l'environnement s'est largement matérialisé au Cameroun par l'adoption d'un important *corpus* de règles⁶ intégrant les préoccupations d'ordre environnemental au rang des intérêts supérieurs de l'État. Ce nouveau paysage juridique⁷ qui se dessine sous les exigences de préservation de l'environnement s'est construit progressivement depuis 1996 sur la base d'une approche participative autour des protagonistes majeurs mettant en occurrence le constituant, le législateur, les citoyens chacun à son échelle, l'administration spécifiquement et plus particulièrement les juridictions qui doivent à tout moment se braver de prendre en compte les réalités nouvelles qui s'affirment.

A cet égard, le juge administratif a fait le choix de devenir un acteur majeur du droit de l'environnement en dépit du retard accusé à consacrer cette évolution devenue incontournable⁸. Le juge administratif, dans cette mutation progressive du droit de l'environnement est posté en pole position pour traiter les questions de proximités liées aux considérations environnementales. Pour M. Prieur, les tribunaux administratifs sont devenus « *les nouveaux défenseurs de l'environnement* »⁹, dans l'avènement d'un « *nouveau procès administratif* »¹⁰ pour la simple évidence

sujet le tableau des informations spécifiques sur les conventions régulièrement ratifiées par le Cameroun en matière de protection de l'environnement.

⁶ On notera pour l'essentiel, les lois applicables dans le domaine de l'environnement : la loi n° 96/12 du 05 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement. Loi n° 98/015 du 14 juillet 1998 relative aux établissements classés dangereux, insalubres ou incommodes ; la loi n° 98/005 du 14 avril 1998 portant Régime de l'Eau ; la loi n° 99/013 du 22 décembre 1999 portant Code Pétrolier ; la loi n° 001/2001 du 16 avril 2001 portant Code minier ; la loi n° 2002/013 du 30 décembre 2002 portant Code gazier, etc.

⁷ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « Juge(s) et développement du droit de l'environnement. Des juges passeurs des frontières pour un droit composite ? », dans Olivier LECUCQ et Sandrine MALJEAN-DUBOIS (dir.), *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, coll. « À la croisée des droits », Bruxelles, Bruylant, 2008, p.17-40, à la page 17.

⁸ *Idem*

⁹ Michel PRIEUR, « *Les tribunaux administratifs, nouveaux défenseurs de l'environnement* », (1977) 3 *Revue juridique de l'environnement* 237-239.

¹⁰ Jean-Marc SAUVE, « *Le nouveau procès administratif* », Intervention lors des Etats généraux du droit administratif, organisés à la maison de la chimie le 27 septembre 2013 sur le thème « le juge administratif et les questions de société ».

qu'aujourd'hui, de nombreux contentieux posent à ce juge de manière constante, les questions relatives à la protection de l'environnement.

Le législateur, dans le souci de démocratiser le service public judiciaire jalonnée par la constitution du 18 janvier 1996, a institué les tribunaux administratifs par la *loi n°2006/022 du 29 décembre 2006* pour rapprocher les institutions judiciaires des justiciables. La création des tribunaux administratifs introduit donc de fait une rupture par rapport à la tendance ancienne ayant caractérisée la congestion et le risque de l'autoritarisme de l'État. Pour rendre compte de la contribution du juge administratif à la construction de l'édifice du droit de l'environnement, à travers les concepts et principes classiques du droit administratif, il faut que ce juge reste le juge de l'intérêt général car il est investi de la mission de sauvegarde et de garant de l'activité d'intérêt général exercée par l'Administration, il est juge du service public, garant de l'ordre public, il est au demeurant le protecteur des droits subjectifs de l'administré contre les excès de l'Administration. Il est de principe dans le domaine du droit de l'environnement influencé par le droit administratif, que certaines activités des personnes publiques et privées chargées de la mise en œuvre de l'environnement et selon leur mode d'intervention doivent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel assumé généralement par le juge administratif et par ricochet par le juge judiciaire selon le principe de la répartition des compétences.

Le contrôle des activités administratives dans le domaine de l'environnement sont confiées spécifiquement au juge administratif. Il peut être amené dans sa mission, soit d'apprécier la régularité de l'acte administratif, soit prononcer la responsabilité de l'administration. Dans le domaine précis du droit de l'environnement, la contribution du juge administratif peut s'affirmer et se légitimer à travers la prise en compte de l'environnement dans le contentieux de l'excès de pouvoir. Au regard de l'importance juridique de l'environnement, l'Administration dans le cadre de sa mission de promotion, de vulgarisation et de protection de l'environnement émet de

nombreux actes unilatéraux¹¹ qui sont de nature à modifier l'ordonnement juridique des justiciables.

Conformément au principe de la légalité, l'activité administrative dans le domaine de protection de l'environnement doit être conforme au droit positif. Ainsi, lorsque ces actes ne sont pas conformes à la réglementation environnementale, ils peuvent faire l'objet de contestation devant le juge administratif. Ce dernier est régulièrement saisi en matière environnementale des recours en annulation pour excès de pouvoir. Il lui est souvent demandé de se prononcer sur la légalité des actes que prend l'Administration dans le domaine de gestion de l'environnement.

Par définition, le recours pour excès de pouvoir est un recours en annulation « ouvert, même sans texte, contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect du principe de légalité »¹². Toutefois, en cas d'irrégularité d'un acte administratif, le requérant peut dès lors contester sa légalité. Ainsi, après avoir analysé les moyens d'annulation classiques retenus par le juge administratif (I), il conviendra d'examiner la portée du contrôle de l'action administrative en matière de protection de l'environnement (II).

I. L'APPLICATION DES MOYENS D'ANNULATION CLASSIQUES

Le contentieux environnemental devant le juge administratif est un contentieux de l'excès de pouvoir. La plupart des recours dans le cadre de ce contentieux tendent à l'annulation des actes administratifs contestés. Malgré les particularités du droit de l'environnement, le contentieux de l'environnement est soumis au régime général de l'annulation des actes administratifs.

¹¹ CFJ, *arrêt Ngongangjanke Martin c. Etat du Cameroun du 20 mars 1968*. Le juge administratif dans cette espèce a défini l'acte administratif unilatéral comme « un acte juridique pris par une autorité administrative dans l'exercice d'un pouvoir administratif et créant des droits et des obligations pour le particulier ».

¹² CE., Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'agriculture c. Dame Lamotte*, Doc., n°8.

Le contrôle que le juge administratif accepte de faire peut porter sur les cas de vice de forme, d'incompétence, de la violation d'une disposition légale ou réglementaire ou d'un détournement de pouvoir¹³. Ces irrégularités peuvent être internes ou externes selon le contenu de l'acte, mais aussi selon la façon dont l'autorité a procédé pour prendre l'acte en cause. Ainsi, pour annuler un acte administratif irrégulier en matière de protection de l'environnement, le juge administratif peut mobiliser les moyens d'illégalité externe (A) et les moyens d'illégalité interne (B) selon les cas de litige en cause.

A. La mobilisation des moyens d'illégalité externe

Selon le régime général du contentieux administratif, la doctrine reconnaît deux types de moyen d'illégalité externe qui sont l'incompétence et le vice de forme¹⁴. En matière de contentieux administratif de l'environnement, ces cas d'illégalité sont les plus constants. Le juge peut, dès lors, en matière de protection de l'environnement, retenir l'incompétence (1) et le vice de forme ou de procédure (2) pour annuler un acte administratif qui viole la réglementation environnementale.

1- L'incompétence, un moyen retenu par le juge

A l'examen de la jurisprudence du juge administratif en matière de protection de l'environnement, l'incompétence est visiblement la cause de l'illégalité la plus manifeste dans les recours en annulation pour excès de pouvoir.

Selon Cilles J. Guglielmi, l'incompétence se définit comme « *le vice qui affecte un acte administratif lorsque celui-ci a été pris par une autorité administrative qui n'a pas été habilitée à cet effet. Ainsi donc, il s'agit de l'incompétence de l'auteur de l'acte ou de l'incompétence administrative* ». Le juge administratif accepte d'examiner pleinement dans le domaine de protection de l'environnement, le moyen

¹³ Article 2 (3) de la loi de 2006 fixant organisation et fonctionnement des tribunaux administratifs.

¹⁴ Cilles J. GUGLIELMI, *Droit administratif*, cours, 2004, p. 119, en ligne : <www.com.DA1.09.pdf>.

d'illégalité que constitue l'incompétence. Toutefois, le tribunal administratif a déjà, à travers plusieurs décisions, fait respecter le principe de la légalité environnementale. Dans *le jugement Star Clean Pressing*¹⁵, le ministre de l'environnement, en infligeant une amande de 1 000 000 frs à la société demanderesse, pour détention et utilisation des emballages plastiques d'épaisseur à 60 microns en date 13 octobre 2014, a excédé son pouvoir. Par référence aux dispositions des articles 91 à 93 de la *loi-cadre relative à la gestion de l'environnement*, aucune loi n'investit le ministre de l'environnement et ses collaborateurs du pouvoir d'infliger des sanctions et des amendes au contrevenant en cas d'infraction environnementale qui relève de la seule compétence du juge judiciaire ; ne leur est reconnu que le pouvoir de transiger¹⁶. Sous l'angle du principe de la légalité des délits et des peines, le Ministre de l'environnement a agi dans une matière et dans un domaine qui ne sont pas inclus dans ses attributions normatives.

Également, dans la jurisprudence *Woumba Guy Blaise*, il ressort que l'acte du ministre de l'environnement infligeant des sanctions pénales aux motifs de détention et d'utilisation des emballages plastiques inférieurs à 61 microns prohibés en application de l'*Arrêté n° 004/MINEPDED/MICOMMERCE du 24 octobre 2014* a été annulé pour excès de pouvoir :

« Considérant qu'en se substituant à une juridiction répressive pour prononcer une telle peine, le ministre de l'environnement et du développement durable a méconnu les règles d'ordre public sur la répartition des compétences »¹⁷ et « qu'en raison de l'incompétence de son auteur l'acte attaqué du ministre de l'environnement, de la protection de

¹⁵ Jugement n°70/ADD/2018/TA-YDE, *affaire STAR Clean pressing c. Etat du Cameroun (MINEPDED)*.

¹⁶ Idem.

¹⁷ Jugement n°018/2018/TA-YDE du 16 janvier 2018, *affaire Woumba Guy Blaise c. Etat du Cameroun (MINEPDED)*.

la nature et du développement durable entaché de l'excès de pouvoir, qu'il échet de l'annuler »¹⁸ ».

Dans ces espèces sus-évoquées, le juge administratif affirme le sacro-saint principe de la légalité. Cette exigence du respect de la réglementation en matière environnementale par le juge administratif, permet de résoudre un épineux problème en droit de l'environnement, celui de la confusion des compétences.

Compte tenu de l'abondance des textes qui encadrent le domaine de l'environnement au Cameroun, les autorités en charge de la protection de l'environnement sont souvent conduites à prendre des actes en empiétant sur les domaines auxquels ils ne sont pas habilités. Le juge administratif joue alors un grand rôle en portant une cohérence dans la répartition des compétences.

Le moyen d'incompétence est aussi invoqué lorsqu'une décision administrative n'a pas été prise par l'autorité qui avait la qualité de le faire. Dans l'espèce *Ambata Abelelak Yvette c. État du Cameroun*¹⁹, la requérante fondait son recours en annulation pour excès de pouvoir sur l'incompétence du Ministre en charge des affaires domaniales, cadastrales et foncières à prendre des actes administratifs relatifs à l'exploitation des carrières de pierres. En effet, à l'origine de cette affaire, le Ministre des domaines, du cadastre et des affaires foncières, par l'arrêté du 23 avril 2014 sous n° 000573/MINDCAF/SG/D11, autorise la commune de Kom-Yameta à occuper une dépendance du domaine public national et l'avait autorisé de ce même fait à exploiter la carrière de pierres pour une durée de cinq (05) ans renouvelables. La requérante fait entendre dans son mémoire qu'elle bénéficiait déjà sur cette même dépendance d'une autorisation au n° 001/AUT/MINMIDT/DRC/DDMI du 10 décembre 2013 au titre de l'exploitation de cette carrière de pierres. La requérante

¹⁸ Jugement n°401/2016/TA-YDE du 20 décembre 2016, affaire *ETS Upperheaven's c. Etat du Cameroun (MINEPDED)*.

¹⁹ Jugement n° 209/2015/TA-YDE du 08 décembre 2015, affaire *Ambata Abelelak Yvette c. Etat du Cameroun*.

dans ses prétentions se fonde sur l'article 2 (2) du code minier de 2001²⁰ qui définit l'autorité habilitée à prendre les actes d'attribution et de renouvellement des permis d'exploitation. Et sur le décret d'application de ce code minier qui dispose en son article 5 (1) que « *Toute demande d'attribution d'un titre minier, d'une autorisation, d'un permis ou d'une approbation d'une transaction est adressée au ministre en charge des mines en triple exemplaire dont l'original timbré au tarif en vigueur* »²¹. La requérante se fonde par ailleurs sur les dispositions de l'article 90 de ce même décret qui dispose que « *L'exploitation de substances de carrières temporaires est subordonnée à l'obtention d'une autorisation délivrée par le ministre des mines ; l'exploitation de toute carrière permanente est subordonnée à l'obtention d'un permis d'exploitation délivré par un arrêté du ministre chargé de mines* »²².

Au regard de ces dispositions pertinentes, le juge administratif donne raison à la requérante en annulant purement et simplement la décision du Ministre des domaines, du cadastre et des affaires foncières pour incompétence. Le juge administratif dans cette espèce enseigne que, seul le Ministre en charge des mines est habilité à autoriser l'exploitation d'une carrière. Il rend de ce fait intangible la règle de compétence matérielle qui est, en droit positif camerounais, indérogeable et d'ordre public.

Dans le même ordre d'idées, un autre aspect de l'incompétence est évoqué par le juge administratif dans l'affaire *Djache Théodore* rendue le 21 mars 2017²³. Il s'agit en effet de l'incompétence *ratione loci*²⁴. Le juge administratif dans cette espèce

²⁰ Loi n°001 du 16 avril 2001 portant code minier.

²¹ Décret d'application n°2002/048/PM du 26 mars 2002 fixant les modalités d'application de la Loi n 001 du 16 avril 2001 portant Code minier.

²² *Idem*.

²³ Jugement n° 85/ADD/2017/TA-YDE du 21 mars 2017, *Djache Théodoe c. Etat du Cameroun* (MINEPDED).

²⁴ Il s'agit de l'incompétence territoriale qui est susceptible de deux interprétations : la première vient du fait que l'autorité auteur de l'acte prend l'acte hors du lieu où elle exerce normalement ses fonctions, le second cas d'incompétence se traduit dans la mesure où l'autorité administrative produit l'acte dont le champ d'application dépasse le ressort de sa circonscription : Gilles J. GUGLIELMI, préc., note 14, p.119 - 120.

rappelle que les agents assermentés agissant en qualité des officiers de police judiciaire en matière de constatation des infractions à la réglementation environnement n'ont pas une compétence nationale. En effet, au regard des faits de ce litige, le requérant fonde son recours en annulation pour excès de pouvoir sur le fait que le procès-verbal n° 023/023/PVCI/MINEPDED/DRCE/DDMFDI/BIEE du 3 juin 2014 sur la base duquel la décision sanctionnant la poissonnerie de luxe a été prise. Qu'en effet, il ressort de la lecture dudit procès-verbal que l'équipe qui s'est rendue dans la poissonnerie de Monsieur Djache Théodore était constituée entre autres personnes d'un officier de police judiciaire auxiliaire de Monsieur le Procureur de la République près le Tribunal de première instance de Yaoundé-centre administratif. Au regard de la situation géographique, la poissonnerie de Luxe se trouve dans l'Arrondissement de Yaoundé 4°. Qu'il ressort des dispositions du décret n°2001/361 du 14 novembre 2001 portant ouverture des Tribunaux de première instance dans les villes de Yaoundé et Douala, que le quartier Mvog-Mbi est situé dans le ressort de compétence du Tribunal de première instance de Yaoundé-Ekounou. Par conséquent seuls les auxiliaires du Procureur de la République près le dit Tribunal sont compétent pour procéder à une quelconque descente sur le terrain dans son ressort de compétence. Que par ailleurs le Commissariat central n° 1 dont dépend l'officier de police judiciaire Dbangue est du ressort de la compétence du Tribunal de première instance de Yaoundé-Centre administratif, cet officier de police judiciaire était donc incompetent pour constater une infraction dans le ressort de compétence du tribunal de Yaoundé-Ekounou. Par ces motifs, le juge administratif souligne dans ces attendus ce qui suit :

« [...] que sauf à démontrer, que lesdits agents même assermentés ont une compétence nationale, le Tribunal de céans devra simplement constater que ces derniers ont agi en dehors de leur ressort de compétence. Que cette incompetence est autant plus avérée que l'article 88 (2) de la loi n°96/12 du 05 août 1996 prévoit que les agents

mentionnés à l'alinéa (1)²⁵ prêtent serment devant le Tribunal compétent. Que l'État du Cameroun ne peut dès lors prétendre que les agents incriminés jouissent d'une compétence infinie, au point de pouvoir contrôler en tous lieux ».

Après avoir examiné les moyens d'incompétence retenus, il convient à présent d'examiner les moyens de vice de forme.

2- Le vice de forme

En matière de contentieux administratif de l'environnement, les cas de vice de forme sont nombreux. La prise des décisions en matière de gestion et de protection de l'environnement est subordonnée au respect de plusieurs étapes qu'on peut citer entre autres les étapes de consultation auprès du public, l'étude d'impact environnemental, etc. La violation de ces étapes de procédure par l'Administration peut donner lieu à des contestations devant le juge administratif en annulation pour excès de pouvoir. Le vice forme ou de procédure peut s'entend comme un vice qui affecte un acte administratif lorsque celui-ci a été pris en violation des règles relatives aux étapes d'édition ou de production²⁶. Ainsi, le non-respect de cette règle de procédure est source de nombreux contentieux, dont *l'espèce de la société forestière Hazim (SFH)*²⁷ en est l'illustration. A l'origine de cette affaire, le ministre de l'environnement et des forêts en date du 15 février 2002 avait adressé à la SFH une lettre n° 5842/MINEF/CAB/UCC, l'informant de ce que, la sous-traitance dans le cadre de l'exploitation de l'UFA 10030 non encore attribuée, constitue une infraction

²⁵ Article 88 (1) Sans préjudice des prérogatives reconnues au ministère public, aux officiers de police judiciaire à compétence générale, les agents assermentés de l'Administration chargée de l'environnement ou des autres Administrations concernées, notamment ceux des domaines, du cadastre, de l'urbanisme, des travaux publics, des forêts, de la marine marchande, des mines, de l'industrie, du travail et du tourisme sont chargés de la recherche, de la constatation et des poursuites en répression des infractions aux dispositions de la présente loi et de ses textes d'application.

²⁶ Gilles J GUGLIELMI, préc., note 14, p.121 - 122.

²⁷ CS/CA, Jugement n°13/2005-2006 du 14 juin 2006, *affaire Société forestière Hazim et Cie c/Etat du Cameroun (MINEF)*.

à la législation forestière et à la réglementation en vigueur, prévue aux articles 45, 47 et réprimée par les articles 158 et 159 du code forestier. Il lui demandait par conséquent de déposer dans ses services (Fonds Forestier) avant le 25 février 2002, une caution de 50000000 FCFA en attendant une évaluation plus exhaustive. En réaction la requérante a répondu au ministre le 20 février, par une lettre portant référence 929/CT/NF/01-02, dans laquelle elle exprimait son étonnement et rappelait le paiement transactionnel de la somme de 84 720000 FCFA mettant un terme définitif au contentieux qui a existé au sujet de la sous-traitance de convenu avec la société forestière du Dja et Lobo et de la Bomba (SFDB), bénéficiaire en son temps d'une exploitation forestière dans l'UFA 10029. La requérante soutiendra à travers la correspondance qui suivra, de la non existence d'un procès-verbal d'infraction relative aux faits incriminés.

Par le jugement n° 103/2005-2006 du 14 juin 2006, le juge administratif annule les décisions du ministre infligeant des pénalités à la SFH. Il ressort de ce jugement que le défaut du procès-verbal d'infraction est une formalité substantielle des constatations matérielles des faits délictueux à laquelle l'administration chargée des forêts est obligatoirement assujettie en cas d'infraction. L'absence de cet instrument constitue le vice forme qui entache de nullité toutes poursuites en répression ou en payement contre un contrevenant conforme. Malgré une certaine doctrine²⁸ qui souligne que le juge de l'espèce SFH a manqué son obligation de protection de l'environnement, l'on s'inscrit en faux face à cette assertion. Le juge administratif a fait primer la légalité sur des considérations que l'on peut faire concernant l'interprétation de cette jurisprudence.

²⁸ Abdoul Nasser ISSA PAVE, « La poursuite des atteintes à l'environnement au Cameroun : Le Ministère Public relègue ? », (2020) 5 :9 *International Multilingual Journal of Science and Technology* 1638 – 1650, 1647.

Dans le même ordre d'idées, le défaut de signature du procès-verbal constitue un vice de forme tel qu'il ressort de *l'affaire Ajache Théodore*²⁹. Dans cette espèce évoquée plus haut, le recourant soutient que le procès-verbal de constatation de l'infraction a été irrégulièrement établi, par l'agent de l'Etat, qui ont délibérément violé les textes qu'ils pensent si bien appliquer. Le caractère irrégulier vient du fait que le procès-verbal présentait une absence de signature de deux agents assermentés. Il ressort du procès-verbal n° 023/023/PCVI/MINEPDED/DRCE/DDMFDI du 3 juin 2014, que seul l'agent assermenté Memento Marthe a signé le procès-verbal en question, que la signature de l'agent Etoungouondoua est par contre inexistante. Le juge administratif a purement et simplement annulé la décision n° 00939/L/MINEDEP/SG/SG/DAJ/CC du 1^{er} octobre 2014 en s'appuyant sur les dispositions de l'article 89 qui dispose que « *Toute infraction constatée fait l'objet du procès-verbal régulier. La recherche et la constatation des infractions sont effectuées par deux (2) agents qui consignent le procès-verbal* ». Après avoir examiné les moyens d'illégalité externe retenus par le juge administratif en matière de protection de l'environnement, il convient à présent de voir les moyens d'illégalité interne retenus ce juge en matière de protection de l'environnement.

B- Les moyens d'illégalité interne

L'illégalité interne est un vice qui affecte l'acte administratif dans son contenu. G.-J. Guglielmi ne dit pas le contraire lorsqu'il souligne que « *L'illégalité interne est une cause juridique qui affecte le contenu de l'acte administratif. Elle le vicie de l'intérieur et l'attaque dans son être* »³⁰. En matière de la mise en œuvre de la gestion de l'environnement, il est possible que les causes d'illégalité externe et interne se cumulent sur un même acte. Compte tenu de l'abondance des textes juridiques relative à la gestion et la protection de l'environnement, l'Administration être conduit à

²⁹ Jugement n° 85/ADD/2017/TA-YDE, *affaire Ajache Théodore c. Etat du Cameroun (MINEPDED)*.

³⁰ G.J. GUGLIELMI, préc., note 14, p.124.

prendre les actes qui violent le principe de la légalité environnementale. Il est possible en matière de contentieux administratif général de distinguer plusieurs formes de l'illégalité interne. Elle se compose plus généralement de la violation de la réglementation environnementale (1) et le détournement du pouvoir (2).

1- La violation de la réglementation environnementale

La violation des dispositions légales et réglementaires est envisageable dans le contexte de la gestion de l'environnement du fait de la nouveauté et l'éparpillement des règles qui régissent ce domaine. Il n'est pas aisé pour les autorités investies du pouvoir décisionnel de prendre les actes sans se heurter à cette complexité inhérente au droit de l'environnement. Ce caractère de la réglementation environnementale conjugué à l'insuffisance professionnelle des autorités administratives peut logiquement conduire à des violations manifestes de la législation environnementale. La violation d'une disposition légale tirée généralement de l'irrespect de la norme environnementale, elle constitue un moyen d'annulation retenu par le juge.

Le juge administratif dans l'affaire *Société Semme Mineral Water PLC S.A. c. Etat du Cameroun (MINIMIDT)*³¹, retient comme violation d'une disposition légale, le non-respect des principes de l'exclusivité et du périmètre de sécurité en droit minier. Le principe de l'exclusivité en droit minier, est une règle fondamentale selon laquelle l'exploitant minier bénéficie d'un droit exclusif sur le périmètre faisant l'objet du contrat d'exploitation ou du titre minier. L'exclusivité accordée à l'exploitant exclut toute exploitation concurrente du gisement et suppose, par conséquent, qu'aucun droit minier ne soit accordé sur le périmètre couvert par le contrat d'exploitation ou le titre concédé³². Le droit exclusif au sens du code minier

³¹CS/CA, Jugement n°77/2012 du 20 juin 2012, affaire *Société Semme Mineral Water PLC S.A c. Etat du Cameroun (MINIMIDT)*.

³² Thierry LAURIOL et Émile AYENAUD, *Le droit pétrolier et minier en Afrique*, 1^{ère} édition, coll. « EJA », Paris, LGDJ-Lextenso, 2016, lire chapitre I, section I sur « Le droit d'exclusivité », en ligne : <www.labase-lextenso.fr> (consulté 16 juillet 2021).

de 2001 se définit comme « un droit reconnu à un titulaire d'un titre minier d'exercer son activité à l'intérieur d'un périmètre déterminé à l'exclusion de tout autre opérateur »³³.

Par requête en date 22 janvier 2010, la Société Semme Mineral Water PLC S.A., a saisi le juge administratif d'un recours en annulation des arrêtés n°00441 et 00442/MINIMIDT/SG/DMG/SDAM/ SSEMEM du 28 août 2009 portant respectivement autorisation d'exploitation et embouteillage d'une eau minérale par la société Geenvally Limited. La requérante reprochait au Ministre de l'industrie, des mines et du développement technologique d'avoir violé son droit d'exclusivité et son périmètre de sécurité en accordant à la Société Green Valley une autorisation d'exploitation à 1600 m du point de captage et d'embouteillage de la Société Semme Mineral Water. Or dans le Rapport d'expertise expressément commandé par MINIMIDT en vertu de l'article 12 alinéa 2³⁴ du décret n°2002/648/PM du 26 mars 2002, le périmètre de sécurité de la Société Semme a été clairement déterminé et délimité à 4 km minimum à partir de son point de captage et d'embouteillage. En se fondant sur l'article 50 du code minier³⁵ et sur l'article 73 du décret d'application du 26 mars 2002³⁶, le juge administratif estime que le MINIMIDT a violé la loi. La Cour

³³ L'article 2 du code de 2001 *précité*.

³⁴ Le Ministre chargé des mines peut à tout moment, commettre une personne, en vertu de la loi, afin de lever le périmètre du permis de recherche ou d'exploitation selon les modalités fixées par le présent article

³⁵ L'article 50 du code minier qui dispose que : « *Sous réserve des dispositions de la présente loi, le titulaire d'un permis d'exploitation a le droit : exclusif d'occuper le terrain objet du permis pour l'exploitation et toutes autres opérations liées à l'exploitation ; de disposer de tous les minéraux extraits du terrain considéré* ».

³⁶ L'article 73 du décret d'application du 26 mars 2002 qui dispose que « *les périmètres de protection du captage et de la nappe sont délimités dans chaque cas par étude conjointe des Administrations chargées des mines et de l'hygiène publique ou des personnes physiques ou morales agréées à cet effet par le Ministre chargé des mines ; le titulaire dispose des droits exclusifs sur le terrain objet du permis d'exploitation. Il doit s'assurer, de concert avec les riverains, du respect et de la protection du périmètre de la nappe ; l'aménagement du périmètre de captage selon les directives des Administrations chargées des mines et de l'hygiène publique incombe à l'exploitant* ».

suprême dans cette espèce conclut à l'annulation des arrêtés querellés en soulignant que

« (...) l'endroit sur lequel l'arrêté n°00441MINIMIDT accorde l'autorisation d'exploitation à la Société Green Valley est situé en toute illégalité en plein du périmètre de protection de la Société SEMME, alors qu'en vertu de l'article 50 alinéa 2 (a) du code minier, la Société SEMME a un droit exclusif d'exploitation dans ce périmètre. Par l'arrêté n° 00441, il y'a eu violation du périmètre de sécurité de la Société SEMME pourtant consacré par les articles 1 à 7 de la loi n° 98/505/ et 72 à 73 du décret n° 2001/163/PM du mai 2001. Il y'a également eu violation du droit exclusif de la Société SEMME, droit à lui conféré par l'article 2 et 50 alinéa 2 (a) du code minier ».

Par cette décision, le juge administratif a pris le soin de relever la portée des textes juridiques qui encadrent le domaine des mines notamment la loi n°98/005 du 14 avril portant régime de l'eau et ses décrets d'application, le code minier et son décret d'application. Il ressort de ces textes que la protection de la qualité de l'eau est un domaine très sensible susceptible d'engager la responsabilité civile et pénale de l'exploitant. Ainsi, en vue de protéger de la qualité de l'eau destinée à l'alimentation, il est institué un périmètre de protection autour des points de captage, de traitement et de stockage des eaux. Le juge administratif, au regard de l'importance qui s'attache à la protection de l'eau, souligne que les terrains qui sont dans le périmètre de protection sont déclarés d'utilité publique. Le juge administratif, dans la même logique, fait du principe de l'exclusivité une règle d'ordre public en droit minier camerounais.

Dans le même ordre d'idée, le juge administratif a retenu dans l'affaire *CODIAS c. Etat Cameroun*³⁷ comme moyen de nullité, la violation du droit d'antériorité ou principe du « premier venu, premier servi » (droit de priorité) dans l'attribution des

³⁷TA, ordonnance n° 186/OSE/CAB/PTA/YDE/2016 du 08 septembre 2016 accordant le sursis à exécution de l'arrêté n° 006413/MINIMIDT/SG/DM/SDCM attribuant permis de la recherche dénommé à la société Gold Label Mining Sarl.

titres miniers. Le principe du premier venu signifie, en droit minier, qu'en cas d'une multiplicité de demandes de titre minier pour un même périmètre, la préférence sera accordée au premier demandeur en fonction du principe de l'antériorité. Le code minier apporte plus de précision à cette notion en disposant que « [L]orsque deux ou plusieurs demandes sont introduites pour l'attribution d'un titre minier sur une partie d'un même terrain, le demandeur qui dépose le premier sa demande auprès du Conservateur aura droit à la priorité sur tout autre demandeur de voir sa demande traitée de répondeur »³⁸.

Dans cette affaire, le différend naît de l'attribution d'un permis de recherche dénommé « Colomine » dans la région de l'Est à la Société *Gold Label Mining* Sarl par l'arrêté n°006413/MINI MIDT/SG/DM/SDCM par le Ministre des mines le 21 août 2015. La Société CODIAS dans ses revendications au sujet de cet espace d'à peu près 300 km² saisit au préalable le Ministre minier d'un recours gracieux le 1^{er} septembre 2015 pour lui demander le retrait du permis attribué à la Société *Gold Label Mining* Sarl. Devant le silence gardé par le Ministre des mines, la Société CODIAS va saisir le juge administratif d'un recours en annulation pour excès de pouvoir sous prétexte qu'elle a introduit une demande pour l'attribution de ce titre minier auprès du Conservateur avant la *Gold Label Mining* Sarl. Elle estime par ailleurs que l'arrêté octroyant le permis de recherche à la Société *Gold Label* Sarl viole le droit de priorité et le délai de traitement de la demande consacrés respectivement aux articles 20 et 22 (1) du décret d'application du code minier. L'article 20 dispose que : « Lorsque deux ou plusieurs demandes sont introduites pour l'attribution d'un titre minier sur une partie d'un même terrain, le demandeur qui dépose le premier sa demande auprès du Conservateur aura droit à la priorité sur tout autre demandeur de voir sa demande traitée de répondeur ». Sous le fondement de cet article, la requérante est prioritaire

³⁸ Article 2 du code minier *précité*.

puisqu'elle a introduit sa demande le 30 juin 2014 alors que la Société *Gold Label Mining* Sarl l'a fait le 24 mars 2015, soit après plus de 08 mois.

Tandis que l'article 22 (1) du même Décret dispose que « Les demandes d'attribution d'un permis de connaissance ou d'un titre minier sont traitées dans les délais suivants : la demande de permis de connaissance dans un délai de trente (30) jours à compter de ladite d'enregistrement de la demande (...) ». Sous le fondement de cette disposition, il est acquis que si la demande d'attribution d'un titre minier n'est pas traitée dans les délais fixés à l'alinéa (1) ci-dessus, le titre est réputé accordé, sauf si l'Administration des mines a avisé le demandeur par écrit motivé de la prorogation de la durée d'examen de la demande qui ne peut être supérieure à la durée initiale³⁹.

Dans le cadre de cette affaire, le Ministre des mines n'a pas respecté le droit de priorité et n'a non plus traité la demande de la Société CODIAS dans les délais prévus par la loi. Ainsi, sous la pertinence de ces dispositions, le juge administratif de l'espèce annule l'arrêté querellé et déclare fondé le recours en annulation de la Société CODIAS.

Après avoir examiné les moyens d'annulation tirés de la violation de la réglementation environnementale, il convient d'examiner les moyens de violation de détournement de pouvoir.

2- Le détournement de pouvoir

Le détournement de pouvoir constitue une situation dans laquelle l'autorité administrative utilise un pouvoir à d'autres fins que celles auxquelles il est destiné. Selon le *Lexique des termes juridiques*, le détournement de pouvoir se définit comme « une illégalité consistant pour une autorité administrative, à mettre en œuvre l'une

³⁹ Article 22 (2) du décret d'application du code minier *précité*.

de ses compétences dans le but autre que celui en vue duquel elle lui a été conférée⁴⁰ ». L'Administration commet un détournement de pouvoir dès lors que les motifs qu'elle allègue sont erronés, inexacts⁴¹.

L'affaire *Société forestière Petra (SOFOPETRA) S. A c. État du Cameroun (MINEF) et Société Cameroun United Forest SARL (CUF)*⁴² met en exergue le détournement de pouvoir en matière environnementale. Il s'agit du non-respect du droit de préemption objet de la convention de collaboration n°0460 du 29 septembre 1997 en matière de concession forestière. Le droit de préemption se définit généralement comme « [...] une prérogative reconnue à certaines personnes physiques ou morales d'acquérir, par préférence à toute autre personne, la propriété d'un bien lors de son aliénation. Le titulaire du droit de préemption a la priorité sur tous ses concurrents lors de l'aliénation du bien concerné⁴³ ».

Dans ce cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, le litige naît dans le cadre du Plan d'action Forestier National (PEFN) par lequel le gouvernement camerounais a élaboré le projet 10 visant à la création et à l'aménagement du sanctuaire à gorille de Mongamé (Arrondissement de Mvangane et d'Oveng, département de la Mvila et du Dja-et-Lobo, province du Sud). Ce projet dont les principaux objectifs sont la protection des gorilles en voie de disparition et le développement de l'écotourisme a suscité l'engouement de la requérante qui, en date 24 septembre 1995, a offert au Gouvernement de République du Cameroun de contribuer à son financement et à son exécution. Le 12 mars 1996, par la lettre n°530/L/MINEF/DEAP/SDPA, le Ministre de l'environnement et des forêts répondait

⁴⁰ Voir Jugement n°21/2001-2002 du 31 janvier 2002 l'affaire *Société forestière Petra S.A c. Etat du Cameroun (MINEF) et Société Cameroun United Forest SARL (CUF)*, 40^e rôle.

⁴¹ *Ibid.*, 41^e rôle.

⁴² Jugement n°21/2001-2002 du 31 janvier 2002 dans l'affaire *Société forestière Petra S.A c. Etat du Cameroun (MINEF) et Société Cameroun United Forest SARL (CUF)*.

⁴³ Emmanuel. D. KAM YOGO, « Droit de préemption et foresterie communautaire », (2012) 2 :37 *Revue juridique de l'environnement* 237-254, 239.

favorablement à l'offre de la requérante à la condition toutefois qu'une convention de collaboration soit passée à cet effet. Bien avant la signature de ladite convention, la requérante sera admise à engager des travaux sous la direction des services de l'Administration forestière. Le 21 novembre 1996, le Ministre de l'environnement et la requérante signent un cahier de charges fixant les obligations incombant à cette dernière. La requérante exécutera ses obligations si bien que la mission d'évaluation dépêchée sur le terrain par le Ministre de l'environnement et des forêts retiendra dans son rapport que, lorsqu'on compare les dépenses engagées par cette société, on remarque qu'elles sont très élevées et comparées aux données de la vente de concession, elles sont de loin très supérieures. A cet effet, la Commission conseillait le Ministre de privilégier la SOFOPETRA en lui réservant les UFA (Unité forestière d'aménagement) situées à côté dudit sanctuaire dans le cadre d'une convention de collaboration. Par cette recommandation, il est conclu le 29 septembre 1997 la convention n°0460/CC/CAB/MINEF/SOFOPETRA entre le gouvernement de la République du Cameroun représenté par le Ministre de l'environnement et des forêts (Maitre d'œuvre) et la SOFOPETRA (Maitre d'œuvre) pour le financement et l'exécution du projet de création et d'aménagement du sanctuaire à gorilles de Sangamé (province du Sud). Il ressort de cette convention que le Ministre de l'environnement et des forêts s'engage à reconnaître à la requérante un droit de préemption en cas d'ouverture d'appel d'offre sur le domaine forestier entourant le Sanctuaire de Mengamé. Suivant un communiqué paru dans le journal *Cameroon Tribune* du 12 juillet 2000, la concession forestière 09019 portant sur le domaine forestier délimité a été attribuée à la société *Cameroon United Forest* (CUF) en violation de la convention de collaboration. Le juge administratif dans cette espèce, a conclu à un détournement de pouvoir par ce que le MINEF n'explique pas dans la lecture du classement finale des résultats d'avis d'appel d'offre les raisons pour lesquelles il a écarté.

Le Ministre n'a pas apporté de réponses à la question de savoir si le droit de préemption de SOFOPETRA est-il incompatible avec la procédure d'adjudication des UFA par voie d'appel d'offre et celle de savoir pourquoi et comment la Société CUF qui ne compte pas autant de réalisations économiques et sociales a-t-elle été préférée à SOFOPETRA. Le juge administratif souligne « [...] qu'il appert que l'adjudication de l'UFA n° 09019 fait au profit de la CUF manque de base légale pour avoir été fait sans raison en contravention des clauses de la convention de collaboration liant l'Etat du Cameroun. Qu'il s'ensuit que le MINEF a entaché sa décision d'un détournement de pouvoir »⁴⁴. Toutefois, le recours introduit par la Société SOFOPETRA en annulation de l'attribution par le Ministre de l'environnement et des forêts de l'UFA n° 09019 à la Société *Cameroon United Forest* fut déclarée irrecevable pour défaut de recours gracieux.

A la lecture de la jurisprudence du juge administratif en matière de protection de l'environnement, il est constant de constater que celui-ci utilise ses compétences pour faire primer la légalité environnementale sur la volonté de l'État. C'est dans ce sens qu'il conviendra d'examiner la portée du contrôle de l'Administration dans sa mission de protection de l'environnement.

II. LES EFFETS DE L'ANNULATION ET LA PORTEE DU CONTROLE DE L'ADMINISTRATION EN MATIERE DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

L'invalidation d'un acte administratif illégal par le juge administratif en matière de l'excès de pouvoir entraîne l'annulation de cet acte (A). Il faut souligner également que le contrôle de l'Administration peut avoir une portée considérable en matière de protection de l'environnement (B).

⁴⁴ Jugement n°21/2001-2002 du 31 janvier 2002 dans l'affaire *Société forestière Petra S.A. c. Etat du Cameroun (MINEF) et Société Cameroon United Forest SARL (CUF)*, 43^e, rôle.

A- Les effets de l'annulation

L'annulation d'un acte administratif illégal en matière environnementale entraîne sa disparition rétroactive. L'annulation d'un acte (le titre minier, le certificat de conformité environnementale, l'autorisation d'exploitation d'une installation classée, ...), comme le souligne S. Biagni-Girard est un « *instrument du juge administratif permettant de sanctionner un défaut particulièrement grave qui entacherait des actes unilatéraux mais aussi des contrats ou même des décisions de justice* »⁴⁵.

De manière classique, l'annulation d'un acte administratif relatif à la gestion de l'environnement reste une sanction de droit commun des actes administratifs. Selon A. Van Lang et G. Gondouin, elle est « *en principe la sanction de l'illégalité d'une décision* »⁴⁶, à partir du moment où le vice qui affecte l'acte est substantiel⁴⁷. En plus de son effet rétroactif, c'est-à-dire nul et non avvenu⁴⁸, l'annulation a un effet *erga omnes*, c'est-à-dire qu'elle est opposable à tous⁴⁹, en l'occurrence au titulaire du droit, à l'Administration, et aux tiers. Ainsi, ce principe d'opposabilité *erga omnes* de l'annulation d'un acte administratif a été rappelé avec force par le juge administratif de la Cour Suprême du Cameroun dans l'arrêt n°28/P du 27 mai 2010 dans l'affaire *Société forestière HAZIM/contre Etat du Cameroun*. Dans le même ordre d'idées, les décisions du juge administratif en matière environnementale bénéficient de l'autorité de la chose jugée et ne peuvent être remise cause seulement dans l'exercice des voies

⁴⁵ Sandrine BIAGINI-GIRARD, *L'inexistence en droit administratif. Contribution à l'étude de la fonction des nullités*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 2010, p. 19.

⁴⁶ Agathe VAN LANG, Geneviève GONDOUIN et Véronique INSERGUET-BRISSET, *Dictionnaire de droit administratif*, 5^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 30.

⁴⁷ Julien BETAÏLLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustration en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse de doctorat en droit public, Limoges, Université de Limoges, 7 décembre 2012, p. 247.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Emmanuel D. KAM YOGO, Eric KOUA, « Les litiges environnementaux devant les juridictions camerounaises », dans E. D. KAM YOGO et O. C. RUPPEL (dir.), préc., note 5, p. 659 - 671, à la page 661.

de recours. Il sera question dans cette étude d'analyser les effets de l'annulation à l'égard du titulaire du droit (1) et à l'égard de l'Administration (2).

1- Les effets de l'annulation à l'égard du titulaire du droit

En raison du caractère substantiel du recours pour excès de pouvoir, les principaux effets de l'annulation à l'égard du titulaire du droit est *la déchéance*. L'annulation d'un certificat de conformité environnementale ou d'un titre minier, par exemple, entraîne la disparition des droits acquis. Si l'on se réfère au droit minier, le titre minier confère des droits à son bénéficiaire qui, par l'effet de sanction, disparaissent de manière rétroactive avec l'annulation. Ce dernier perd de ce fait son titre et ne peut plus prévaloir de ses droits déchus pour justifier la légalité de son activité.

En se fondant sur la loi n°001 du 16 avril 2001 portant Code minier camerounais, son article 214 dispose que « Si au cours d'un différend portant sur l'utilisation d'un titre ou d'une autorisation d'exploitation ou sur les produits obtenus à l'aide dudit titre ou de ladite autorisation, la juridiction saisie du différend annule ou constate la nullité, l'invalidité ou la caducité. Le titulaire déchu est invité à déguerpir »⁵⁰. Ainsi, toute activité extractive et minière menée en violation de cette disposition ou de tout jugement d'annulation est réputée irrégulière et expose le contrevenant à des poursuites judiciaires.

Le cas le plus saillant reste le feuilleton juridico-administratif qui oppose les sociétés *Codias SA* et *Gold Label Mining Sarl* au sujet du permis de recherche dénommé « Colomine » dans la région de l'Est. Alors que le juge administratif avait tranché cette affaire à la faveur de *Codias SA* sur l'attribution du permis Colomine, la société *Gold Label* a continué ses activités en toute illégalité, malgré le retrait de son permis d'exploitation par le Ministre des mines. La poursuite des activités

⁵⁰ Loi n° 2016-17 du 14-12-2016 portant code minier du Cameroun.

extractives sur le périmètre retiré a toutefois valu au contrevenant des condamnations pénales.

Dans certaines circonstances, pour éviter les conséquences manifestement excessives de l'annulation rétroactive pour les intérêts publics et privés en présence, le juge peut décider atténuer les effets de l'annulation dans le temps. Le juge ne peut décider de prononcer l'annulation de l'acte qu'à partir d'une certaine date déterminée⁵¹. Toutefois, comme le soulignent C. Landais et F. Lenica, « [...] le grand mérite de rendre au juge de l'excès de pouvoir toute latitude pour faire respecter le principe de légalité »⁵². Il convient à présent d'examiner les effets de l'annulation à l'égard de l'administration.

2- Les effets de l'annulation à l'égard de l'Administration

L'annulation d'un acte administratif en matière environnementale produit également des effets à l'égard de l'administration. De même, l'annulation entraîne la disparition des prérogatives reconnues à l'Administration vis-à-vis du bénéficiaire du titre environnemental, du certificat de conformité environnementale ou du titre minier.

Le principe est que la décision de justice est aussi opposable à l'Administration qui est tenu d'exécuter ces décisions de bonne foi. Il faut est reconnaître qu'en droit camerounais, il y a toute la difficulté pour le juge administratif d'obtenir l'exécution de sa décision de la part de l'Administration. Si l'on s'en tient au fait qu'il est interdit au pouvoir judiciaire d'intervenir dans le domaine exécutif et de donner une quelconque injonction à l'Administration en raison du principe de la séparation des pouvoirs, l'Administration est libre d'exécuter ou pas une décision de justice.

⁵¹ J. BETAILLE, préc., note 47, p. 250.

⁵² Claire LANDAIS et Frédéric LENICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *Chroniques AJDA*, 2004, p. 1186.

Toutefois, quelle peut-être la portée du contrôle de l'administrative en matière de protection de l'environnement ?

B. La portée du contrôle de l'Administration en matière de protection de l'environnement

L'Administration doit, dans un État de droit, être soumise à la règle de droit dans l'exercice de sa mission régaliennne. Le contrôle exercé sur l'Administration par le juge administratif, notamment en matière de gestion de l'environnement, a pour véritable fonction d'assurer un rapport de conformité entre les actes de l'Administration et les exigences de l'intérêt général attaché à la protection de l'environnement, qui se présente comme un standard de contrôle de l'action de l'Administration (1). L'intérêt général est dès lors un outil de consolidation de la démocratie environnementale (2).

1- L'intérêt général environnemental, un standard de contrôle de l'action de l'Administration

La notion d'intérêt est un terme aux contours mystérieux du fait de la difficulté de lui trouver une définition qui fait l'unanimité. Selon J.-H Stahl, « [...] l'intérêt est une notion d'une certaine plasticité, volontairement imprécise qui permet au juge d'adapter les contours de sa jurisprudence aux aspirations ou aux nécessités de son temps »⁵³. Les auteurs, à défaut d'une définition unanime, se sont accordés sur le but poursuivi par la notion à savoir la réalisation de l'intérêt collectif ou du grand nombre ou encore, comme le souligne Gérard Cornu, « ce qui est pour le public, à l'avantage de tous »⁵⁴. Par cette illustration, le Conseil d'État, dans la décision commune d'Annecy rendu le 3 octobre 2008, souligne que « [...] la protection de

⁵³ CE, Sect., 29 décembre 1997, Commune de Nanterre, n°157500.

⁵⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^{ième} édition, coll. « Quadrige », Paris, PUF., 2014, p.563.

l'environnement se distingue comme l'expression la plus osée de l'intérêt général par son pouvoir et sa capacité à agir pour l'intérêt de tous »⁵⁵.

La définition matérielle du droit de l'environnement pouvant insuffler significativement le juge administratif à contribuer efficacement à la protection de l'environnement, se traduit par la reconnaissance normative de l'intérêt général attaché à la protection de l'environnement. Le droit de l'environnement s'identifie par référence à l'intérêt général qui, matériellement, permet de situer ce droit comme un droit dont la finalité est la préservation de l'ensemble des éléments biotiques et abiotiques, de la faune et la flore, le sol, l'air et l'eau et leur interaction. Comme l'affirme Maurice Kamto, le droit de l'environnement aurait un noyau central

« [...] constitué par le droit de la nature, le droit des pollutions et des nuisances, le droit des monuments naturels et des sites ; puis il y aurait autour de ce noyau, un premier cercle portant sur le droit de l'urbanisme, le droit rural, le droit des monuments historiques, le droit minier, le droit de l'aménagement du territoire, le droit applicable aux espaces fragiles (littoral, montagnes, zones humides) »⁵⁶.

La finalité du droit de l'environnement trouve sa particularité dans l'intérêt général environnemental. L'intérêt général a la vertu de contenir à l'origine la fonction de contrôle de l'action administrative par le juge. Pour qu'une action administrative soit acceptable dans le domaine de protection de l'environnement, elle doit d'abord tenir compte de l'intérêt général qui se positionne comme une norme contraignante établie pour évaluer et ressortir la portée d'une action administrative. La violation de cette clé de voûte qu'est l'intérêt général est susceptible d'exposer l'Administration à des sanctions du juge.

L'intérêt général est devenu dans le droit administratif le juste milieu que doit posséder une action administrative. On peut dès lors l'envisager comme une règle ou

⁵⁵ CE, 3 octobre 2008. Commune d'Annecy, n°297931.

⁵⁶ M. KAMTO, préc., note 1, p.20.

un principe indépassable conditionnant toutes les initiatives de la personne publique à la mise en œuvre des services publics relatifs à la protection de l'environnement. A cette fin, cette notion considérée comme un standard a pour bien-fondé le contrôle de l'action administrative dans le domaine de la protection de l'environnement. L'instauration de ce contrôle dans le champ du droit de l'environnement met à charge de l'État des obligations positives. On sait qu'en droit administratif, la relation qui existe entre l'administration et l'administré dégage une tendance qui place l'administré dans une situation de passivité. Ce déséquilibre fondamental des rapports entre l'administration et l'administré est aujourd'hui remis en cause. L'inverse vient du fait que malgré la reconnaissance à l'autorité administrative des moyens de la puissance publique, il pèse sur l'Administration dans l'intérêt général. Le particularisme du régime administratif marqué par la vision basée sur le principe de souveraineté qui origine le fondement et la construction des rapports structurellement dissymétrique entre l'État et l'administré, semble trouver une atténuation avec l'obligation de poursuite de l'intérêt général. Ainsi, l'intérêt général se positionne à ce titre comme une valeur qui vient fonder la nécessité de protéger l'environnement. La protection de l'environnement en tant que composante de l'intérêt général, traduit la mise en œuvre de l'obligation positive à la charge de l'État, à travers laquelle le juge administratif exerce son contrôle.

En droit camerounais de l'environnement, il existe une kyrielle de textes internationaux⁵⁷ et nationaux⁵⁸ adaptés à la protection générale de l'environnement,

⁵⁷ Convention de Rio de Janeiro sur la diversité biologique (05 juin 1992) ; la Convention Africaine de 1968 sur la conservation de nature et des ressources naturelles ; la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants ; la Convention de Vienne pour la protection de la Couche d'Ozone ; la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage ; la Convention sur le patrimoine mondial culturel et naturel ; la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques ; la Conventions africaines sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (Alger, 1968 et révisée).

⁵⁸ La loi constitutionnelle du 18 Janvier 1996 ; la loi de 1963 instituant répression sur la pêche maritime ; la loi de 1963 organisant le secteur des ports ; la loi de 1964 sur la protection de la santé ; la loi de 1978 sur la protection des parcs nationaux ; la loi n° 84/13 du 18 décembre 1984 sur l'eau. La

et qui font de l'intérêt général le socle de la protection de l'environnement. L'objectif pour répondre à la nécessité de protection de l'environnement est de mettre en place un cadre législatif et administratif permettant l'exercice effectif de cette obligation. Ainsi, la *Constitution de 1996* met à la charge de l'État de veiller à la défense et à la promotion de l'environnement⁵⁹.

La *loi-cadre relative à la protection de l'environnement de 1996* est déjà une référence de cette exigence : « *la protection et la gestion rationnelle des ressources qu'offre l'environnement à l'humanité sont d'intérêt général* »⁶⁰. A travers cette disposition, la mise en œuvre de l'obligation positive impose donc pour l'Administration, de protéger pour le bien de tout l'ensemble. Dans le domaine de protection de la faune sauvage par exemple, la volonté d'une protection de la faune est soigneusement affirmée. L'objectif de la protection des espèces fauniques s'exprime à travers un système de responsabilité pénale originairement. En droit de l'environnement en général, la théorie de l'obligation positive, bien qu'esquissant un cadre d'orientation à l'action administrative et pouvant instituer un contrôle par le juge, permet toutefois de reconnaître qu'il est difficile d'établir les responsabilités en matière écologique.

Les obligations positives en matière de protection de l'environnement mettent également à la charge de l'État de faire participer les populations à la gestion de l'environnement. Dans ce sens, les populations doivent avoir le libre accès à l'information environnementale ; elles doivent être consultées dans le cadre des projets pouvant entraîner des modifications dans leur cadre de vie⁶¹. Ainsi, le

loi n° 001/2001 du 16 avril 2001 portant Code Minier ; la loi N° 2002/013 du 30 décembre 2002 portant Code Gazier ; la loi n° 96/12 du 05 août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement la loi N° 98/005 du 14 avril 1998 portant Régime de l'Eau ; la loi n° 99/013 du 22 décembre 1999 portant Code Pétrolier ; la loi n° 73/20 du 29 avril 1973 relative à l'urbanisation dans la République Unie du Cameroun

⁵⁹ Préambule de la Constitution du 18 janvier 1996.

⁶⁰ Article 2 (2) de la loi-cadre de 1996.

⁶¹ Article 72 de la loi-cadre de 1996, *précité*

manquement à ces obligations environnementales est susceptible d'engager la responsabilité de l'État devant le juge administratif. Dans cet ordre d'idées, l'intérêt général en matière de protection de l'environnement se positionne comme une source d'équilibre entre l'Administration et les administrés. Si l'on se fonde sur le principe de la souveraineté avec son corollaire qui est la puissance publique, l'administration prétend agir toujours de manière unilatérale⁶². La relation entre l'Administration et l'administré s'envisage dans ce cas, comme le souligne J. Chevalier, par la référence au particularisme de la position de l'administration dans la société⁶³, qui s'exprime par le régime des privilèges et « *bénéficie d'une situation monopolistique* »⁶⁴.

Cette conception de l'État dominateur s'est révélée de plus en plus incompatible avec les nécessités des temps modernes. Ainsi, dès lors que l'État est entré dans le commerce juridique en se plaçant dans les conditions du droit privé, « la charge de l'obligation se trouve en effet déplacée des administrés vers l'État : alors que l'État était érigé en instance supérieure, dotée d'une puissance inconditionnée et irrésistible »⁶⁵.

L'administration est, comme l'affirme J. Chevalier, « placée dans un statut de subordination, assujetti au droit et mis au service des citoyens »⁶⁶. Sa mission, selon l'idée directrice de l'intérêt général, est de satisfaire les besoins sociaux. « Le rôle des gouvernants est de travailler à la réalisation et au développement de la solidarité, en prenant en charge les activités d'intérêt général indispensables à la vie collective ; et les prérogatives qu'ils détiennent ne sont que le moyen d'accomplir au mieux cette

⁶² Jacques CHEVALIER, « L'administration face au public », dans CURAPP, *La communication administration-administré*, Paris, PUF, 1983, p.13- 60, à la page 34.

⁶³ *Idem*.

⁶⁴ *Ibidem*, p.15.

⁶⁵ Jacques CHEVALIER, « *L'obligation en droit public* », tome 44 « L'Obligation », coll. « Archive de philosophie du droit », Paris, Dalloz, 2000, p. 179-194.

⁶⁶ *Idem*.

obligation »⁶⁷. Il convient également d'examiner l'intérêt général en tant qu'outil de consolidation de la démocratie environnementale.

2- L'intérêt général, un outil de consolidation de la démocratie environnementale

Dans le domaine de protection de l'environnement, les obligations positives permettent de redéfinir le rôle de l'État dans la consolidation de la démocratie environnementale. La consécration objective des exigences environnementales a marqué un tournant décisif dans la protection de l'environnement. Les préoccupations environnementales à la charge de l'État constituent désormais une directive d'action opposée de l'administration, en même temps qu'il est un moyen de changement de perspective.

La protection de l'environnement dans les cas de l'action administrative marque un tournant dans l'histoire des démocraties modernes. Le domaine de protection de l'environnement est devenu le foyer visible de cette transformation qui alimente l'ensemble des actions administratives. L'intérêt général façonne l'action administrative dans le domaine de l'environnement et définit ainsi le nouveau champ du rôle dévolu à l'État. « Corrélativement, de nouveaux droits ont été reconnus aux administrés : traduits en termes d'obligations nouvelles pour l'administration, ils contribuent au rééquilibrage de la relation administrative. C'est ainsi que le principe du secret, garant de l'unilatéralité, a été mis en cause »⁶⁸.

La protection de l'environnement est de plus en plus centrée autour du processus de participation axé sur le droit à l'information et à la communication. Dans cette trajectoire de rééquilibrage de l'action de l'État, de nouveaux droits sont consacrés pour les administrés. Dans la même logique, de nouvelles obligations naissent pour l'État, à l'instar du principe de précaution qui, selon J. Chevalier,

⁶⁷ *Idem.*

⁶⁸ *Ibidem.*

« implique une obligation d'abstention ou d'action en fonction des risques potentiels pour le public »⁶⁹ et du principe de sécurité juridique, voire de confiance légitime, « qui impliquent certaines obligations concernant le mode de production du droit »⁷⁰.

CONCLUSION

Le juge administratif camerounais est devenu, en matière de protection de l'environnement, un agent clé et incontournable. L'ambition affichée et revendiquée est de parvenir à l'État de droit environnemental qui aura pour essentiel le culte du droit, le règne de la norme environnementale, la légitimation du contrôle juridictionnel par le juge, la reconnaissance au profit des administrés d'un véritable droit d'agir en justice et l'optimisation de la protection des droits de l'homme attachés à l'environnement.

« La justice, pour remplir correctement sa mission de service public et répondre aux attentes de ses usagers, doit être accessible ; elle doit maintenir la balance égale entre les justiciables, en l'occurrence entre l'administration et l'administré ; elle doit statuer dans des délais raisonnables ; elle doit enfin rendre les décisions qui seront effectivement exécutoires. En un mot, elle doit être efficace »⁷¹. Ainsi, en tout état de cause, il convient de rechercher les voies d'une amélioration et d'un renforcement de la contribution du juge administratif à la protection de l'environnement. Ce qui constitue une nouvelle piste exploitable.

*

* *

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Pierre BRUNET, « La sécurité juridique, nouvel opium des juges ? », *Frontière du droit, critique des droits*, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, sous la direction de CHAMPEIL-DESPLATS (V) et FERRÉ (N), Paris, LGDJ, 2007, p. 247-250, à la page 248.

Règlementation de la pollution sonore : Une étude comparative du droit congolais (RDC) et camerounais

SIFA SEGIHOBE Clémence*

RESUME

Face à la multiplicité de la pollution sonore en Afrique centrale, il semble essentiel de faire une étude comparative de deux États. Cet article explore la façon dont la République démocratique du Congo (RDC) et le Cameroun règlemente la pollution sonore. Dans cette optique, il a été observé une convergence textuelles et une divergence dans la procédure de répression des pollutions sonores. Malgré la promulgation des différents textes juridiques, la pollution sonore demeure un quotidien des populations au sein de ces deux États. En effet, les résultats obtenus lèvent un problème d'efficacité des textes juridiques. Et cela est dû à une certaine négligence, d'une part, des autorités habilitées à faire le suivi de la mise en œuvre des textes et, d'autre part, les émetteurs du son incontrôlés. Cependant, il serait important que chaque État établisse un comité scientifique de suivi, mais avant cela, se demander pourquoi autant de bruits nuisibles, surtout que l'exercice de la liberté de culte et l'ouverture des bars ne doit pas empiéter sur les droits de l'homme.

Mots-clés : Réglementation – Pollution sonore – Bruit – Nuisance sonore – Comparative.

ABSTRACT:

Faced with the multiplicity of noise pollution in Central Africa, it seems essential to carry out of comparative study of two states. This article explores how the DRC and Cameroon regulate noise pollution. With this in mind, a textual convergence and a divergence have been observed in the procedure for the repression of noise pollution. Despite the promulgation of various legal texts, noise pollution remains a daily life for the populations within these two states. Indeed, the results obtained raise a problem of efficiency of legal texts. And this is due to certain negligence on the one hand of the authorities empowered to monitor the implementation of the texts and on the other hand the uncontrolled sound emitters. However, it would be important for each state to establish a scientific monitoring committee, but before that, ask yourself why so much noise harmful. Especially since the exercise of freedom of worship and the opening of bars must not infringe on people's rights

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

INTRODUCTION

Le quotidien des populations africaines est rythmé par des bruits d'origines diverses. En cela, il y a un seuil acceptable dont la violation a des effets nocifs sur les êtres (hommes et animaux). Seulement, dans la majeure partie de grandes villes africaines, les bruits constituent le lot « normal » du quotidien africain¹. Cependant, lutter contre la pollution sonore en droit congolais et camerounais revient à interroger l'applicabilité de l'ensemble d'instruments juridiques dominés par les deux législations en matière de protection de l'environnement. En effet, la réglementation de l'environnement dans la plupart des pays africains se caractérise par l'abondance et la diversité des principes et règles relatifs à la protection de l'environnement. Toutefois, ce foisonnement normatif contraste avec la réalité de la protection de l'environnement, la plupart de ces normes environnementales ne sont pas appliquées². De ce fait, en vue de préserver l'environnement, le droit de l'environnement, qui est constitué de règles juridiques relatives à la protection de l'environnement, comporte également celles relatives à la pollution sonore.

Néanmoins, la fixation des normes n'est pas toujours un résultat satisfaisant car le niveau de la norme doit tenir compte à la fois des innovations technologiques³ et de la situation sociale et économique des populations. En effet, la pollution est définie comme étant « une dégradation d'un milieu naturel, de l'environnement humain par des substances chimiques des déchets industriels ou ménagers⁴ ». Cette définition fait beaucoup plus allusion à la pollution des eaux. La pollution présente un synonyme, celui de la nuisance. La notion de nuisance est aujourd'hui bien établie

¹ Le Doux MOUAFFO, « Nuisances sonores : le quotidien assommant des villes africaines », en ligne : <<https://www.agenceecofin.com/avis-d-expert-rse/1802-9031-nuisances-sonores-le-quotidien-assommant-des-villes-africaines>> (consulté le 20/8/2020).

² Laurent ZANG, « Normes africaines en matière de protection de l'environnement », (1998) 23:2 *Africa development* 50-60, 54.

³ Michel PRIEUR, *Le droit de l'environnement*, 7^{ième} édition, Paris, Dalloz, 2016, p.203.

⁴ Dictionnaire *Larousse Maxi poche*, 2010, p.1074.

dans le langage juridique et aussi bien dans la doctrine que dans la jurisprudence. Pourtant, elle apparaît à bien des égards comme étrangère à la culture juridique et sociale de l'Afrique traditionnelle, laquelle laisse à chaque membre de la collectivité le loisir d'apprécier par lui-même le niveau de nuisance qu'il peut imposer à ses voisins. Ainsi entendue, la notion de nuisance a un contenu assez large.

Dans certains pays, elle est abordée à travers la notion de « trouble de voisinage », notion résultant d'une construction prétorienne⁵. Il en est ainsi par exemple de la RDC qui parle de la production sonore et des nuisances sonores au Cameroun. Notons que la jurisprudence camerounaise est inspirée de celle française⁶. En effet, la notion de nuisance intègre plus généralement le phénomène de pollution, sans toutefois se réduire à celui-ci, car toute pollution n'est pas une nuisance, pas plus que celle-ci n'est nécessairement une pollution.

Cette notion de pollution est du reste difficile à appréhender au regard de certaines législations qui ont tendance à la diluer⁷. On peut ainsi distinguer les bruits selon leur source : installations classées pour la protection de l'environnement, transports routiers ou aérien, bruits de voisinage, etc. Parfois sous-estimées, les conséquences de la pollution sonore sur la santé ne se limitent pas à une simple fatigue ou une gêne momentanée. En effet, selon une étude publiée par l'OMS en 2011, les nuisances sonores sont à l'origine de plusieurs maladies cardiovasculaires, des

⁵ Maurice KAMTO, *Droit de l'environnement en Afrique*, 1^{ière} édition, Paris, EDICEF, 1996, p. 329.

⁶ Cette jurisprudence intègre dans cette notion entre autre, les activités d'une société de travaux publics qui entraînent la stagnation des eaux de pluie à l'entrée de la concession d'un particulier : Tribunal de Grande instance de Yaoundé, 12 octobre 1993, *Nkouendjin Yotnda c. Société EXARCOS*, les travaux d'aménagement effectués sur son terrain par un propriétaire et qui causent un « trouble de fait » à son voisin, une « agression matérielle contre la possession » (CA de Yaoundé, 3 juin 1987, *Nguema Mbo Samuel c. Anoukaha François*), l'évacuation par deux entreprises industrielles vers la propriété d'un voisin de toutes les eaux recueillies sur leurs terrains et qui accroissent le volume initial des eaux et leurs nocivités (Tribunal de Grande Instance de Doula, jugement du 3 octobre 1983, *Dimite Thomas c. CICAM et Guinness-Cameroun*) : M. KAMTO, préc., note 5, p.329.

⁷ Ibid. p. 329.

troubles cognitifs, des perturbations du sommeil etc⁸. Par conséquent, le bruit est le cinquième sujet de plainte concernant l'environnement local (après la circulation routière, la pollution de l'air, la dégradation des paysages et les déchets). Le nombre de plaintes enregistrées concernant le bruit est en constante augmentation⁹.

Le dictionnaire de droit international donne une définition générale de la pollution, qui semble comprendre les éléments suivants : l'introduction dans un milieu déterminé par l'homme, directement ou indirectement, de substances ou d'énergie ayant une action nocive ou susceptible d'en avoir une qui est de nature à mettre en danger la santé de l'homme, à endommager les ressources biologiques, à perturber le fonctionnement des écosystèmes, à porter atteinte aux autres utilisations légitimes de l'environnement¹⁰. Enfin, par ce néologisme, on désigne les troubles de plus en plus grands qui portent atteinte à la vie collective du fait des moyens modernes de l'industrie et de ses conséquences sur la société. Nuisances physiques (c'est le cas des fumées, du bruit, surtout auprès des aérodromes). Nuisances intellectuelles (exemple de l'abus de publicité, le « matraquage » musical)¹¹. En somme, toute pollution peut également avoir comme conséquence ultime de nuire à la santé humaine, à celle des autres êtres vivants et à la végétation¹².

Quant à la réglementation, elle est définie comme une action de régler, comme l'ensemble de mesures légales, de règlements¹³. Elle est aussi définie au sens large, comme un ensemble d'indications, de lois, de prescriptions, de règles et règlements, et autres textes juridiques régissant une activité sociale. La réglementation est rédigée

⁸ En ligne : <www.polutionsonore.com> (consulté le 26 juin 2020).

⁹ Philippe MALINGREY, *Introduction au droit de l'environnement*, Paris, édition Technique et Documentation, 2001, p.85.

¹⁰ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p.846.

¹¹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Paris, LGDJ., 2017, p.1398.

¹² Alexandre KISS et Jean-Pierre BEURIER, *Droit international de l'environnement*, 3^{ème} édition, Paris, éd. A. Pedone, 2014, p.13.

¹³ *Dictionnaire Hachette*, Paris, éd. Larousse, 2015, v° « Réglementation ».

par les administrations compétentes ou les personnes mandatées. Et donc la réglementation de la pollution sonore peut être définie comme étant l'ensemble des normes régissant l'environnement dans le domaine des bruits.

L'intérêt de faire une étude pareille est d'une importance capitale, surtout que le deux États présentent presque un même mode de vie. L'ambiance, l'insalubrité, l'impunité élevée des auteurs des nuisances sonores... En effet, au plan théorique, l'étude permet de susciter l'attention des africains en général et, en particulier, ceux de la RD Congo et du Cameroun sur l'importance de lutter contre la pollution sonore qui a des conséquences néfastes sur la santé de l'homme et de son environnement. Ensuite, au plan pratique, elle invite les juristes à faire une analyse sur l'efficacité des différentes normes en vigueur afin de voir quels résultats produisent-elles. Elle renseigne en suffisance le pollueur sur le droit applicable.

Vu l'intensité et la complexité qui caractérisent cette étude, une délimitation est nécessaire et celle-ci n'échappe pas à cette logique. Sur le plan spatial, la présente étude va se focaliser en Afrique centrale, précisément en RDC et au Cameroun. Ensuite, sur le plan matériel, cette étude se situe en droit de l'environnement. Celui-ci vise à promouvoir et défendre l'environnement. Il repose sur un principe de solidarité au nom de la protection du bien commun que représente l'environnement au sens large, pour les générations actuelles et futures. Enfin, sur le plan temporelle, elle va des années 80 à 2021. En effet, les années 80 parce que la véritable prise de conscience au plan national, comme partout sur le continent africain par rapport aux problèmes de l'environnement, date de l'adoption de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples adoptée à Nairobi le 28 juin 1981. En effet, on peut lire à l'article 24 de cette dernière que : « Tous les peuples ont droit à un environnement satisfaisant et global, propice à leur développement ». Nous pouvons retenir aussi le Sommet de la terre qui s'est tenu à Rio de Janeiro au Brésil en juin 1992. Ce sommet

a constitué un tournant décisif dans les relations internationales actuelles¹⁴. L'année 2021 parce qu'elle préoccupe le monde avec d'abord la pollution de l'air par la pandémie du Covid-19 et aussi par la pollution sonore engendrée par la nouvelle technologie mal appliquée par les deux législations. Ceci appelle une certaine méthodologie.

De l'analyse de ces deux sociétés, l'on remarque qu'il y a à la base une carence d'éducation des populations sur la protection de l'environnement. Elles ne sont ni enseignées, encore moins renseignées sur les conséquences de l'impact des bruits. On a souvent comme impression que les auteurs de tels actes ignorent tout de la gêne, du trouble, du désagrément qu'ils causent à autrui et à eux-mêmes. De cela découle une question importante, celle de savoir : *Quel peut être le résultat de la comparaison entre le Cameroun et la Rd Congo en matière de réglementation des pollutions sonores ?* La réponse à cette question est double, d'une part, l'étude a permis d'analyser les convergences textuelle et institutionnelle de la réglementation sur les pollutions sonores dans le deux États et, d'autre part, de dégager la divergence dans la procédure de répression des pollutions sonores toujours dans le deux Etats. Pour y arriver, deux méthodes ont été à notre service ; l'une comparative, afin d'essayer de découvrir à travers elle des régularités positives et normatives et, l'autre, positiviste juridique, qui nous a permis d'analyser les textes en vigueur (en prenant en compte ses aspects positifs, normatifs et dogmatique) et interpréter, à l'appui de la doctrine, la jurisprudence (casuistique) relative à notre sujet.

Ainsi, partant de répartition intellectuelle, le présent article développe la convergence textuelle et institutionnelle de la réglementation sur les pollutions

¹⁴ Jean-Claude TCHEUWA, « Les préoccupations environnementales en droit positif camerounais », (2006) 1 *Revue juridique de l'environnement* 21-42.

sonores en RDC et au Cameroun (I) et la divergence dans la procédure de répression des pollutions sonores en RDC et au Cameroun (II).

I. UNE CONVERGENCE TEXTUELLE ET INSTITUTIONNELLE DE LA REGLEMENTATION SUR LES POLLUTIONS SONORES EN RDC ET AU CAMEROUN

La RDC et le Cameroun étant des pays d'Afrique centrale, pressentent presque les mêmes textes (A) et les mêmes institutions (B) dans la poursuite de la protection de l'environnement.

A. Une similarité textuelle sur les pollutions sonores dans les deux pays

Cette similarité textuelle sera répartie suivant l'existence d'un foisonnement législatif (1), et la précision décrétole sur les pollutions sonores (2).

1. L'existence d'un foisonnement législatif sur les pollutions sonores

La pollution sonore est aujourd'hui un problème de santé publique en RDC et au Cameroun. En effet, différents textes ont été promulgués pour la réglementation de ce domaine. C'est notamment la *loi de 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement en RDC*. L'article 52 de cette loi interdit l'émission de tout bruit qui porterait atteinte à la tranquillité publique¹⁵. En matière de tapages diurnes et nocturnes, l'édit de Kinshasa de 2012 sanctionne avec des amendes des personnes qui sont prises en flagrance. En effet, l'on parlera de tapages nocturnes lorsque les bruits sont susceptibles de troubler la tranquillité des habitants

¹⁵ Il est interdit l'émission de tout bruit ou odeur dont la nature, l'importance ou la fréquence constitue des nuisances à l'environnement et à la santé, notamment par la gêne particulière qu'il crée au voisinage ou par les troubles apportés au repos, à la tranquillité des citoyens et à la sécurité publique. La province et l'entité territoriale décentralisée prennent, dans les limites de leurs compétences respectives, des mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions du présent article. Cette disposition interdit toute émission de bruit et donne mandat aux provinces et aux entités territoriales décentralisées le pouvoir de prendre des décisions dans le cadre de la protection de l'environnement contre la pollution sonore. Article 52 de la Loi n° 11/009 du 09 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement.

ou causer du trouble dans le voisinage. En outre le tapage nocturne s'étend comme tout bruit au-delà de décibels réglementaires se produisant la nuit, de nature à troubler la tranquillité des citoyens¹⁶.

Cependant au Cameroun, la lutte contre les nuisances est régie par la *loi n°96/12 du 5 Août 1996 portant loi-cadre relative à la gestion de l'environnement*. Son article 60 interdit les émissions des bruits et d'odeurs susceptibles de nuire à la santé de l'homme, de constituer un gêne excessif pour le voisinage ou de porter atteinte à l'environnement. De plus, les personnes à l'origine de ces émissions doivent prendre toutes les dispositions nécessaires pour les supprimer, les prévenir ou en limiter la propagation. Les communes doivent, lorsque l'urgence le justifie, prendre toutes les mesures exécutoires destinées, d'office, à faire cesser le trouble. Elles peuvent, en cas de nécessité, requérir le concours de la force publique. Toutes ces dispositions donnent des interdictions à toute émission de bruit et en même temps donnent pouvoirs aux autorités communales et provinciales de prendre toute mesure nécessaire pour le respect des normes environnementales.

Mais l'on constate une certaine déviation des textes à tous les niveaux. Un régime d'interdiction est alors fixé dans cette loi, interdiction d'émission de bruits nuisibles pour la santé, de nature à constituer un trouble de voisinage et de porter atteinte à l'environnement. Cependant, il n'est pas précisé dans cette loi ni défini le bruit qui est susceptible de nuire à la santé ou pouvant constituer une gêne excessive. La mesure du bruit n'étant précisée dans aucun autre texte, on pourrait s'interroger sur l'opportunité d'une telle mesure. Le bruit étant un peu « capricieux » dans son mode de propagation et de perception par les individus, il apparaît que c'est une gêne inégalement ressentie, ceci parce que nous avons tous des sensibilités différentes envers le bruit. Comment alors et sur quelle norme légale fixée – nombre de dB(A) –

¹⁶ *Edit n°005 du 05 octobre 2021 portant réglementation relative aux nuisances sonores dans la ville de Kinshasa*, articles 2 et 3.

les maires pourraient prendre des mesures exécutoires destinées à faire cesser le trouble¹⁷. N'y aurait-il pas des appréciations subjectives du maire sur le bruit susceptible de nuire à la santé et partant des abus de droit ou des situations hors la loi tolérée ? Plus encore, l'appréciation du bruit nuisible ne s'en trouverait pas différenciée suivant que l'on se trouverait dans une telle commune ou dans une telle autre ? Toutes ces interrogations dénotent de la fragilité de ces dispositions qui souffrent du mimétisme législatif et réglementaire toujours d'actualité. Toutefois, plusieurs décrets ont été promulgués pour renforcer ces lois.

2. La précision décrétole sur les pollutions sonores

Les législateurs congolais et camerounais s'efforcent de prendre toutes mesures nécessaires luttant contre la pollution sonore. C'est par exemple le décret de 2014 interdisant sur toute l'étendue de la République démocratique du Congo de se livrer à toute activité susceptible de créer ou de provoquer des bruits qui, par leur intensité, leur fréquence et leur répétition, sont constitutifs de nuisances sonores¹⁸. L'article 5 de ce décret régleme la production sonore en établissant un horaire ci-après : du lundi à vendredi à partir de 12 h à 21h, les samedis et veille des jours fériés légaux de 12h à minuit, enfin les dimanches et jours légaux de 12h à 21h. Dans tous les cas, la production sonore visée ci-dessus, doit avoir lieu sans que cette activité soit susceptible de troubler la tranquillité du voisinage. Le législateur l'a d'ores et déjà érigé en acte infractionnel par l'édit de Kinshasa n°005 du 9 octobre 2012.

Il constitue une infraction punie par la réglementation. L'auteur de l'infraction peut être aussi bien un voisin ou les clients/propriétaires d'un bar ou d'une boîte de nuit que des personnes présentes sur la voie publique. Des mesures nécessaires au maintien de l'ordre public se doivent d'être mises en œuvre par la police

¹⁷ Christelle Fanny-Ange MATCHUM KOUOGUE, *La protection juridique de l'environnement au Cameroun et en France : le cas des nuisances sonores*, M2. en Droit international et comparé de l'environnement, Limoges, Université de Limoges, 2008, p.11.

¹⁸ Décret n°14/012 portant réglementation de la production sonore en République Démocratique du Congo du 8 mai 2014, article 1^{er}, dans J.O.RDC, 1^{er} juin 2014, n° 11, col.26, p. 1.

administrative, et ce, par différents moyens. Elle peut aussi recourir à la mise en place de mesures destinées à empêcher ou à limiter les atteintes pouvant y être apportées.

La police administrative étant l'action de l'administration destinée à sauvegarder l'ordre public, elle se doit, à cette fin, de règlementer les activités privées¹⁹. Comparativement à la RDC, le Cameroun, par le décret de 2011, règlemente toute vibration acoustique ayant un niveau d'intensité et de durée susceptible de nuire à la santé publique ou qui interfère de manière excessive avec la jouissance de la vie ou de la propriété au voisinage de sa source. En effet, les installations non assujetties aux études d'impact environnemental se conforment aux normes réglementaires applicables aux émissions des sons et des odeurs de leurs secteurs d'activité²⁰. Tous ces décrets donnent une ligne de conduite à laquelle les populations sont appelées à suivre, malheureusement c'est comme si on jetait l'eau sur le canard.

B. Une similarité institutionnelle sur les pollutions sonores.

Il faut analyser d'une part l'intervention des institutions non juridictionnelles (1) et, d'autre part, l'intervention des institutions juridictionnelles (2) dans la mise en œuvre de la politique des bruits et pollutions.

1. L'intervention des institutions non juridictionnelles

L'une des particularités les plus marquées que présente le droit international de l'environnement (DIE) tient au rôle que jouent dans son élaboration et dans sa mise en œuvre les entités privées non étatiques. D'une part, les opérations économiques sont à la fois les principaux auteurs de pollutions et les senteurs des technologies permettant de sauvegarder l'environnement. A ce double titre, ils sont directement ou indirectement les principaux destinataires des normes du DIE dont les techniques ont

¹⁹ En ligne : <<https://www.africmemoire.com/part3-chapitre-i-le-tapage-nocturne-un-trouble-a-la-paix-sociale-1076.html>> (consulté le 30 mars 2021).

²⁰ Décret n°2011/2583/PM du 23 août 2011 portant réglementation des nuisances sonores et olfactives au Cameroun, article 2, alinéa 4 et article 5.

dû être adaptées à cette situation même si celle-ci n'est pas totalement inédite : elle est dans la droite ligne du libéralisme qui inspire l'organisation économique des échanges. C'est en matière de responsabilité que cette adaptation est le plus nécessaire et le plus difficile qui concerne le principe « *pollueur-payeur* ». D'autre part, les défenseurs de l'environnement se sont organisés en puissantes ONG (parmi les plus actives ou en tout cas, les plus connues, on peut citer *Greenpeace*, les Amis de la Terre, le *World Wide Fund for Nature* (WWF) ou la fondation Cousteau, qui assument une double fonction : d'organisations privées d'aide au développement durable dans les pays en développement et de groupes de pression soucieux de défendre les valeurs écologiques et d'en promouvoir la traduction en normes juridiques effectivement appliquées²¹.

En RDC, l'article 52 de la loi de 2011 sur l'environnement donne pouvoir aux Entités Territoriales Décentralisées (ETD)²² et aux provinces de veiller sur l'applicabilité des dispositions portant sur la protection de l'environnement contre les nuisances sonores.

Il est désormais admis que les questions d'environnement posent des problèmes de société suffisamment graves : les procédures normatives internes, plus encore internationales et la prise de décision administrative dans de nombreux domaines (aménagement du territoire comme santé publique), exigent une participation de la société civile et un contrôle contentieux efficace. Un premier pas vers cette transparence résulte de la *Convention d'Arhu du 25 juin 1998*, sur l'accès à la justice

²¹ Patrick DAILLIER, Mathias FORTAU et Alain PELLET, *Droit international public*, 8^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2009, p.1424-1425.

²² Les ETD sont la ville, la commune, le secteur et la chefferie. Elles sont dotées de la personnalité juridique. Elles jouissent de la libre administration et de l'autonomie de gestion de leurs ressources humaines, économiques, financières et techniques.

en matière d'environnement²³, qui renvoie expressément au principe 10 de la *Déclaration de Rio de 1992*²⁴.

2. L'intervention des institutions juridictionnelles.

En RDC comme au Cameroun, il est prévu toute une procédure de poursuite des infractions dues à l'environnement par les organes judiciaires. L'article 13 du *Décret de 2014* de la RDC dispose que le déclenchement de la procédure applicable dans le cadre du présent décret est soumis à la plainte préalable de la victime qui doit être un voisin immédiat ou non, mais qui réside habituellement dans le quartier où se situe la personne ou l'entité à l'origine de la nuisance sonore. La saisine d'office est exclusivement réservée à l'officier du Ministre public du ressort. En l'absence d'une plainte préalable ou d'une réquisition du parquet, l'officier de police judiciaire se limite à un avertissement constaté sur procès-verbal et/ou la transmission du dossier à l'officier du Ministère public compétent²⁵. Et donc le Ministère public est tenu de faire appliquer les réglementations relatives aux bruits de voisinage et à cet effet aller à la poursuite des pollueurs. Parce que l'inaction de l'autorité constitue une violation de la réglementation par la population.

Au Cameroun, lorsque les nuisances sont perceptibles au-delà des limites territoriales de la commune où s'exerce l'activité bruyante, il appartient au préfet de prendre sur le fondement de l'article 1311-2 du code de santé publique, les mesures

²³ Ibid, p. 1425

²⁴ La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré.

²⁵ *Décret n°14/012 du 8 mai 2014*, article 13.

appropriées²⁶. L'article L.2212-2 du code général des collectivités territoriales range parmi les objets de la police municipale le soin de réprimer les atteintes à la tranquillité publique. Le maire est également détenteur de la police de la circulation qu'il peut exercer notamment dans l'intérêt de l'environnement, de la tranquillité publique et de la protection de l'environnement. Cependant, la police administrative générale appartient au préfet pour les mesures dont le champ d'application excède le territoire d'une commune. Le représentant de l'État dans le département dispose en outre d'un pouvoir de substitution en cas de carence de l'autorité municipale²⁷.

Il est constaté que les pays qui traversent une période de pacification, de transition, de pauvreté et de reconstruction suite à un conflit armé interne sont confrontés au double défi d'observation des mesures environnementales, surtout ce qui est de tapage nocturnes et des discothèques.

Le deux États possèdent un important arsenal juridique en matière environnementale dont l'application pose problème pour défendre efficacement l'environnement. Par ailleurs, de structures publiques de gestion de l'environnement et les organismes internationaux en la matière sont visibles dans le pays.

Il reste la question de savoir où loge alors le problème d'inefficacité de Droit de l'environnement lorsqu'on dispose du droit et de l'organisation en place²⁸. La difficulté d'applicabilité loge dans la pauvreté et le chômage. La plupart des auteurs de la pollution sonore sont soit propriétaires des discothèques, lorsqu'il manque d'emploi il crée un business, où il met le dernier volume qui puisse exister, soit les pasteurs des églises de réveil, qui passent des journées en train de prier... De manière

²⁶ Dominique GUIHAL, Jacques-Henri ROBERT et Thierry FOSSIER, *Droit répressif de l'environnement*, 4^{ième} édition, Paris, Economica, 2016, p.963.

²⁷ *Ibid*, p.965.

²⁸ Carlos MUPILI KABYUMA, *Problématique de l'application de droit international de l'environnement dans la lutte contre les violations de droit de l'environnement par les groupes armés à l'Est de la RDC*, Mémoire de Master 2, Faculté de droit et des sciences économiques, Limoges, Université de Limoges, 2011, en ligne : <<https://www.memoireonline.com>>.

générale, la difficulté demeure dans l'impunité des pollueurs mais aussi de la corruption des acteurs de poursuite. Cette analyse de convergence textuelle et institutionnelle permet de comprendre aussi la divergence normative de la répression entre le deux États.

II. DIVERGENCE DANS LA PROCÉDURE DE RÉPRESSION DES POLLUTIONS SONORES EN RDC ET AU CAMEROUN

Le respect du cadre de vie et notamment la lutte contre la pollution sonore quel que soit la source fait partie intégrante de la protection de l'environnement en général. Ces dépositions ont toute leur place dans divers textes environnementaux prévus dans le deux États. C'est pourquoi, il sera question d'analyser premièrement le déclenchement des poursuites soumis à rude épreuve en RDC (A) et deuxièmement le pouvoir de poursuite reconnu aux autorités locales au Cameroun (B).

A. Un déclenchement des poursuites soumis à rude épreuve en RDC

Il est abordé, dans un premier temps, des poursuites conditionnées à la plainte préalable de la victime (1) et dans un second temps un foisonnement conflictuel des officiers chargés de poursuite (2).

1. Des poursuites conditionnées à la plainte préalable de la victime

L'Article 13 du *Décret de 2014* précité dispose que, comme nous l'avons déjà cité, le déclenchement de la procédure applicable dans le cadre du présent décret est soumis à la plainte préalable de la victime, qui doit être un voisin immédiat ou non, mais qui réside habituellement dans le quartier où se situe la personne ou l'entité à l'origine de la nuisance sonore. En l'absence d'une plainte préalable ou d'une réquisition du parquet, l'officier du ministère public est tenu de faire appliquer les réglementations relatives aux bruits de voisinage et à cet effet aller à la poursuite des pollueurs. En effet, la poursuite des auteurs cause parfois un désaccord par les autorités habilitées.

2. Un foisonnement conflictuel des officiers chargés de poursuite

L'article 71 de la loi de 2011 sur l'environnement dispose : « Sans préjudice des prérogatives reconnues à l'officier du Ministère Public et aux Officiers de la police judiciaire à compétence générale, les infractions à la présente loi et ses mesures d'exécution sont recherchées et constatées par les fonctionnaires et agents assermentés de l'administration de l'environnement ». La saisine est exclusivement réservée au Ministère Public. Cependant, le conflit réside au niveau de l'article 71 ci-haut cité qui élargit les champs des officiers chargés de poursuite. Il ne se poserait pas un problème si ces derniers collaborent ensemble et trouvent ensemble des solutions durables pour éradiquer ce fléau.

Nul n'ignore que le rôle du Ministère public et celui de l'officier de police judiciaire est de poursuivre et rechercher les infractions, mais ceux-ci peuvent se faire aider par certains acteurs du domaine pour une bonne qualification de l'infraction. Néanmoins, on constate que malgré la promulgation de certaines lois, ces dernières ne précisent pas quel type de sanction pénale réservée aux pollueurs bien qu'il y a un édit de Kinshasa daté de 2021. Mais cela ne suffit pas parce que les nuisances sont constatées dans toutes les villes de la RDC. Il faudra non seulement le renforcement des édits, mais le plus important est le recyclage des officiers de poursuite.

B. Un pouvoir de poursuite reconnu aux autorités locales au Cameroun

La réglementation camerounaise donne le pouvoir principal au préfet (1) et un pouvoir exceptionnel aux autres autorités (2) de poursuite.

1. Le rôle principal du préfet dans la répression

Il sied de signaler que le préfet est un fonctionnaire envoyé par l'État dans un ressort particulier avec une délégation de poursuite préalablement définie. Ainsi, le Cameroun est divisé en 58 départements. Chaque département est dirigé par un préfet nommé par décret du Président de la république et placé sous l'autorité hiérarchique

du gouverneur de région. L'expression « préfet » n'est pas à confondre avec le « préfet » en RDC, qui renvoie à un chef d'établissement scolaire, le préfet des études.

Selon le *Décret n°78/485 du 9 novembre 1978 fixant les organismes des chefs de circonscription administrative et des organismes chargés de les assister dans l'exercice de leurs fonctions*, à son article 1^{er}, alinéa 2, il est dit que la province est placée sous l'autorité d'un préfet, l'arrondissement sous l'autorité d'un sous-préfet et le district sous l'autorité d'un chef de district. Les articles 29 à 34 dudit décret précisent le rôle du préfet. En poste dans les départements, responsables de la mise en œuvre sur le territoire de l'ensemble des politiques définies par le Gouvernement, les préfets sont des acteurs de terrain, en prise directe avec les préoccupations quotidiennes des citoyens²⁹.

2. L'intervention exceptionnelle d'autres autorités locales

Pour résoudre le problème lié à l'environnement, l'État camerounais fait également recours aussi aux autorités locales, qui jouent aussi un rôle important dans la réglementation de la pollution sonore. La *loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant code de procédure pénale au Cameroun*, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2007, accorde un pouvoir de consolidation de l'État de droit et de la protection des libertés individuelles à l'officier de police judiciaire.

La lutte contre l'impunité ne peut aujourd'hui se concevoir sans un encadrement juridique qui prenne en compte le respect de l'environnement. Cependant, l'officier de police judiciaire faisant partie de cette chaîne n'y échappe pas. Cette nouvelle législation procédurale, tout en accordant d'importants pouvoirs à l'OPJ dans la conduite des enquêtes, a pu édicter un certain nombre de mesures propres à protéger le suspect contre des maux tels que l'arbitraire et les manœuvres policières insidieuses.

²⁹ En ligne : <Hhttps://www.herault.gouv.fr/services_de_l_Etat> (consulté le 15/7/2021).

Pour preuve, les promoteurs de discothèques et autres lieux clos où l'on joue de la musique ont été invités à prendre des mesures pour canaliser les sons afin qu'ils soient confinés au seul local apprêté pour la cause à travers la mise sur pied des moyens insonorisants mais rien n'y fait. Tout est fait sous la barbe des autorités qui constatent d'un œil complice parce que complaisant les violations ainsi commises.

CONCLUSION

La question de la réglementation de la pollution sonore en droit congolais et camerounais a été l'objet de cette étude. En effet, les problèmes environnementaux qui affectent actuellement la terre tendent à s'amplifier plutôt qu'à se résorber. Et la pollution sonore semble être monnaie courante avec la technologie. On constate que les populations, suite à la pauvreté, l'appréhendent mal.

Malgré une prise de conscience grandissante au niveau planétaire, les efforts réalisés ne semblent pas suffire à inverser la situation. Pour pallier aux problèmes de la pollution sonore, la RDC et le Cameroun ont adopté des mécanismes de protection prévus par différents textes qui ont été promulgués. L'analyse de ces mécanismes nous a permis d'observer, dans la première partie, une convergence textuelle et institutionnelle de la réglementation sonore dans les deux États. Il a été démontré que la pollution sonore est aujourd'hui un problème de santé publique dans plusieurs villes de la RDC et du Cameroun. Mais aussi dans plusieurs autres villes africaines. Il a cependant été constaté d'une part l'existence d'un foisonnement législatif sur les pollutions sonores et, d'autre part, la précision décrétole sur les pollutions sonores.

En dépit de toutes ces normes, la pollution sonore fait toujours l'objet des plaintes des voisins, des propriétaires des églises et discothèques. Les gouvernements doivent donc agir et mettre en place un cadre réglementaire approprié. Les entreprises et établissements émetteurs du son doivent revoir leurs priorités et cheminer vers une production plus respectueuse de l'environnement. Toutefois, pour arriver à des

changements durables, il faudra que les acteurs de poursuite contre toute atteinte à l'environnement fassent leur travail sans se laisser corrompre. Parce que souvent, dans les pays en développement, ce sont les chargés de poursuite d'une infraction qui facilitent l'impunité. Mais aussi que chaque individu prenne conscience du rôle qu'il doit jouer et décide de modifier certains comportements pour le bien de tous.

Dans une deuxième partie, nous avons analysé la divergence dans la procédure de répression des pollutions sonores en RDC et au Cameroun. Il est vrai que les deux États présentent presque les mêmes problèmes environnementaux, mais la procédure de poursuite est différente. On observe qu'en RDC la poursuite est faite par les officiers du ministère public et les officiers de police judiciaire (personnel judiciaire) alors qu'au Cameroun elle est faite par le préfet (personnel administratif). En somme, l'implication et la conscience de chaque citoyen pour lutter contre la pollution sonore est primordiale. Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement et à la prévention des pollutions, des risques et des nuisances, y compris lorsqu'il s'agit du cadre de vie. Les personnes publiques et privées doivent dans toutes leurs activités se conformer aux mêmes exigences.

Que les deux États créent une communauté scientifique qui sera en collaboration avec les institutions judiciaires pour le suivi, l'évolution et le contrôle de la mise en œuvre de la loi. De même, le ministre chargé de l'environnement peut saisir le Conseil national du bruit de toute question relative à la lutte contre les nuisances sonores et à l'amélioration de la qualité de l'environnement sonore. Il peut le consulter sur les projets de textes législatifs et réglementaires ayant une incidence dans ce domaine. Il peut à son initiative et après en avoir informé le ministre chargé de l'environnement examiner toute question relative à l'amélioration de l'environnement sonore et proposer les mesures propres à prévenir les nuisances sonores ou à en réduire les effets³⁰. Toutefois, il est bon de faire une étude comparée

³⁰ Chantal CANS, *Code de l'environnement*, 20^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017, p.2556.

afin de savoir la bonne méthode appliquée par les États qui arrivent à maîtriser la pollution sonore.

*

* *

Insuffisances de la notion de droit d'accès à l'eau potable

Faustin MUYEMBE*

RÉSUMÉ

L'expression « droit d'accès à l'eau potable » s'est imposée depuis, maintenant, 17 ans en droit positif. La constitutionnalisation du concept de droit d'accès à l'eau potable représente, indubitablement, une avancée dans le système juridique de la République démocratique. Mais, cette avancée ne doit pas empêcher le juriste à s'interroger, d'un côté, sur de multiples problèmes d'ordre sémantique inhérents à la notion de droit d'accès à l'eau potable en droit constitutionnel ; d'un autre côté, sur les difficultés liées à sa correspondance avec le droit public africain des droits de l'homme, en adéquation avec les standards, principes et procédures juridiques universels portés par le droit international applicable.

Cette réflexion se saisit, donc, des questions ayant trait tant au sens du droit qu' à sa conformité à la Charte africaine, compte dûment tenu des obligations qu'impose le droit international applicable. La vision manichéenne ou dualiste, entre le vrai et le faux droit ne sera pas adoptée dans cette étude. Comme on le constatera, le système de protection du droit d'accès à l'eau potable n'est pas seulement fondé sur le droit positif. Il inclut, également, la *Soft Law*. Les articles 60 et 61 de la Charte africaine invitent, explicitement, de prendre en considération ces sources du droit international des droits de l'homme et d'autres sources de droit, comme moyens auxiliaires de détermination du droit. Ainsi, le droit de l'environnement et le droit minier sont mis à contribution. De surcroît, les insuffisances de la notion de droit d'accès à l'eau potable ne peuvent pas être analysées au seul regard du droit interne. Le droit international, le droit africain des droits de l'homme et le droit africain de l'environnement ainsi que le droit public européen ont été mis à profit pour révéler les carences qui l'entourent.

Mots-clés :

Accès à l'eau – Eau potable – Environnement – Droit de l'environnement – Discrimination – Constitutionnalisation

* M. Faustin MUYEMBE est Avocat au Barreau de Mbandaka (RDC), Conseil inscrit auprès de la Cour pénale internationale. Il est Doctorant en droit de l'Université Laval (Canada), titulaire de deux Diplômes de Maîtrise en droit, obtenus respectivement à l'Université Laval, au Canada, en 2020 et à University of Portsmouth, au Royaume-Uni, en 2011. Il détient, en outre, un double Baccalauréat en droit et études européennes, de University of Portsmouth, depuis 2008, ainsi qu'un Diplôme d'Agrégé en Enseignement Moyen du Degré Supérieur de l'Université de Lubumbashi, en République démocratique du Congo. Il a suivi également un DEA en droit et pratique des droits de l'homme à l'Institut des droits de l'homme de Lyon, Université Catholique de Lyon, en France. Il est porteur d'un graduat et d'une licence en droit, Département de Droit privé et judiciaire obtenus en République démocratique du Congo. Pour contacter l'auteur : E-mail : fmuyembe2005@yahoo.fr

ABSTRACT :

The expression "right of access to drinking water" has been imposed for 17 years in positive law. The constitutionalization of the concept of the right of access to drinking water undoubtedly represents a step forward in the legal system of the Democratic Republic. However, this progress should not prevent the jurist from wondering, on the one hand, about multiple problems of a semantic nature inherent in the notion of the right of access to drinking water in constitutional law; on the other hand, on the difficulties linked to its correspondence with African public human rights law, in line with the universal legal standards, principles and procedures embodied in applicable international law.

This reflection therefore takes up questions relating to both the meaning of the law and its conformity with the African Charter, with due regard to the obligations imposed by applicable international law. The Manichean or dualist vision, between the true and the false right will not be adopted in this study. As will be seen, the system of protection of the right of access to drinking water is not only based on positive law. It also includes Soft Law. Articles 60 and 61 of the African Charter explicitly call for these sources of international human rights law and other sources of law to be taken into account, as auxiliary means of determining the law. Thus, environmental law and mining law are involved. In addition, the inadequacies of the concept of the right of access to drinking water cannot be analyzed from the sole point of view of domestic law. International law, African human rights law and African environmental law as well as European public law have been used to reveal the shortcomings that surround it.

Keywords:

Access to water - Drinking water - Environment - Environmental law – Discrimination – Constitutionalization.



SOMMAIRE

INTRODUCTION

I. LES AVANCÉES DES DROITS INTERNATIONAL ET AFRICAIN À L'ŒUVRE

A. Le droit international de l'environnement

B. Le droit international des droits de l'homme

1. Les obligations juridiques générales

a. Les obligations juridiques à effet immédiat pertinentes au droit d'accès à

l'eau

- b. Les obligations juridiques progressives du droit d'accès à l'eau
- 2. Obligations juridiques spécifiques découlant du droit d'accès à l'eau potable
 - a. Obligations de respecter le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation de vulnérabilité
 - b. Obligations de protéger le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation de vulnérabilité
 - c. Obligation de mettre en œuvre le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation de vulnérabilité
- 3. Le droit africain des droits de l'homme et le droit de l'environnement
 - a. La Charte africaine et les instruments y afférents relevant des droits de l'homme et de l'environnement
 - i. Textes relevant du droit international
 - ii. Textes relevant de la *Soft Law* adoptés par l'Union Africaine
 - iii. Textes contraignants adoptés dans le cadre de l'Union africaine
 - b. Dégradation des sources d'eau potable et la disposition générale de la Charte africaine applicable
- C. La Convention africaine sur la conservation de la nature et ressources naturelles

II. L'ENCADREMENT DU DROIT D'ACCÈS À L'EAU POTABLE EN DROIT CONGOLAIS

- A. Le cadre constitutionnel et statutaire relatif à l'accès à l'eau potable
 - 1. Le cadre constitutionnel relatif à l'accès à l'eau potable et aux obligations étatiques correspondantes
 - 2. Le cadre statutaire pertinent à l'accès à l'eau potable et aux obligations correspondantes
- B. Le droit de recours des personnes du fait de la mauvaise gestion des déchets miniers dangereux dans le voisinage des sources d'eau potable

1. La reconnaissance d'un droit à un recours effectif et sans entrave
2. La reconnaissance d'un droit à un recours administratif et civil contre l'État

CONCLUSION



INTRODUCTION

L'eau est une source de vie¹. Cette réflexion se situe dans le domaine du droit d'accès à l'eau potable de la République démocratique du Congo. Elle vise à déterminer si le sens de la notion de droit d'accès à l'eau potable est conforme à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en cohérence avec le droit international applicable. L'analyse des sources des dispositions pertinentes du droit constitutionnel, en conjonction avec des sources pertinentes, nous permet de répondre, négativement, à cette question.

En son sens objectif, le droit correspond à un ensemble de règles visant à organiser la conduite de l'homme en société et dont le respect est assuré par l'État. En outre, le droit objectif reconnaît et sanctionne lui-même des droits subjectifs². Ceux-ci sont des prérogatives attribuées dans l'intérêt des personnes qui leur permettent de jouir d'une chose, ou d'un objet, tel que l'eau potable, ou d'exiger d'autrui, y compris l'État, une prestation en lien avec cet objet, tel que la protection des ressources d'eau potable contre la contamination du fait d'activités extractives dangereuses, ou, le cas échéant, l'assainissement des terres et des eaux contaminées³. Sur cette base, nous pouvons considérer que le droit d'accès à l'eau potable comporte un sens objectif. C'est un ensemble d'obligations que le droit à l'eau impose aux États sur l'ensemble de leur territoire national sans discrimination de situation sociale. Ces obligations étatiques, qu'elles soient d'ordre pratique ou normatif, apparaissent à

¹ TAKELE SOBOKA BULTO, *The extraterritorial application of the human right to water in Africa*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2014; UNEP--Center for International Environment Law, *UNEP Compendium on Human Rights and the Environment –Selected International Legal Materials and Cases*, 2014 ;Judith KIMERLING, « Habitat as human rights : indigenous huaorani in the amazon rainforest, oil, and ome yasuni » (2016) 40 *Vermont Law Review* 80 ; Marcos ORELLANA, « 15th Annual vermont law review symposium : habitat for human rights » (2015) 40 *Vermont Law Review* 27.

² Élodie BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Paris, Mare & Martin, 2014, aux p. 47-255.

³ Serge GUINCHARD et al., *Lexique des termes juridiques*, 21^{ième} éd., Paris, Dalloz, 2014, p.234, v° "Droit objectif".

divers niveaux. Au plan universel, en droit international de l'environnement et droit international des droits de l'homme. Au plan régional africain, en droit public africain des droits de l'homme et de l'environnement (I). Enfin, en droit interne congolais, c'est-à-dire en droit constitutionnel et dans différents textes statutaires (II).

I. LES AVANCÉES DES DROITS INTERNATIONAL ET AFRICAIN À L'ŒUVRE

La reconnaissance du droit d'accès à l'eau potable en droit international des droits de l'homme a fait l'objet de critiques dans certains écrits⁴. En cause, la lecture constructive adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur les dispositions pertinentes du *Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels* (ci-après le PIDESC)⁵. En dépit de cette lecture constructive, rien ne doit pas dissimuler la contribution de cet organe d'interprétation des droits énoncés dans le PIDESC à la clarification du contenu de ce droit⁶. En premier lieu, la clarification des obligations étatiques⁷. En second lieu, la clarification de la relation qui existe entre ces obligations ou l'indissociabilité de celles-ci⁸. En troisième lieu, la clarification des obligations étatiques immédiates, telles que les obligations de résultat, les obligations progressives et les obligations de conduite. Ces dernières sont également appelées obligations de moyen. Certaines de ces obligations sont affirmées dans différents régimes du droit international. Nous les présenterons en nous arrêtant, d'abord, sur le droit international de l'environnement (A), et, ensuite, sur le droit international des droits de l'homme (B).

⁴ T.S. BULTO, *préc.*, note 1.

⁵ *Observation générale n°15*, by Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Doc. off. CES NU, 2002, Doc. NU. E/C.12/2002/11, 2002.

⁶ T.S. BULTO, *préc.*, note 1.

⁷ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *préc.*, note 5.

⁸ *Ibid.*

A. Le droit international de l'environnement

Avant leur apparition dans les textes des droits humains, les obligations relatives au droit d'accès à l'eau ont été reconnues, d'abord, en droit international de l'environnement⁹. La première formulation d'une obligation de préservation des ressources en eau remonte à la *Déclaration de Stockholm* de 1972. Son Principe 2 est libellé ainsi : « Les ressources naturelles du globe, y compris l'air, l'eau, la terre, la flore et la faune doivent être préservés dans l'intérêt des générations présentes et, à venir par une planification ou une gestion attentive ». La Conférence des Nations Unies sur l'eau traite, ensuite, de différents problèmes pertinents aux ressources en eau¹⁰. D'un côté, la prévention de la pollution des ressources en eau par l'exploitation des ressources naturelles, la surveillance de la qualité de l'eau de boisson, l'hygiène en matière d'eau et la gestion des déchets. D'un autre côté, la coopération internationale en tant qu'obligation applicable aux États en la matière¹¹. Ensuite, une série de conventions issues de différentes décennies met en évidence la prise de conscience, apparemment forte, des questions d'accès à l'eau potable des groupes défavorisés de 1981 à 1990, questions d'actualité dans la littérature onusienne pertinente. Quant à l'ensemble de ces obligations étatiques, elles se rencontrent, d'une façon ou d'une autre, dans les instruments internationaux considérés dans cette étude¹².

B. Le droit international des droits de l'homme

Le droit à l'eau a déjà été reconnu dans divers textes internationaux¹³. Mais c'est l'entrée en vigueur du *Protocole facultatif au Pacte international des droits*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Conférence des Nations Unies sur l'eau*, ONU, WHA30.33, 1977, paragraphes 1-3.

¹¹ *Conférence de Stockholm sur l'environnement Humain, Déclaration de Stockholm 1977*, ONU, 1977.

¹² *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*.

¹³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *supra* note 6. Voir : l'article 14, paragraphe 2 h), de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*,

*économiques sociaux et culturels*¹⁴ en 2013 que traduit la plus importante avancée au sein du régime du droit à l'eau pour les titulaires de ce droit, notamment dans sa dimension procédurale. Cette avancée implique que l'État a l'obligation conventionnelle de garantir les droits des titulaires de ce droit. De plus, le droit international ouvre un recours à ceux-ci afin d'engager la responsabilité internationale de l'État pour atteintes à leur droit à l'eau sur la base de ce Protocole. Par l'expression Protocole Facultatif, Salmon entend tout « accord annexe à un accord principal et qui fait l'objet d'une acceptation distincte, mais réservée aux parties à l'accord principal »¹⁵. Sur cette base, on peut soutenir que, bien qu'il fasse l'objet d'une acceptation distincte, le Protocole en question constitue une avancée par rapport aux textes antérieurs.

L'article 2 dispose : « Des communications peuvent être présentées par des particuliers ou groupes de particuliers, victimes d'une violation par cet État Partie d'un des droits énoncés dans le Pacte ». Il convient de souligner que le droit d'accès à l'eau potable résulte de l'interprétation constructive, par le Comité des droits sociaux, économiques et culturels, des articles 11 et 12 du PIDESC. L'article 11, paragraphe 1, du Pacte énonce un certain nombre de droits qui découlent du droit à un niveau de vie suffisant – « y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants ». Pour ce Comité, ces droits sont indispensables à sa réalisation. En se référant à l'expression « y compris », cet organe d'interprétation des droits garantis par le PIDESC suggère que cet ensemble de droits n'entendait pas être exhaustif. Ainsi, nous considérons avec ce Comité que le droit à l'eau fait partie des garanties fondamentales pour assurer

supra note 13. Voir : l'article 24, paragraphe 2 c), de la Convention relative aux droits de l'enfant et les articles 20, 26, 29 et 46 de la *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (1949)*.; les articles 85, 89 et 127 de la *Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*.; les articles 54 et 55 du *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève (1977)*; les articles 5 et 14 du *Protocole additionnel II aux Conventions de Genève (1977)*.

¹⁴ *Protocole relatif au Pacte international des droits économiques sociaux et culturels*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

¹⁵ Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

un niveau de vie suffisant, d'autant que l'eau est l'un des éléments les plus essentiels à la survie.

En outre, suivant l'*Observation générale n° 6* de 1995, le droit à l'eau est aussi inextricablement lié au droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint en vertu de l'article 12, paragraphe 1 et aux droits à une nourriture et à un logement suffisant conformément à l'article 11, paragraphe 1. Ensuite, suivant le Comité, ce droit devrait être interprété en conjonction avec les autres droits consacrés dans divers textes, en particulier la *Charte internationale des droits de l'homme*. Dans le contexte des activités extractives dangereuses, la contamination de leurs sources d'eau et la dégradation de l'équilibre écologique peuvent affecter les communautés voisines, les rendre vulnérables et porter atteinte à leurs droits à la vie et à la dignité. De plus, de tels droits ne peuvent pas être mentionnés sans faire référence aux obligations étatiques correspondantes. Il s'agit, notamment des obligations étatiques de mise en œuvre et de réalisation du droit à l'eau, incluant la dignité humaine et la vie.

Eu égard à ce qui précède, nous considérons que la notion de droit à l'eau potable correspond à un éventail de droits et obligations correspondantes qui dérivent d'une lecture croisée des dispositions existantes¹⁶. En droit international des droits de l'homme, l'interprétation constructive du PIDESC a joué un rôle important dans la proclamation universelle du droit à l'eau des groupes vulnérables. Dans le cadre de l'*Observation générale n°15 sur droit à l'eau*, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels a sacralisé ce droit dans divers contextes y compris ceux liés aux activités extractives dangereuses et le champ des hostilités militaires¹⁷.

¹⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *supra* note 5.

¹⁷ *Ibid.*

Quant à cette interprétation, elle consiste à partir d'un texte, en l'occurrence le PIDESC, et d'en tirer une conception élargie des droits proclamés. On peut constater qu'il s'agit des droits dont l'existence n'a pas été conçue ou perçue à l'origine comme en faisant partie¹⁸. À ce sujet, on peut citer, par analogie, une recherche en droit public européen des droits de l'homme concernant cette conception élargie des droits proclamés. En effet, dans sa thèse de doctorat, Élodie Ballot fait référence à la « lecture constructive » des droits de l'homme. Cette démarche a également été adoptée par la Commission africaine dans diverses décisions¹⁹. La référence à cette approche constructive est importante pour mettre en lumière la démarche ayant conduit à la reconnaissance universelle du droit à l'eau par le Comité des droits sociaux, économiques et culturels. D'une part, elle clarifie comment les droits d'accès à l'eau ont été reconnus. D'autre part, elle permet aussi de comprendre comment les obligations correspondantes des États ont été universalisées.

Dans le système du droit international des droits de l'homme, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels est l'interprète authentique. En effet, la *résolution 1985/17* de l'ÉCOSOC du 28 mai 1985 confie les tâches de surveillance et d'interprétation des dispositions du Pacte au Comité des droits économiques,

¹⁸Ainsi, la Commission a été créée, spécifiquement sur le fondement de l'article 45 pour assurer la promotion et la protection des droits de l'homme et des peuples énoncés dans la Charte africaine. En vertu des dispositions des articles 60 et 61 de la Charte africaine, la Commission peut s'inspirer des principes du droit international des droits de l'homme notamment ceux contenus dans les autres conventions internationales. Elle peut s'inspirer de ces principes pour déterminer le contenu et la portée des droits garantis dans la Charte africaine. Dans l'interprétation et l'application des droits énoncés dans la Charte africaine, la Commission africaine se base sur sa propre jurisprudence et, tel que prévu par les dispositions combinées des articles 60 et 61 de la Charte africaine, sur les normes, principes et instruments régionaux et internationaux pertinents des droits de l'homme. À cet effet, la Commission africaine accepte les arguments juridiques fondés sur les normes, principes et instruments régionaux et internationaux pertinents et appropriés des droits de l'homme en tenant compte du principe d'universalité bien reconnu et défini par le paragraphe 4 de la Déclaration de Vienne et le Programme d'Action de 1993 selon lequel « tous les droits humains sont universels, indivisibles et interdépendants ».

¹⁹ *Social and Economic Rights Action Center and Center for Economic (SERAC) and Social Rights (CESR) c Nigéria* (1995), Décision sur les communications 155/96, Commission africaine.

sociaux et culturels. Il faut également signaler que les obligations pertinentes au droit à l'eau ont été affirmées dans d'autres textes internationaux. À ce sujet, soulignons l'article 14, paragraphe 2, de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, qui dispose que les États parties doivent assurer aux femmes le droit de « bénéficier de conditions de vie convenables, notamment en ce qui concerne l'approvisionnement en eau ». L'article 24, paragraphe 2, de cette *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, impose une obligation aux États parties de lutter contre la maladie et la malnutrition grâce « à la fourniture d'aliments nutritifs et d'eau potable ». Comme on peut le voir, le droit à l'eau impose des obligations d'ordre pratique aux États pour protéger les droits des personnes qui sont considérées comme vulnérables.

Il est pertinent de préciser que l'activité du Comité des droits économiques, sociaux et culturels a permis de dégager au moins deux catégories d'obligations juridiques internationales. En premier lieu, il s'agit d'obligations juridiques générales (1). En deuxième, il s'agit d'obligations étatiques spécifiques que le droit à l'eau impose aux États (2).

1. Les obligations juridiques générales

a. Les obligations juridiques à effet immédiat pertinentes au droit d'accès à l'eau

Sur le fondement de l'article 2 (2) du PIDESC, les États parties s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés, sans discrimination aucune, fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. L'ONU a récemment affirmé que « l'obligation de ne pas discriminer,

en cette matière, faisait partie des obligations à effet immédiat »²⁰. Cette obligation, qui vise à ne laisser personne pour compte pourrait s'interpréter tant du point de vue social que du point de vue économique. Du point de vue social, les groupes vulnérables doivent faire l'objet de l'attention de la part de l'État, afin que leur approvisionnement en eau soit mis en œuvre en toute égalité et sans discrimination.

En garantissant ce droit, les États sont tenus d'apporter, notamment, une attention égale aux femmes et aux hommes. Comme le stipule l'article 3 du PIDESC, « les États s'engagent à assurer le droit égal qu'ont l'homme et la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels qui sont énumérés dans le présent Pacte ». Sur la base de cette disposition, on peut considérer que le PIDESC pose le principe de l'égalité de traitement concernant les droits garantis, y compris le droit à l'eau potable dans le contexte des activités extractives dangereuses, comme celui du Katanga en République démocratique du Congo. De plus, le paragraphe 12 de l'*Observation générale n° 3 de 1990* dispose que, même dans un contexte difficile, la protection du droit à l'eau des personnes vulnérables doit être assurée. Sur cette base, nous pouvons considérer que, dans un tel contexte, les atteintes au droit à l'eau des groupes vulnérables doivent être évitées particulièrement en mettant en œuvre des programmes spécifiques de prévention. Les obligations de ne pas discriminer et d'égalité de traitement ne peuvent pas s'analyser, seulement, dans leur dimension sociale, car elles peuvent impliquer également une intervention économique. C'est dans ce sens que l'article 2 (1) du PIDESC fait obligation aux États d'agir, d'une part, par « tous les moyens appropriés », c'est-à-dire les exigences pratiques de la protection, et d'autre part, par l'adoption de mesures législatives, c'est-à-dire, des exigences normatives.

²⁰ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *supra* note 5.

Du point de vue économique, l'obligation positive inhérente à l'article 2 (2) du PIDESC impose aux États d'agir pour éliminer toute discrimination de fait fondée sur des motifs interdits, tels que la situation sociale de certains groupes établis autour des concessions minières qui prive ces particuliers d'accéder à l'eau potable. À cette fin, les États sont tenus d'allouer des ressources et d'entreprendre des interventions appropriées, de manière prioritaire, au profit des groupes qui sont historiquement négligés, tels que ceux établis dans le voisinage des concessions extractives dangereuses du Katanga. À défaut, une mauvaise affectation des ressources peut aboutir à une discrimination, même si elle n'est pas toujours manifeste. La colonisation belge au Congo a privilégié les investissements, de manière disproportionnée, vers les services et les équipements d'approvisionnement des centres urbains pour les colons belges. Par conséquent, le système colonial a négligé les groupes établis dans les milieux ruraux²¹. Au sens de l'article 2, paragraphe 2, les États ont l'obligation positive de prendre des mesures correctives qui s'imposent afin que personne ne soit laissée pour compte.

b. Les obligations juridiques progressives du droit d'accès à l'eau

Parmi les obligations juridiques générales progressives, l'article 2 (1) du PIDESC fait référence à l'engagement selon lequel les États doivent « assurer, progressivement, le plein exercice des droits reconnus », en l'occurrence les droits prescrits aux articles 11 et 12. Selon l'Observation générale n°15, « les mesures à prendre à cet effet doivent avoir un caractère délibéré et concret et viser au plein exercice du droit à l'eau ». C'est dans ce sens que le Comité des droits économiques,

²¹ *Problématique de l'Eau en République Démocratique du Congo Défis et Opportunités*, Rapport technique, Rapport technique, Kenya, Nairobi, Programme des Nations Unies pour l'Environnement, 2011, à la p 34.

sociaux et culturels affirme que le PIDESC interdit « l'adoption des mesures rétrogrades »²².

2. Obligations juridiques spécifiques découlant du droit d'accès à l'eau potable

En droit international, le droit d'accès à l'eau potable crée trois obligations juridiques principales à la charge des États et dont sont bénéficiaires les personnes en situation de vulnérabilité dans les périmètres extractifs dangereux comme celui auquel se rapporte cette étude. En premier lieu, il s'agit l'obligation de respecter le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation de vulnérabilité (a), puis de l'obligation de protéger le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation de vulnérabilité (b), et enfin de l'obligation de mettre en œuvre le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation vulnérabilité (c).

a. Obligations de respecter le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation de vulnérabilité

Selon Takele, l'obligation de respecter constitue une obligation négative imposée à l'État de ne pas empêcher, ni restreindre ces droits²³. Selon l'Observation générale n°15, les articles 11 et 12 du *PIDESC* ne se bornent pas à astreindre l'État à s'abstenir d'ingérences arbitraires, car à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif par l'État des droits d'accès à l'eau potable. En tout état de cause, que l'on aborde la question sous l'angle de l'obligation positive de l'État d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits des personnes vulnérables à l'eau potable en vertu des dispositions précitées ou sous celui de l'obligation négative d'une autorité publique de ne pas nuire à son exercice, ou encore d'une partie privée, les principes applicables sont assez voisins²⁴.

²² Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *supra* note 4, p 24.

²³ T.S. BULTO, préc., note 1.

²⁴ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, préc., note 5.

b. Obligations de protéger le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation de vulnérabilité

L'extension de la responsabilité de l'État apparait clairement à travers l'obligation de protéger le droit d'accès à l'eau potable. Dans un contexte extractif, cette obligation, selon l'Observation générale n°15, requiert des États parties qu'ils empêchent les acteurs étatiques et non étatiques d'entraver de quelque manière que ce soit l'exercice du droit à l'eau de leurs ressortissants. Ceux-ci peuvent être, comme dans l'exemple du Katanga, des groupes ou personnes vulnérables ou des personnes agissant sous la supervision de l'administration publique ou des entités étatiques décentralisées, considérant que la décentralisation a été adoptée comme mode de gestion des ressources en eau et ressources naturelles en République démocratique du Congo. Selon l'interprétation du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, nous considérons que la République démocratique du Congo est tenue en vertu des articles 11 et 12 du PIDESC, notamment, « d'adopter des mesures législatives » et autres nécessaires et effectives pour empêcher, par exemple, des compagnies minières de porter atteinte, directement ou indirectement, au droit d'accéder en toute égalité à un approvisionnement en eau adéquat, et de polluer les ressources en eau, y compris les sources naturelles, les puits et les systèmes de distribution d'eau attenants aux périmètres miniers. En effet, l'article 2 du PIDESC doit être lu en conjonction avec les articles combinés 11, (1) et 12 (2), faisant référence, de manière générique, respectivement, aux « mesures appropriées » pour la réalisation du plein exercice du droit à l'eau et des « mesures nécessaires ». Celles-ci englobent tant des mesures législatives comme prévues à l'article 2 (1) et les mesures d'ordre pratique comme énumérées à l'article 12 (2) du PIDESC.

L'obligation positive découlant des articles susmentionnés impose que l'État congolais veille, dans un contexte d'activités extractives dangereuses, à ce que les

opérateurs miniers et les particuliers qui sont porteurs des titres miniers au Katanga ne compromettent pas l'accès à une eau salubre et de qualité acceptable, en quantité suffisante. Par exemples en respectant les zones de protection dans lesquelles une utilisation industrielle de l'eau souterraine ou de surface peut être autorisée ou encore en augmentant les zones de protection existantes.

c. Obligation de mettre en œuvre le droit d'accès à l'eau potable des personnes en situation de vulnérabilité

L'obligation de mettre en œuvre le droit d'accès à l'eau incombe à l'État. Elle se décompose en obligations de *faciliter*, de *promouvoir* et d'*assurer*. L'obligation de faciliter requiert de l'État qu'il prenne des mesures positives pour aider les groupes en situation de vulnérabilité à exercer le droit à l'eau. Comme le souligne l'Observation générale n° 15 : « L'obligation de prendre les mesures voulues impose aux États parties d'adopter une stratégie ou un plan d'action au niveau national en vue d'assurer l'exercice du droit à l'eau et, il faut que cette stratégie soit fondée sur le droit et les principes des droits de l'homme »²⁵.

3. Le droit africain des droits de l'homme et le droit de l'environnement

La Charte africaine des droits de l'homme garantit à l'article 24 le droit à un environnement satisfaisant aux ressortissants des États africains. Pour les rédacteurs de la Charte africaine, le droit à un environnement satisfaisant est un droit de l'homme. L'étude des obligations étatiques liées à l'exercice du droit à l'eau doit donc être envisagée, d'une part, sur le fondement de la Charte africaine (a) et d'autre part, sur le fondement de la *Convention africaine sur la conservation de la nature et ressources naturelles* (b), compte tenu des instruments y afférents.

²⁵ *Ibid.*

a. La Charte africaine et les instruments y afférents relevant des droits de l'homme et de l'environnement

En droit public africain des droits de l'homme et de l'environnement, les obligations étatiques sont affirmées, d'une part, dans la Charte africaine et les instruments y afférents (1.3.1) et, d'autre part, dans la *Convention africaine sur la conservation de la nature et ressources naturelles*, y compris certains textes connexes, tant contraignants que non contraignants (1.3.2). Ces obligations ont été énoncées par les États et la Commission africaine, d'une manière cohérente, avec les obligations prescrites en droit international des droits de l'homme et de l'environnement.

À la différence du Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui structure la présentation des obligations étatiques en trois niveaux, la Commission africaine identifie les trois obligations de l'État comme suit : obligation de respecter le droit à l'eau potable, obligation de protéger le droit à l'eau potable, obligation de promouvoir le droit à l'eau potable et obligation de réaliser le droit à l'eau potable. Comme on l'a vu précédemment, pour le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'obligation de mettre en œuvre se compose des trois obligations, à savoir de faciliter, de promouvoir et d'assurer. Toutefois, nous considérons avec Takele que « l'essence de l'obligation de mettre en œuvre et celle de réaliser est la même »²⁶.

Pour des raisons de cohérence avec le système africain de protection des droits humains, ce mémoire retient ces trois niveaux d'obligations comme cadre de référence dans l'analyse de la compatibilité des obligations constitutionnelles de la RDC avec la Charte africaine en vertu des articles 60 et 61 de cette dernière (chapitre 2).

²⁶ *Ibid.*

Sur le fondement de l'article 45 de la Charte africaine, la Commission a pour mission de formuler et d'élaborer, en vue de servir de base à l'adoption de textes législatifs par les Gouvernements africains, des principes et règles qui permettent de résoudre les problèmes juridiques relatifs à la jouissance des droits de l'homme et des peuples et des libertés fondamentales. Il paraît important de signaler les instruments auxquels se réfère la Commission africaine dans divers documents qu'elle a publiés sur la question du droit à l'eau. Parmi ses documents, il existe des textes relevant du droit international (i). Outre ces textes, elle se réfère, également, aux textes de la *Soft Law* adoptés dans le cadre de l'Union africaine (ii) et enfin, elle prend en considération certains autres textes contraignants (iii).

i. Textes relevant du droit international

La Charte africaine ne prévoit aucune disposition reconnaissant le droit à l'eau. À l'instar de l'interprétation effectuée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur les dispositions des articles 11 et 12 du PIDESC, la Commission africaine a reconnu le droit à l'eau à partir de dispositions contenues dans différents textes. Ceux-ci incluent, notamment l'*Observation générale n°15 sur le droit à l'eau* du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, les *Résolutions 64/292* et *70/169* de l'Assemblée générale des Nations Unies et les *Résolutions 15/9* et *33/10* du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies reconnaissant tant le droit à l'eau que les obligations étatiques d'assainissement qui y sont afférentes.

ii. Textes relevant de la *Soft Law* adoptés par l'Union Africaine

Concernant les textes connexes, non contraignants, adoptés par l'Union Africaine (ci-après, UA) dans le domaine des droits de l'homme et des activités industrielles, il y a lieu de citer, parmi les travaux de la Commission africaine, la *Résolution 300 (2015) sur l'obligation de garantir le droit à l'eau*, les *Lignes directrices et principes de la Commission africaine pour l'établissement de rapports*

par les États en vertu des articles 21 et 24 de la Charte africaine relatifs aux industries extractives, aux droits de l'homme et à l'environnement (2017), les Principes et Lignes directrices sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels en Afrique (2010). Sans examiner en détails les documents susmentionnés, soulignons que dans le document intitulé *Lignes directrices sur le droit à l'eau en Afrique* (ci-après, les Lignes directrices), la Commission formule, aussi clairement, que possible, non seulement, les droits sociaux, économiques et culturels à la base du régime du droit à l'eau, mais aussi, les obligations étatiques correspondantes²⁷. En effet, dans son activité d'interprétation permise par l'article 45 de la Charte africaine, la Commission africaine aboutit à dégager trois observations. En premier lieu, l'ensemble des droits garantis, y compris le droit à l'eau des personnes en situation de vulnérabilité dans les périmètres extractifs, doivent être appliqués, immédiatement, après la ratification de la Charte africaine²⁸. Ce devoir d'application des droits garantis rappelle les « devoirs à effets immédiats » que prescrit, au regard des dispositions des articles 11 et 12 du PIDESC, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, dans le cadre de *l'Observation générale n° 15 sur le droit à l'eau*²⁹.

En second lieu, les obligations de « respecter, protéger, promouvoir et mettre en œuvre tous les droits des ressortissants d'un État », y compris le droit à l'eau des personnes en situation de vulnérabilité, incombent à l'État³⁰. De plus, pour la Commission africaine, il n'existe « aucune hiérarchie préétablie entre ces droits et ceux-ci doivent faire l'objet d'une protection effective au moyen de recours administratifs et judiciaires » effectifs. Pour cette raison, selon *l'Observation*

²⁷ *Lignes directrices sur le droit à l'eau en Afrique*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, à la page 5.

²⁸ *Principes et lignes directrices sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, by Commission africaine.

²⁹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, préc., note 5.

³⁰ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, préc., note 27.

générale n° 15 et le régime du PIDESC, ces recours administratifs et judiciaires doivent être assortis d'assistance financière³¹. Il est, donc, clair qu'un système de protection nationale qui ne prévoit pas, en cette matière, d'assistance au profit des personnes en situation de vulnérabilité n'est pas conforme au droit international et africain des droits de l'homme³². Le législateur ou le constituant est, ainsi, tenu de préciser tous les droits en accordant une attention spéciale à leur effectivité.

En troisième lieu, selon la Commission, les mesures adoptées par l'État doivent être « délibérées, concrètes et ciblées » pour progresser le plus diligemment et le plus efficacement possible vers l'objectif de la pleine réalisation du droit à l'eau, en utilisant au maximum les ressources disponibles³³. Si une stratégie ou, une politique, ou encore, une législation nationale, ne prend pas en compte, de manière délibérée, concrète et ciblée tous les droits des personnes en situation de vulnérabilité, telles celles établies dans les périmètres extractifs dangereux, nous pouvons les considérer comme inadéquates ou imprécises au regard des obligations découlant la Charte africaine, en cohérence avec le PIDESC et l'Observation générale n°15 sur la question du plein exercice du droit d'accès à l'eau des personnes en situation de vulnérabilité.

En adoptant les mesures pertinentes, la Commission africaine est d'avis que les États africain doivent, à travers leurs politiques, stratégies et lois, en cette matière, satisfaire, à l'égard des groupes en situation de vulnérabilité, au moins à deux principes. D'abord, le principe de « non régression et le principe de non-discrimination »³⁴. Ces exigences normatives découlent des principes de non régression et de non-discrimination admis dans le cadre de l'*Observation générale n°15 sur le droit à l'eau* des ressortissants des États parties au PDESC, y compris des

³¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, préc., note 5, paragraphe 53, e) et d).

³² *Ibid.*

³³ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, préc., note 27, à la page 13.

³⁴ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, préc., note 27, paragraphes 13-16.

groupes en situation de vulnérabilité dans un contexte où des activités extractives dangereuses ont lieu.

iii. Textes contraignants adoptés dans le cadre de l'Union africaine

S'agissant des instruments contraignants afférents à la Charte africaine, ils englobent, essentiellement la *Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant*, le *Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des personnes âgées en Afrique*, le *Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des personnes handicapées en Afrique*, et la *Convention de l'Union africaine sur la coopération frontalière* et enfin, le *Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme en Afrique*. Dans sa vision à l'horizon de 2025, l'UA rappelle que, « l'Afrique où l'utilisation et la gestion équitables et durables des ressources en eau contribuent à la réduction de la pauvreté, au développement socio-économique, au développement régional et à la protection de l'environnement »³⁵.

Il convient de préciser que les Lignes directrices représentent le principal outil juridique conçu aux fins d'évaluer la marche en avant des États vers la concrétisation des objectifs inscrits dans *l'Agenda 2063 de l'Union Africaine*, qui tient compte de l'objectif durable 6 du *Programme de développement durable à l'horizon 2030*, en visant respectivement à mettre en œuvre « une utilisation et une gestion équitables et durables des ressources, pour le développement socio-économique, la coopération régionale et la protection de l'environnement, et l'accès de tous à tous à l'eau. Comme renchérit l'ONU, « Ne laisser personne pour compte » quant à l'accès à l'eau potable et l'assainissement³⁶.

³⁵ *Lignes directrices sur le droit à l'eau en Afrique*, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Banjul, Gambie, 2019, à la page 5.

³⁶ *Ibid.*

On constate en lisant ces textes, qu'en ce qui concerne l'accès à l'eau potable des groupes vulnérables, la responsabilité première incombe aux États africains et que les autorités publiques africaines sont tenues d'intervenir, tant, par l'adoption des mesures législatives ou autres afin de donner effet à la jouissance effective de ces droits, tant financièrement que techniquement.

b. Dégradation des sources d'eau potable et la disposition générale de la Charte africaine applicable

Les activités des industries extractives, telles que celles du cobalt au Katanga, passent pour être dangereuses³⁷. En outre, la dégradation des sources d'eau potable liée aux utilisations des sols et la « perte de superficie des sources d'eau potable ainsi que des incidences et risques sanitaires » sont susceptibles d'entraîner des dommages et la responsabilité des autorités publiques sur le fondement des dispositions pertinentes de la Charte africaine³⁸. Cette responsabilité peut être engagée sur le fondement de la Charte africaine. En effet, selon son article 1, les États parties à la Charte africaine reconnaissent les droits, devoirs et libertés garantis et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer³⁹.

C. La Convention africaine sur la conservation de la nature et ressources naturelles

Quant aux normes africaines relatives à l'eau et aux activités industrielles dangereuses autorisées par les pouvoirs publics, il convient de mentionner la *Convention africaine sur la Conservation de la nature et des ressources naturelles*, qui a été ratifiée par la République démocratique du Congo le 30 juillet 2008, et la *Convention de Bamako* sur les déchets dangereux en tant qu'instrument connexe. *Le Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*

³⁷ Voir : l'introduction de cette introduction.

³⁸ *Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles*. 15 septembre 1968, 1001 RTNU 3

³⁹ Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

(2001), qui sera également pris considération, reprend des principes qui sont affirmés en droit public africain des droits de l'homme.

En passant en revue les dispositions de la *Convention africaine sur la conservation de la nature et ressources naturelles*, on note que la responsabilité première est mise à la charge des États pour des faits illicites commis au détriment des normes africaines en vigueur. Les autorités compétentes sont tenues responsables, d'un côté, de se décharger des obligations prescrites par l'article 6 relatif aux eaux. D'abord, elles doivent instituer des politiques de conservation et de développement des eaux. Elles doivent également garantir la qualité et la quantité des ressources en eau. À cette fin, elles doivent garantir à leurs ressortissants une alimentation suffisante et continue en eau.

Dans ce sens, les États parties ont une obligation d'ordre pratique, face aux activités dangereuses, en particulier dans un contexte extractif nocif, de prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation, l'utilisation et le développement des sols, des eaux, de la flore et des ressources en faune en se fondant sur des principes scientifiques et en prenant en considération les intérêts majeurs de la population. D'une part, ils sont tenus d'instituer, en vertu de l'article 6, des politiques de conservation, d'utilisation et de développement des eaux souterraines et superficielles. D'une autre part, l'article 6 fait peser sur les États une obligation de garantir aux populations un approvisionnement suffisant et continu en eaux en prenant les mesures appropriées. En prenant ces mesures, les États doivent prendre en compte différentes exigences d'ordre pratique. Il s'agit, en premier lieu, de réaliser des études sur les cycles de l'eau et des inventaires par bassin de drainage, et ensuite d'assurer la coordination et la planification des projets de développement des ressources en eau. En troisième lieu, les États doivent assurer l'administration et le contrôle de toutes les formes d'utilisation des eaux, et enfin de prévenir et de contrôler la pollution.

En ce qui concerne les déchets dangereux, il convient de mentionner la *Convention africaine de Bamako sur les déchets dangereux*. Suivant les termes de ce texte, les États ont l'obligation de veiller à ce que les producteurs de déchets dangereux s'acquittent de leur responsabilité en ce qui a trait à l'élimination et au traitement des déchets dangereux d'une manière qui soient compatibles avec la protection de l'environnement et à la santé⁴⁰. Pour ce faire, les États ont l'obligation positive de mettre en œuvre les meilleures pratiques en harmonisant leur pratique dans le cadre des conventions pertinentes, telles que la *Convention de Bamako* et la *Convention sur la conservation de la nature et ressources naturelles*. Il importe de préciser, d'abord, que le cobalt du Katanga est une substance dangereuse. Il est mélangé à l'uranium, une substance radioactive⁴¹. Ensuite, ce minerai n'est pas visé explicitement par la *Convention sur la Conservation de la nature et ressources naturelles*. De plus, l'extraction chimique du cobalt libère des déchets nuisibles dans l'environnement⁴². L'article 13 (1) de cette Convention impose aux États des obligations de prévention, d'atténuation et d'élimination, le plus possible, des effets nuisibles sur l'environnement, notamment ceux causés par les substances radioactives, toxiques et autres substances et déchets dangereux. Or, le processus chimique cobalt entraîne des effets nuisibles pour l'environnement et les ressources en eau. Par conséquent, l'extraction chimique de ce métal est nuisible à l'eau.

En vertu de la *Convention africaine sur la conservation de la nature et ressources naturelles*, les états africains ont l'obligation de prendre et mettre en œuvre toutes les mesures de prévention et d'appliquer le principe de précaution dans l'intérêt

⁴⁰ *Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique*, 30 janvier 1991, Volume 2101, I-36508.

⁴¹ *Évaluation Environnementale Post-Conflict de la République Démocratique du Congo*, by Programme des Nations Unies pour l'Environnement, New York, Programme des Nations Unies pour l'Environnement, 2015.

⁴² *Ibid.*

des générations présentes et futures. En vertu du principe de précaution, inscrit à l'article 4 de la *Convention africaine sur la conservation de la nature et ressources naturelles*, nous pouvons considérer que l'absence de certitude, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne saurait justifier que l'État congolais retarde l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque ou l'imminence de dommages graves et irréversibles à la qualité des sources d'eau potable du fait des activités extractives dangereuses. Compte tenu de ce qui précède, il conviendrait de dire que le danger de l'extraction du cobalt est déjà scientifiquement prouvé par diverses études. Ce qui n'est pas encore prouvé c'est le danger que cette activité pose à l'égard des générations à venir. C'est dans ce sens que les politiques et les stratégies de l'État dans ce domaine devraient être guidées par le principe de précaution en vertu de l'article 4, précité. Toutefois, la jurisprudence africaine n'applique pas ce principe. En droit comparé communautaire européen, ce principe a été principalement mis en application dans des affaires portant sur la santé. Selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (« CJCE »), lorsque « des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les autorités publiques peuvent prendre des mesures sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »⁴³.

Comme on l'a souligné plus haut, le *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (2001)* est, également, pertinent pour déterminer si des faits illicites de pollution ou de dégradation des ressources en eau du fait d'une entité privée peuvent être attribuables à l'État. Selon l'article 5, le « comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique,

⁴³ *Royaume Uni c. Commission (1998)*, Aff. C-180/96, Rec. I-2265 et CJCE, Cour de justice européenne.

pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international ». Sur cette base, si nous ne pouvons pas soutenir que la responsabilité de l'État peut bien être engagée sur la base de ce seul texte de la *Soft Law*, nous pouvons, néanmoins, faire valoir deux choses. En premier, ce texte, qui demeure encore un projet 20 ans plus tard, n'entend pas créer des nouvelles obligations étatiques. En second lieu, les principes généraux relatifs à la responsabilité de l'État pour fait illicite sont reconnus dans toute la jurisprudence africaine consultée. Ce texte de la *Soft Law* n'est qu'un moyen auxiliaire pour déterminer le sens du droit et les obligations correspondantes en vertu des articles 60 et 61 de la Charte africaine.

II. L'ENCADREMENT DU DROIT D'ACCÈS À L'EAU POTABLE EN DROIT CONGOLAIS

Le droit d'accès à l'eau potable a été constitutionalisé dans plusieurs pays au monde⁴⁴. Le présent point est relatif à l'encadrement du droit d'accès à l'eau potable en droit congolais et aux obligations correspondantes de l'État. Il expose, d'un côté, le cadre constitutionnel et statutaire relatif à l'accès à l'eau (A) et, d'un autre côté, le droit national pertinent au regard des recours disponibles pour les personnes du fait de la mauvaise gestion des déchets miniers dangereux dans le voisinage des sources d'eau potable (B).

A. Le cadre constitutionnel et statutaire relatif à l'accès à l'eau potable

En droit interne, les sources du droit d'accès à l'eau potable sont présentes tant dans la constitution (1) que dans le cadre statutaire pertinent (2).

⁴⁴ James MAY et Eryin DALY, *Global Environmental Constitutionalism*, Cambridge, University of Cambridge, 2011.

1. Le cadre constitutionnel relatif à l'accès à l'eau potable et aux obligations étatiques correspondantes

Dans sa thèse de doctorat sur *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, Élodie Ballot considère que les premières difficultés d'un texte législatif ou constitutionnel résultent de « l'absence de définition donnée par le constituant ou le législateur »⁴⁵. Pour cette juriste le droit doit reposer sur des « concepts définis » aux fins d'assurer la « sécurité juridique »⁴⁶. Elle poursuit son analyse en affirmant que si certains « droits peuvent être indéterminés, ils ne doivent pas pour autant être indéterminables »⁴⁷. Pour déterminer si, oui ou non, l'œuvre du constituant ou du législateur congolais est inadéquate, il convient d'avoir présent à l'esprit les obligations étatiques formulées en droit international, en cohérence avec le droit public africain des droits de l'homme. La question qui se pose, maintenant, consiste à savoir si le constituant du 18 février 2006 a énoncé des obligations étatiques imprécises ou indéterminées? L'analyse du texte constitutionnel de 2006 nous amène à répondre par l'affirmative.

En effet, le constituant du 18 février 2006 a prescrit, de manière dispersée, les dispositions du droit à l'eau et les obligations étatiques correspondantes. Ajoutée à cela, l'imprécision de ces obligations pose un problème quant à leur sens ou, à tout le moins, pourrait susciter des controverses sémantiques préjudiciables à la clarté des droits protégés dans un texte de droit interne. En premier lieu, l'article 48 de la Constitution de 2006 dispose que le droit d'accès à l'eau potable est « garanti » sans pour autant définir ce droit particulier. Cette disposition ajoute que la « Loi fixe les modalités d'exercice de ces droits ». En considération de cette disposition, on constate que le constituant a précisé l'objet du droit, notamment « l'eau potable ». On constate, également, que les modalités d'exercice de ces droits n'y sont pas spécifiées. En second lieu, l'article 53 se lit ainsi : toute personne a « droit à un environnement sain » et propice à « son épanouissement intégral ». L'État veille à la protection de l'environnement et à la santé des populations ». Ensuite, l'État n'a pas seulement

⁴⁵ T.S. BALLOT, préc., note 1.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, p. 49.

l'obligation de protéger l'environnement et la santé de ses ressortissants. Cette disposition ne précise ni la nature de l'obligation de protection de l'environnement, ni son étendue. La Constitution interdit les déversements dans les eaux de substances toxiques ou de polluants. En effet, l'article 55 stipule que l'enfouissement, le déversement dans les eaux des déchets toxiques, polluants, radioactifs ou de tout autre produit dangereux, constitue un crime puni par la loi. De manière générique, cette disposition est pertinente à l'exemple d'un contexte minier du cobalt.

L'article 60 stipule que le « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés dans la Constitution s'impose aux pouvoirs publics et à toute personne ». À l'instar des dispositions précitées, l'article 60 n'explique pas davantage la portée de l'obligation de respecter que le constituant impose à l'État.

2. Le cadre statutaire pertinent à l'accès à l'eau potable et aux obligations correspondantes

D'après les informations dont le PNUE dispose, certaines utilisations des sols peuvent causer une dégradation des sources d'eau potable. Les chercheurs du PNUE, qui se sont penchés sur ce problème, affirment que la dégradation de la qualité de l'eau potable ne saurait s'expliquer seulement par des utilisations de sol. Ils signalent, également, divers défis tels que la pollution biologique, la mauvaise gouvernance et les limites des capacités humaines et institutionnelles.

Dans le domaine de la lutte contre la pollution de l'eau et la dégradation des sources d'eau potable, les principales dispositions du droit congolais sont les suivantes : la *Loi de 2015 relative à l'eau* prévoit l'interdiction de tout rejet de déchets ou substances susceptibles de polluer, d'altérer ou de dégrader la qualité des eaux et de mettre en danger la santé au sens de son article 19⁴⁸. En vertu de l'article 5, l'État garantit à tout Congolais l'accès juste et équitable aux ressources en eau. Sur la base

⁴⁸ Assemblée Nationale de la République démocratique du Congo, *Loi 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau*, (2015).

de l'article 6, les autorités publiques doivent assurer, dans les limites de leurs compétences et attributions respectives, les missions d'intérêt général nécessaires à la conservation, à l'utilisation et à la protection des ressources en eau. Puisque le législateur a levé l'option pour la décentralisation en cette matière, les organes de l'État, chacun selon ses compétences et attributions, a l'obligation d'adopter des mesures nécessaires à la prévention et au contrôle de la pollution. En vertu de cette disposition, il incombe aux autorités d'adopter et mettre en œuvre les politiques, schémas directeurs et programmes appropriés, pour au moins, deux raisons. D'une part, pour couvrir les besoins en eau de la population et, d'un autre part, pour satisfaire ou concilier les exigences de l'industrie dans le secteur de l'extraction des substances minérales, ainsi que de toute autre activité humaine légalement exercée.

B. Le droit de recours des personnes du fait de la mauvaise gestion des déchets miniers dangereux dans le voisinage des sources d'eau potable

En interdisant au pouvoir exécutif de donner injonction au juge dans l'exercice de sa juridiction, le constituant du 18 février 2006 a voulu reconnaître un droit à un recours effectif aux citoyens (1.); en outre, les victimes d'un dommage causé par l'État ou l'un de ses organes ou, encore, ses préposés bénéficient, également, d'un droit de recours effectif en droit civil (2)

1. La reconnaissance d'un droit à un recours effectif et sans entrave

La violation des droits garantis dans le texte constitutionnel sont protégés, en théorie, par le droit procédural interne. C'est, dans ce sens, que l'article 150 de la *Constitution de 2006* affirme que le pouvoir judiciaire est le « garant des droits fondamentaux des citoyens ». Concernant l'exécution des décisions judiciaires par l'administration, le constituant de 2006 a prévu à l'article 151 de la Constitution que le « pouvoir exécutif ne peut donner d'injonction au juge dans l'exercice de sa juridiction, ni statuer sur les différends, ni entraver le cours de la justice, ni s'opposer à l'exécution d'une décision de justice ».

2. La reconnaissance d'un droit à un recours administratif et civil contre l'État

Les textes de droit interne ouvrent, d'un côté, des voies de recours administratifs et civils et des voies de recours civils, d'un autre côté. S'agissant de la responsabilité civile et administrative, elle correspond à ce que la doctrine définit comme une responsabilité du fait d'autrui, analogue à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés prévus à l'article 260 du *Code civil congolais*. Suivant l'article 260 du *code civil congolais* dispose : « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ». La responsabilité publique, selon Vunduawe, suppose, à tout le moins, la négligence ou une imprudence d'un agent ou un préposé. Lorsque l'agent est considéré comme un préposé, la « responsabilité de l'administration pour des faits commis par lui pendant le service est indirecte »⁴⁹.

En vertu du *Code civil* congolais en matière des obligations, les personnes victimes d'un acte délictueux commis par un préposé peuvent introduire une action en réparation pour un préjudice sur le fondement de l'article 260. Mais, les « tribunaux civils sont tenus, par une présomption légale absolue à tenir pour vrais les faits que les juridictions pénales ont affirmés »⁵⁰. En vertu de l'article 108 du *Code de l'Organisation et de la Compétence judiciaires*, selon lequel « sans préjudice du droit des parties de se réserver et d'assurer elles-mêmes la défense de leurs intérêts et de suivre leur choix, les tribunaux répressifs saisis par l'action publique prononcent d'office les dommages-intérêts et répartition qui peuvent leur être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux ».

La violation des droits garantis dans le texte constitutionnel sont protégés, en théorie, par le droit procédural interne. C'est, dans ce sens, que l'article 150 de la *Constitution de 2006* affirme que le pouvoir judiciaire est le « garant des droits fondamentaux des citoyens ». Concernant l'exécution des décisions judiciaires par

⁴⁹ VUNDUAWE TE PEMAKO et MBOKO DJ'ANDIMA, *Traité de droit administratif de la République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p.240.

⁵⁰ *Ibid.*

l'administration, le constituant de 2006 a prévu à l'article 151 de la Constitution que le « pouvoir exécutif ne peut donner d'injonction au juge dans l'exercice de sa juridiction, ni statuer sur les différends, ni entraver le cours de la justice, ni s'opposer à l'exécution d'une décision de justice ».

Les dispositions pertinentes de la *Constitution*, du *Code civil* et du *Code de l'organisation* et de *Compétence Judiciaires* prévoient des voies de recours mobilisables en cas de violation des droits du fait du déversement des déchets dangereux dans l'eau potable. Or, selon le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, les autorités des États ont l'obligation de prendre que des mesures qui soient compatibles avec le PIDESC et prévoyant, de manière déterminée, « des voies de recours pour les intéressés; et une aide juridique pour pouvoir se prévaloir de recours en justice »⁵¹. Sur cette base, il apparaît, d'une part, que les voies de recours sont prévues dans des dispositions du droit interne. À cet égard, on peut dire que les autorités compétentes se sont acquittées de leurs obligations normatives. D'autre part, force est de constater qu'aucune prescription conçue par le constituant ou le législateur des textes auxquels nous venons de nous référer n'octroie d'aide juridictionnelle aux personnes en situation de vulnérabilité.

CONCLUSION

La notion de droit d'accès à l'eau potable en République démocratique du Congo est-elle conforme à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en cohérence avec le droit international applicable? La réponse est, et doit être, négative. Les prescriptions constitutionnelles relatives à la notion de droit à l'eau des congolais, examinée dans son sens objectif, mettent en évidence son incompatibilité avec les obligations étatiques prescrites en droit international. Les obligations qui sont

⁵¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *supra* note 5, paragraphe 53, e) et d).

prescrites en droit international, qui sont, d'ailleurs, les mêmes que celles prévues en droit régional africain, sont relativement précises.

Par ailleurs, les prescriptions constitutionnelles relatives à la notion de droit d'accès à l'eau potable et les obligations étatiques correspondantes ne sont pas déterminées. À la lecture de la disposition de l'article 48, il apparaît difficile d'affirmer si le droit d'accès à l'eau potable en République démocratique du Congo impose à l'État une obligation de le réaliser, immédiatement, ou progressivement. Elles ne nous apparaissent pas conformes à celles énoncées par la Commission africaine dans divers textes auxquels elle se réfère. De plus, elles apparaissent également incompatibles avec les obligations édictées par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre de *l'Observation générale n°15 sur le droit à l'eau*. Autrement dit, la définition relative au contenu des obligations étatiques reste indéterminée dans le texte constitutionnel congolais. Leur définition claire n'existe pas en droit positif. Les prescriptions formelles dans la Constitution ne permettent pas d'en caractériser les éléments constitutifs au regard des obligations africaines et internationales consultées en la matière.

Il apparaît nécessaire de préciser les obligations constitutionnelles que le droit d'accès à l'eau potable impose à l'État congolais. Le législateur ou le constituant congolais doit rendre la notion de droit d'accès à l'eau potable compatible avec les exigences normatives et pratiques prescrites par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en cohérence avec le droit international applicable.

*

* *

Traitement des litiges fiscaux en droit camerounais

TINWO FONKOUO Simplicie Emmanuel*

RESUME

Le traitement des litiges fiscaux en droit camerounais est un ensemble de mécanismes juridiques susceptibles de régler les différends opposant l'Administration fiscale et les contribuables. Ces mécanismes juridiques peuvent se décliner en deux phases : il s'agit de la phase administrative et de la phase juridictionnelle. Ces différentes phases sont observables par le contribuable afin de trouver une solution aux différends pouvant l'opposer à l'Administration fiscale. Toutefois, ces modes opératoires qui permettent de juguler les désaccords entre l'Administration fiscale et les contribuables connaissent des écueils de lacunes. Ces limites sont observables au niveau de modes de traitement administratif et de traitement judiciaire. Pour un traitement efficace des litiges fiscaux, les souhaits sont émis. Ils concernent tous les aspects du contentieux fiscal. Cette amélioration pourra conduire à la protection des contribuables et leur adhésion à l'impôt.

Mots clés : Traitement – Impôt – Contribuable - Litiges fiscaux – Administration fiscale.

ABSTRACT :

The traitement of fiscal litigations in the Cameroonian law is an assembly of legal mechanisms geared towards resolving differences between the fiscal Administration and tax payers . These legal mechanisms can be explained in two levels. The administrative and legal. These different levels are at the disposal of tax payers in view of obtaining solutions to any litigation against the fiscal administration. However these operational methods intended to mediate inanevent of conflict between the tax payer and the fiscal administration also witnesses some lapses. These limits are observed at the level of Administration and juridical procedures. These wishes concerns the amelioration of all treatment procedures that concerns all fiscal litigations. These ameliorations could lead to the protection of tax payers and their adhesion to the payment of taxes.

* Doctorant en Droit Privé, Option : Droit des Affaires, Faculté des sciences juridiques et politiques (FSJP), Université de Dschang - Cameroun. Pour contacter l'auteur : etinwo@yahoo.fr

INTRODUCTION

La législation fiscale camerounaise est constamment modifiée¹. Elle est complexe et les difficultés de son application sont incommensurables². Face aux multiples textes dont la codification nécessite une mise à jour permanente et parfois tardive, les contribuables³ ignorent leurs droits et obligations⁴. L'Administration fiscale, parfois faute de trouver dans la loi des directives précises dont elle a besoin, est obligée de prendre par voie d'instruction, dont la valeur juridique est questionnable, des décisions concernant la fiscalité⁵. D'autre part, le contribuable qui n'accepte pas les prétentions du fisc doit soumettre le différend à un juge, ce qui va nécessairement conduire à un traitement, c'est le contentieux fiscal⁶.

Le contentieux fiscal est un moyen juridique de défense du contribuable. Les modes de traitement des litiges fiscaux ou contentieux fiscal peuvent être définis comme « l'ensemble des voies de droit au moyen desquelles sont réglés les litiges nés de l'application par l'Administration fiscale, de la loi d'impôts aux contribuables »⁷. Le contentieux fiscal désigne, en d'autres termes, l'ensemble des litiges entre les contribuables et l'Administration fiscale au sujet soit d'une imposition arbitraire, soit d'une violation des règles de forme ou de procédure.

¹ Bagagna BEGNI, *L'harmonisation des politiques fiscales en zone CEMAC. Esquisse des théories du droit fiscal communautaire*, Thèse de doctorat, Douala, Université de Douala, 2013, 551 pages.

² LOGMO, « Les obstacles juridiques, administratifs et culturels au développement d'une fiscalité orientée vers la responsabilité, la transparence », In *la réforme des politiques fiscales axées sur l'innovation et la modernisation des institutions en échange de la collecte et de la gestion du patrimoine public, Tanger (Maroc)*, novembre –décembre ,20 pages

³ Jean Jacques BIENVENU et Thierry LAMBERT, *Droit fiscal*, Paris, PUF, 2001, p.13 et s.

⁴ Alain BENABENT, *Droit civil, les obligations*, 10^{ième} édition, Paris, Montchrestien, 2006, 693 pages.

⁵ Philippe BERNE, *Nature juridique du contentieux de l'imposition*, Thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences économiques, Paris, Université de Paris, 1972, p.70 et s.

⁶ Félix ATECK A DJAM, *Droit du contentieux fiscal Camerounais*, Yaoundé, L'Harmattan, 2009, p.101 et s..

⁷ Paul Marie GAUDEMET et Joël MOLINIER, *Les finances publiques*, tome 2, 6^{ième} édition, coll. « Domat Droit public », Paris, Montchrestien, 1997, p.257 ; Bagagna BEGNI, *La sécurité juridique en matière fiscale au Cameroun*, Mémoire Master II, Faculté de droit, Douala, Université de Douala, 2006, 120 pages.

Il faut noter qu'en matière fiscale, Il existe deux types de contentieux selon l'objet du différend. Il s'agit du contentieux de l'assiette et du contentieux du recouvrement. Le contentieux⁸ de l'assiette est celui relatif au bien-fondé de l'impôt tandis que celui du recouvrement concerne les procédures engagées pour obtenir le paiement de l'impôt. C'est pour cela que Gaston Jeze observe que « l'Impôt est une prestation pécuniaire, requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie, en vue de la couverture des charges publiques ». En clair, le contentieux vise toute procédure engagée, soit après contestation du contribuable, soit à l'initiative de l'Administration fiscale, et ayant pour objet la réparation d'erreurs dans l'application de la loi, en matière des bases d'imposition ou de liquidation de l'Impôt. C'est ce que l'on appelle « le contentieux de l'imposition » par opposition au « contentieux de recouvrement » où le contribuable ne dispute pas le principe ou le montant de l'imposition, mais de la régularité d'une poursuite engagée à son encontre pour le contraindre à s'acquitter de ses obligations envers le trésor public⁹. Aussi, le contentieux fiscal peut être défini comme « l'ensemble des voies de droit au moyen desquelles sont réglés les litiges nés de l'application par l'Administration fiscale, de la loi d'impôt¹⁰ aux contribuables »¹¹.

Le traitement des litiges fiscaux ne se limite pas seulement aux contestations portées devant le juge et réglées selon des procédures juridictionnelles. C'est aussi un

⁸ Le contentieux vient du mot Latin « contentieuse » qui signifie « querelle », « débat », « discussion », donc contestation.

⁹ Gilles NOEL, *Réclamation préalable devant les services des impôts*, Paris, LGDJ, 1985, p.19 et s.

¹⁰ De manière générale, l'Impôt est une somme due dont doit s'acquitter l'assujettie, de par son imposition à un régime définie qui se rattache à la pratique de certains actes et opérations, et ce selon des conditions et critères fixées par l'Etat. Ces sommes sont mis à la disposition de cette dernière dans le but des servir dans la réalisation de projet d'intérêt générale. En d'autres termes l'impôt peut être défini comme un prélèvement pécuniaire, de caractère obligatoire, effectué en vertu de prérogatives de la puissance publique, à titre définitif, sans contrepartie déterminée, en vue d'assurer le financement des charges publiques de l'Etat, des collectivités territoriales et les Etablissements public administratif : Jean-Jacques BIENVENU, Thierry LAMBERT et Laurence VAPAILLE, *Droit fiscal*, 5^{ième} édition, coll. « Droit fondamental », Paris, PUF, 2003, p.212 et s.

¹¹ P.-M. GAUDEMET et J. MOLINIER, préc., note 7, p.257.

ensemble des procédures administratives préalables et juridictionnelles, ceci dans la mesure où il n'est pas permis de saisir le juge avant d'avoir porté sa réclamation devant l'Administration fiscale. Cela voudrait dire qu'un contribuable qui conteste une imposition irrégulière doit engager une démarche Administrative.

Quant au terme « fiscaux », de façon générique, il désigne « ce qui se rapporte à l'impôt, la fiscalité »¹² ou ce qui traduit « l'appartenance au fisc de ce qu'il qualifie »¹³. Il désigne tout ce qui a trait à l'impôt¹⁴. Au sens technique, il englobe les « impositions de toute nature » qui, autant que les impôts, sont des créances fiscales¹⁵.

Par ailleurs, le traitement des litiges fiscaux n'est pas nouveau. Pendant la période où le Cameroun était sous protectorat Allemand, les litiges fiscaux étaient exercés dans les chefferies. C'était un droit coutumier fiscal¹⁶ qui prévalait. Mais, au cours de la période du mandat franco-britannique, le contentieux fiscal était géré conformément à la législation fiscale applicable dans les États de l'Afrique Équatoriale Française. Il s'agit des décrets du 5 août 1881¹⁷ et du 30 décembre 1992. On va dès lors assister à la création du Conseil Contentieux Administratif qui est

¹² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, L.G.D.J., 2014, p.461, v° « Fiscaux, Fiscalité ».

¹³ Laure AGRON, *Histoire du vocabulaire fiscal*, L.G.D.J., Paris, 2000, p.264, v° *Fiscaux, fiscalité*.

¹⁴ Au sens général l'Impôt désigne « Une contribution exigée pour assurer le fonctionnement de l'Etat et les collectivités locales ou une prestation pécuniaire perçue d'autorité sur les citoyens sans consentement pour financer les charges publiques » : Remy CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique de l'étudiant en licence de droit*, coll. « Objectif Droit », Paris, LITEC, 2009, p.197, v° *Impôt*.

¹⁵ La créance fiscale est une créance particulière malgré qu'elle tire son fondement sur un rapport d'obligation et valeur. Ce ci premièrement la nature de l'obligation de l'obligation qui existe entre l'Administration fiscale et le contribuable se décline en une obligation de payer, et la créance fiscale ne repose pas sur un équilibre entre les sommes payées et les prestations reçus. Ce se justifie par le fait que, bien que la créance soit éteint par l'action du contribuable elle ne lui assure pas la contrepartie directe. Bien plus, le consentement à l'Impôt est un consentement de type particulier dans la mesure où c'est la volonté générale par le biais du législateur qui prévaut. Voir l'article 26 alinéas 2 de la constitution Camerounaise.

¹⁶ Ange BANGO, *L'élaboration et la mise en œuvre de la fiscalité dans les pays de la CEMAC*, Thèse de doctorat, faculté de droit, Lyon, Université Jean-Moulin Lyon 3, 2009, p.66.

¹⁷ Ce décret de 5 Aout 1881, portait sur l'organisation et la compétence du contentieux administratif dans les colonies de la Martinique, de la Guadeloupe, de la réunion et réglémentant la procédure à suivre devant ces conseils. Et le décret de 1992 portait sur le régime financier des colonies.

habilité à connaître du contentieux de l'impôt direct et assimilé et les juridictions judiciaires pour le contentieux des impôts indirects et assimilés.

Plus tard, avec l'autonomie interne des pays, c'est-à-dire pendant la période sous la tutelle de l'ONU, le contentieux est géré par le tribunal d'État. Aussi, après les indépendances, la Cour fédérale de la justice va connaître du contentieux fiscal, et la Cour suprême a suivi avec les tribunaux administratifs. De nos jours, les tribunaux administratifs statuent en premier ressort sur le contentieux fiscal et la Cour suprême, à travers la chambre Administrative, statue en appel.

En outre, le droit camerounais, dans le cadre de cette étude, renvoie à l'ensemble des règles juridiques applicables en matière du contentieux¹⁸ fiscal au Cameroun¹⁹. Il s'agit de l'ensemble des textes juridiques qui encadrent les activités fiscales. Ces différents textes juridiques peuvent être nationaux, communautaires et internationaux. Le traitement des litiges fiscaux renvoie à l'ensemble des mécanismes juridiques permettant le règlement des différends pouvant opposer l'Administration fiscale et les contribuables, il s'agit du contentieux fiscal en d'autres termes.

Le thème n'est pas dénué d'intérêt. Il présente un intérêt sur le plan pratique et sur le plan théorique. Sur le plan pratique, l'étude présente un intérêt aussi bien pour le contribuable²⁰ que pour le fisc. Le fisc doit rechercher la pérennisation d'un système fiscal productif et efficient à l'amélioration des rapports avec les contribuables. L'objectif n'est pas d'encourager les contribuables à la contestation régulière de l'impôt, mais de leur faire connaître la procédure juridique applicable pour contester un impôt dont les calculs regorgent d'erreurs. Dans la mesure où plus

¹⁸ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13^{ième} édition, coll. « Domat Droit public », Paris, Montchrestien, Lextenso Éditions, 2008, 1540 pages

¹⁹ F. ATECK A DJAM, préc., note 6, p.56 et s.

²⁰ Gheriss IKRAM, *La performance du contrôle fiscal au Maroc*, Mémoire de Master spécialisé en Management des Services Publics, s.l., Institut supérieur de commerce et d'administration des entreprises (ISCAE), 2007, p.45 et s.

l'Impôt est pesant, moins le contribuable pourra s'en acquitter spontanément. L'État pourra ainsi perdre beaucoup de ressources. En clair, le sujet met en exergue les règles juridiques observables lors de la résolution des conflits entre les contribuables et l'Administration fiscale. Sur le plan théorique, cette étude permet d'appréhender la théorie générale de l'impôt. L'étude du contentieux fiscal est nécessaire et même indispensable pour la connaissance générale du droit fiscal

Au regard de ces intérêts, il serait idoine de se poser la question suivante : le mode opératoire de règlement des différends opposant les contribuables et l'Administration fiscale en droit positif Camerounais est-il adapté ? Une réponse provisoire à la question posée postule pour une inadaptation du mode opératoire de règlement des différends en droit camerounais. L'analyse va non seulement s'appesantir sur la mise en exergue des limites, mais de suggérer quelques pistes de solutions. La démonstration de cette inadaptation doit s'organiser autour de deux idées : la première consiste à donner des clarifications sur les limites des modes de traitement des litiges fiscaux (I), et la seconde va s'appesantir sur la nécessité d'améliorer ces modes de traitement (II).

I. LES LIMITES DES MODES DE TRAITEMENT DES LITIGES FISCAUX

Le contribuable²¹ qui se sent lésé par une imposition que l'Administration fiscale a effectuée, peut utiliser les voies juridiques qui lui sont offertes par la loi pour se faire rétablir dans ses droits. Les modes de traitement des litiges fiscaux sont des moyens de défense du contribuable. Le contribuable qui défend son bien au sujet d'une imposition contestée, aide aussi les autres acteurs de la chaîne fiscale²². Son action contribue à la mise en place de la régularité des opérations fiscales. Mais, le

²¹ Pierre ALAKA ALAKA, *La gouvernance fiscale*, Paris, LGDJ., 2009, p.23 et s.

²² F. ATECK A DJAM, préc., note 6, p.90 et s.

contentieux²³ fiscal présente des complexités au niveau des procédures, ce qui entraîne des insatisfactions²⁴.

Cet état de chose est dû au fait que le contentieux est partagé entre deux juridictions²⁵. Pour mieux appréhender les limites liées au traitement des litiges fiscaux, il est nécessaire de faire l'économie de ce traitement (A) avant de passer à la critique de ce dernier (B.).

A. La substance du traitement des litiges fiscaux

Le contentieux fiscal comprend tout ce qui concerne l'ensemble des litiges pour lesquels les agents de l'Administration fiscale sont appelés soit à formuler des avis et des propositions, soit à prendre des décisions, soit à représenter l'Administration ou agir en son nom devant les tribunaux²⁶. Il s'agit de contestation relative aux impôts ou taxes établis par l'Administration fiscale. Le contentieux fiscal est partagé entre deux juridictions. C'est pour cela que le traitement des litiges fiscaux²⁷ se fait au préalable sur le plan administratif et, ensuite, sur le plan juridictionnel. Aussi, pour mieux appréhender la substance du traitement des litiges fiscaux, il est impératif de s'appesantir sur le fondement du traitement administratif (1) et la consistance du traitement judiciaire (2).

1. Le fondement des modes de traitement administratif

Les réclamations relatives aux impôts, taxes et pénalités établies par la Direction Générale des Impôts (DGI) tendent soit à la réparation des erreurs commises

²³ Joseph OWONA, *Le contentieux administratif de la République du Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2011, 230 pages.

²⁴ Voir à ce sujet, Pierre ALAKA ALAKA, *L'impôt au Cameroun*, Paris, LGDJ., 2009, 364 pages.

²⁵ Jugement n°110/2004-2005 du 29 juin 2005, *Munia John Neba c. État du Cameroun*.

²⁶ Voir Roland ATANGA FONGUE, *Contrôle fiscal et protection des contribuables dans le contexte d'ajustement structurel : cas du Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 342 pages.

²⁷ Gilbert TIXIER et Guy GEST, *Droit fiscal*, Paris, LGDJ, 1982, p.19 et s.

dans l'assiette²⁸ ou le calcul des impositions, soit le bénéfice d'un droit résultant d'une imposition législative ou réglementaire. Ainsi, sur le plan administratif, un contribuable²⁹ qui se croit imposer à tort ou surtaxé dispose des voies de recours devant l'Administration fiscale³⁰ pour se faire rétablir dans ses droits.

Les différentes Lois de Finances de la République du Cameroun disposent que « seuls les contribuables contestant les impôts et taxes dont le montant contenu dans l'Avis de Mise en Recouvrement (AMR)³¹ n'excédant pas cinquante million de francs CFA en principal sont habilités à saisir en première instance le Chef de Centre Régional des Impôts³² ». Cette réclamation susvisée doit, sous peine d'irrecevabilité, remplir certaines conditions, à savoir : être signé du réclamant ou son mandataire, être timbré, porté la nature de l'Impôt³³, l'exercice d'émission, le numéro de l'AMR, l'exposé sommaire des moyens, les conclusions de la partie plaignante et les justificatifs de paiement de la partie non contestée. La réclamation du contribuable³⁴ doit impérativement être introduite auprès du Chef de Centre Régional des Impôts dans un délai de 30 jours à compter de la date de recevabilité de l'Avis de Mise en Recouvrement par le contribuable. Le Chef de Centre Régional des Impôts a un délai de 30 jours pour mener des diligences sur les réclamations du contribuable³⁵. Lorsque les délais sont échus, le contribuable est en droit de saisir le Ministre des Finances. L'article 116 du Livres des Procédures Fiscales du Code Général des Impôts dispose que « [...] les contribuables qui se croient imposer ou surtaxer peuvent faire la

²⁸ Thierry LAMBERT, *Contrôle fiscal. Droit pratique*, Paris, PUF, 1998, p.23 et s.

²⁹ Azzedine LAGMARI, *Contrôle fiscal. Modalités, méthodes et procédures à la lumière des décisions de la Commission nationale du recours fiscal*, s.l., Okad, 2004, p.34 et s.

³⁰ Simplicien Emmanuel TINWO FONKOUO, « La répression pénale de la fraude fiscale des petites en droit Camerounais », (2021) 20 *LE NEMRO Revue Trimestrielle de droit économique* 215-239.

³¹ Voir Raymond MBADIFFO, *Le traitement comptable du redressement fiscal*, Paris, L'Harmattan, 2010, 391 pages.

³² *Code Général des Impôts du Cameroun*.

³³ Emmanuel DISLE et Jacques SARAF, *Droit fiscal*, Paris, Dunod, 2001, p.89 et s.

³⁴ Jacques GROSCLAUD et Philippe MARCHESSOU, *Procédures fiscales*, coll. « Cours Dalloz », Paris, Dalloz, 2004, p.123 et s.

³⁵ Lire à ce sujet l'article L126 et suivant du *Code Général des Impôts du Cameroun*.

réclamation au Directeur des Grandes Entreprises pour les Impositions dont le montant en principal contenu dans l'AMR ne dépasse pas cent millions ». La même procédure devant le Chef de Centre Régional des Impôts est aussi respectée devant le Directeur des Grandes Entreprise³⁶. Tous les contribuables relevant du Centre Régional des Impôts dont les impositions sont irrégulières peuvent porter leurs réclamations auprès du Directeur Général des Impôts lorsque les impositions contestées portent sur un montant supérieur à cinquante millions de Franc CFA. Ceux des Grandes Entreprises lorsque les réclamations portent un montant supérieur à cent millions de Francs CFA.

Par ailleurs, la saisine du Ministre des Finances en matière fiscale constitue, sur le plan administratif de la procédure, le deuxième niveau de recours. Les conditions de fond et de forme observables pour les procédures antérieures sont valables pour les procédures devant le Ministre. La décision du Ministre peut consister en l'admission totale des arguments du requérant, comme elle peut se traduire par leur rejet total ou partiel. En cas d'admission totale des arguments du requérant, l'action contentieuse³⁷ est éteinte et la décision prise doit être notifiée au Receveur des Impôts assignataire, afin qu'il arrête définitivement les poursuites et enclenche la procédure de dégrèvement des impositions contestées. Et en cas de silence, de rejet total ou partiel, le requérant garde le droit d'exercer un recours juridictionnel³⁸ devant le Tribunal Administratif³⁹ compétent. Il faut noter que ces règles observables sont valables en ce qui concerne le contentieux d'imposition ou d'assiette.

³⁶ Article L118 du *Code Général des Impôts*.

³⁷ Anne Nestorine MAGNE, « Recours contentieux et protection du contribuable dans la phase administrative du contentieux fiscal au Cameroun », (2019) 11 *legiafrica Recueil LGA* 15 et s.

³⁸ Jugement n°78/82-83/CS/CA du 30 Juin 1993, affaire n°129/82-83, *Société SOCADA c. Etat du Cameroun*. Dans cette affaire, le juge avance que « attendu qu'il a été jugé d'une part que si l'Administration s'abstient de produire dans le délai à elle imparti, les pièces demandées par le tribunal, elle peut être réputée avoir acquiescé aux faits allégués par le requérant ».

³⁹ Jean Calvin ABAA OYONO, *La compétence de la juridiction administrative en droit Camerounais*, Thèse de doctorat en Droit public, Nantes, Université de Nantes, 1994, p.123 et s.

Par contre, le contentieux du recouvrement relève, sur le plan administratif, de la juridiction gracieuse⁴⁰. Cette juridiction est fondée à accorder aux contribuables sur leurs demandes et sous certaines conditions, une transaction⁴¹, une remise ou une modération relatives aux pénalités fiscales de toute nature mises à sa charge, une remise ou une modération de l'impôt⁴² proprement dit dont il est redevable en matière d'impôts directs⁴³. Mais il faut au préalable une demande du contribuable intéressé pour qu'intervienne la décision de la juridiction gracieuse⁴⁴. Ainsi, le contribuable qui sollicite obtenir à titre gracieux une transaction, une remise ou une modération, se doit d'adresser sa demande au Ministre des Finances qui transmet pour instruction au Directeur Général des Impôts. En clair, un contribuable qui reçoit une notification de redressement⁴⁵, peut avant même de prendre position sur ledit redressement et avant que les Impositions soient arrêtées et mises en recouvrement, présenter une demande de transaction. En revanche, le traitement des litiges fiscaux est marqué par un traitement juridictionnel.

⁴⁰ En matière fiscale, la juridiction gracieuse renvoi au cas où le contribuable est dans l'indigence. Dès lors, le contribuable qui se trouve dans une situation où il est incapable de s'acquitter de son devoir fiscal peut exercer un recours gracieux au près de l'Administration pour demander une faveur. A ce niveau, il ne conteste pas l'Impôt, ni la procédure mise en branle pour le recouvrer. Il reconnaît les impôts mis à sa charge et souhaite une faveur au près de l'Administration fiscale.

⁴¹ L'article 1044 du *Code Civil* dispose que la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou proviennent une contestation à naître. La transaction implique des concessions réciproques faites par le créancier et le débiteur aux fins d'abandonner une part de leurs droits respectifs. La transaction s'applique à une créance fiscale, Impôt ou pénalité seulement, contestée ou encore susceptible de contestation. Elle est encore valable en cas de l'absence de contestation de la créance devant le juge de l'Impôt. Lire les articles L125 du *Livre de Procédures Fiscales du Code Général des Impôts*.

⁴² Une remise ou la modération se présente comme un abandon pur et simple ou conditionnel consenti par un créancier à un débiteur et portant sur tout ou partie de la créance. C'est un acte unilatéral d'abandon de créance.

⁴³ Article L141 du *Livre de Procédures Fiscales du Code Général des Impôts*.

⁴⁴ Claude GOUR, Joël MOLINIER et Gérard TOURNIE, *Procédure fiscale*, coll. « Thémis », Paris, PUF., 1982, p.189 et s.

⁴⁵ F. ATECK A DJAM, préc., note 6, p.30 et s.

2. La consistance du traitement juridictionnel

Sur le plan juridictionnel⁴⁶ pur, le contentieux fiscal se partage entre deux juridictions. Il s'agit de la juridiction judiciaire et de la juridiction administrative⁴⁷. En matière fiscale, la juridiction judiciaire est compétente pour connaître les droits d'enregistrements et de timbre et les impôts indirects et locaux. Pour cela, en matière d'enregistrement et de timbre, l'introduction et l'instruction des instances auront lieu devant les tribunaux civils de première ou de grande instance⁴⁸. La connaissance et la décision sont interdites à toutes autres autorités constituées ou administratives, et ces dispositions sont étendues à tous les impôts indirects qui ne sont pas susceptibles d'être perçus par voies d'Avis de Mise en Recouvrement (AMR). En d'autres termes, si un contrôle fiscal touche l'aspect droit d'enregistrement et timbre ou la taxe sur la propriété foncière, l'inspecteur gestionnaire ou le vérificateur a la possibilité de notifier ces aspects dans un acte unilatéral au contribuable. Celui-ci est tenu dans un délai prévu dans l'acte administratif d'apporter ses arguments dans une correspondance qu'il fait décharger au secrétariat du Chef de Centre concerné. Lorsque les arguments avancés par le contribuable est satisfaisant, l'Administration est en droit d'abandonner les chefs de redressement. Dans le cas contraire, l'Administration fiscale maintient sa position et notifie dans un acte administratif, la

⁴⁶ Voir L .P. Guessele ISSEME, *L'apport de la cour Suprême au droit Administratif Camerounais*, Thèse de doctorat en droit, Yaoundé, Université de Yaoundé, 2010, 703 pages.

⁴⁷ En matière fiscale, les actes administratifs qui peuvent faire l'objet d'un examen du juge Administratif, sont des mesures particulières des poursuites. Il s'agit de l'Avis à Tiers détenteur conformément à l'article L71 du Code Général des Impôts, la contrainte extérieure qui est établie par le Receveur des impôts assignataire à l'adresse d'un autre Receveur des impôts ou d'un comptable du trésor lorsque le contribuable dispose de créances domiciliées chez ces derniers ou en cas de changement de domicile de celui-ci. Voir l'article L74 et suivant du Code Général des Impôts. Il faut noter que le blocage des comptes suivant les articles L76 et suivant, la fermeture de l'établissement, la mise en fourrières d'un véhicule, l'exclusion des marchés publics conformément aux articles L77, L78, L79 du Code Général des Impôts font partie des actes pouvant être contestable devant le juge Administratif.

⁴⁸ Le juge Camerounais le précise dans le jugement de l'affaire *les Galeries Meka Charles c. Etat du Cameroun* en ces termes « qu'il s'ensuit que la Chambre Administrative de la Cour Suprême est incompétente pour connaître des oppositions formés par les redevables contre les titres de perception établis par les agents du service de l'Enregistrement et du timbre ».

liquidation des droits dus, mais le montant arrêté par l'Administration fiscale est porté plutôt sur un titre de perception signé du juge et non de l'autorité fiscale. En cas de contestation de ses droits, le contribuable incriminé doit saisir le juge judiciaire pour arbitrage.

Contrairement au juge judiciaire dont sa compétence en matière de contestation fiscale⁴⁹ se limite au droit d'enregistrement et de timbre, à la taxe foncière, les taxes indirectes et locales, le juge Administratif connaît de toutes les contestations portant sur les impôts et taxes émis par un Avis de Mise en Recouvrement. Les tribunaux judiciaires⁵⁰ sont compétents pour connaître du contentieux d'assiette et de la perception des impôts indirects autre que la TVA, la TSPP, la Taxe d'abattement, la Taxe à l'essieu au sens large, comprenant notamment : la taxe sur la propriété foncière, les droits d'enregistrement et timbre, les droits de succession. Par contre, les juridictions administratives ne prononcent sur les actes administratifs d'imposition. Il a le pouvoir d'apprécier la légalité des actes administratifs. Ainsi, le juge administratif saisi en matière fiscale peut non seulement appliquer et interpréter les actes administratifs d'où résulte l'établissement de l'impôt direct, mais aussi apprécier la légalité. Les juridictions administratives sont comme des juges de l'excès de pouvoir quand il s'agit d'actes administratifs généraux qui règlent les conditions dans lesquelles l'impôt est perçu, mais ce recours ne réduit pas les pouvoirs de contrôle de la légalité du juge de l'impôt. Toutefois, il faut noter que ces modes de traitement ne sont pas épargnés de la critique.

B. La critique des modes de traitement des litiges fiscaux

Le contentieux fiscal ne se borne pas seulement à des contestations portées devant le juge et réglées selon les procédures qui sont juridictionnelles⁵¹. Il englobe les procédures administratives préalables. Toutefois, les dépenses relatives au traitement des litiges fiscaux sont très importantes⁵². Ce qui peut emmener les

⁴⁹ R. ATANGA FONGUE, préc., note 26, p.23 et s.

⁵⁰ François MBOME, *Le contentieux fiscal Camerounais*, Yaoundé, Presses universitaires d'Afrique, 1999, p.40.

⁵¹ Thierry LAMBERT, *Contentieux fiscal*, Paris, L.G.D.J., 2011, p.2.

⁵² Ce constat a été fait par le Sénat Français. Voir le Rapport d'information, commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire associé aux contentieux fiscaux et fiscaux de l'Etat, 17 octobre 2018, p.21.

contribuables à hésiter de solliciter une voie contentieuse pour régler leur litige avec l'Administration fiscale. C'est ainsi que les modes du traitement des litiges fiscaux regorgent d'ambiguïtés sur le plan administratif (1) et d'incohérences sur le plan juridictionnel (2).

1. Un traitement administratif très complexe

Selon Pierre Alaka Alaka,

« [...] la complexité de nos administrations fiscales, éparpillées et disséminées à travers plusieurs ministères, ainsi qu'une fiscalité autoritaire où les impôts nouveaux sont introduits sans préavis, les exemptions nombreuses, les textes foisonnants, les promotions orientées, ont favorisé la fraude fiscale [...] entraînant le recouvrement fiscal le plus médiocre »⁵³.

Dès lors, le traitement administratif⁵⁴ des litiges fiscaux souffre de l'excès de bureaucratie. La procédure est complexe. Les mesures administratives ne sont pas appropriées aux réalités sociales et psychologiques. Ce qui peut provoquer la révolte de la part des contribuables⁵⁵.

Le fait de refaire régulièrement les textes peut créer chez les contribuables⁵⁶ du doute sur l'existence d'une politique économique leur donnant la possibilité d'opérer leur choix⁵⁷. En outre, il faut reconnaître que la majorité des lois fiscales sont établies unilatéralement par l'Administration sans que les contribuables⁵⁸ ne soient associés, cela crée une barrière entre les contribuables et l'Administration fiscale. La

⁵³ Voir à ce propos, Pierre ALAKA ALAKA, *L'impôt au Cameroun. Contribution à l'étude d'un dysfonctionnement administratif*, Paris, L'Harmattan, 2009, 278 pages.

⁵⁴ F. MBOME, préc., note 50, p.89.

⁵⁵ Jean Claude MARTINEZ, *Le statut du contribuable*, Paris, LGDJ., 1980, p.23.

⁵⁶ A. BANGO, préc., note 16, p.90.

⁵⁷ P. ALAKA ALAKA, préc., note 53, p.23.

⁵⁸ Janvier FERMOSE, *Le juge fiscal. Contribution à l'étude des caractéristiques du juge fiscal en droit Camerounais*, Thèse de doctorat en droit public, spécialité Finances publiques, Faculté des sciences juridiques et politiques, N'Gaoundéré, Université de N'Gaoundéré, 2019, p.56.

compréhension des conditions d'établissement de l'impôt et l'utilisation qui est faite de cela peut pousser le contribuable⁵⁹ à développer un sentiment d'une victime de l'injustice fiscale. La charge fiscale n'est pas toujours répartie équitablement entre les citoyens, ce qui peut emmener le contribuable⁶⁰ à considérer que le service qui lui est rendu n'est pas à la hauteur de sa contribution.

Ensuite, la complexité du traitement administratif emmène les contribuables à chercher les voies de contournement pour échapper au fisc, car les règles sont trop compliquées en matière du contentieux fiscal⁶¹. Par ailleurs, les usagers sont perdus face à l'organisation des Administrations fiscales. Un contribuable doit faire le tour de plusieurs Services pour se voir régler les différends qui l'oppose à l'Administration fiscale. Les lois, les règlements et procédures sont jugés trop complexes. Certains contribuables⁶² ont de la peine à faire la différence entre ce qui relève des lois et règlements et ce qui relève de l'organisation administrative. Cette confusion crée une certaine injustice car les contribuables les plus aisés ont plus de facilité pour faire face à cette complexité que les autres doivent pourtant subir.

Le circuit de traitement des dossiers et de l'information est ambigu. Ceci peut s'observer quand la gestion des dossiers est éclatée entre les Services d'assiette et les Services de recouvrement appartenant à des réseaux différents. On observe les Services d'assiette rattachés au Centre des Impôts et les Services de Recouvrement rattachés à la Recette des Impôts. Toutefois, on peut observer des incohérences au niveau du traitement juridictionnel.

⁵⁹ R. ATANGA FONGUE, préc., note 26, p.121.

⁶⁰ P. ALAKA ALAKA, préc., note 53, p.12.

⁶¹ F. MBOME, préc., note 50, p.121 et s.

⁶² Voir, Sedena AKONO ONGBA, *L'apport du juge administratif au droit fiscal Camerounais*, Thèse de doctorat, Yaoundé, Université de Yaoundé II-Soa, 2013, 613p.

2. Un traitement juridictionnel très incohérent

La complexité du contentieux fiscal⁶³ est liée au partage de compétence entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire. Cette complexité se traduit au regard des moyens que le contribuable⁶⁴ entend mettre en œuvre devant le juge⁶⁵. Le contribuable⁶⁶ peut contester son obligation de payer au fond, en se référant au moyen portant sur l'existence de l'obligation de payer le montant de la dette en tenant compte des paiements déjà effectués ou sur l'exigibilité des sommes réclamées ou tout motif ne portant pas sur le calcul et l'assiette⁶⁷. Il peut aussi arriver que le contribuable conteste son obligation de payer en se fondant sur les irrégularités de forme de l'acte de poursuite⁶⁸. Or le législateur ne s'est pas prononcé clairement sur le traitement de ces cas de figure, rendant ainsi ambigu le traitement juridictionnel des litiges fiscaux.

Les incohérences se manifestent par le manque de précisions par le législateur camerounais des moyens tenant à la validité d'un acte interruptif de prescription et les moyens du redevable solidaire. Le législateur n'a pas donné des précisions claires sur la détermination du juge compétent en matière des moyens relevant du contentieux de l'obligation de payer et les moyens du contentieux de poursuite⁶⁹. Par ailleurs, le procès relatif au contentieux fiscal présente un déséquilibre sur le plan de la procédure. Le dispositif tel que prévu par le législateur, met à nu un déséquilibre entre les parties au procès dans la phase d'instruction⁷⁰ et dans la phase de jugement, ceci

⁶³ Guy GEST et Gilbert TIXIER, *Manuel du droit fiscal*, Paris, LGDJ, 1986, p.34.

⁶⁴ Michel BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, coll. « Systèmes cours », Paris, LGDJ., 2012, p.12.

⁶⁵ Georges WIEDERKEHR, « Qu'est-ce qu'un juge ? », dans *Nouveaux juges, Nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1995, p. 575-586, à la page 585.

⁶⁶ Thierry LAMBERT, *Théorie de l'Impôt*, Paris, L'Harmattan, 1995, p.134.

⁶⁷ Martin COLLET, *Droit fiscal*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 2015, p.90.

⁶⁸ Jean Marie MONNIER, « La justice fiscale entre tensions et débats », *Dossier, Pouvoirs Locaux* n°95, IV/2012, p.54.

⁶⁹ Eric VERNIER, *Fraude fiscale et paradis fiscaux. Décrypter les pratiques pour mieux les comprendre*, Paris, Dunod, 2014, p.140.

⁷⁰ L'instruction désigne la « la phase de l'instance au cours de laquelle les parties précisent et prouvent leurs prétentions et au cours de laquelle le tribunal réunit les éléments lui permettant de statuer sur

dans la mesure où le suivi des requêtes et pièces produites par les parties ne donnent pas de garantie suffisante de l'équilibre de l'instruction entre le contribuable⁷¹ et l'Administration fiscale.

En outre, le traitement juridictionnel souffre de l'incohérence que l'on peut observer au niveau de l'attribution de la charge de la preuve⁷². Sur le plan pratique, le juge fiscal⁷³ est celui qui détient la preuve. On peut l'observer en matière du contentieux relatif à la taxation d'office⁷⁴. La majorité des recours⁷⁵ est susceptible d'être jugée irrecevable. Cette irrecevabilité peut porter sur le défaut de réclamation préalable, le non-respect de délai, le non-respect des conditions de forme et de fond ou insuffisance du droit de timbre et les décisions d'incompétence. Vu sur cet angle, le traitement juridictionnel devient défavorable aux contribuables⁷⁶. Ceci peut s'expliquer par le fait que beaucoup de contribuables⁷⁷ ne maîtrisent pas la particularité de la procédure fiscale juridictionnelle. Toutefois, en dépit de ces manquements observés sur les modes de traitement des litiges fiscaux, quelques souhaits peuvent être émis.

elles » : Jean VINCENT et Raymond GUILLIEN, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2005, p.311.

⁷¹ Eric NEVEU et Loïc CADIET, *Regard sur la fraude fiscale*, Paris, LGDJ., 1986, p.56.

⁷² Voir DE LA MARDIERE, *La preuve en droit fiscal*, Paris, L.G.D.J., 2009, p.57, « la loi est loin de prévoir toutes les situations où se pose la question de la charge de la preuve, (...) même lorsque le législateur a prévu certaines règles, la matière est très largement réinvestie par la jurisprudence ».

⁷³ Voir, Augustine MBOULI, *Le dualisme juridictionnel en matière fiscale*, Thèse de doctorat en droit, Département de Finances publiques et fiscalité, Lyon, Université catholique de Lyon 3, 2009, 461p.

⁷⁴ Arrêt n°450, CCA du 25 février 1956, *Compagnie Forestière du Cameroun c. Administration du Territoire*, Arrêt n°283, CCA du 27 Mars 1954, Dame Rose TAULAIGO C/Administration du territoire.

⁷⁵ René CHAPUS, « Qu'est-ce une juridiction ? La réponse à la jurisprudence Administrative », dans *Recueil d'étude en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, CUJAS, p.265.

⁷⁶ S. AKONO ONGBA, préc., note 62, p. 56.

⁷⁷ Alexandre MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal*, Paris, PUF., 2011, p.45.

II. L'AMELIORATION DES MODES DE TRAITEMENT DES LITIGES FISCAUX

Le traitement des litiges fiscaux⁷⁸ présente des écueils de lacunes, ce qui vaudrait dire que sur le plan de la procédure administrative et juridictionnelle, on peut observer des manquements. C'est pourquoi son amélioration est nécessaire afin de l'adapter aux exigences actuelles sur le plan interne qu'international. Selon Maurice Cozian, « la fiscalité des entreprises, sous l'influence du droit interne et du droit européen, est en constance évolution »⁷⁹. Cette amélioration souhaitée va permettre au mode de traitement de jouer un rôle à un niveau optimal. Ainsi, pour atteindre un tel objectif, quelques pistes de solutions sont nécessaires (A) et celles-ci pourront apporter une plus-value sur ce mode opératoire (B).

A. Les pistes de solution

L'impôt⁸⁰ a, depuis longtemps, été considéré comme un facteur de développement d'un pays. C'est ainsi que le Cameroun et les pays de l'Afrique centrale n'ont pas échappé à cette dynamique. Au quotidien, les différents acteurs en présence, à savoir les contribuables et l'Administration, sont confrontés à des différends les opposant⁸¹. L'encadrement juridique qui est approprié souffre de quelques lacunes. Les pistes de solutions proposées se présentent comme un impératif pour créer un climat de confiance entre les acteurs fiscaux. Dès lors, l'encouragement des solutions non juridictionnelles de règlement des conflits (1) et la création des

⁷⁸ Michel LEROY, *L'Administration de l'impôt en France et dans le monde*, Paris, L'Harmattan, 2008, p.67 et s.

⁷⁹ Voir, Maurice COZIAN, Florence DEBOISSY et Martial CHADEFAUX, *Précis de fiscalité des entreprises*, Paris, LexisNexis, 2021, 1100p.

⁸⁰ Marc LEROY, *L'Impôt, l'Etat et la société. La sociologie fiscale de la démocratie interventionniste*, coll. « Finances publiques », Bruxelles, Economica, 2010, p.93.

⁸¹ Nicolas DELALANDE, *Les batailles de l'impôt. Consentement et résistance de 1789 à nos jours*, coll. « L'Univers historique », Paris, Seuil, 2011, p.23.

commissions des voies de recours au contentieux fiscal (2) seront bénéfiques pour ceux-ci.

1. L'encouragement des solutions non juridictionnelles de règlement des différends

La difficulté que l'on peut observer entre le contribuable⁸² et l'Administration fiscale réside dans le fait que ce dernier n'est pas très écouté lors des différents contrôles. C'est pour cela que le souhait du respect de la procédure contradictoire est émis. Ce qui va se traduire par une valorisation du recours hiérarchique. Pour mieux traiter les conflits entre l'Administration fiscale et le contribuable⁸³, un franc débat contradictoire doit exister entre les protagonistes, ceci afin de permettre à chacun de tirer les conséquences fiscales et les conséquences de l'exploitation dans les éventuels redressements. Cela évitera que le contribuable ne découvre ses griefs que lors de la réception de notification de redressement. Cette discussion orale entre le contribuable⁸⁴ et l'Administration doit présenter un caractère obligatoire et ne doit modifier en rien la législation. Sa garantie doit être assurée par la Direction Générale des Impôts et la hiérarchie qui devraient veiller à son application.

Par ailleurs, le recours interne devrait être encouragé. C'est un instrument qui permet à l'Administration Fiscale⁸⁵ de garantir aux contribuables la protection de ses intérêts. Ainsi, le dialogue devient obligatoire. Il va donner l'occasion au contribuable⁸⁶ de fournir des réponses adéquates aux questions posées par l'Administration fiscale et d'arriver à un consensus. Cela vaudrait dire que si le litige

⁸² Maurice COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, Paris, 1999, page 23 et suivant.

⁸³ André BARILARI, *Le consentement à l'impôt*, Presses de science politique, coll. « La bibliothèque du citoyen », Paris, LGDJ., 2000, p.67.

⁸⁴ Gérard CHAMBAS, *Fiscalité et développement en Afrique subsaharienne*, Paris, LGDJ., 1994, p.78.

⁸⁵ Jacques CHEVALIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 275-290, p. 275.

⁸⁶ Patric SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, Paris, Dalloz, 2014, p.87.

existe entre les deux protagonistes, une discussion doit être menée. Ils doivent discuter en cas de contrôle et chacun doit essayer d'apporter des éclaircissements sur les points d'ombre avec des documents probants. La solvabilité du contribuable⁸⁷ peut être prise en compte. Ce qui pourra emmener l'Administration fiscale à parvenir avec le contribuable à seulement ce dont il est capable. Toutefois la création des commissions du contentieux fiscal contribuerait à éradiquer les problèmes posés par ces derniers.

2. La création des Commissions du recours contentieux

Il peut arriver que le contribuable⁸⁸ et l'Administration fiscale n'arrivent pas à s'accorder pendant un certain délai. Les deux parties peuvent ne pas être dans la concertation à l'amiable ou voir le désaccord se dissiper facilement. Le recours à un arbitrage d'une personne neutre s'avère nécessaire. Ainsi, dans le souci d'une quête permanente de l'égalité de tous devant la loi et de l'équité du système fiscal⁸⁹, le législateur devrait améliorer le cadre légal de gestions des conflits. Un cadre qui va prendre en compte les intérêts des uns et des autres. Dès lors, la création d'une Commission locale et d'une Commission à l'échelle nationale de gestion de contentieux fiscal⁹⁰ devient importante. Il va falloir créer au niveau de chaque Région une commission du contentieux fiscal. Celle-ci va se charger de recevoir les réclamations des contribuables de leur ressort de compétence. Elle doit traiter des litiges des contribuables⁹¹ qui possèdent leurs sièges sociaux ou leurs principaux établissements à l'intérieur dudit ressort. Elle peut traiter des réclamations qui ne portent pas sur l'interprétation des dispositions légales et réglementaires.

⁸⁷ J. GROSCLAUD et P. MARCHESSOU, préc., note 34, p.23.

⁸⁸ Daniel GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, Paris, Montchrestien, 2011, p.12.

⁸⁹ Pierre ALAKA ALAKA, *Les difficultés du recouvrement de l'impôt au Cameroun. Contribution à l'étude des dysfonctionnements administratifs*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université Paris 2, 1996, p.12.

⁹⁰ Christophe DE LA MARDIERE, *Droit fiscal Général*, Paris, LGDJ., 2012, p.12.

⁹¹ Maurice COZIAN et Florence DEBOISSY, *Précis de la fiscalité des entreprises*, Paris, Litec, 2012/2013, p.12.

Cette Commission doit être composée d'un magistrat qui a la charge de présider les travaux, du Président du Conseil Régional ou son représentant du ressort ou le siège de la Commission est située et du représentant de l'Administration fiscale⁹² qui assure le rôle du secrétariat et un représentant des contribuables. Cette Commission aura pour obligation de statuer sur toutes les requêtes qui sont soumises. Elle peut faire appel à un cabinet d'expertise à titre consultatif. Elle doit faire une délibération en présence du président ou de son représentant et des représentants des contribuables. Si la décision ne donne pas satisfaction aux parties, elles peuvent faire recours à la commission nationale.

La Commission nationale du contentieux fiscal⁹³ recevra les requêtes adressées à elle avec accusé de réception. Cette requête doit définir l'objet du désaccord et un exposé des arguments avancés. Cette commission doit être permanente et soumise directement sous l'autorité et le contrôle du premier Ministre. Elle doit être habilitée à se prononcer sur les décisions de la Commission régionale ou locale du contentieux fiscal. Cette Commission doit être composée de plusieurs magistrats désignés par le premier Ministre, des fonctionnaires ayant une formation en fiscalité, comptabilité, juridique et économique et des représentants des contribuables et du monde des affaires. Et la présidence sera assurée par les magistrats désignés par le premier Ministre.

Les requêtes doivent être adressées au président de ladite commission. Cette dernière est chargée de les confier aux fonctionnaires dédiés à cet effet pour instruction. Et les décisions rendues doivent être notifiées aux parties par un magistrat.

⁹² Gérard Martin PEKASSA NDAM, « Les transformations de l'administration fiscale camerounaise », dans Magloire ONDIA (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, L'Harmattan, 2010, page 29-65.

⁹³ M. COLLET, préc., note 67, p.34 et s.

Ces décisions doivent être motivées et détaillées. Ainsi la prise en compte des pistes de solutions souhaitées pourra conduire à des avantages incommensurables.

B. Les avantages des pistes de solution

L'organisation du contentieux fiscal⁹⁴ reste de moins en moins connue. Or l'accès du contribuable à son juge constitue un bon élément déterminant du fonctionnement de l'impôt⁹⁵. C'est pour cela que les solutions proposées contribueraient à l'adhésion des contribuables à l'Institution Impôts (1) et les contribuables pourront trouver en cela une protection (2).

1. L'adhésion des contribuables à l'institution « Impôt »

La prise en compte des réformes souhaitées va conduire les contribuables⁹⁶ à s'acquitter de leurs obligations fiscales, ceci sans chercher les voies et moyens pour se soustraire au paiement de l'impôt. Il s'agit de s'acquitter du prélèvement pécuniaire obligatoire, à titre définitif et sans contrepartie directe. Ainsi, pour un individu, l'impôt⁹⁷ est caractérisé par le pouvoir de contrainte dans la mesure où accepter de rétrocéder une partie de ses biens c'est faire violence à ses désirs et à ses passions. Même si les contribuables ont conscience que l'impôt n'est pas sans contrepartie et qu'ils peuvent participer à leur détermination par les mécanismes de décision politique⁹⁸, ces derniers ressentent l'importance de ces prélèvements collectifs comme une atteinte à leurs impulsions personnelles.

Mais dans la mesure où il sert à financer des dépenses d'intérêt général, l'impôt retrouve une légitimité permettant à l'État d'assurer la sécurité des biens et des

⁹⁴ M. BOUVIER, préc., note 64, p.45.

⁹⁵ Emmanuel DISLE et Jacques SARAF, *Droit fiscal*, Paris, Dunod, 2002, p.201.

⁹⁶ Jean-Jacques BIENVENU et Thierry LAMBERT, *Droit fiscal*, PUF, Paris, 2010, p.73.

⁹⁷ A. BANGO, préc., note 16, p.78.

⁹⁸ Joseph OWONA, *Le droit administratif spécial au Cameroun*, Paris, Edicef, 1985, p.123.

personnes et qui protège l'exercice de leurs droits. L'impôt⁹⁹ garantit les conditions de la liberté¹⁰⁰. C'est ainsi que l'impôt¹⁰¹ n'est pas seulement le témoin de la présence d'un État, il est aussi l'indicateur d'un système social qui permet à l'individu d'exister¹⁰². Aussi, la prise en compte des pistes de solutions souhaitées conduira nécessairement à la protection des contribuables¹⁰³.

2. La protection des contribuables

La protection des contribuables¹⁰⁴ est déjà disponible par la norme juridique en la matière. Cela est observable au niveau du Code Générale des Impôts. C'est ainsi que ce dernier dispose que « Le contribuable qui se croit imposer à tort ou surtaxé peut en faire la réclamation au Chef de Centre Régional des Impôts »¹⁰⁵. Toutefois, ces dispositions tendant à protéger les contribuables¹⁰⁶ laissent transparaître quelques écueils de lacunes. Rien n'oblige l'Administration fiscale¹⁰⁷ de répondre urgemment à la sollicitation des contribuables. Ce qui peut empêcher à ce dernier de mener sereinement ses activités. C'est pour cela que le souhait émis sera bénéfique pour le contribuable¹⁰⁸ dans la mesure où le traitement des litiges prendra en compte leurs intérêts. La procédure aura désormais un caractère non seulement écrit, mais contradictoire et inquisitoire. Cette procédure émise sera écrite et conduira au respect

⁹⁹ M. COLLET, préc., note 67, p.47.

¹⁰⁰ Voir, Pierre DELVOLVE, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, tome 88, coll. « Bibliothèque de droit public », Paris, L.G.D.J., 1969, 451 p.

¹⁰¹ Jean Marie AUBY et Roland DRAOGO, *Traité de contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 1984, p.54.

¹⁰² Richard EVINA OBAM, *L'intégration du pilotage des performances en finances publiques camerounaises*, Mémoire présenté en vue de l'obtention du Master en Administration publique, Strasbourg, Université de Strasbourg III, 2005, 67p.

¹⁰³ Daniel RICHER, *Les droits des contribuables dans le contentieux fiscal*, Paris, LGDJ, 1997, p.211.

¹⁰⁴ J.J. BIENVENU et T. LAMBERT, PRÉC., NOTE 10, p.24.

¹⁰⁵ Article L116 du *Code Général des Impôts*.

¹⁰⁶ Yazid ADDA *L'évasion fiscale internationale dans les pays de L'UE*, Thèse de doctorat en droit public, Paris, Université de Paris 2, 2002, p.121.

¹⁰⁷ Arnaud AGOSTINI, *Les options fiscales*, coll. « Thèses », Paris, LGDJ., 1983, p.67.

¹⁰⁸ Marc DASSESSE et Pascal MINNE, *Droit fiscal. Principes généraux et impôt sur les revenus*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p.56.

de l'égalité et la protection du contribuable¹⁰⁹. Les arguments avancés par les protagonistes doivent se faire par écrit ou orale. Le contribuable doit se faire assister par un conseil. La prise en compte de l'égalité entre les contribuables et l'Administration permet à chaque partie d'avoir le temps nécessaire pour comprendre et réfuter les arguments de l'autre¹¹⁰. Le respect du droit à la défense sera assuré à travers la procédure contradictoire¹¹¹. Les échanges d'actes écrits entre le contribuable¹¹² et l'Administration fiscale, la requête et les pièces de mémoire seront communiqués aux parties à travers les commissions compétentes pour la présentation des observations. La procédure sera inquisitoire¹¹³ dans la mesure où la part active est reconnue à la commission dans la recherche des preuves et dans les échanges d'arguments. Ainsi, la Commission doit conduire toute la procédure du contentieux fiscal¹¹⁴. La charge de la preuve doit incomber au demandeur. Le demandeur renvoie au contribuable¹¹⁵, et l'Administration fiscale est le défendeur. Il est donc important pour le contribuable de donner le bien fondé de ses prétentions

CONCLUSION

Il sied de constater que le traitement des litiges fiscaux en droit camerounais est une réalité. Son mode opératoire est basé sur deux leviers. Il s'agit d'une procédure purement administrative et d'une procédure juridictionnelle. Ces deux procédures juridiques qui encadrent le règlement des différends permettent d'apaiser le climat relationnel entre l'Administration fiscale et les contribuables dans la mesure où les

¹⁰⁹ Maurice AICARDI, *L'amélioration des rapports entre les citoyens et les administrations fiscales et douanière*, coll. « des rapports officiels », Paris, Éditions La Documentation française, s.a., p.67.

¹¹⁰ Maurice COZIAN, *L'aménagement de la procédure d'abus de droit. L'amélioration des rapports entre l'administration fiscale et les contribuables*, Paris, PUF., 1989, p.12.

¹¹¹ Raphael HERTZOG, *Le juge fiscal*, Paris, Economica, 2005, p.30.

¹¹² Martial CHADEFaux, *L'audit fiscal*, Paris, Litec, 1987, p.110.

¹¹³ Stanislas MELONE, « Les grandes orientations de la législation pénale en Afrique : le cas du Cameroun », (1975) *Revue Camerounaise de droit* 67.

¹¹⁴ Louis TROTABAS, « Le contentieux fiscal et juridiction administrative », dans *Mélange Paul Negulesco*, Bacarest, 1935, p.783.

¹¹⁵ Christian LOPEZ, *Droit pénal fiscal*, Paris, LGDJ, 2012, p.23.

contribuables peuvent, à travers ces procédures, se voir régler leur contentieux. En revanche, ces mécanismes juridiques tels que prévus par le législateur ne sont pas exempts de critiques. Sur le plan de la procédure administrative de traitement des litiges entre l'Administration fiscale et les contribuables, des écueils des lacunes sont observables. Il en est de même sur le plan juridictionnel.

C'est pour cela que le souhait d'amendement du dispositif juridique en la matière est émis. Il s'agit de la création des nouveaux modes de traitement des litiges. Ces nouveaux modes de traitement des litiges doivent se matérialiser par la création de certains organes en charge du contentieux fiscal. Ce qui va nécessairement conduire les contribuables à ne plus chercher les voies et moyens d'échapper à l'impôt, mais à contribuer efficacement à la charge publique et d'adhérer à l'institution « Impôts ». A travers le souhait émis, les contribuables pourront trouver une protection suite aux nouveaux mécanismes mis en place. Ils vont spontanément s'acquitter de leurs obligations fiscales.

*

* *

Fonction de la peine face aux conditions carcérales : Cas de la prison de Kamina

Martin LUBABA MWENZE NYENGELE*

Jules NKULU NSENGA**

Patrick LENGE NSHIMBA***

RÉSUMÉ

La vie en société est régie par des lois et règlements pour la bonne marche et la régulation de la vie sociale. Lorsque cette vie est troublée, les auteurs des actes délictueux sont amenés dans un établissement pénitentiaire pour leur rééducation et pour purger la peine afin de protéger la société, d'une part et, d'autre part, aider à la rééducation de la personne à la fin de l'exécution de leur peine. La prison centrale de Kamina est l'un des établissements que nous avons choisis pour étudier les fonctions de la peine face aux conditions carcérales. Le traitement ne doit pas mettre l'accent sur l'exclusion des détenus de la société, mais au contraire sur le fait qu'ils continuent à en faire partie. A cette fin, il faut recourir, dans la mesure du possible, à la coopération d'organismes de la communauté pour aider le personnel de l'établissement dans sa tâche de reclassement des détenus. Il est vrai que, d'un côté, la population est protégée par la détention des délinquants mais aussi les conditions humaines ne sont pas suivies et protégées au regard des instructions légales.

La prison ne doit pas avoir pour but d'éliminer et de souffrir le délinquant seulement, mais il faut respecter les droits de l'homme car la dignité de la personne humaine et son épanouissement doivent être garantis même pendant le moment de la détention. Faut-il rappeler que la liberté est une règle mais la détention reste l'exception. La prison doit nécessairement jouer son rôle lui assigné par la loi au lieu de constituer un châtiment ou un calvaire pour le détenu. En plus, la personne en détention doit savoir le pourquoi de sa punition et réintégrer la société en homme transformé. Les dispositions légales en la matière doivent aider à l'épanouissement du délinquant après la relaxation de la prison.

* Licencié en droit à l'Université de Lubumbashi, Licencié en criminologie à l'Université ouverte, Gradué en théologie à l'Université Méthodiste de Kamina. Il est Assistant de deuxième mandat à l'Institut supérieur pédagogique de Kamina, chargé de cours et vice-doyen de la Faculté de Droit à l'Université Méthodiste de Kamina, chargé de cours à l'Institut supérieur des sciences de la sante. L'auteur est Défenseur judiciaire près le Tribunal de grande instance de Kamina.

** Licencié en Droit à l'Université Méthodiste de Kamina, Assistant de premier mandat à l'Université Méthodiste de Kamina et Défenseur judiciaire près le Tribunal de grande instance de Kamina.

*** Licencié en Droit à l'Université de Kamina, Assistant de premier mandat à l'Université Méthodiste de Kamina et Inspecteur judiciaire au Parquet près le Tribunal de grande instance de Kamina.

Mots-clés : Relaxation – Peine – Prison – Resocialisation – Rééducation.

ABSTRACT :

Life in society is governed by laws and regulations for the proper functioning and regulation of social life. When this life is disturbed, the perpetrators are brought to a prison for their rehabilitation and to serve the sentence in order to protect society, on the one hand and, on the other hand, to help in the re-education of the person to be. The end of the execution of their sentence. Kamina Central Prison is one of the establishments we have chosen to study the functions of the sentence in relation to prison conditions. Treatment should not emphasize the exclusion of detainees from society, but rather that they continue to be part of it. To this end, the cooperation of community organizations should be used, as far as possible, to assist the staff of the establishment in their task of reclassifying prisoners. It is true that, on the one hand, the population is protected by the detention of delinquents but also the human conditions are not followed and protected with regard to the legal instructions.

Prison should not aim to eliminate and suffer the offender only, but human rights must be respected because the dignity of the human person and his development must be guaranteed even during the moment of detention. It should be remembered that freedom is a rule, but detention remains the exception. The prison must necessarily play its role assigned to it by law instead of constituting a punishment or an ordeal for the prisoner. In addition, the person in detention must know the reason for his punishment and reintegrate society into a transformed man. The legal provisions in this area should help the development of the offender after release from prison.

Keywords : *Relaxation – Punishment – Prison – Resocialization – Rehabilitation/re-education*



SOMMAIRE

INTRODUCTION

I. CONCEPTS NECESSAIRES À LA COMPRÉHENSION DE L'ÉTUDE

A. La peine

B. La prison ou le milieu carcéral

1. Définition de la prison

2. Évolution de la prison dans l'histoire

3. Objectifs de la prison

II. REGIMES APPLICABLES DANS LES ETABLISSEMENTS
PENITENTIAIRES

- A. Capacité d'accueil de la prison de Kamina
- B. taux d'occupation dans la prison de Kamina
- C. Logement dans la prison de Kamina
- D. Noms et superficies des dortoirs

III. CONDITIONS DE DÉTENTION

- A. Dans les dortoirs (cellules)
- B. Des soins médicaux et de la nourriture

IV. ETAPES DE LA RESOCIALISATION (REINSERTION) DES PRISONNIERS

- A. Procédure vers la réinsertion
- B. Libération définitive et l'assistance post-pénitentiaire
- C. Prisons adaptées à la resocialisation

CONCLUSION



INTRODUCTION

La justice ne peut être entendue, au sens constitutionnel, comme l'ensemble d'organismes auxquels s'adressent des groupements en leur demandant de trancher les affaires qui naissent au sein de la communauté. Celle-ci vit grâce à la réglementation en vigueur, au respect des lois et de la Constitution du pays. Ainsi, le droit pénal sera défini comme un instrument de l'Etat au service de l'ordre et de la tranquillité publics, condition d'une paix durable, gage du développement.

Les pouvoirs publics, en cherchant les moyens les plus efficaces pour supprimer ou limiter autant que possible la criminalité, poursuivent une politique criminelle. Celle-ci est l'ensemble des mesures à l'aide desquelles les pouvoirs publics s'efforcent d'obtenir l'observation aussi complète que possible des règles de vie sociale. De ce fait, le droit pénal constitue un instrument par excellence de toute politique criminelle¹. C'est ainsi que toute personne qui va à l'encontre de ces dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires, contracte une dette envers la société et doit être sanctionnée pour qu'elle soit corrigée afin de ne plus y revenir.

L'organisation pénitentiaire, dans son objectif d'atteindre le degré normal de resocialisation, de réintégration des délinquants, vise au-delà du délinquant, un effort pour arriver à cet objectif. C'est toute la société qui s'en trouve accrue en humaniste et en développement. De ce fait, l'intérêt de cette étude n'est pas à démontrer, il s'impose du fait des retombées sociales que la récidive ou la resocialisation emportent. Mais les fonctions de la peine soulèvent de multiples questions dont on note quelques-unes : la prison est-elle réparatrice ? Quel est le degré de réinsertion qu'elle offre aux détenus ?

En examinant minutieusement les dispositions légales, en l'occurrence celles de l'*Ordonnance n°344 du 17 septembre 1965 relative au régime pénitentiaire*, nous

¹ NYABIRUNGU MWENESONGA, *Droit pénal général Zaïrois*, Kinshasa, DES, 1995, p.15.

constatons la carence des dispositions devant régler l'éducation et l'instruction en prison, le travail pénitentiaire, l'insertion, la préparation du détenu à la sortie ... le manque de réglementation en des matières telles que la réinsertion, le travail en prison, l'importance de la sécurité active et passive pose beaucoup de difficultés en ce qui concerne la réintégration du délinquant dans la société.

Pour analyser l'impact de la prison dans la vie d'un délinquant, il nous est important de préciser certains concepts tels la peine, la prison ou le milieu carcéral (I), de déterminer le régime applicable dans les établissements pénitentiaires (II)

I. CONCEPTS NECESSAIRES À LA COMPRÉHENSION DE L'ÉTUDE

A. La peine

Selon le *Dictionnaire Petit Larousse*, la peine est la douleur morale, punition ou sanction appliquée à quelqu'un en répression d'une infraction. Jean Constant, la définit comme « [...] le moral infligé à titre de punition par le juge à celui qui est reconnu coupable d'une infraction² ». Dès lors, il convient de s'interroger sur l'objet, les objectifs et le sens de la peine.

Dans quelles proportions et quelle idée poursuit le législateur en prévoyant des peines ou le juge en les prononçant ? Le but et la justification des peines et mesures privatives de liberté sont, en définitive, de protéger la société contre les crimes. Mais tel but ne sera atteint que si la période privative de liberté est mise à profit pour l'obtenir, dans toute la mesure du possible que le délinquant une fois libéré, soit non seulement désireux, mais aussi capable de vivre en respectant la loi et de subvenir à ses besoins³. Le sens donné à la peine détermine le regard du citoyen sur la prison, le regard du détenu sur son temps de détention et le regard du personnel pénitentiaire

² Jean CONSTANT, « La philosophie de la peine dans la Divine Comédie », (1963) 15 :1 *Revue internationale de droit comparé* 194-195, 194.

³ PENAL REFORM INTERNATIONAL, *Pratique de la Prison. Du bon usage des règles pénitentiaires internationales*, La Haye, mars 1995, Paris, 1997, p. 111.

sur les missions qui lui incombent. La peine reste donc un moyen à la fois de réparation pour les victimes et de protection de la société mais aussi de la protection du délinquant contre une justice populaire.

Il est question d'analyser ici les buts et les fonctions de la peine ou des sanctions en droit pénal. En effet, toutes les civilisations ont connu un système de pénalité propre.

Mais la peine a accompli des fonctions morale ou rétributive, préventive individuelle ou spéciale, réparatrice et éliminatrice. La peine permet au condamné de mieux mesurer l'importance de la faute qu'il a commise et dont il devra s'abstenir à l'avenir ; de même, en prenant connaissance des peines inscrites par la loi et de leur application concrète par le juge. La fonction de prévention contribue à ce que l'infraction commise ne risque pas de se renouveler soit du fait du coupable lui-même, soit du fait des autres. La réparation vise retourner ce que l'on aura fait de mal et rétablir la partie lésée dans ses droits.

La fonction par élimination de l'individu vise l'effacement de la personne. Malgré que beaucoup de pays du monde ont déjà aboli la peine de la mort, il est vrai que certains délinquants dont l'âge varie entre 50 et 60 ans sont condamnés à des peines de 25 ans de servitude pénale principale se voient être éliminés de par les conditions carcérales du pays. Si le condamné à moins de 50 ans, il aura perdu une grande partie de sa jeunesse et cette peine jouera le rôle d'intimidation. Le délinquant qui a subi la peine prendra toutes les dispositions utiles pour éviter de la subir de nouveau.

En milieu fermé, l'administration pénitentiaire est tenue d'assurer une prise en charge globale et continue des personnes qui lui sont confiées. Pour y parvenir et pour maintenir l'équilibre de ces établissements, elle doit prendre en charge une pluralité de fonctions qui, toutes, contribuent à la garde et à la réinsertion des détenus. Ainsi,

les faire travailler ne constitue pas seulement un impératif pour leur insertion, mais aussi un moyen d'assurer le calme en détention en leur donnant une occupation qui leur permet de gagner pour Cantiner. De même, la fonction de garde des détenus est essentielle pour la mission de sécurité comme pour celle de réinsertion, car si le calme n'est pas établi dans les établissements, aucune visite n'est possible, qu'il s'agisse du travail, de l'enseignement ou de la formation. Enfin, le maintien de l'hygiène ou de l'alimentation est décisif en termes de sécurité et de réinsertion : la dégradation des conditions de vie est en effet susceptible d'engendrer des troubles au sein des établissements et d'accentuer l'effet désocialisant de l'incarcération qui rend encore plus difficile la réinsertion des détenus.

Pour maintenir la sécurité, l'administration utilise trois types de dispositifs et procédures :

- La différenciation entre les établissements lui permet d'adapter le niveau de sécurité aux spécificités de la population carcérales à travers une gradation de la rigueur des régimes de détention. Cette différenciation ne s'applique pas toujours dans les établissements, faute d'une configuration qui le permet ;

- L'administration pénitentiaire encadre strictement les règles de vie en détention pour la définition des règlements intérieurs ;

- L'administration recourt aux différents dispositifs de sécurité passive ou active qui se caractérisent par leur extrême diversité d'un établissement à l'autre. Inévitable en matière de sécurité passive puisque c'est l'architecture même des bâtiments, et bien souvent, leur date de construction, qui sont en cause. Cette diversité est aussi importante en matière de sécurité active ; les différences dans les pratiques professionnelles résultent parfois des habitudes locales, de l'histoire de l'établissement, voire de la personnalité du directeur⁴. La sécurité active résulte des pratiques professionnelles tandis que la sécurité passive a trait principalement aux

⁴ En ligne : <<http://www.oboulo.com/evolution-fonction-peine--25359.html>>

équipements utilisés pour garantir la sécurité de l'établissement. Une fois les conditions de vie détention ne sont pas respectées ou sont mal assurées, beaucoup d'incidents peuvent se manifester : les suicides et les tentatives de suicide, les évasions et les tentatives d'évasion, des agents agressés ou des voies de fait entre les détenus eux-mêmes ou encore les violences de tout genre.

La peine s'exécute en principe dans une prison, le milieu carcéral.

B. La prison ou le milieu carcéral

Il est important de préciser la notion de la prison (1), son évolution historique (2) et son objectif afin d'appréhender l'idée générale de cette étude.

1. Définition de la prison

La prison est définie comme « un établissement pénitentiaire où sont détenus les personnes condamnées à une peine privative de liberté ou en instance de jugement. C'est le lieu où quelqu'un est enfermé ou se sent privé, séquestré ou isolé. Par extension, le terme prison désigne également la peine d'incarcération⁵ ».

En République démocratique du Congo, la prison est régie par la loi organique n°344 du 17 septembre 1965 relative au régime pénitentiaire. Elle est administrée par un personnel de carrière des services publics de l'État, avec une consigne de respecter la norme générale : « [...] toute personne soumise à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement est traitée avec humanisme et avec le respect de la dignité de la personne humaine⁶ ». Elle est d'ailleurs prévue dans la *Constitution du 18 février 2006*, en son article 123, alinéa 6.

⁵ J. CONSTANT, préc., note 1.

⁶ Adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa Résolution 43/173 du 09/12/1988, principe 1^{er}

2. Evolution de la prison dans l'histoire

Le rôle de la prison a évolué. En France, de simple outil de rétention en l'attente du jugement, elle est devenue un élément fondamental du système pénal à partir de la révolution française, une peine en soi. Dans certains pays, principalement les démocraties, la prison est considérée comme un moyen de protéger la société de ses éléments dangereux et de les insérer, mais elle peut également être utilisée comme outil de pression politique dans des contextes plus difficiles. Dans les faits, la réinsertion est rarement pleinement atteinte. Michel Foucault, dans son ouvrage « *Surveiller et punir* », indique que l'utilisation comme peine sanctionnant la délinquance est un phénomène récent qui s'est réellement institué au cours du XIX^{ème} siècle⁷.

3. Objectif de la prison

Les fonctions de la prison varient selon les époques et les sociétés. La plupart de temps il s'agit de punir une personne convaincue d'une faute d'une certaine gravité ; de protéger la société des personnes dangereuses ; de décourager les gens à commettre des actes interdits par la loi ; de forcer le détenu à faire pénitence et des études ou une activité de manière à le réinsérer et d'empêcher des prévenus de prendre la fuite ou de compromettre leur futur procès, on parle alors de la détention provisoire. Autrefois, la prison servait également à enfermer les malades mentaux de manière à les isoler de la société. Maintenant la majorité des pays disposent d'hôpitaux psychiatriques.

Le principe que les détenus doivent conserver, dans certaines limites, les droits et libertés, est lié à l'idée que les détenus réintègrent en général la société et y retrouvent leur place de citoyens ordinaires. La réflexion sur la prison doit évidemment prendre en compte deux missions et ne jamais oublier l'impératif de

⁷ Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, éd. Gallimard, 1993.

sécurité qui s'y rattache. La dangerosité est une réalité de monde carcéral et l'excès d'angélisme serait aussitôt taxé de laxisme. Donc, des objectifs consistent dans l'exécution des sentences pénales, le maintien de la sécurité publique, l'individualisation des peines et dans la mise en œuvre d'une réinsertion sociale des condamnés.

III. REGIMES APPLICABLES DANS LES ETABLISSEMENTS PENITENTIAIRES

Parmi les différents régimes qui ont été proposés et appliqués, il faut distinguer, à côté du régime de l'emprisonnement en commun et du régime cellulaire, qui s'oppose l'un à l'autre, des régimes mixtes tels que le régime auburnien, le régime progressif et enfin les régimes ouverts, dits « régimes de confiance »⁸. Mais afin d'évaluer globalement si le logement des personnes privées de liberté est adéquat on utilise deux notions : la capacité d'accueil (A) et le taux d'occupation (B).

A. Capacité d'accueil de la prison de Kamina

La capacité d'accueil d'une prison est le nombre total de détenus qu'elle peut héberger en respectant une surface minimale définie au préalable par personne ou par groupe des personnes⁹. Etant conçu comme un entrepôt de la société nationale des chemins de fer du Congo, il est vraiment difficile de savoir précisément sa capacité d'accueil.

Après l'expropriation par l'Etat, selon le rapport de certains experts en la matière, la prison de Kamina ne peut héberger au-delà de 120 détenus considérant sa surface totale de 408 mètres carrés¹⁰. Etant donné les crises économiques, politiques

⁸ Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale. Responsabilité pénale. Enquêtes et procès. Exécution des sanctions*, 22^{ème} édition, coll. « Manuel intégral concours », Paris, éd. Sirey, 2020 p. 148-149.

⁹ Pier Giorgio NEMBRINI, *Eau, assainissement, hygiène et habitat dans les prisons*, Publication du CICR, coll. « Référence », Genève, CICR, 2013, p.17.

¹⁰ *Idem*, p. 17.

et manque d'emploi suffisant en République démocratique du Congo, l'on constate à la fois une augmentation des crimes et de multiples arrestations. Les structures judiciaires sont butées à une difficulté matérielle de traiter l'ensemble des dossiers dans un délai légal. Le nombre des magistrats est moindre, d'où la surpopulation carcérale. Avec cet état de choses, les détenus sont exposés à une double peine : la servitude pénale et la promiscuité.

B. Taux d'occupation dans la prison de Kamina

Le taux d'occupation est aussi appelé densité de la population carcérale. Elle est obtenue en rapport du nombre des détenus à la date, au nombre des places définies par la capacité d'accueil. Ainsi, s'applique la formule : « *Taux d'occupation = Effectif des détenus x 100 sur l'effectif des détenus définis par la capacité* ».

Pour la prison de Kamina, la capacité d'accueil qui nous est donnée est de 120 personnes, avec l'effectif des détenus au 20 mai 2021, qui est de 230, le taux d'occupation sera donc :

$$\frac{230}{120} \times 100 = \frac{23\ 000}{120} = 191,6\%$$

Donc le taux de surpopulation dans cette prison est de 91,6%. Si la capacité d'accueil est largement dépassée, il y a surpopulation, les conditions de vie des détenus deviennent généralement difficiles. Cette surpopulation peut poser des problèmes graves à la santé des détenus et peut parfois causer des évasions massives.

C. Logement dans la prison de Kamina

Le logement dans un milieu carcéral est constitué par des dortoirs destinés à accueillir plusieurs détenus. Les détenus y sont enfermés pendant toute la nuit et durant une partie de la journée. Ils restent dans la cour intérieure de 7h30' jusqu'à 17h00'. Les dortoirs doivent répondre aux conditions de surfaces effectivement

disponibles par personne dans chaque local de détention, la ventilation, l'éclairage, l'accès facile aux installations hygiéniques, la literie, etc. Les personnes détenus doivent pouvoir s'allonger pour dormir, se déplacer sans entrave dans les dortoirs, entreposer leurs effets personnels.

Elles doivent faire des exercices physiques, se déplaçant d'un lieu à un autre, si elles estiment nécessaires pour conserver leur corps humain en un bon état de santé.

Les dortoirs de la prison de Kamina ne remplissent pas les conditions ci-hauts énumérées. Ils accueillent un nombre exorbitant des détenus que prévu. Il y en a qui reçoivent 40 à 60 détenus et d'autres 30 à 40 détenus selon la surface de chaque dortoir.

D. Noms et superficies des dortoirs

L'établissement pénitentiaire qui fait l'objet de notre travail totalise sept dortoirs dont les noms et superficies ci-après : Belgique = 40 m² ; URSS = 28 m² ; Chine = 20m² ; Ethiopie = 24 m² ; Iran-Irak = 32 m² ; Soweto = 40 m² et Chicago = 27 m². La cour intérieure compte une surface de 48 m² où repose une population pénitentiaire de 230 détenus.

III. CONDITIONS DE DETENTION

Les conditions de détention dans le milieu carcéral de Kamina dépendent selon que l'on parle des dortoirs (A) ou des besoins médicaux ou de la nourriture (B).

A. Dans les dortoirs (cellules)

L'expérience a montré qu'il est toujours opportun de vérifier que l'occupation de deux ou plusieurs détenus, à condition que le volume disponible, la ventilation, le mobilier, le matériel sanitaire soient conformes aux normes. Il revient aussi à l'administration de la prison de s'assurer du respect de certaines règles : volume d'air par détenu, hauteur du plafond, éclairage et ventilation, commodité d'accès aux

toilettes, au lavabo et aux douches, dans ou hors de la cellule, matériel de couchage et mobilier destiné au rangement des effets personnels¹¹. Ceci présente en réalité un aspect différent de la pratique. En effet, le matériel de couchage (draps de lit, couvertures, matelas, ...) doit être adapté au climat. La réalité de cette prison est que n'eut été l'intervention des personnes de bonne volonté (Comité international de la croix rouge et la MONUSCO) qui avaient fait un don des couvertures, nattes, construction des installations hygiéniques, réservoir d'eau, les détenus allaient dormir à même le sol ; ils pouvaient manquer des installations sanitaires adéquates, nous a déclaré le personnel de la prison. La propreté et l'hygiène est obligatoire à chaque détenus¹².

B. Des soins médicaux et de la nourriture

Un personnel qualifié et compétent doit être affecté à cet effet. Les détenus sont soignés au dispensaire de la prison. En cas de gravité, ils sont transférés devant le Médecin de l'Hôpital Général de référence de Kamina pour compétence. Ce dispensaire carcéral est supervisé par un Assistant médical, lui aussi assisté d'un infirmier. Ce qui est déplorable est le manque de médicaments et autres matériels appropriés. Le médecin est tenu de visiter chaque fois qu'il y a une demande d'urgence¹³.

Pour ce qui est de la nourriture, un peu plus haut, il a été dit que pour les détenus, la vie en prison ne doit pas être différente de la vie libre. Sur place, le constat est que le repas est préparé journallement par la prison, mais cela n'empêche que les détenus reçoivent la nourriture de leurs familles respectives ou des églises de la ville de Kamina. Les aliments à consommer par eux doivent répondre à toutes les conditions possibles d'hygiène. Le gardien surveille ou fait surveiller la préparation

¹¹ PENAL REFORM INTERNATIONAL, préc., note 3, p. 52-53.

¹² Ordonnance n°344 du 17 septembre 1965 relative au régime pénitentiaire, article 48.

¹³ *Idem*, art. 56.

et la distribution des aliments aux détenus¹⁴. Donc de ce côté, il a été démontré que les vivres ne posent pas un grand problème, même la bonne santé de plusieurs détenus le prouve. La règle est que tout détenu doit recevoir de l'administration aux heures usuelles une alimentation de bonne qualité, bien préparée et bien servie, ayant une valeur nutritive suffisante au maintien de sa santé et de ses forces¹⁵.

IV. ETAPES DE LA RESOCIALISATION (REINSERTION) DES PRISONNIERS

A. Procédure vers la réinsertion

Il existe deux missions importantes à relever. L'on oppose souvent la mission de sécurité à celle de réinsertion, assignées par la loi à l'Administration pénitentiaire. Les deux objectifs, loin d'être contradictoires, sont en effet dans la réalité intimement liés. L'Administration pénitentiaire a besoin de ses deux pieds pour marcher ; la sécurité de la société est assurée lorsque la réinsertion d'un condamné est réussie et que disparaît le spectre de la récidive. L'on doit toutefois relever le comportement du condamné après sa libération et l'assistance qu'il mérite pour sa bonne réinsertion.

B. Libération définitive et l'assistance post-pénitentiaire

Le condamné qui a complètement exécuté sa peine est définitivement libéré. Juridiquement, le condamné a payé sa dette vis-à-vis de la société et celle-ci ne peut plus rien lui demander. Elle ne devrait plus avoir le droit de s'occuper de lui, de l'assister et de diriger ses activités. Mais c'est un point de vue théorique qui ne résiste pas à l'épreuve des réalités.

L'expérience démontre que les libérés définitifs ne sont pas tous réinsérés socialement ; beaucoup d'entre eux restent des inadaptés sociaux qu'il consiste de

¹⁴ *Ibidem*, art. 61-63.

¹⁵ OFFICE DES NATIONS UNIES CONTRE LA DROGUE ET LE CRIME (ONU DC), *Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus. (Règles Nelson Mandela). Modèle actualisé pour la gestion des prisons au XXI^{ème} siècle*, Vienne, s.e., s.a., p. 174.

garantir encore contre les entraînements susceptibles de les conduire à la récidive. En réalité, la plupart ont besoin d'être aidés et assistés afin de pouvoir mener une vie normale et honnête. Delà, naît l'idée d'une assistance matérielle et morale aux libérés définitifs en vue de faciliter leur retour à la vie libre et leur réadaptation au milieu social¹⁶. Mais, la difficulté est d'organiser et réaliser cette assistance post-pénitentiaire. Dans la pratique, l'organisation de l'assistance postpénale pose plusieurs problèmes, celui de son caractère obligatoire ou facultatif et celui de son caractère public ou privé.

Pour arriver à resocialiser ou à réinsérer un délinquant, il faut réunir plusieurs conditions dont voici quelques-unes : avoir des infrastructures appropriées, un personnel qualifié et compétent ; donner une éducation de base et un travail organisé au sein de l'établissement, ... Cela peut permettre d'organiser une période d'emprisonnement adapté à la resocialisation du délinquant.

B. Prisons adaptées à la resocialisation

Le régime de l'établissement pénitentiaire doit chercher à réduire les écarts qui peuvent exister entre la vie en prison et la vie libre dans la mesure où ces différences tendent à établir le sens de la responsabilité du détenu ou le respect de la dignité de sa personne.

Avant la fin de l'exécution d'une peine ou d'une mesure, il est désirable que les mesures nécessaires soient prises pour assurer au détenu un retour progressif à la vie dans la société. Ce but pourra être atteint, selon le cas, par un régime préparatoire à la libération, organisé dans l'établissement même ou dans un autre établissement approprié, ou encore par une libération conditionnelle sous un contrôle qui ne doit pas être confié à la police, mais comptera une assistance sociale efficace¹⁷.

¹⁶ B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, préc., note 7, p. 320.

¹⁷ PENAL REFORM INTERNATIONAL, préc., note 3, p. 112.

Le traitement de prisonnier ne doit pas mettre l'accent sur l'exclusion des détenus de la société mais, au contraire, sur le fait qu'ils continuent à en faire partie. A cette fin, il faut recourir, dans la mesure du possible, à la coopération d'organismes de la communauté pour aider le personnel de l'établissement dans sa tâche de reclassement des détenus. Des assistants sociaux collaborant avec chaque établissement doivent avoir pour mission de maintenir et d'améliorer les relations du détenu avec sa famille et avec les organismes sociaux qui peuvent lui être utiles. Des démarches doivent être faites en vue de sauvegarder, dans toute la mesure compatible avec la loi et la peine à subir, les droits relatifs aux intérêts civils, le bénéfice des droits de la sécurité sociale et d'autres avantages sociaux des détenus¹⁸.

De part toutes ces difficultés que rencontre la prison de Kamina, nous nous fixons l'obligation de penser que le législateur devrait revoir le système pénitentiaire qui contient à ce jour plusieurs ambiguïtés. Le législateur est, en plus, encouragé de voter une loi pouvant réglementer le travail en milieu carcéral, une loi d'orientation et de programmation pour la bonne administration pénitentiaire, bref, une loi devant remplacer l'actuel texte organisant les prisons en RDC, devenu obsolète, ne rencontrant plus les réalités du moment, bien différentes de celles qui existaient en 1965.

Au-delà des textes, il faut reconstruire les prisons congolaises, y compris celle de Kamina qui est un héritage colonial, qui est en délabrement très avancée et qui présente un danger permanent contre les détenus et le personnel pénitentiaire. Il faut également accroître le parc pénitentiaire, disposer des infrastructures répondant aux normes juridiques (standard) de détention en vue de séparer les détenus par catégorie (Femme, homme et enfants), disponibiliser des ateliers et autres moyens pouvant amener les détenus à acquérir une connaissance professionnelle qui les aidera à mieux vivre après leur libération, Nous conseillons de prendre cette tâche avec plus d'intérêt

¹⁸ *Idem*, p.116 et 117.

car la réinsertion dépend de la prise en charge du condamné par le personnel pénitentiaire, qui doit tout mettre en œuvre pour que tout le temps d'emprisonnement constitue un temps socialement utile.

En plus de ce souhait, il faut attacher beaucoup d'intérêts à tous ce que le personnel pénitentiaire fait pour leur réinsertion, resocialisation, réadaptation et conserver les formations subies pendant la détention, de les mettre en pratique après la libération tout en respectant la loi afin de subvenir aux besoins ; prêter main forte à l'administration pénitentiaire en créant un service d'assistance sociale qui peut accompagner les anciens prisonniers et les aider à s'adapter à la vie sociale après leur sortie de prison.

CONCLUSION

Tout au long de ce travail nous avons tenté d'étaler les difficultés que rencontre le personnel dans sa mission de service public pénitentiaire, qui doit assurer le maintien de la sécurité publique et favoriser la réinsertion sociale des détenus qui lui sont confiés par l'autorité.

Des fonctions de la peine et de la prison, des conditions carcérales face à la resocialisation, nous avons épinglé deux points essentiels en ce qui concerne la procédure vers la réinsertion sociale du délinquant passant par la notion des infrastructures, notion liée à l'éducation, à la connaissance professionnelle, à la resocialisation et aux conditions de détention.

Ainsi, de *lege ferenda*, qu'une nouvelle loi devant remplacer l'ordonnance n°344 du 17 septembre 1965 relative au régime pénitentiaire soit prise. Celle-ci devra revoir le système pénitentiaire et régler clairement le régime du travail en milieu carcéral. Elle devra être une loi d'orientation et de programmation du régime pénitentiaire. Pour cela, elle devra appliquer scrupuleusement les dispositions des articles 16, alinéa 1^{er} et 18 alinéa 5 de la Constitution de la République démocratique

du Congo du 18 février 2006, avec comme conséquence de s'adapter aux instruments juridiques tant nationaux qu'internationaux relatifs aux droits de l'homme et particulièrement ceux relatifs aux conditions minima de détention de tout détenu.

*

* *

Établissement de la filiation naturelle *post mortem* en droit camerounais

Willy Claudel PINLAP MBOM*

RÉSUMÉ

Après la mort, la personnalité juridique s'éteint. Le corps du défunt est, lui, toujours présent. N'étant plus le support d'une personne juridique, le cadavre est désormais une chose, mais une chose spécialement protégée, une chose sacrée. Retenir une telle qualification ne revient cependant pas à nier sa qualité de personne humaine digne de respect. Au nom de la dignité humaine, le respect de la dépouille mortelle se voit assuré par le droit pénal qui incrimine toute atteinte à l'intégrité physique du cadavre. L'intégrité physique du cadavre doit donc être préservée, dans le même temps, la filiation des vivants doit pouvoir être établie. Il en résulte un conflit d'intérêt : préserver la paix des morts *versus* faciliter l'établissement de la filiation des vivants ; d'où la question de savoir si la mort peut constituer un obstacle à l'établissement du lien de filiation. Si dans certaines situations elle n'en constitue pas un, il reste que dans d'autres, la mort de l'enfant ou du parent selon le cas peut constituer une difficulté, voire une barrière à l'établissement du lien. Toute chose qui ne concourt nullement à la protection des intérêts des vivants et plus spécialement de l'intérêt supérieur de l'enfant, acteur majeur du droit de la filiation. S'impose alors la nécessité de corriger les écueils de la législation camerounaise en la matière pour un droit de la filiation toujours plus conforme à l'intérêt de l'enfant.

Mots-clés : Enfant sans vie – filiation – naissance – mort – personnalité juridique – état des personnes.

ABSTRACT :

After death, legal personality ceases. The body of the deceased is still present. No longer being the support of a legal person, the corpse is now a thing specially

* Doctorant en droit, Université de Dschang (Cameroun).

INTRODUCTION

La filiation se définit comme le lien juridique qui unit un enfant à son père et/ou à sa mère¹. Elle est donc paternelle ou maternelle. Pour le commun des mortels, elle est le plus souvent associée à l'idée de lien biologique : être le fils ou la fille de tel et telle, c'est être né des œuvres de ce père et de cette mère, avoir été enfanté par eux². Cependant, pour le droit, le fait brut de l'engendrement doit être institué ; et c'est cette institution que l'on nomme filiation. La filiation doit être établie, selon les voies déterminées par le droit. Le droit de la filiation étant un droit essentiellement probatoire, établir son lien de filiation c'est en constituer la preuve. Pour ce faire, divers mécanismes³ sont prévus selon que la filiation à établir est légitime, naturelle ou adoptive. Intervenant le plus souvent entre des personnes vivantes, l'établissement du lien de filiation peut être sollicité après la mort, que ce soit du parent ou de l'enfant. Pour ce qui est du décès de l'enfant, deux situations peuvent se poser : soit l'enfant est né vivant et viable et est décédé avant l'établissement de son lien de filiation, soit il est mort-né ou né vivant mais non viable.

S'agissant du premier cas, il faut noter qu'il existe au Cameroun⁴ un nombre important d'enfants nés vivants et viables mais ne disposant pas d'actes de naissance. De tels enfants, s'ils décèdent quelques heures ou plusieurs années après la naissance, doivent pouvoir être rattachés à leurs auteurs puisqu'ils ont acquis la personnalité juridique. S'il semble n'y avoir

¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^e édition mise à jour, coll. « Association Henri Capitant », Paris, PUF, 2016, p. 459.

² Dominique FENOUILLET, *Droit de la famille*, 4^{ième} édition, coll. « Le Cours Dalloz », Paris, Dalloz, 2019, p. 347.

³ Reconnaissance, adoption, légitimation, recherche de paternité et/ou de maternité, etc.

⁴ Environ 40% des nouveau-nés ne sont pas enregistrés au Cameroun, le relevait le site web 237online.com, édition du 26 mars 2019 dans sa rubrique « société ». Pour certaines familles, l'enregistrement coûte cher, notamment en zone rurale, quand il faut parcourir parfois de longues distances pour accéder aux services de l'état civil

pour l'enfant aucun intérêt à ce que sa filiation soit établie⁵, il reste qu'en raison de la réciprocité des droits et obligations qu'engendre le lien de filiation, les parents peuvent avoir intérêt à se rattacher à lui. Face à cette situation, et contrairement à son homologue français⁶, le législateur camerounais n'a pas adopté de position particulière. Cependant, son silence ne saurait être interprété comme une interdiction. Certes, il n'a rien prévu, mais il n'a non plus rien interdit. Partant, sur présentation d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable, et précisant les jour et heure de la naissance, l'Officier d'état civil pourrait établir un acte de naissance et un acte de décès.

S'agissant des enfants mort-nés ou nés vivants mais non viables, encore appelés « enfants sans vie », s'il est juridiquement impossible de les rattacher à leurs auteurs en raison du manque d'intérêt successoral que pourrait représenter un tel lien, il semble techniquement possible d'établir un certificat de mortinaissance matérialisant leur bref passage sur terre. L'institution d'un registre de mortinaissance permettrait de prendre en compte la douleur des parents confrontés à la perte de l'être que la mère a porté, à l'interruption prématuré de leur projet parental. Au-delà de l'intérêt affectif qui pourrait justifier l'institution d'un tel registre dans les années à venir, il pourrait également présenter un intérêt de santé publique⁷. Toutefois, dans un contexte

⁵ Sauf s'il a laissé des héritiers.

⁶ Conformément à l'article 79-1 du code civil français : « *Lorsqu'un enfant est décédé avant que sa naissance ait été déclarée à l'état civil, l'officier de l'état civil établit un acte de naissance et un acte de décès sur production d'un certificat médical indiquant que l'enfant est né vivant et viable et précisant les jours et heures de sa naissance et de son décès. A défaut du certificat médical prévu à l'alinéa précédent, l'officier de l'état civil établit un acte d'enfant sans vie. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de décès et il énonce les jour, heure et lieu de l'accouchement, les prénoms et noms, dates et lieux de naissance, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. L'acte dressé ne préjuge pas de savoir si l'enfant a vécu ou non ; tout intéressé pourra saisir le tribunal de grande instance à l'effet de statuer sur la question* ».

⁷ En recensant les mortinaissances et les décès néonataux, en recueillant des informations sur le lieu et les raisons de ces décès, et en tentant de comprendre leurs causes profondes et les facteurs évitables qui y contribuent, les prestataires de soins de santé, les gestionnaires de programmes, les administrateurs et les responsables de l'élaboration des politiques aideraient

marqué par un faible taux d'enregistrement des faits d'état civil⁸, le plus urgent n'est pas l'instauration d'un registre spécial de mortinaissance, mais la protection des droits des enfants dont les parents sont décédés sans avoir établi le lien de filiation ; et puisque la maternité s'établit de manière quasi automatique par l'accouchement, notre analyse portera sur le rattachement de l'enfant naturel à son géniteur décédé.

La mort peut être définie comme la perte de la vie, l'arrêt des fonctions vitales chez l'individu⁹ ; ce dernier perd la personnalité juridique, entendue comme l'aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations¹⁰. Tenant compte du lien très étroit¹¹ entre la personnalité juridique et l'établissement de la filiation en droit camerounais, l'on se demande si la mort du géniteur laisse subsister la possibilité d'établissement du lien de filiation de l'enfant. L'établissement de la filiation après la mort, tel est l'objet de notre étude. Elle pose la question de savoir si *la mort peut constituer un obstacle à l'établissement du lien de filiation*. L'interrogation peut surprendre. Le droit appréhende pourtant cette problématique et tente de pallier les difficultés que pose la mort quant à l'établissement du lien de filiation. Par exemple, en France, lorsque le décès du père intervient avant la naissance, la filiation de l'enfant né hors mariage peut être établie par la *possession d'état*¹². En amont,

à prévenir des futurs décès et la douleur des parents, et améliorer la qualité des soins dispensés dans tout le système de santé.

⁸ Seulement 61% des nouveau-nés sont enregistrés à leur naissance au Cameroun. Les taux d'enregistrement les plus bas se retrouvent dans les régions de l'Extrême-Nord (38,2%) et de l'Est (56%), selon une étude faite sur le système local de l'état civil : ANAPRODH, *Rapport sur les meilleures pratiques et les mesures concrètes visant à garantir l'accès à l'enregistrement des naissances*, octobre 2017.

⁹ G. CORNU, préc., note 1, p. 669.

¹⁰ *Idem*, p. 760.

¹¹ Ce lien peut être déduit de la lecture de l'article 314, alinéa 3 du code civil de 1804 qui dispose que : « *Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable* » et de la non admission de la reconnaissance prénatale.

¹² Voir en ce sens l'article 317 du code civil français.

le législateur français a institué la reconnaissance prénatale¹³ qui permet d'anticiper sur les difficultés que pourrait poser le décès du père, voire de la mère, avant l'établissement du lien de filiation.

Au regard de la législation applicable en la matière au Cameroun, en dehors de l'établissement de la maternité qui a été facilité¹⁴ et dans une certaine mesure de la paternité légitime, l'établissement de la paternité naturelle *post mortem* pose de nombreuses difficultés. La reconnaissance prénatale n'étant pas admise, en cas d'ignorance ou de négligence de la mère, l'enfant devra attendre sa majorité pour intenter l'action en recherche de paternité au moment où la succession a déjà été liquidée. Il semble pourtant loisible de permettre aux collatéraux ou aux héritiers du présumé père prédécédé de reconnaître l'enfant. Cet exemple à lui seul permet de ressortir quelques limites de la législation camerounaise en matière de filiation au rang desquelles : l'impossibilité d'établir la filiation naturelle par la possession d'état, l'impossibilité d'effectuer une reconnaissance prénatale, voire une reconnaissance posthume.

Si dans de nombreuses hypothèses la mort ne cause pas de difficultés particulières quant à l'établissement du lien de filiation, l'on peut citer ici le cas de l'enfant issu d'un couple marié qui peut voir sa filiation établie à l'égard de son parent décédé par le jeu de la présomption de paternité¹⁵, par l'action en réclamation d'état qui est imprescriptible à son égard¹⁶ et transmissible à ses

¹³ L'article 316 du code civil français prévoit en effet que : « *Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section 1 du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance* ».

¹⁴ Il est prévu à l'article 41, alinéa 1 de l'Ordonnance de 1981 que : « *L'accouchement vaut reconnaissance à l'égard de la mère [...]* ». Ce qui signifie qu'en cas de décès de la mère après la naissance de l'enfant, l'établissement de son lien de filiation maternel sera facilité par la production d'un certificat de naissance indiquant cette dernière comme l'ayant accouché.

¹⁵ *Code civil*, article 315.

¹⁶ *Idem*, article 328.

héritiers¹⁷. De même, l'action en recherche de paternité, ou plus marginalement de maternité, peut également être engagée après le décès du prétendu parent à l'encontre de ses héritiers¹⁸. Toutefois, il convient de noter que la réalisation de tests génétiques sur une personne décédée n'est pas encadrée en droit camerounais, contrairement à d'autres législations qui ont pris position sur la question¹⁹.

En principe, « *la mort marque la fin de tout : le mort ne peut plus se marier, divorcer, concevoir un enfant [...]* »²⁰ ; ce qui semblait être une évidence est cependant démenti par les progrès scientifiques. En effet, grâce aux aides médicales à la procréation, la conception et la naissance d'un enfant après le décès de l'un de ses auteurs est techniquement possible de nos jours, d'où il se pose, en doctrine, la problématique de l'admission ou non de telles pratiques et de ses conséquences en matière de filiation²¹. En raison de l'étendue et de la complexité des questions que serait susceptible d'entraîner l'admission de la procréation médicalement assistée *post mortem*, voire de l'adoption posthume²², cette étude portera essentiellement sur la filiation des enfants nés par *procréation charnelle*.

¹⁷ *Ibidem*, article 329.

¹⁸ Voir en ce sens l'article 328, alinéa 3 du Code civil français, identique à l'article 523, alinéa 1 du Projet de Code civil camerounais qui dispose : « *L'action en recherche de paternité est intentée par la mère ou toute personne assurant la tutelle de l'enfant contre le père prétendu ou ses héritiers* ».

¹⁹ En France par exemple, l'identification ne peut en principe pas être réalisée sauf si cette dernière y a consenti de son vivant ; voir l'art. 16-11 C. civ. tel que modifié par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, JO du 7 août 2004, p. 14040.

²⁰ Nathalie NEVEJANS-BATAILLE, « L'établissement et la contestation de liens de famille après la mort », (2000) 71 *Les petites affiches* 11.

²¹ L'admission du transfert d'embryon *post mortem* nécessiterait une modification du droit de la filiation et du droit des successions.

²² En France, c'est l'article 353, alinéa 3 du code civil qui prévoit une telle possibilité en ces termes : « *Si l'adoptant décède, après avoir régulièrement recueilli l'enfant en vue de son adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un des héritiers de l'adoptant* ».

Action d'état ou action successorale²³, l'établissement de la filiation après la mort est une préoccupation actuelle qui se pose tant en doctrine qu'en jurisprudence. Faire des propositions constructives permettant au législateur prospectif de corriger les écueils de la législation actuelle, permettre aux juges d'avoir des pistes de solution aux problèmes auxquels ils font et feront face dans l'attente d'une réforme législative, telle est la modeste ambition de cette analyse. Outre la problématique de la reconnaissance posthume, voire des tests génétiques *post mortem* en aval (II), sera étudiée la question de la reconnaissance prénatale en amont (I).

I. L'ÉTABLISSEMENT ANTICIPÉ DU LIEN DE FILIATION

L'on étudie dans ce cadre les hypothèses où la filiation est établie ou constatée avant la naissance de l'enfant, mais ne produit ses effets qu'après la naissance. L'établissement anticipé de la filiation pourrait être un palliatif aux difficultés que pose le décès du géniteur. Deux cas de figure retiendront notre attention : l'on évoquera d'une part la question de la reconnaissance prénatale (A) et d'autre part celle de la possession d'état prénatale (B).

A. La reconnaissance prénatale

Définie comme l'acte authentique par lequel une personne fait savoir qu'un lien de paternité existe entre elle et l'enfant à naître, la reconnaissance anticipée est consacrée dans de nombreux pays²⁴.

Au Bénin, ce sont les articles 141 et 148 du code de l'enfant²⁵ qui la prévoient. L'article 141 du code de l'enfant béninois dispose que : « Tout enfant conçu doit être reconnu par son géniteur dans les trois (03) premiers mois de la conception par les moyens d'une déclaration sur l'honneur faite

²³ S'il s'agit en principe de deux types d'actions aux buts différents, dans certaine hypothèse, la frontière entre les deux semble disparaître, rendant difficile la distinction.

²⁴ Bénin, France.

²⁵ Loi n° 2015-08 du 8 décembre 2015.

devant l'autorité administrative la plus proche du lieu de sa résidence, faute de quoi l'enfant, à sa naissance, porte le nom de sa mère ». L'article 148, en ses alinéas 1 et 2 renchérit en ces termes :

« 1) Aucune mère ne peut attribuer à l'enfant nouveau-né, le nom d'un présumé géniteur que sur présentation d'un certificat de mariage ou d'une déclaration de reconnaissance de la grossesse établie par l'Officier d'état civil. 2) Aucune sage-femme, aucun médecin accoucheur ne peut inscrire sur la fiche de naissance, le nom d'un quelconque présumé père si la femme n'apporte pas au moment de l'accouchement, la preuve du mariage ou de la reconnaissance de la grossesse ».

S'il semble que ces articles relèvent plus des règles d'attribution du nom, il n'en demeure pas moins qu'ils posent en des termes clairs le principe de l'admission de la reconnaissance prénatale en droit béninois.

En France, c'est l'article 316, alinéa 1 du code civil qui prévoit un tel mécanisme ; il dispose en effet que : « Lorsque la filiation n'est pas établie dans les conditions prévues à la section I du présent chapitre, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance ». Avant la naissance, le père, comme la mère, peut reconnaître son enfant. Il suffit de se présenter dans n'importe quelle mairie muni d'une pièce d'identité, voire d'un justificatif de domicile (ou de résidence) de moins de trois (03) mois, et faire une déclaration à l'Officier d'état civil. L'acte de reconnaissance est rédigé immédiatement et signé par le parent ou les deux s'il y'a reconnaissance conjointe. Il est remis au parent une copie de l'acte qu'il faudra présenter lors de la déclaration de naissance²⁶.

²⁶ Voir, Informations publiées par la Direction de l'information légale et administrative, Ministère de la justice, vérifiée le 23 septembre 2020, en ligne : <<https://www.service-public.fr>> (consulté le 03/08/2021).

La reconnaissance anticipée, telle qu'encadrée par les législations précitées, présente un intérêt majeur : si le père décède avant la naissance viable, l'enfant jouira de l'ensemble des prérogatives qui découlent de l'établissement du lien de filiation, en matière de nom et de succession. C'est en considérant cet avantage pour l'enfant que suggestion est faite au législateur camerounais de consacrer et d'encadrer un tel mécanisme pour le grand bonheur des enfants nés après le décès de leurs parents.

En effet, l'institution de la reconnaissance prénatale, en amont, permettrait d'anticiper sur les difficultés que pose la reconnaissance posthume. Elle se heurtera sans doute aux mêmes difficultés que celles que pose l'établissement des actes d'état civil en général, il reste cependant qu'elle devra être soumise aux mêmes conditions que la reconnaissance après la naissance à savoir, plus principalement, qu'elle se ferait en présence de la mère et de deux témoins. Cette exigence permettrait de s'assurer au minimum de la sincérité des déclarations faites et, dans une certaine mesure, de limiter les reconnaissances prénatales multiples.

S'agissant du moment de la reconnaissance, contrairement au législateur béninois qui précise qu'elle doit être faite dans les trois (03) premiers mois de la conception, le législateur camerounais devrait adopter la solution française ; c'est-à-dire qu'elle pourrait être faite durant toute la période de grossesse. Son intégration en droit camerounais nécessiterait un travail de sensibilisation général sur ses bienfaits, une mise à niveau de la formation des Officiers d'état civil pour sa mise en œuvre et des moyens logistiques et financiers conséquents.

Sur le principe, son admission s'appuierait sur la personnalité juridique conditionnelle reconnue à l'enfant simplement conçu par le biais de l'adage "*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*", qui

signifie que « l'enfant simplement conçu est considéré comme né chaque fois qu'il peut en tirer un avantage ». Règle ancienne, non codifiée et héritée du droit romain, « *l'infans conceptus...* » a été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation française dans l'*arrêt Euravie* du 10 décembre 1985²⁷, et a désormais valeur de principe général de droit. La matière patrimoniale étant son terrain d'application, nous verrons qu'elle entraîne l'assimilation de l'enfant conçu à celui déjà né.

Certaines règles civiles, dans des domaines bien précis, tiennent compte de l'embryon ; c'est le cas en matière de succession. L'article 725 du code civil en ses alinéas 1 et 2 dispose que : « Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Sont incapables de succéder celui qui n'est pas encore conçu et l'enfant qui n'est pas né viable ». Dans la même logique, l'article 906, alinéa 2 dispose que : « Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur ». La lecture combinée de ces articles permet d'entrevoir que l'enfant simplement conçu peut être compté parmi les héritiers de son auteur. Or, la filiation naturelle ne crée des droits successoraux qu'autant qu'elle est légalement établie.

Partant, l'admission de la reconnaissance prénatale en droit camerounais permettrait non seulement de résoudre les difficultés que pose le décès du géniteur avant l'établissement de la filiation, mais aussi participerait de la protection des intérêts de l'être humain avant la naissance²⁸. La filiation de l'enfant pourrait donc être établie avant sa naissance, mais elle ne produirait effet que si à sa naissance il est vivant et viable. Si un tel mécanisme n'est pas

²⁷ Civ., 1^{ère}, 10 Déc. 1985, *Bull. Civ I*, n° 339 ; Gaz. Pal., 9-10 juillet 1986, note de Piedelièvre.

²⁸ Pour un approfondissement, voir Willy Claudel PINLAP MBOM, *La protection de l'être humain avant la naissance en droit camerounais*, Mémoire de Master en droit, Dschang, Université de Dschang, 2017, p. 34 et s.

mis en œuvre avant la naissance de l'enfant par ignorance, négligence ou toute autre cause, l'admission de la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état pourrait résoudre, comme la reconnaissance posthume, le problème de l'établissement de la filiation naturelle *post mortem*.

B. La possession d'état prénatale

Mode autonome d'établissement de la filiation tant « naturelle »²⁹ que « légitime » en France³⁰, la possession d'état n'est admise en droit camerounais que pour établir la filiation légitime³¹. Il n'y a pourtant pas de raisons sérieuses justifiant une telle limitation. La possession d'état ne devrait pas être un mode singulier de preuve de la filiation légitime. L'enfant naturel peut pareillement en bénéficier lorsque les modes normaux d'établissement de sa filiation seront défectueux, notamment lorsque son auteur sera décédé sans l'avoir reconnu³². La croissance sans cesse des naissances extraconjugales et l'émergence du principe d'égalité en droit de la filiation devrait conduire le législateur camerounais à supprimer cette discrimination fondée sur les conditions de naissance de l'enfant.

La possession d'état peut être définie comme « une présomption légale permettant d'établir la filiation d'une personne sur la base de certains faits constatés par sa famille et par son entourage relativement aux relations ayant existé entre elle et celle dont elle se dit être le fils ou la fille ». Les principaux

²⁹ Initialement reconnu comme mode d'établissement essentiellement de la filiation légitime, il a fallu attendre la loi du 25 juin 1982 pour qu'elle en soit de même pour la filiation naturelle.

³⁰ Il convient de noter ici que la distinction filiation naturelle-filiation légitime a été abolie en France, mais la subsistance de la présomption de paternité comme mécanisme d'établissement du seul lien de filiation paternel en mariage laisse planer dans les esprits une certaine différence.

³¹ Voir en ce sens l'article 320 du code civil qui dispose : « À défaut de ce titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit ».

³² Pour un approfondissement de la question, voir Jean Noël TAMEKUE TAGNE, « L'établissement de la filiation naturelle par la possession d'Etat : où va l'avant-projet camerounais du code des personnes et de la famille ? », (2008) *Village de la justice*, en ligne : <<https://www.village-justice.com>> (consulté le 02/04/2021).

de ces faits sont : que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société ; qu'il a été reconnu pour tel par la famille ; que l'individu a toujours porté le nom³³ du père auquel il prétend appartenir³⁴. L'appréciation de ces faits sera différente selon que le père présumé décèdera avant la naissance de l'enfant ou après. Si l'appréciation des faits ne pose pas de difficultés particulières après la naissance de l'enfant, la question se pose cependant de savoir s'il peut avoir une possession d'état prénatale.

Étant une appréciation de faits, une possession d'état prénatale semble admissible. Les principaux de ces faits pourraient être : que le présumé père ait traité la grossesse comme étant la sienne, qu'il ait pourvu en qualité d'auteur de la grossesse aux frais de visites médicales et autres dépenses liées à la grossesse, qu'il ait été reconnu dans sa famille et dans celle de sa concubine comme futur papa. La seule condition ici étant qu'il ne l'ait pas fait comme un simple bienfaiteur, mais comme auteur présumé de la grossesse en cours et de la naissance à venir.

II. L'ETABLISSEMENT RETARDE DU LIEN DE FILIATION

Contrairement à la section précédente, il s'agit dans ce cadre d'établir la filiation de l'enfant déjà né, mais dont le parent est décédé.

Comme précédemment relevé, l'établissement de la paternité après le décès du mari de la mère ne pose pas de difficultés particulières. Par une combinaison minutieuse de différentes présomptions, on parviendra à en

³³ Cette condition sera le plus souvent inopérante en droit camerounais, en raison de la liberté de choix du nom reconnue aux parents par l'article 35 de l'ordonnance de 1981 qui dispose : « *Le nom et le prénom de l'enfant sont librement choisis par ses parents* ».

³⁴ *Code civil*, article 321.

apporter la preuve³⁵ ; la difficulté se pose, cependant, lorsqu'il s'agit d'établir la paternité naturelle. La preuve de la filiation naturelle par la possession d'état n'étant pas admise en droit camerounais, l'on se serait attendu à ce qu'il soit consacré la reconnaissance d'enfant à titre posthume, action ouverte aux héritiers ou aux collatéraux du père présumé pour intégrer dans la famille l'enfant non reconnu, ce qui n'est pas le cas en l'état actuel (A). En outre, en raison de l'obsolescence des textes applicables en la matière, plane un vide juridique au sujet de l'encadrement des tests ADN pourtant en pleine expansion et intégration dans divers contentieux relatifs à la filiation avant comme après la mort (B).

A. La question de la reconnaissance posthume

Nombreux sont les justiciables qui se posent la question de savoir si les héritiers d'une personne décédée peuvent reconnaître un enfant en lieu et place du défunt comme issu des œuvres de ce dernier. Par exemple, pour permettre à l'enfant reconnu d'être cohéritier avec ses collatéraux ou de recevoir des dommages et intérêts consécutifs au décès. La réponse semble claire. En effet, il est de jurisprudence constante³⁶ que la reconnaissance à titre posthume est interdite ; la loi a prévu comme seuls modes de reconnaissance celle requérant une action judiciaire ou par déclaration devant l'Officier d'état civil, c'est-à-dire une reconnaissance volontaire. Par conséquent, si le demandeur au jugement de reconnaissance est décédé avant que le procès ne soit lié, la reconnaissance devient impossible. Le constat ainsi établi suscite de nombreuses interrogations. Par exemple, lorsque le décès du présumé père de l'enfant naturel intervient avant sa naissance ou tout simplement avant sa reconnaissance, comment permettre à l'enfant d'hériter s'il est mineur et si sa

³⁵ Voir en ce sens les articles 312, alinéa 1 et 315 du code civil.

³⁶ CS, Arr. n° 18 du 16 décembre 1976, *Bull. des arrêts*, n° 36, p. 5250 ; CS, Arr. n° 16 du 9 novembre 1978, *Bull. des arrêts*, n° 40, p. 6044.

mère n'a pas agi ou n'entend pas agir dans le délai à elle imparti à l'article 46, alinéa 3 (a)³⁷ de l'Ordonnance de 1981 pour établir la paternité ? Est-il dans l'intérêt de l'enfant d'attendre sa majorité pour intenter l'action en recherche de paternité avec le risque cependant que la succession soit déjà liquidée ?

Contrairement à d'autres législateurs³⁸, celui du Cameroun n'a consacré ni la reconnaissance prénatale, ni la possession d'état comme mécanismes d'établissement de la filiation en dehors du lien matrimonial ; mécanismes qui auraient permis de contourner la problématique de la reconnaissance posthume. Au sujet de cette dernière, il n'a pas explicitement pris position. Mais le caractère strictement personnel qu'il a attaché à la reconnaissance a conduit le juge suprême à rendre des décisions en déphasage avec le sacrosaint principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » posé à l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) qui dispose que : « 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 ».

Dans deux arrêts restés célèbres³⁹, le juge suprême a rejeté les pourvois intentés par les demandeurs en s'appuyant sur le caractère strictement personnel de la reconnaissance, excluant par le fait même l'enfant de la succession de son présumé père. Pourrait se poser ici la problématique de l'applicabilité directe de la CIDE en droit camerounais.

³⁷ Cet article accorde à la mère un délai de 2 ans à compter de l'accouchement ou du jour où le père a cessé de pourvoir à l'entretien de l'enfant.

³⁸ À l'instar du législateur français, voir article 316 du code civil français ; du législateur belge, voir article 328 § 3 du code civil belge.

³⁹ CS, Arr. n° 18 du 16 décembre 1976, *Bull. des arrêts*, n° 36, p. 5250 ; CS, Arr. n° 16 du 9 novembre 1978, *Bull. des arrêts*, n° 40, p. 6044)

En effet, l'applicabilité directe ou l'effet direct d'une norme internationale signifie que cette norme crée des droits et des obligations pour les particuliers sans qu'une loi nationale ne la concrétise. Elle signifie aussi que devant les cours et tribunaux, les dispositions de la norme internationale peuvent être utilisées comme visa par le juge en motivation de sa décision. Relativement à ce sujet, deux systèmes juridiques s'opposent : le système dualiste et le système moniste. Dans le système dualiste, tout traité doit être transposé dans une loi nationale et seule cette dernière peut être invoquée par les individus devant le juge. La question de l'applicabilité directe d'une disposition internationale ne se pose donc pas dans les pays utilisant ce système. C'est le cas du Royaume-Uni par exemple⁴⁰. Par contre, dans le système moniste, lorsqu'un traité est ratifié, il fait entièrement partie de l'ordre juridique interne et peut, à certaines conditions, être invoqué par les individus devant le juge interne⁴¹ ; la Belgique⁴² est un exemple d'État appliquant le système moniste ; pourrait-on en dire autant du Cameroun ?

Pour identifier le système camerounais, il faut mettre à contribution les termes de la Constitution. L'article 45 de la *Constitution camerounaise du 18 janvier 1996* dispose en effet que : « Les traités ou accords internationaux régulièrement approuvés ou ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie ». Ainsi formulé, la Constitution camerounaise admet l'intégration des traités et accords internationaux dans son ordonnancement juridique à condition que ces derniers aient respecté la

⁴⁰ Arne VANDAELE, « Quelques réflexions sur l'effet direct de la convention relative aux droits de l'enfant », (2001) 202 *Jeunesse et droit. Journal du Droit des jeunes* 22-32, 24.

⁴¹ *Idem.*

⁴² MOUNA HADDAD, « L'invocation devant le juge belge de la Convention relative aux droits de l'enfant », (2012) 25-2 *Revue québécoise de droit international* 175-194, 175.

procédure d'approbation⁴³, ou de ratification et de publication par les autorités compétentes.

Au regard de cette disposition, nous pouvons dire que le Cameroun fait partie des systèmes juridiques monistes. Toutefois, il convient de relever qu'une auteure, partant de la faille posée par l'article 43 de la Constitution, proposait d'admettre avec réserve le monisme du système juridique camerounais. S'appuyant sur la procédure d'approbation prescrite à l'article 43 de la Constitution, qui dispose que : « Le président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux. Les traités et accords internationaux qui concernent le domaine de la loi, défini à l'article 26 ci-dessus sont soumis avant ratification à l'approbation en forme législative du parlement », faisait remarquer que lorsque la procédure de ratification a été irrégulière, ce vice entache indiscutablement l'applicabilité du traité dans l'ordre interne, viciant parallèlement sa primauté sur la loi interne⁴⁴. La limite ainsi relevée quant à l'applicabilité directe des accords et traités internationaux ne saurait s'appliquer à la CIDE qui a été ratifiée en respect de la procédure prescrite par la Constitution⁴⁵.

Les décisions précitées étant intervenues avant la ratification de la CIDE, il convient de se demander si la pratique ultérieure des juridictions a intégré cet impératif nouveau qu'est « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Quelques décisions isolées⁴⁶ rendues avec option claire en faveur d'une application directe de la CIDE font exception. Toutefois, les prises de position sont si rares

⁴³ Voir en ce sens l'article 43 de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996.

⁴⁴ Brusil MIRANDA METOU, « Le moyen de droit international devant les juridictions internes en Afrique : quelques exemples d'Afrique noire francophone », (2009) 22 :1 *Revue québécoise de droit international* 129-165, 142 et s.

⁴⁵ Décret n° 91/413 du 18 octobre 1991 portant ratification par l'État du Cameroun de la Convention relative aux droits de l'enfant.

⁴⁶ Voir en ce sens TPD de Yaoundé-Ekounou, jugement n° 105/TPD du 29 novembre 2006, *Aff. Veuve Nguoghia née Goune Jeanette*, (inédit) ; CA du Centre, Arrêt n° 162/DL du 27 septembre 2007, *Aff. Veuve Nguoghia née Goune Jeanette c. Tsafack Madeleine*, (inédit).

en la matière qu'on peut se demander s'il s'agit là de la naissance d'une véritable tendance jurisprudentielle. Quoiqu'il en soit, l'on est en droit de dire qu'après la ratification de la CIDE, il serait surprenant que les juges continuent à s'opposer aux reconnaissances posthumes. En effet, c'est au juge qu'il revient d'effectuer le contrôle de conventionalité. Et comme le relevait un auteur, « [...] c'est le juge national qui assure le contrôle de la conventionalité, en ce sens que c'est à travers ces décisions que les normes supranationales sont intégrées dans le droit interne »⁴⁷.

Dès lors, il serait plus conforme à l'intérêt de l'enfant qu'il soit posé le principe de l'admission en droit camerounais de la reconnaissance posthume. Sinon, comment comprendre que les héritiers ou collatéraux du père puissent subir l'action en recherche de paternité intentée par la mère ou par l'enfant selon le cas⁴⁸ et ne pas leur permettre de reconnaître l'enfant qu'ils savent être issu des œuvres de leur père ou frère ? N'est-il pas dans l'intérêt du présumé père et de ses héritiers que la limitation des personnes et des délais⁴⁹ d'action en recherche de paternité a été instituée ? Si la volonté du juge est de s'assurer de l'exactitude du lien de filiation, il serait souhaitable qu'il examine le dossier au fond pour vérifier l'existence ou non d'un lien biologique entre l'enfant et le défunt. N'est-il d'ailleurs pas prévu à l'article 41, alinéa 2 de l'ordonnance de 1981 que « La reconnaissance et la légitimation, à l'exception de la légitimation adoptive, sont fondées sur le lien de sang. Quand celui-ci est établi, nul ne peut faire obstacle à la reconnaissance » ? Cette disposition, combinée à l'article 3, alinéa 1 de la CIDE, devrait désormais conduire le juge

⁴⁷ EYIKE-VIEUX, « Le droit international devant le juge camerounais : regard d'un magistrat », (2005) 63 *Juridis Périodique* 100-128, 101.

⁴⁸ C'est l'option envisagée par le législateur prospectif à l'article 523, alinéa 1 du Projet de Code civil camerounais.

⁴⁹ Des délais très courts sont en effet prévus à l'article 46, alinéa 3 a et b de l'ordonnance de 1981. Délais qui, à notre sens, méritent d'être modifiés.

à examiner le dossier au fond pour s'assurer de l'existence ou non du lien de filiation entre l'enfant et le parent prédécédé.

La reconnaissance posthume, si elle est admise, poserait l'épineuse problématique des tests génétiques pratiqués sur une personne décédée. Il convient de relever que cette question de test génétique pourrait se poser de manière générale en droit de la filiation.

B. Le test génétique sur une personne décédée

Il appartient à l'enfant ou à sa mère de prouver la paternité dès lors que le géniteur n'a pas procédé à la reconnaissance. À cet égard, l'expertise génétique (ou test de paternité) a révolutionné le contentieux en la matière. Dans de nombreux dossiers, une expertise génétique pourrait être sollicitée et les juges saisis devraient en apprécier l'opportunité. L'utilisation des preuves scientifiques dans l'établissement comme dans la contestation de la filiation soulève cependant de nombreuses questions auxquelles le droit camerounais n'apporte pas toutes les réponses⁵⁰.

Une demande d'expertise biologique est-elle obligatoire ? Peut-on faire recours à l'expertise biologique en dehors d'une procédure judiciaire ? Doit-on subordonner le recours à l'expertise biologique au consentement du défendeur ? Quelles doivent être les conséquences du refus de se soumettre à une expertise biologique ? Doit-on admettre une expertise biologique *post-mortem* ? Le juge est-il lié par le résultat de l'expertise biologique ? Il s'agit là d'autant de questions que devraient régler le législateur et le juge afin de limiter les abus et les dérapages que pourrait provoquer l'utilisation des preuves scientifiques en droit de la filiation au Cameroun. Il convient alors de suggérer

⁵⁰ Grégoire JIOGUE, « Vérité biologique et droit camerounais de la filiation : réflexions à la lumière de l'avant-projet du Code des personnes et de la famille », (2007) 37-1 *Revue générale de droit* 21-96, 61.

quelques solutions en s'inspirant des législations étrangères tout en tenant compte du contexte socio-économique. Nous partirons de l'analyse générale des difficultés que pose la pratique des tests ADN pour déboucher sur les difficultés particulières rencontrées lorsque les tests doivent s'effectuer sur le sujet décédé.

Les procédés scientifiques de preuve du lien de filiation posent des problèmes liés aux principes généraux de la médecine, à la procédure judiciaire, aux droits fondamentaux, aux droits de l'homme etc. Sur la question de savoir quels sont les pouvoirs du juge s'agissant de la décision de recourir ou non à la preuve biologique, elle trouve une réponse aux articles 116 et suivants du Code de procédure civile qui fixe le régime des mesures d'instruction en droit camerounais. De ces articles, il ressort que le juge n'est pas tenu d'ordonner une mesure d'instruction sollicitée par les parties⁵¹. Cette solution est identique à celle consacrée par le législateur français⁵². Elle peut être lourde de conséquences pour les justiciables, car elle laisse à la discrétion des juges le sort des actions en matière de filiation.

Cette conséquence néfaste a déterminé la Cour de cassation française à supprimer le pouvoir souverain des juges du fond en matière d'expertise biologique dans le domaine de la filiation dans son arrêt de principe du 28 mars 2000⁵³. Par cet important arrêt rendu aux visas des articles 339 et 311.12 du code civil et de l'article 146 du code de procédure civile, la Cour de cassation a cassé et annulé un arrêt de la cour d'appel de Paris qui, pour débouter un demandeur à une action en contestation de reconnaissance, de sa demande d'expertise sanguine, énonçait qu'il ne rapportait pas la preuve du caractère mensonger ou de l'inexactitude de la reconnaissance et qu'une expertise

⁵¹ *Idem.*

⁵² Jean-Paul LACROIX-ANDRIVET, « Droit et pratique de la procédure civile », Paris, Dalloz, 1999, p. 783, dans G. JIOGUE, préc., note 50, p.61.

⁵³ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, D.2000. Jur.731, note de T. Garé.

médicale ne pouvait être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve. Prenant en compte les importants progrès des sciences biologiques et de la difficulté en ce domaine de rapporter même un commencement de preuve, elle pose en principe que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder. Cette solution, en phase avec les progrès scientifiques et le souci de vérité biologique, mérite d'être consacrée en droit camerounais.

Une autre question à résoudre est celle de savoir si l'on peut faire recours à l'expertise biologique en dehors d'une procédure judiciaire. En l'absence d'intervention du juge, les risques de fraude ou de falsification dans les résultats des tests n'en seront pas exclus. Toute chose qui amène à dire qu'interdiction devrait être faite en droit camerounais aux laboratoires d'effectuer des expertises privées. Il faut régler l'accès en le réservant ou du moins en le soumettant à la compétence d'une autorité non contestée et non contestable : le juge⁵⁴. Cela revient tout simplement à dire que les tests qui se font et se feront de façon privative ne seront pas reçus comme moyens de preuve dans les procès en établissement ou en contestation du lien de filiation. Doit-on subordonner le recours à l'expertise biologique au consentement du défendeur ? Deux solutions s'opposent en droit comparé : la solution allemande et la solution française.

En Allemagne, triomphe le principe fameux du *Duldungspflicht*. Le *Duldungspflicht*, c'est l'obligation pour les parties et les tiers de se prêter à tous examens susceptibles de conduire à la découverte de la réalité biologique. Selon l'article 372 a du Code de procédure civile allemand, les parties à l'instance et même les tiers appelés à la cause doivent se prêter à toute

⁵⁴ Dominique VIRIOT-BARRIAL, « De l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques », dans Alain SERIAUX (dir.), *Le droit de la biologie humaine : vieux débats, nouveaux enjeux*, coll. « Le Droit en questions », Paris, Ellipses, 2000, p. 89.

intervention susceptible de faire la lumière sur la vérité biologique. Cette « obligation de tolérer » ou de « subir » est une particularité du droit allemand.

En France, l'article 16-11, alinéa 2 du code civil oblige à recueillir, préalablement à la réalisation de la mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action intéressant la filiation, le consentement exprès de celui sur lequel va être pratiqué l'examen. Cependant, pour la Cour de cassation⁵⁵, le refus de se soumettre à une analyse sérologique est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. L'appréciation faite par les juges est donc nuancée. Dans certains cas, le juge tire du refus du défendeur de se soumettre à l'expertise biologique une présomption de l'existence de relations intimes pendant la période légale de conception, lorsqu'il estime un tel refus injustifié⁵⁶ ; dans d'autres cas, il ne prend pas ce refus en considération parce qu'il le considère légitime.

Le droit camerounais doit-il opter pour la solution allemande ou la solution française ? Cette dernière peut donner lieu à l'établissement ou au maintien des filiations inexactes⁵⁷, ce qui est difficilement acceptable à une époque où la preuve positive ou négative de la filiation peut être établie avec certitude. Quant à la solution allemande, elle se justifie par le fait que les prises de sang sont devenues banales, que les examens biologiques sont devenus des examens de routine auxquels chacun est amené à se soumettre à de nombreuses reprises dans la vie, que l'atteinte au corps humain qu'elles comportent est minimale au regard des intérêts en présence⁵⁸. En effet, les techniques de

⁵⁵ Cass. civ. 15 juin 1960, (1960) 1 *Bull. Cass.* 285.

⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 10 févr. 1993 et Cass. civ. 1^{re}, 5 mai 1993, *Petites affiches*, 8 sept. 1993, n° 108, p. 10 note de J. Massip.

⁵⁷ En France, il est beaucoup plus risqué de ne pas se soumettre à une expertise biologique ordonnée par voie judiciaire. En l'absence de doute sur sa paternité ou non-paternité, mieux vaut se soumettre au test que de subir une paternité judiciairement déclarée sur la foi de simples indices. La possibilité de refus est en réalité un choix, mais un choix risqué.

⁵⁸ J. Massip, note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 sept. 2003 (2^e esp.), *D.* 2004, comm., p. 661.

biologie moléculaire permettent de se contenter de l'étude d'une très petite quantité de substance corporelle, telle une dent ou un fragment tissulaire récupéré à l'aide d'un endoscope, minimisant l'aspect entravant du prélèvement⁵⁹. Face à l'incertitude de la solution française, il serait judicieux, comme le relevait déjà un auteur⁶⁰, que le droit camerounais opte pour la solution allemande. Que pourrait-on dire au sujet des prélèvements sur des personnes décédées ?

Plus délicate est la problématique des tests génétiques lorsque le défendeur est décédé. Doit-on admettre une expertise biologique par prélèvement *post-mortem* ? Il est difficile de prendre position. Comme le relevait déjà un auteur⁶¹, la situation met en jeu deux impératifs contradictoires : d'une part, le droit de tout individu à faire établir sa vraie filiation, droit affirmé tant en droit interne qu'en droit international⁶²; d'autre part, le respect et la paix des morts. En effet, dans le cadre d'une action en établissement ou en contestation de filiation, l'exhumation ne s'effectue pas en dehors de toute légalité ; elle est ordonnée par le juge pour lever un doute qui demeure au sujet de la filiation d'un vivant. La filiation des vivants étant aussi importante que le repos des morts, dans quelle mesure la volonté d'établir le lien de filiation détruirait le droit des personnes décédées ? A-t-on réellement besoin d'effectuer le test sur la dépouille ? Ne peut-on pas par exemple envisager également un test de parenté notamment dans le cas où le père présumé a eu d'autres enfants ?

En réalité, puisque l'ADN est génétique, le test de parenté (encore appelé test de fratrie) pourrait permettre de remonter au géniteur commun. Par

⁵⁹ G. JIOGUE (G.), préc., note 50, p. 61.

⁶⁰ *Idem*, p. 67.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² CEDH, aff. *Kroon*, 27 oct. 1994, n° 18535/91, Publications de la Cour, série A, vol. n° 297-C, *RTD civ.* 1995, 341, obs. J. Hauser.

exemple, si X est enfant naturel⁶³ non reconnu et que Y et Z sont des enfants légitimes ou naturels reconnus de monsieur A décédé, si un test de parenté ADN confirme que X, Y et Z ont un même géniteur, alors X est l'enfant de A. Cette solution qui paraîtrait plus conforme à la réalité socio-culturelle camerounaise est cependant susceptible de créer une autre situation trouble, plus grande et insoluble au sein de la famille. En effet, le lien de filiation légitime des enfants Y et Z étant établi par le mécanisme présomptif, sans aucune vérification biologique, il se pourrait que les susdits enfants, bien qu'ayant une filiation stable et incontestable, ne partagent aucun lien génétique avec leur père décédé. Il pourrait en être de même si Y et Z sont des enfants naturels reconnus du défunt. En effet, l'officier d'état civil n'effectue aucune vérification biologique avant l'établissement de l'acte de reconnaissance. Sur la foi des déclarations de la mère de l'enfant et en présence de témoins, il se contente d'établir l'acte. Ces déclarations pouvant être inexactes, il pourrait en résulter que les enfants Y et Z reconnus ne partagent aucun lien génétique avec leur père A prédécédé, contrairement à X qui pourrait bel et bien être le fils de A.

Pour pallier ces limites, il revient donc au législateur de prévoir et d'encadrer la pratique des tests ADN sur des personnes décédées. En droit civil français, la recherche *post-mortem* d'une filiation a été admise sous réserve que la personne décédée ait manifesté son accord exprès de son vivant⁶⁴. La solution française ainsi énoncée pourrait-elle être transposée en droit camerounais ? Dans une société où l'enregistrement des faits d'état civil n'est

⁶³ Naturel adultérin ou simple selon le cas.

⁶⁴ Cf. art. 16-11 al. 2 *in fine* C. civ. (L. n° 2004-800 du 6 août 2004). Cette solution est en cohérence avec le principe cardinal du consentement aux actes de disposition du corps humain cher au droit français (Cf. art. 16-3 al. 2 C. civ.).

pas systématique⁶⁵, il serait incongru de croire que des personnes qui n'ont pas reconnu leur enfant de leur vivant soient à même d'exprimer de leur vivant un consentement à la pratique de tests génétiques *post mortem* dans le but de voir établir une filiation qu'ils ont consciemment esquivée ou tout simplement ignorée. Partant, il serait plausible, se basant sur le statut de « *personne défunte* », reconnu à la dépouille humaine par d'habiles juristes français⁶⁶, statut mieux adapté aux morts en Afrique⁶⁷, de considérer les dépouilles mortelles comme des personnes en état d'incapacité qui, à défaut d'exprimer ou d'avoir exprimé elles-mêmes une volonté efficace, agissent par l'entremise d'un représentant choisi parmi les membres de la famille⁶⁸.

Partant, pourraient être admis à consentir à la pratique de tests *post mortem* le plus proche parent du défunt. Il pourrait s'agir, dans l'ordre, de la conjointe, des enfants, des parents, puis les frères et sœurs. En cas de discordance entre les personnes habilitées à consentir, il appartiendra au juge de trancher. Le consentement étant donné, l'exhumation en vue du prélèvement s'effectuerait conformément aux prévisions du *Décret n° 74/199 du 14 mars 1974 portant réglementation des opérations d'inhumation, d'exhumation et de transfert de corps*. L'article 13 dudit décret est ainsi formulé :

« Toute exhumation de corps est soumise, après avis des services de santé compétents, à une autorisation préalable du préfet du département du lieu d'inhumation provisoire. Sauf motif d'ordre public,

⁶⁵ Comme déjà relevé, Seulement 61% des nouveau-nés sont enregistrés à leur naissance au Cameroun ; ce faible taux étant dû à certaines pesanteurs telles : le phénomène d'accouchement à domicile, l'ignorance et la négligence des populations.

⁶⁶ Mathieu TOUZEIL-DIVINA et Magali BOUTEILLE-BRIGANT, « Le droit du défunt », (2015) 2-97 *Communications* 29-43, dans Moïse TIMTCHUENG et alii, « Gestion sécurisée des dépouilles de personnes décédées de la covid-19 en Afrique Sub-Saharienne : et si on laissait les familles enterrer leurs morts ? », (2020) 35-2 *The Pan African medical journal* 148, 4.

⁶⁷ M. TIMTCHUENG et al., préc., note 66.

⁶⁸ *Idem*.

la demande d'exhumation doit être faite par le plus proche parent du défunt ou par la justice dans le cadre d'une enquête judiciaire ».

Le contexte de pandémie dans lequel nous vivons actuellement nous invite à nous poser la question de savoir à quel régime sera soumise l'exhumation des personnes décédées de covid-19 ou de façon plus générale, de maladie contagieuse. Si dans les pays développés il est facile de savoir la cause du décès de tel ou tel en raison de la systématisation de la déclaration des faits d'état civil, il reste qu'au Cameroun, il serait difficile de savoir si le défunt sur lequel on envisage de pratiquer un test de paternité est décédé de covid-19 ou de toute autre maladie contagieuse en raison de l'absence de certificat de décès ou quand celui-ci a été établi, de l'absence de précision quant à la cause effective du décès. Nonobstant ces limites, il faut signaler ici que le législateur de 1974 n'a pas ignoré la question. Il a en effet prévu à l'article 15 du décret précité ce qui suit :

« L'exhumation des corps des personnes mortes d'une des maladies suivantes : choléra, charbon, peste, variole, n'est autorisée qu'après un délai de trois ans à compter de la date de décès quelque soient les précautions prises au moment de l'inhumation. Ce délai est réduit à un an pour les corps des personnes ayant succombé à l'une des maladies suivantes : coqueluche, rougeole, scarlatine, diphtérie, infection puerpérale, fièvre récurrente, fièvre de Malte ».

À la première liste, qui est loin d'être exhaustive, l'on pourrait ajouter la covid-19.

CONCLUSION

La mort est une situation insoluble. S'il est vrai qu'il n'y a pas d'intérêt à établir un lien de filiation pour l'enfant sans vie en raison de l'absence de situation successorale, il peut s'avérer nécessaire de l'inscrire dans un registre de mortinaissance, permettant ainsi aux parents de faire le deuil de leur enfant

ou de leur projet parental selon le cas. Cependant, parce que la naissance viable permet d'acquérir la personnalité juridique, voire un patrimoine, l'établissement de la filiation après le décès de l'enfant né viable ou du parent de ce dernier présente un intérêt sur le plan successoral. Il convient, pour le législateur camerounais, de tenir compte de cet intérêt pour corriger les manquements de la législation camerounaise. Ceci en instituant, en amont, la reconnaissance prénatale et, en aval, la reconnaissance posthume, voire la possession d'état d'enfant naturel. L'intégrité du corps du défunt doit certes être protégée, cependant, il faut tenir compte du bénéfice que peuvent en tirer les vivants pour admettre la pratique des tests *post mortem*. La législation camerounaise en matière de filiation doit connaître une adaptation, pour tenir compte de l'évolution des mœurs et des avancées de la science.

*

* *

Troisième partie

JURISPRUDENCE

**COUR CONSTITUTIONNELLE
DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO
SIÉGEANT EN MATIÈRE RÉPRESSIVE, AUX PREMIER
ET DERNIER RESSORTS**

R.P.0001

Audience publique du 15 novembre 2021

I. PROCÉDURE PÉNALE : Compétence pénale personnelle de la Cour constitutionnelle est d'attribution – fin des privilèges de juridiction reconnus au premier Ministre et au Président de la République.

L'article 164 de la Constitution reconnaît au président de la République et au premier ministre un privilège de juridiction tout simplement parce qu'il s'agit d'une question présentant un caractère politique trop accentué pour être examiné par une juridiction de l'ordre judiciaire.

Pendant toute la durée de ses fonctions et pour tous ses actes, y compris ceux accomplis en dehors de ses fonctions, le Premier ministre ne peut voir sa responsabilité pénale engagée que devant la Cour constitutionnelle ; il bénéficie d'un privilège de juridiction le mettant largement à l'abri puisque les particuliers ne peuvent saisir celle-ci.

Ce privilège de juridiction prend cependant fin avec les fonctions de Premier ministre, lequel redevient à la fin de son mandat justiciable des tribunaux ordinaires.

II. DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE : Interprétation stricte du droit pénal et respect du principe de la légalité des délits et des peines.

Toute décision judiciaire condamnant un prévenu au mépris du caractère strict de l'interprétation du droit pénal et du principe de la légalité des délits et des peines ne peut être régulière.

II. PROCÉDURE PÉNALE : Requête en intervention volontaire en matière pénale - Irrecevable

En matière de procédure répressive, la requête en intervention volontaire suivie de la comparution de l'intervenant n'est pas admise devant le juge pénal ; ce dernier est

en droit de demander à la partie intervenante de retirer sa comparution séance tenante sans qu'il ne soit nécessaire d'écouter les motifs de son intervention.

III. DROIT CONSTITUTIONNEL : Principe de la légalité constitutionnelle

Il n'y a pas de juge ou de juridiction sans la loi, ce qui veut dire qu'une personne ne peut être poursuivie que devant une juridiction préalablement connue dans un texte de loi. Il s'agit là d'un principe constitutionnellement garanti par l'article 17 alinéa 2 de la Constitution.

Arrêt (R.P.0001) du 15 novembre 2021

En cause : MINISTÈRE PUBLIC

Contre : Matata Ponyo Mapon Augustin, Kitebi Kibol Mvul Patrice et Grobler Christo

LIBELLE DES PREVENTIONS

A charge des prévenus Matat Mponyo Mapon Augustin, Kitebi Kibol Mvul Patrice et Grobler Christo.

Avoir, étant auteurs ou co-auteurs, selon l'un des modes de participation criminelle prévu par l'article 21 du code pénal livre 1^{er}, étant fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou parastatal, toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte en qualité d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes ou à tout autre titre, tout mandataire ou préposé des personnes énumérées ci-dessus, détourné des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge.

En l'espèce,

1. Avoir, à Kinshasa, ville de ce nom et capitale de la République démocratique du Congo, sans préjudice de date plus précise, mais entre les mois de novembre 2013 et novembre 2016, période non encore couverte par le délai de prescription de l'action publique, étant respectivement, Agents publics de l'Etat, notamment premier Ministre

et Ministre délégué auprès du premier Ministre en charge des finances du Gouvernement de la République démocratique du Congo, pour les deux premiers cités et dirigeant de la société AFRICOM Commodities, pour le troisième cité, détourné par surfacturation la somme globale équivalente en Francs congolais de 204.903.042 USD (Dollars américains deux cent quatre millions neuf cent trois mille quarante-deux) qui était remise à la société AFRICOM Commodities pour la gestion du parc Agro-industriel de Bukanga Lonzo, projet mis en place par le gouvernement de la République démocratique du Congo.

Faits prévus et punis par les articles 21 et 23 du code pénal livre 1^{er}, 145 du code pénal livre II.

2. Avoir, dans les mêmes circonstances de lieu et de temps que dessus, comme co-auteurs, par coopération directe, étant respectivement, Agents publics de l'Etat, notamment premier Ministre et Ministre délégué auprès du premier Ministre en charge des Finances du gouvernement de la République démocratique du Congo, pour les deux premiers cités et dirigeant de la société AFRICOM Commodities, pour le troisième cité, détourné la somme globale de 823.695.230 CDF (Francs congolais huit cent vingt-trois millions six cent nonante cinq mille deux cent trente) équivalent à 890.702,80 USD (Dollars américains huit cent nonante mille sept cent deux et quatre-vingt centimes) en payant indûment les parts sociales de la société AFRICOM Commodities dans la constitution des sociétés d'économie mixte PARCAGRI, SEPAGRI et MARIKIN, sociétés issues de la convention d'actionnaires entre l'Etat congolais et la société AFRICOM Commodities, alors que cette dernière elle-même a apporté ses parts sociales.

Faits prévus et punis par les articles 21 et 23 du code pénal livre 1^{er}, 145 du code pénal livre II.

3. Avoir, dans les mêmes circonstances de lieu et de temps que dessus, comme co-auteurs, par coopération directe, étant Agents publics de l'Etat, respectivement premier Ministre et Ministre délégué auprès du premier ministre en charge des finances du gouvernement de la République démocratique du Congo, pour les deux premiers cités et dirigeants de la société AFRICOM Commodities, pour le troisième

cité, détourné la somme globale de 113.460.000 CDF (Francs congolais cent treize millions quatre cent soixante mille) équivalent à 122.652,83 USD (dollars américains cent vingt-deux mille six cent cinquante-deux et quatre-vingt-trois centimes) et celle de 3.511.526.735 CDF (Francs congolais trois milliards cinq cent onze millions cinq cent vingt-six mille sept cent trente-cinq) équivalent à 3.798.000 USD (Dollars américains trois millions sept cent nonante huit mille) destinées respectivement au bornage de la concession du parc Agro-industriel de Bukanga Lonzo et à l'aménagement de la route qui relie ce parc à la nationale n°1.

Faits et punis par les articles 21 et 23 du code pénal livre 1^{er}, 145 du code pénal livre II.

Aux termes d'une requête adressée au président de la Cour constitutionnelle en date du 27 août 2021 et réceptionnée au greffe de la Cour de céans le 30 août 2021, le Procureur général près la Cour constitutionnelle sollicita la fixation du jour d'audience ;

Vu l'enrôlement de la cause en date du 30 août 2021 dans le registre du greffe pénal de cette Cour sous le numéro R.P. 0001 ;

Vu la fixation de la cause à l'audience publique du 25 octobre 2021 suivant ordonnance de Monsieur le Président de la Cour de céans en date du 09 septembre 2021 ;

Vu la citation à prévenu donnée à Monsieur GROBLER Christo suivant exploit de l'huissier BOSOBI Richard de la Cour de céans en date du 10 septembre 2021 à comparaître à l'audience publique du 25 octobre 2021 à 10 heures du matin ;

Par exploit conjoint de l'huissier BOSOBI Richard de cette Cour en date du 13 septembre 2021, donné aux prévenus MATATA PONYO MAPON Augustin et KITEBI KIBOL MVUL Patrice, pour comparaître à l'audience publique du 25 octobre 2021 à 10 heures du matin ;

Vu l'appel de la cause à cette audience publique du 25 octobre 2021, à laquelle :

1. Monsieur MATATA PONYO MAPON Augustin comparu en personne assisté de ses conseils : Maître NYABIRUNGU, Avocat près la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, conjointement avec Maîtres SAFARI MULUME et ONYEMBA, tous avocats au baereau de kinshasa/Matete ;
2. Monsieur KITEBI KIBOL MVUL Patrice comparu en personne assisté de ses conseils : Maîtres NGWAPITSHI et MATUKA, respectivement aux Barreaux du Kwilu et de Kinshasa/ Gombe ;
3. Monsieur GROBLER Christo ne comparut pas, ni personne pour lui.

Sur l'état de la procédure, la Cour se déclara valablement saisie à l'égard des trois prévenus sur citations régulières.

La Cour de céans passa la parole au Ministère public pour son réquisitoire quant à la non-comparution de Monsieur GROBLER Christo.

Le Ministère public ayant la parole demanda à ce qu'il plaise à la Cour de retenir le défaut à sa charge.

La Cour accorda la parole au Ministère public pour exposer les faits reprochés aux sieurs MATATA PONYO MAPON Augustin, KITEBI KIBOL MVUL et GROBLER Christo.

Le Ministère public ayant la parole et juste au moment qu'il exposait les faits à charge de Monsieur MATATA, Monsieur GROBLER surgit dans la salle et comparut en personne assisté de ses conseils : Maîtres KALUME BEYA du Barreau de Kinshasa/Gombe, conjointement avec Maîtres SHABANI du Barreau de Kinshasa/Matete, Maîtres MADIMBA et TSHIPAMBA du Barreau du Kassaï central, Maître Éric WILANYA du Barreau du Kongo central ainsi que Maître MANUNGA du Barreau du Kwilu ;

La Cour rebattit le défaut retenu contre lui, cependant un de ses conseils intervint et signala à la Cour que leur client s'exprime mieux en anglais et qu'il a des difficultés pour comprendre le français, s'il y a lieu de commettre un interprète.

La Cour fit droit à sa demande et renvoya contradictoirement la cause à l'égard de tous les prévenus à l'audience publique du 8 novembre 2021 pour commettre un interprète pour Monsieur GROBLER Christo.

A l'appel de la cause à cette audience publique, tous les prévenus comparurent en personne assistés de leurs conseils respectifs, et ce, sur remise contradictoire.

La cour constata que cette cause fût remise à cette audience pour réquisition de l'expert-interprète en la personne de Monsieur MPANYA MULUMBA William Gilbert, lequel fût invité par la Cour à prêter le serment d'usage.

A cette même audience, la Cour constata qu'il fût versé dans le dossier une requête en intervention volontaire initiée en date du 09 septembre 2021 par la République démocratique du Congo et reçue au greffe de la Cour de céans le 13 du même mois.

La cour fit comparaître les avocats de la République démocratique du Congo : Maîtres NKISI ILUNGA et NGOY Félix, Avocats du Barreau de Kinshasa/Gombe, Maître LUBAMBA NZEY, Avocat au Barreau du Kongo central, Maîtres MATONDO NKIABIASALA et IGWE KINI MUGENI, Avocats du Barreau de Kinshasa/Matete.

La cour leur accorda la parole pour exposer le motif de leur requête ;

L'un des conseils de la République démocratique du Congo ayant la parole, exposa sommairement le mobile de cette requête et en conclusion il demanda à ce qu'il plaise à la Cour de condamner les prévenus à la réparation des préjudices causés à l'Etat.

La Cour accorda la parole au Ministère public pour requérir sur cette requête, et, ce dernier confirma que cette procédure n'est pas prévue en matière pénale, mais la république en intervenant, c'est pour contribuer à établir les infractions mises à charge des prévenus ;

La Cour donna ensuite la parole aux conseils des prévenus MATATA et consorts pour leur réaction. Ces derniers demandèrent à la Cour que les avocats de la République Démocratique du Congo puissent quitter la salle au motif que la procédure initiée par eux n'est pas prévue par la loi d'autant plus que le Ministère public défend les intérêts de l'Etat dans cette cause ;

Sur ce point la Cour ordonna sur le banc aux conseils de la République Démocratique du Congo de se retirer à la barre.

Vu l'instruction faite à cette audience ;

La parole fut accordée au Ministère public pour exposer les faits reprochés aux prévenus MATAT PONYO MAPON Augustin, KITEBI KIBL MVUL Patrice et GROBLER Christo ;

Le Ministère public ayant la parole et après avoir développé les faits mis à charge des incriminés, demanda à ce qu'il plaise à la Cour de se déclarer compétente et ensuite de recevoir sa requête ;

La Cour accorda la parole aux conseils du prévenu MATATA PONYO MAPON Augustin, ces derniers ayant la parole tour à tour, plaidèrent en soulevant plusieurs exceptions d'ordre public reprises dans leur note de plaidoirie dont le dispositif est ainsi conçu :

A CES CAUSES

Sous toutes réserves généralement quelconques ;

Plaise à la Cour ;

De dire recevables et totalement fondés les préalables ainsi développés par la plaidant, en conséquence :

- A titre principal, se déclarer incompétente à examiner la présente action ;

Frais comme de droit

- A titre subsidiaire, décréter l'irrecevabilité de la présente action ;

Frais comme de droit ;

Et ce sera justice ;

Fait à Kinshasa, le 08 novembre 2021

Pour l'honorable Sénateur MATATA PONYO MAPON Augustin,
Sé/ Me. NYABIRUNGU MWENE SONGA.

Ensuite la parole fut accordée aux conseils du prévenu KITEBI KIBOL MVUL Patrice qui plaidèrent tour à tour en soulevant également les exceptions d'ordre public reprises dans leur note de plaidoirie dont le dispositif est ainsi conçu :

PAR CES MOTIFS

Plaise à la Cour constitutionnelle :

Principalement

De se déclarer incompétente pour l'un des raisons ci-haut invoquée ;

A titre subsidiaire :

Décréter l'irrecevabilité pour l'un des motifs pré-rappelés ;

Frais et dépens comme de droit ;

Et force reste à la loi.

Fait à Kinshasa, le 10 novembre 2021

Pour monsieur Patrice KITEBI KIBOL MVUL,
Sé/ Me. Carlos NGWAPITSHI NGWAMASHI

Enfin la parole fut accordée aux conseils du prévenu GROBLER Christo qui plaidèrent l'un après l'autre en faveur de leur client et dans leurs conclusions verbales tendant à ce qu'il plaise à la Cour de constater :

L'incompétence de la Cour ;

L'irrecevabilité de la cause pour défaut d'instruction préalable ;

L'irrecevabilité pour violation des articles 106 et 103 de la loi ;

L'irrecevabilité de la requête ;

La surséance de la cause car notre client a saisi la chambre de commerce de Genève.

Et vous ferez justice.

La Cour accorda en dernier lieu la parole tour à tour aux prévenus et ces deniers déclarèrent se rallier aux dires de leurs conseils respectifs ;

Sur ce, la Cour déclara les débats clos, prit la cause en délibéré pour rendre son arrêt à l'audience publique du 15 novembre 2021.

ARRÊT

A l'appel de la cause à l'audience publique du lundi 15 novembre 2021, les prévenus comparurent en personne assistés de leurs conseils respectifs.

Sur ce, la cour prononça son arrêt suivant :

Par requête aux fins de fixation d'audience n°2004/RMPI/PG.COUR CONST/MOP/2021 du 27 août 2021, l'Officier du Ministère public près la Cour constitutionnelle poursuit devant cette Cour les prévenus MATATA PONYO MAPON Augustin, KITEBI KIBOL MVUL Patrice et GROBLER Christo pour :

- Avoir, à Kinshasa, ville de ce nom et capitale de la République démocratique du Congo, sans préjudice de date plus précise, mais entre les mois de novembre 2013 et novembre 2016, période non encore couverte par le délai de prescription de l'action publique, étant respectivement, Agents publics de l'Etat, notamment premier Ministre et Ministre délégué auprès du premier Ministre en charge des finances du Gouvernement de la République démocratique du Congo, pour les deux premiers cités et dirigeant de la société AFRICOM Commodities, pour le troisième cité, détourné par surfacturation la somme globale équivalente en Francs congolais de 204.903.042 USD (Dollars américains deux cent quatre millions neuf cent trois mille quarante-deux) qui était remise à la société AFRICOM Commodities pour la gestion du parc Agro-industriel de Bukanga Lonzo, projet mis en place par le gouvernement de la République démocratique du Congo. Faits prévus et punis par les articles 21 et 23 du code pénal livre 1^{er}, 145 du code pénal livre II.
- Avoir, dans les mêmes circonstances de lieu et de temps que dessus, comme co-auteurs, par coopération directe, étant respectivement, Agents publics de l'Etat,

notamment premier Ministre et Ministre délégué auprès du premier Ministre en charge des Finances du gouvernement de la République démocratique du Congo, pour les deux premiers cités et dirigeant de la société AFRICOM Commodities, pour le troisième cité, détourné la somme globale de 823.695.230 CDF (Francs congolais huit cent vingt-trois millions six cent nonante cinq mille deux cent trente) équivalent à 890.702,80 USD (Dollars américains huit cent nonante mille sept cent deux et quatre-vingt centimes) en payant indûment les parts sociales de la société AFRICOM Commodities dans la constitution des sociétés d'économie mixte PARCAGRI, SEPAGRI et MARIKIN, sociétés issues de la convention d'actionnaires entre l'Etat congolais et la société AFRICOM Commodities, alors que cette dernière elle-même a apporté ses parts sociales.

Faits prévus et punis par les articles 21 et 23 du code pénal livre 1^{er}, 145 du code pénal livre II.

- Avoir, dans les mêmes circonstances de lieu et de temps que dessus, comme co-auteurs, par coopération directe, étant Agents publics de l'Etat, respectivement premier Ministre et Ministre délégué auprès du premier ministre en charge des finances du gouvernement de la République démocratique du Congo, pour les deux premiers cités et dirigeants de la société AFRICOM Commodities, pour le troisième cité, détourné la somme globale de 113.460.000 CDF (Francs congolais cent treize millions quatre cent soixante mille) équivalent à 122.652,83 USD (dollars américains cent vingt-deux mille six cent cinquante-deux et quatre-vingt-trois centimes) et celle de 3.511.526.735 CDF (Francs congolais trois milliards cinq cent onze millions cinq cent vingt-six mille sept cent trente-cinq) équivalent à 3.798.000 USD (Dollars américains trois millions sept cent nonante huit mille) destinées respectivement au bornage de la concession du parc Agro-industriel de Bukanga Lonzo et à l'aménagement de la route qui relie ce parc à la nationale n°1.

Faits et punis par les articles 21 et 23 du code pénal livre 1^{er}, 145 du code pénal livre II.

A l'audience publique du 08 novembre 2021 à laquelle l'affaire a été appelée, plaidée sur exceptions et mise en délibéré, tous les prévenus ont comparu en personne

sur remise contradictoire ; MATATA assisté de Maître NYABIRUNGU, Avocat près la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, Maîtres SAFARI MULUME et ONYEMBA, tous deux du Barreau de Kinshasa/Matete ; KITEBI assisté des avocats Carlos NGWAPITSHI, Jackson KABAMBA, MATUKA Patient, Alexis NGOY et Gédéon MASAMBA, le premier du Barreau de Kinshasa/Gombe, les quatre autres du Barreau de Kinshasa/Matete ; GROBLER Christo assisté des avocats KALUME BEYA, TSHILUMBAYI et BUKASA du Barreau de Kinshasa/ Matete, Corneille MAPIMBA, Éric BILARI, WAMBA et Alphonse BANZA, Tous du Barreau du Kongo Central.

La procédure ainsi suivie et régulière.

In limine litis, le prévenu MATATA PONYO MAPON, par ses conseils, a soulevé deux exceptions tirées respectivement de l'incompétence de la Cour et de l'irrecevabilité de l'action du Ministère public.

Il développe en quatre branches celle de l'incompétence de la Cour.

La première branche est tirée de la violation de l'article 163 de la Constitution qui dispose que « la Cour constitutionnelle est la juridiction pénale du chef de l'Etat et du premier Ministre dans les cas et conditions prévus par la Constitution ». Il estime que n'étant ni président de la République, ni premier Ministre, mais bien un ancien premier ministre, la Cour se doit de décliner sa compétence à l'égard de l'action publique engagée contre lui.

La deuxième branche est tirée de la violation de l'article 164 de la Constitution ainsi libellé : « La Cour constitutionnelle est le juge pénal du président de la République et du premier Ministre pour les infractions politiques de haute trahison, d'outrage au parlement, d'atteinte à l'honneur ou à la probité ainsi que pour les délits d'initié et pour les autres infractions de droit commun commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Elle est également compétente pour juger leurs co-auteurs et complices ».

Le même prévenu ajoute que les articles 167 alinéa 1^{er} de la Constitution a prévu qu'en cas de condamnation, le président de la République et le premier ministre sont déchus de leur charge, déchéance prononcée par la Cour constitutionnelle, mais que lui n'étant plus en fonction, il ne saurait en aucun moment être déchu.

La troisième branche est tirée des articles 1^{er} et 7 de la loi n°18/021 du 23 juillet 2018 portant statut des anciens présidents de la République élus et fixant les avantages accordés aux anciens chefs de corps constitués. Explicitant cette branche du moyen, il fait valoir que l'intervention du législateur en fixant le régime pénal des anciens présidents de la République élus corrobore les termes de l'article 164 alinéa 1^{er} de la Constitution en ce que le statut pénal qu'il fixe ne concerne que le président de République et le premier ministre en fonction excluant les anciens présidents de la République et les anciens premiers ministres.

La quatrième branche est tirée de son caractère d'ordre public. A l'état de cette branche, il rappelle à la Cour que l'exception d'incompétence en matière répressive étant d'ordre public, celle-ci a l'obligation de la soulever d'office, sans qu'il soit besoin de statuer sur d'autres moyens.

De ce qui précède, il sollicite de la Cour de dire qu'elle est incompétente.

En ce qui concerne l'exception d'irrecevabilité de l'action publique, il la développe en trois branches, la première branche est tirée de la violation des articles 166 alinéa 1^{er} de la Constitution et 80 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour en ce que le Ministère Public l'a déféré devant la Cour constitutionnelle sans apporter la preuve du vote à la majorité de deux tiers des membres du parlement composant le Congrès ayant décidé des poursuites ainsi que de la mise en accusation.

En sa deuxième branche, tirée de la violation des articles 101 à 103 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle il invoque, d'une part, le défaut dans le dossier d'une requête du ministère public adressée aux présidents du Sénat et de l'Assemblée nationale aux fins d'autorisation

des poursuites et, d'autre part, l'absence de l'autorisation des poursuites ainsi que la mise en accusation votée par le Congrès.

En sa troisième branche, il invoque la violation des articles 17 et 62 de la Constitution en ce qu'ils consacrent, d'une part, l'exigence de la légalité de la procédure en tant que l'un des aspects fondamentaux du procès équitable, d'autre part, la présomption de la connaissance de la loi.

Dès lors, il sollicite de la Cour, et ce à titre subsidiaire, de dire irrecevable la présente action.

S'agissant du prévenu KITEBI KIBOL M'VUL, il a également, par ses conseils, soulevé l'incompétence de la Cour ainsi que l'irrecevabilité de l'action du ministère public.

Abordant l'exception d'incompétence, il relève, en sa première branche, qu'il n'est pas justiciable de la Cour constitutionnelle, de sorte qu'en le poursuivant devant celle-ci, il y a violation de l'article 19 de la Constitution qui lui garantit le droit à son juge naturel et duquel il est soustrait. A cet effet, ils prennent appui sur les dispositions des articles 72, 100 à 108 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

Il indique en sa seconde branche que le moyen de l'incompétence personnelle de la Cour constitutionnelle demeure toujours fondé même dans l'hypothèse où l'on invoquerait le mécanisme de prorogation de compétence, dès lors que le prévenu MATATA PONYON MAPON a cessé d'exercer les fonctions de premier Ministre.

A cet égard, épousant l'argumentaire développé par ce dernier tiré du prescrit de l'article 164 alinéa 1^{er} de la Constitution, il fait observer que contrairement au président de la République dont le statut pénal, après cessation de ses fonctions, est prévu par la loi portant statut des anciens chefs des corps constitués, aucune disposition légale n'organise le statut pénal d'un ancien premier ministre, et, de ce fait, aucune interprétation analogique ne saurait être admise, si ce n'est en faveur du prévenu.

Pour ce qui est de la fin de non-recevoir exposée en ses trois branches, il soutient d'abord qu'il y a violation de l'article 57 alinéas 1^{er} et 4 du code de procédure pénale en ce que les préventions telles que libellées ne spécifient l'étendue de sa participation et de chacun des prévenus dans la commission des faits leur reprochés. Il relève, ensuite, qu'il y a violation des articles 166 de la Constitution, 101 et 103 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle, en ce que l'action publique est mue en l'absence d'une autorisation des poursuites et de la mise en accusation décidée par le Congrès. Enfin, il invoque la violation des dispositions des articles 73 alinéa 2, 75 et 76 de la loi organique n°13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation dès lors que la présente action est exercée en l'absence d'une autorisation du sénat, celle obtenue se rapportant au dossier de la zaïrianisation et non en rapport avec celui du Parc agro-industriel de Bukanga Lonzo. Il en infère, dès lors, l'irrecevabilité de la présente action.

Le prévenu GROBLER Christo a soulevé quant à lui, outre les exceptions de l'incompétence de la Cour et l'irrecevabilité de la présente action, celle de la surséance à statuer.

Explicitant l'exception d'incompétence, il la fonde en sa première branche sur la nature juridique et la validité des contrats signés entre la société AFRICOM Commodities et l'Etat congolais. Il invoque en sa seconde branche, le fait que les différends relatifs aux investissements échappent à la compétence de la Cour.

Abordant la fin de non-recevoir en trois branches, il invoque, d'abord, le défaut de l'autorisation des poursuites et la mise en accusation préalable à la mise en mouvement de l'action publique pour ce qui est du prévenu MATATA PONYO MAPON Augustin. Ensuite, il relève le défaut d'instruction préjudicielle à sa charge, le Ministère public ayant fixé le dossier sans l'avoir ni identifié ni entendu. Enfin, il invoque la nature juridique du contrat duquel est né le présent litige qui ne saurait être d'ordre pénal, dès lors qu'il est dévolu aux instances arbitrales, concluant à la surséance dans la présente instance motif pris de la saisine des instances arbitrales internationales.

Dans son réquisitoire, le Ministre public a, quant à lui, affirmé la compétence de la Cour, estimant que les infractions ont été commises au moment où Monsieur MATATA PONYO MAPON était premier Ministre, et pour les autres, c'est par corréité au moment de la commission des faits qu'ils se retrouvent aussi devant la Cour constitutionnelle du fait de la prorogation de compétence.

Sans qu'il soit nécessaire d'examiner tous les moyens invoqués par les prévenus, la Cour statuera uniquement sur celui de l'incompétence tiré de la violation des articles 163 et 164 de la Constitution du fait de la prorogation de compétence.

Examinant l'exception d'incompétence soulevée par les trois prévenus, la Cour relève que l'article 163 de la Constitution fait d'elle la juridiction pénale du Chef de l'Etat et du Premier ministre de sorte que sa compétence en matière pénale procède de la Constitution, sans préjudice des dispositions législatives qui lui confèrent d'autres chefs de compétence. En effet, aux termes de cet article : « La Cour constitutionnelle est la juridiction pénale du Chef de l'Etat et du Premier ministre dans les cas et conditions prévus par la Constitution ».

L'article 164 quant à lui dispose : « La Cour constitutionnelle est le juge pénal du président de la République et du premier ministre pour les infractions politiques de haute trahison, d'outrage du parlement, d'atteinte à l'honneur ou à la probité ainsi que pour les délits d'initié et pour les autres infractions de droit commun commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Elle est également compétente pour juger leurs co-auteurs et complices ».

Elle observe que l'article 164 de la Constitution reconnaît au président de la République et au premier ministre un privilège de juridiction tout simplement parce qu'il s'agit d'une question présentant un caractère politique trop accentué pour être examiné par une juridiction de l'ordre judiciaire. En plus, il est nécessaire que le président de la République ou le premier ministre soit à l'abri des poursuites, comme tout citoyen, qui empêcheraient l'exercice des pouvoirs que leur confère la Constitution.

Elle note que, tout comme les députés et sénateurs bénéficient du privilège et des immunités des poursuites et de l'inviolabilité, les poursuites contre le chef de l'Etat se heurtent également aux contraintes procédurales difficiles à surmonter. Bien qu'ils ne bénéficient pas d'une immunité absolue, le président de la République et le premier ministre bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun pour toute infraction par eux commise. Il suit de ce qui précède que le constituant vise la protection des fonctions du président de la République et du premier ministre en exercice, lesquelles sont attachées à leur mandat.

La Cour précise qu'il faut circonscrire la notion d'immunité. En effet, dans le domaine judiciaire, précisément en matière répressive, l'égalité devant la loi se traduit par la règle de l'égalité devant la justice, qui exige que tous les justiciables se trouvant dans la même situation soient jugés par les mêmes tribunaux, selon les mêmes règles de procédure et de fond. Il s'en suit que ce principe de l'égalité de tout citoyen en matière judiciaire connaît des limites de droit et des limites de fait. Ce principe est fortement exprimé dans l'article 141 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié par la République Démocratique du Congo, qui énonce que « Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice ». Il se recoupe avec les principes d'égalité de tous devant la loi et de non-discrimination prévus aux articles 12 et 13 de la Constitution.

Cependant, le législateur peut prévoir des règles de procédure pénale différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, pourvu que les différences ne procèdent pas des discriminations injustifiées et que soient assurées des garanties égales aux justiciables.

Ainsi, le principe d'égalité de tous les délinquants devant l'action publique n'a pas une portée absolue et connaît des limitations variées. Dans certains cas en effet, le délinquant échappe à la poursuite pénale à cause de sa minorité (d'âge) et, dans d'autres cas, il jouit d'une immunité.

La Cour opine par ailleurs que les immunités parlementaires ou l'irresponsabilité parlementaire est la protection des parlementaires contre les

poursuites judiciaires pour tous les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. Cette irresponsabilité pénale et civile tend à assurer l'indépendance des parlementaires mais ne les soustrait pas au pouvoir disciplinaire de leurs pairs.

D'une part, par immunités il faut entendre l'institution de l'irresponsabilité seulement, l'inviolabilité n'étant qu'un ensemble des privilèges dans le mécanisme des poursuites. D'autre part, les immunités consistent dans les deux, l'irresponsabilité et l'inviolabilité, la première étant une immunité absolue et la deuxième une immunité de procédure.

L'inviolabilité est aussi définie comme un privilège destiné à protéger les parlementaires contre les risques d'une poursuite intempestive et consiste dans l'aménagement d'une procédure particulière, dérogeant au droit commun.

La Cour relève que ces règles sont destinées à préserver le parlementaire dans l'exercice de ses fonctions. Il est donc évident que l'institution des immunités parlementaires a pour cause l'indépendance de l'exercice du mandat. Il ne s'agit pas de la protection exclusive d'un individu appelé « parlementaire ». Elle protège plutôt la fonction en raison de l'intérêt public, et la personne du parlementaire ne l'est qu'indirectement. La protection du parlementaire c'est la protection du souverain primaire. En d'autres termes, c'est du fait de la fonction que certaines personnes jouissent des immunités. Elles ont le droit de bénéficier d'une dérogation à la loi commune.

La Cour considère que pendant la durée de ses fonctions, le Premier ministre ne peut voir sa responsabilité pénale engagée que devant la Cour constitutionnelle ; pour tous ses actes, y compris ceux accomplis en dehors de ses fonctions, il bénéficie d'un privilège de juridiction le mettant largement à l'abri puisque les particuliers ne peuvent saisir celle-ci. Ce privilège de juridiction prend cependant fin avec les fonctions de Premier ministre, lequel redevient à la fin de son mandat justiciable des tribunaux ordinaires.

Elle précise que l'exigence du principe de légalité concerne aussi la procédure, ce qui revient à dire que ce principe exige que la procédure pénale à appliquer contre

un justiciable devant les juridictions doit être celle expressément prévue par les textes constitutionnels et législatifs en vigueur. De même, il n'y a pas de juge ou de juridiction sans la loi, ce qui veut dire qu'une personne ne peut être poursuivie que devant une juridiction préalablement connue dans un texte de loi. Il s'agit là d'un principe constitutionnellement garanti par l'article 17 alinéa 2 de la Constitution.

En l'espèce, la Cour constate qu'il ressort des éléments du dossier que le prévenu MATATA PONYO MAPON Augustin a été Premier ministre de 2012 à 2016 ; qu'à ce jour, il n'exerce plus lesdites fonctions.

Elle relève que la compétence juridictionnelle étant d'attribution, le prévenu MATATA PONYO MAPON Augustin, qui a cessé d'être Premier ministre en fonction au moment où les poursuites contre lui sont engagées, doit être poursuivi devant son juge naturel, de sorte que, autrement, il serait soustrait du juge que la Constitution et les lois lui assignent, et ce en violation de l'article 19 alinéa 1 de la Constitution.

De ce fait, le prévenu MATATA PONYO MAPON Augustin ne saurait être poursuivi devant elle sur base de l'article 163 de la Constitution.

Elle rappelle que la théorie de l'interprétation du droit pénal est marquée par le caractère strict de l'interprétation, et est basée sur le principe de la légalité des délits et des peines. De même la procédure pénale est caractérisée par le principe selon lequel la loi doit être prévisible et accessible. Une décision judiciaire condamnant un prévenu au mépris de ce principe ne peut être régulière.

De ce qui précède, la Cour dira fondée l'exception d'incompétence tirée de la violation des articles 163 et 164 de la Constitution, et se déclare incompétente à connaître de l'action pénale initiée contre le prévenu MATATA PONYO MAPON Augustin ainsi que contre les prévenus KITEBI KIBOL M'VUL Patrice et GLOBLER Christo poursuivis en corréité avec le précité en prorogation de compétence.

Elle mettra les frais d'instance à la charge du trésor public.

C'EST POURQUOI :

Vu la Constitution de la République Démocratique du Congo telle que révisée à ce jour, spécialement les articles 163 et 164 ;

Vu la Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, spécialement les articles 72 et 100 alinéa 1^{er} ;

Vu le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle, spécialement les articles 72 et 73 ;

La Cour constitutionnelle, siégeant en matière répressive, en premier et dernier ressort ;

Le ministère public entendu ;

Déclare recevable et fondée l'exception d'incompétence soulevée par les trois prévenus ;

Se déclare incompétente à connaître des poursuites contre les trois prévenus ;

Mets les frais d'instance à charge du trésor public ;

Dit que le présent arrêt sera signifié aux prévenus, au président de la République, au président de l'Assemblée nationale, au président du Sénat ainsi qu'au premier Ministre ;

Dit, en outre, qu'il sera publié au journal officiel de la République Démocratique du Congo ainsi qu'au bulletin des arrêts de la Cour constitutionnelle ;

La Cour a ainsi délibéré et statué à l'audience publique de ce 15 novembre 2021 à laquelle ont siégé Madame et Messieurs KALUBA DIBWE Dieudonné, président, FUNGA MOLIMA MWATA Evariste-prince, WASENDA N'SONGO corneille, MAVUNGU MVUBI-di-NGOMA Jean-Pierre, BOKONA WIIPA BONDJALI François, MONGULU T'APAGANE Polycarpe, KALUME ASENDO CHEUSI Alphonsine et KALUMETA BADIBANGA Dieudonné, juges, en présence du Ministre public représenté par le premier Avocat général MOKOLA PIKPA, avec l'assistance de Madame MUBWISA LUNZEY scholastique ,greffière du siège.

Note d'observation

Dans l'affaire ci-dessus, il nous est loisible de présenter les moyens soulevés par les prévenus et celui retenu par la Cour avant d'aborder la question de compétence pénale de la Cour constitutionnelle.

Dans leurs plaidoiries, les parties prévenues ont présenté plusieurs moyens de forme pour arriver à anéantir l'action mue sur requête du Procureur général près la Cour constitutionnelle. Examinant les conclusions des prévenus, il s'avère que ces derniers ont présenté *in limine litis* les moyens tendant à solliciter l'incompétence de la Cour et l'irrecevabilité de l'action. Ces moyens ont été résumés par la Cour en plusieurs branches. Sans qu'il n'ait été nécessaire d'examiner tous les moyens invoqués par les prévenus, la Cour a statué uniquement sur celui de *l'incompétence tiré de la violation des articles 163 et 164 de la Constitution du fait de la prorogation de compétence*.

En effet, pour asseoir cette exception d'incompétence de la Cour, tirée de la violation de l'article 164 de la Constitution, les parties prévenues ont évoqué l'article 164 de la Constitution qui stipule que :

« La Cour constitutionnelle est le juge pénal du Président de la République et du Premier ministre pour des infractions politiques de haute trahison, d'outrage au Parlement, d'atteinte à l'honneur ou à la probité ainsi que pour les délits d'initié et pour les autres infractions de droit commun commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Elle est également compétente pour juger leurs co-auteurs et complices ».

Les prévenus soutiennent que c'est parce qu'il s'agit d'un Président ou d'un Premier ministre en fonction que le Constituant, à l'article 167, alinéa 1^{er}, a prévu qu'en cas de condamnation, le Président de la République et le Premier ministre **sont déchus de leur charge**, déchéance prononcée par la Cour constitutionnelle. C'est encore parce qu'il s'agit du Président de la République et du Premier ministre en fonction que, d'après l'article 167, alinéa 1^{er} de la Constitution, pour les infractions commises en dehors de l'exercice de leurs fonctions, mais pendant qu'ils sont en fonction, les poursuites contre eux sont suspendues jusqu'à l'expiration de leurs

mandats, de même qu'est suspendue la prescription. Concrètement, pour les prévenus, l'Officier du ministère public a voulu engager la Cour dans une impasse car, en effet, en cas de condamnation, la Constitution demande de déchoir notamment le Premier ministre. Ils se posent la question de savoir Comment la Cour procéderait-elle pour déchoir quelqu'un qui n'a pas qualité de l'être ? En d'autres termes, l'ancien Premier Ministre Matata n'étant pas en fonction de Premier ministre, ne saurait, en aucun cas et en aucun moment, être déchu. Alors que la déchéance fait partie des sanctions à infliger par la Cour.

C'est dire qu'à l'égard de l'Honorable Matata Ponyo, cette disposition de l'article 164 de la Constitution est sans pertinence car, selon lui, la déchéance ne concerne que le Président ou le Premier ministre en fonction, et l'ancien Premier ministre Matata Ponyo ne rentre dans cette hypothèse. Ainsi, sollicite-t-il de la Cour de déclarer son incompétence à juger l'ancien Premier Ministre Matata Ponyo Mapon Augustin.

C'est à ce moyen que la Cour a répondu en considérant que pendant la durée de ses fonctions, le Premier ministre ne peut voir sa responsabilité pénale engagée que devant la Cour constitutionnelle ; pour tous ses actes, y compris ceux accomplis en dehors de ses fonctions, il bénéficie d'un privilège de juridiction le mettant largement à l'abri puisque les particuliers ne peuvent saisir celle-ci. Ce privilège de juridiction prend cependant fin avec les fonctions de Premier ministre, lequel redevient, à la fin de son mandat, justiciable des tribunaux ordinaires. Elle relève, en outre, que la compétence juridictionnelle étant d'attribution, le prévenu Matata Ponyo Mapon Augustin, qui a cessé d'être Premier ministre en fonction au moment où les poursuites contre lui sont engagées, doit être poursuivi devant son juge naturel, de sorte que, autrement, il serait soustrait du juge que la Constitution et les lois lui assignent, et ce en violation de l'article 19 alinéa 1^{er} de la Constitution. De ce fait, le prévenu Matata Ponyo Mapon Augustin ne saurait être poursuivi devant elle sur base de l'article 163 de la Constitution.

De ce qui précède, la Cour a dit fondée l'*exception d'incompétence* tirée de la violation des articles 163 et 164 de la Constitution, et s'est déclarée incompétente à connaître de l'action pénale initiée contre le prévenu Matata Ponyo Mapon Augustin ainsi que contre les prévenus Kitebi Kabol M'vul Patrice et Globler Christo poursuivis en corréité avec le précité en prorogation de compétence.

En fait, Monsieur Matata Ponyo, ancien Premier ministre, dont le nom a été cité dans plusieurs rapports en lien avec le projet Bukanga Lonzo, fut poursuivi pour les faits qu'il aurait commis pendant qu'il exerçait les fonctions de Premier ministre et non après l'exercice de ces fonctions¹.

Analysant l'arrêt, il y a lieu de noter que, pour dénicher l'intelligence du constituant quant à la compétence personnelle des justiciables devant la Cour constitutionnelle, il faut commencer par découvrir l'article 166 de la Constitution. Cet article stipule que « La décision de poursuites ainsi que la mise en accusation du Président de la République et du Premier ministre sont votées à la majorité des deux tiers des membres du Parlement composant le Congrès suivant la procédure prévue par le Règlement intérieur ». Il faut noter qu'ici, le constituant congolais ne pense pas qu'une personne non revêtue des fonctions du Président de la République ou du Premier ministre peut être soumise à la procédure d'accusation et est justiciable devant la Cour constitutionnelle. Car la procédure que cette disposition prévoit tend non seulement à lever les immunités de poursuites mais également à déchoir l'inculpé des fonctions publiques qu'il exerce au moment de poursuite. Dans cet angle, lorsque l'on n'est plus revêtu de ces fonctions, il n'y a ni procédure de lever des immunités, ni celle de déchéance. Ainsi, en se basant uniquement sur cet article de la Constitution, la Cour constitutionnelle n'a pas tort, à notre sens, de remettre le prévenu à son juge naturel.

L'article 163 vient clarifier davantage l'explication ci-dessus en libellant que « La Cour constitutionnelle est la juridiction pénale du Chef de l'État et du Premier

¹ Kevin ESHIMATA NGIMBI, « Non Messieurs, un ancien Premier Ministre n'est pas un Premier Ministre », *LegalRDC*, 25 octobre 2021.

ministre dans les cas et conditions prévus par la Constitution ». Par cette disposition, la Constitution n'accorde à la Cour constitutionnelle que la compétence de juger le Chef de l'État et le Premier ministre et non celle de juger l'ancien Chef de l'État et l'ancien Premier ministre. Le statut de ces deux derniers étant fixé dans la *Loi n°18/021 du 26 juillet 2018 portant statut des anciens Présidents de la République élus et fixant les avantages accordés aux anciens chefs de corps constitués*. Cette Loi définit les droits et devoirs des anciens Premiers ministres et ne traite pas de leur régime répressif étant donné, certainement, que les privilèges et immunités relèvent du domaine de la loi². **En ses** articles 1 et 7, cette loi énonce :

L'article 1^{er} :

« La présente loi fixe le statut des anciens Présidents de la République élus. Elle détermine les règles spécifiques concernant leurs droits et devoirs, le régime de leurs responsabilités, leur statut pénal ainsi que les avantages leur reconnus. Elle détermine également les avantages et devoirs accordés aux anciens Chefs de Corps constitués ».

L'article 7 : « Tout ancien Président de la République élu jouit de l'immunité des poursuites pénales pour les actes posés dans l'exercice de ses fonctions ».

Si la Constitution avait réglé les questions du statut pénal des anciens Chefs d'État et Premier ministre, et de la compétence de la Cour constitutionnelle à leur égard, non seulement elle l'aurait prévu expressément, mais aussi la loi du 26 juillet 2018 n'aurait pas vu le jour. Elle est venue combler un vide juridique, un cas qui, jusque-là, n'avait pas été prévu³. On peut regretter que le législateur, ayant constaté la nécessité de préciser le statut d'un ancien Président de la République élu, n'ait pas pensé à préciser celui d'un ancien Premier ministre, en vue de sauvegarder la cohérence juridique et l'équité⁴. Mais il faut constater que tant en incriminant, en

² Louis YUMA BIABA, *Manuel de droit administratif général*, Kinshasa, éditions CEDI, p.44-45.

³ NYABIRUNGU MWENE SONGA, « Dossier Bukanga Lonzo », *Note de plaidoirie du 8 novembre 2021*, Kinshasa, 2021, p.7.

⁴ *Idem*.

sanctionnant qu'en édictant les règles de procédure, notamment aux articles 163 à 167 de la Constitution, le constituant n'a jamais distingué le statut pénal de Président de la République et celui de Premier Ministre⁵. Ainsi, même là où il n'a pas été cité expressément, le Premier ministre est régi par les mêmes règles de procédure, des privilèges et immunités que celles régissant le Président de la République dans le cadre de leurs poursuites et destitution⁶.

De son côté, l'article 164 de la Constitution cité ci-avant fixe les infractions justiciables devant la Cour constitutionnelle, détermine les auteurs et limite des moments de leur commission. Cette disposition demande une interprétation dans sa formulation de l'expression « [...] ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ». Cette expression n'a rien de ce qui peut être commis comme acte en dehors des fonctions du Président de la République ou du Premier ministre. Seulement que le bénéficiaire de telles fonctions peut, tout en étant couvert par les pouvoirs qu'il exerce, poser des actes qui n'entrent pas dans ses attributions et qu'au cours de ces actes, il commet une des infractions prévues ci-dessus.

Il faut donc retenir que la compétence personnelle de la Cour Constitutionnelle se justifie en ce que, d'une part, le Président de la République et le Premier Ministre en fonction sont détenteurs des pouvoirs constitutionnels. C'est dans cette optique que la Constitution leur assigne un juge propre. D'autre part, l'intervention du juge constitutionnel se justifie car en cas de condamnation, le Président de la République et le Premier Ministre seront déchus de leurs charges par la Cour Constitutionnelle⁷. La compétence de la Cour Constitutionnelle est donc conditionnée, d'une part, par la détention de la qualité du Président de la République ou du Premier Ministre (ou de leurs co-auteurs et complices) et, d'autre

⁵ *Ibidem*.

⁶ Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, « Modèle du régime de poursuite et de destitution du Président de la République pour les faits commis dans et hors l'exercice de ses fonctions : une étude comparative du droit franco-américain et congolais », (2021) *Revue libre de droit* 5-33.

⁷ Constitution du 18 février 2006, article 167, alinéa 1^{er}.

part, par les faits infractionnels commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Il s'agit là des deux conditions cumulatives.

La reconnaissance de cette compétence pénale à la Cour Constitutionnelle procède d'une vision très large de la justice constitutionnelle qui a pour vocation de garantir le respect général de l'ordre constitutionnel de l'État⁸. C'est dans ce cadre que l'alinéa 2 de l'article 167 de la Constitution suspend les poursuites contre le Président de la République et le Premier ministre pour les infractions commises en dehors de l'exercice de leurs fonctions⁹. Au regard de sa qualité d'ancien Premier ministre, qu'il soit Sénateur ou non, il est justiciable devant la Cour de Cassation et non devant la Cour Constitutionnelle et ce, conformément à l'article 153 de la Constitution, qui institue les juridictions de l'ordre judiciaire et détermine les justiciables devant la Cour de Cassation.

Le privilège de juridiction va de pair avec la qualité de la personne au moment des poursuites et non au moment des faits. C'est dans ce sens que la Cour suprême de Justice a abondé dans son arrêt RPA. 121 du 23 décembre 1986 mettant en évidence la qualité de l'agent au moment de poursuites.

Les poursuites contre l'ancien Premier ministre, Monsieur Matata Ponyo Mapon, devenu Sénateur, relèvent réellement de la compétence de la Cour de Cassation. Toutefois, au regard de sa nouvelle qualité, il bénéficie de l'inviolabilité et celle-ci peut être levé suivant la procédure prévue aux articles 73 à 79 de la loi 13/010 du 19 février 2013¹⁰.

⁸ Marc VERDUSSEN, *Les douze juges : la légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, LABOR, 2004, p.33, dans K. ESHIMATA NGIMBI, préc., note 1.

⁹ P.F. KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO, préc., note 6. Lire également Jacques DJOLI ESENG'ELI, *Droit constitutionnel : l'expérience congolaise (RDC)*, Paris, L'Harmattan, 2013, p.206-207.

¹⁰ Freddy KABANGE NUMBI, « Exercice de l'action publique dans le système judiciaire », *Mercuriales du Procureur Général de la République prononcée lors de la rentrée judiciaire 2010*, inédit, dans K. ESHIMATA NGIMBI, préc., note 1.

Il serait regrettable si la Cour de Cassation se déclarait également incompétente car estimant que les faits ont été commis dans l'exercice des fonctions de Premier ministre. Souhaitons que la Cour de Cassation analyse correctement les règles de droit et se déclare compétente afin de fixer l'opinion et le prévenu sur la juridiction devant juger un ancien Président de la république et un ancien Premier ministre et ne pas laisser errer le droit.

Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU WA KANDOLO

Professeur à la Faculté de droit, Université de Likasi

Avocat au barreau du Haut-Katanga

Avocat à la Cour pénale internationale et à la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples

*

* *

DERNIÈRES PUBLICATIONS DE LA FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE LIKASI

En vue de faire connaître les publications faites par les chercheurs.es. de la Faculté de droit ou par ceux (celles) de l'Université de Likasi, la *Revue* consacre une ou plusieurs pages pour la publicité de nouvelles publications.

Pour l'année 2021, la Faculté de droit de l'Université de Likasi a le plaisir d'annoncer à la communauté universitaire qu'elle a été honorée d'une publication de haute qualité scientifique sur le **Droit des réparations**. Cette publication est la thèse de doctorat soutenue à l'Université de Montréal.

Elle a été scindée en deux volumes : le premier volume a porté sur : **Droit**

général, droits de la personne et droit international humanitaire.

Le deuxième volume est intitulé : **Mécanismes pour l'accès des victimes à la réparation.**

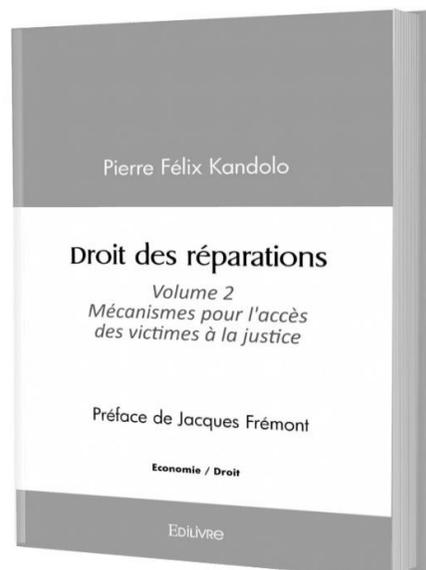
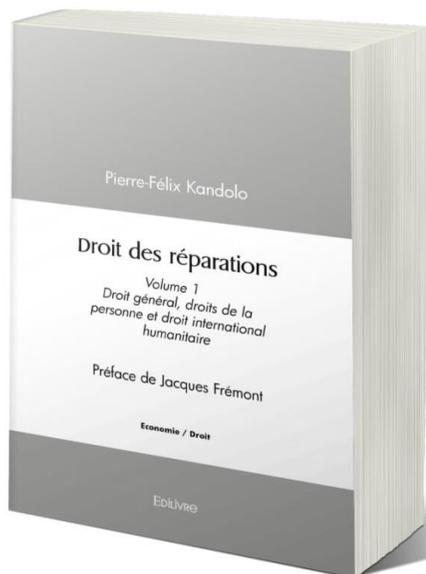
Les deux volumes, préfacés par le Professeur Émérite Jacques Frémont, Recteur de l'Université d'Ottawa (Canada), ont été publiés dans les Éditions Édilivre à Paris (France).

Pour se les procurer, prière de contacter :

Email : bbanembali@gmail.com

Tél : (+243) 995 472 023

Ou acheter en ligne sur le site de l'éditeur : www.edilivre.com.



ABONNEMENTS

Les demandes d'abonnement à la version imprimée de la *Revue générale de droit et interdisciplinaire*, doivent être faites à la Faculté de Droit de l'Université de Likasi.

Site de Mivuka, Kikula, Likasi (Haut-Katanga)
République Démocratique du Congo

Tél. +243 995 472 023

Courriel : rev.gene.droit2018@gmail.com

ABONNEMENTS REGULIERS

La tarification annuelle est la suivante :

Abonnement régulier, version imprimée : 150 \$

Abonnement étudiant, version imprimée : 50 \$

L'abonnement donne droit à l'obtention de deux numéros par année.

ABONNEMENTS DES INSTITUTIONS

Les institutions souhaitant s'abonner à la version numérique ou imprimée de la *Revue générale de droit et interdisciplinaire* sont priées de communiquer directement avec la direction de la *Revue* par téléphone ou par courriel ci-dessus.

Toute autre correspondance doit être adressée au Directeur de la *Revue générale de droit et interdisciplinaire*, Faculté de droit, Université de Likasi

Site de Mivuka, Kikula, Likasi (Haut-Katanga)

Tél : +243 974 617 891

Courriel : rev.gene.droit2018@gmail.com

ABONNEMENTS DE SOUTIEN

Dans le souci de faire émerger la recherche et d'augmenter le niveau de recherche dans notre Université, des personnes et des institutions de bonne volonté manifestent leur intérêt pour la *Revue générale de droit et interdisciplinaire* en souscrivant des abonnements de soutien. D'autres compensent leur soutien en obtenant une page de publicité de leurs activités commerciales et autres.

Les auteurs des monographies, ouvrages collectifs ou autres œuvres peuvent faire la promotion de celles-ci en faisant un don ou en souscrivant à un abonnement annuel.

En signe de gratitude, nous publions leur nom ou leur carte d'affaires. Vous pourriez aussi manifester votre appui par un Abonnement annuel (2 numéros). Le taux pour les publicités des institutions est le suivant :

❖ Pleine page	:	250 \$
❖ Demi-page	:	125 \$
❖ Quart de page	:	65 \$

L'abonnement de soutien donne aussi droit à recevoir les deux numéros annuels de la *Revue générale de droit et interdisciplinaire*.

LMD ARRIVE!

LMD à la porte de l'UNILI

UNIVERSITÉ DE LIKASI

La deuxième Université publique de la province du Haut-Katanga, située dans une première ville en industries minières et en montagnes dans la même province. Le Congo se développe, l'Université de Likasi constitue le meilleur milieu où la science s'élabore et où la jeunesse se construit pour l'avenir de la République et de la province. Les diplômés de cette Université font un rayonnement non contestable sur l'échiquier tant national (dans les recherches de grande envergure, dans la vie politique, dans les entreprises, dans la société civile nationale) qu'international.

FAITES VOTRE CHOIX :

Pour la R.D. Congo : MOI, JE CHOISIS l'Université de Likasi

Pour la province du Haut-Katanga : MOI, JE CHOISIS l'Université de Likasi

Pour la ville minière, industrielle et montagnaise : MOI, JE CHOISIS l'Université de Likasi

Pour la vie sociale et pour mon meilleur avenir : MOI, JE CHOISIS l'Université de Likasi

Pour l'amélioration de la vie et le développement de mon pays : MOI, JE CHOISIS L'UNILI.

NE VOUS FAITES PAS DE LA PEINE, IL N'Y A PAS MEILLEUR QUE DANS CETTE UNIVERSITÉ !

La Faculté de droit à l'Université de Likasi : mon premier choix

Pourquoi ? Mais parce que ...

Je deviens Licencié en droit dans 5 ans

Quatre Départements regroupant plus ou moins 1000 étudiantes et étudiants qui suivent des enseignements de qualité dans un programme national. Une Faculté dans une Université qui permet aux étudiant(es) d'assimiler les enseignements et d'échanger directement avec leurs enseignant.es. dans un espace et sur un site aéré (à Mivuka). Choisissez votre Département parmi les suivants :

I. Département de droit général : Graduat en droit (3 ans)

Premier graduat droit (1 an) ; Deuxième graduat droit (1 an) ; Troisième graduat droit (1 an) et choisir parmi les trois Départements : Département de droit économique et social ; Département de droit privé et judiciaire et Département de droit public.

II. Licence en droit (2 ans), prolonger votre choix en Licence :

Département de droit économique et social ; Département de droit privé et judiciaire et Département de droit public.

III. Programme de Diplôme d'Études Approfondies et de Doctorat en droit

Ne vous inquiétez pas! Les Diplômes délivrés par l'Université de Likasi étant reconnus et ses Diplômés appréciés aux niveaux national et international, les finalistes de la Faculté de droit qui souhaiteraient poursuivre leurs études de 3^{ème} cycle sont autorisés.es. à le faire sans inquiétude ni obstacle dans n'importe quelle Université congolaise et/ou internationale autorisée à organiser ce programme (DESS., DEA et doctorat) en droit.

Allez-y... la RDC a besoin de vous et le monde vous attend !

(Imprimé)

© *Revue générale de droit et interdisciplinaire*
Likasi 2021

Dépôt légal : 12.20.2021.46 IV^{ème} trimestre 2021
Presses universitaires de Likasi