



UNIVERSITÉ DE LIKASI



FACULTÉ DE DROIT

Revue générale de Droit et interdisciplinaire

Fondée en 2018

Vol.5 - N°3 2022

Revue générale de Droit et interdisciplinaire

Panorama des réformes administratives en RDC

MONGA BANZA TUTU, Crispin SENDWE KABAMBI et Saddam MANDE NUMBI

Conseil de sécurité des Nations unies et gestion de la crise des Grands Lacs en RDC : Des espoirs perdus

Berthe MUANDA MBUANGI

Conflit ukraino-russe sous le prisme du droit international : adieu le droit international ?

Athanase ESAKI TSHOFU

Droit d'accès à l'information publique : Enjeux des droits humains, instrument de transparence et de bonne gouvernance

Didier YANGONZELA LIAMBOMBA

Unité du traitement des difficultés du débiteur dans les procédures collectives internationales : l'espace OHADA

MBILONGO Alain Martial

Gestion et utilisation des cent mètres des rives en droit foncier congolais

FUMBA LITEMBU mwenge LIPANGDA Sylvain et Pascaline NKALIMBI LEMA

Spécification des infractions contre les biens culturels « meubles classés » et criminalité contre le patrimoine culturel en RDC

Hur ASANI M.

Conflits armés et responsabilité étatique de protéger les populations civiles en RDC

Regis KATUALA GIZE

Décentralisation empêtrée par le politique : défis pour les provinces en RDC

MONGA BANZA TUTU, Didier BANZE KALOLO, Nestor BANZA KANYANGWA, Fidèle KALOMBO KAYIMWANGA et Ivon UMBA KASONGO

Vie privée en cas de télétravail et l'appréciation des risques professionnels en droit congolais

Martin Gaël MALUMALU

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

REVUE GÉNÉRALE DE DROIT ET INTERDISCIPLINAIRE DE L'UNIVERSITÉ DE LIKASI

Fondée à Likasi en 2018

par

Pr Pierre Félix KANDOLO

NORMES DE PUBLICATION

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

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

I. Exclusivité et droits d'auteur

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

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

II. Présentation matérielle des manuscrits

- A. **Limite.** La *Revue* invite les auteur.e.s à limiter la longueur de leurs textes à environ 15 000 mots, incluant les notes en bas de pages, soit au maximum 25 pages. Les textes dont la longueur dépasse excessivement cette limite pourraient ne pas être considérés pour publication.
- B. **Mise en page.** La mise en page des manuscrits doit être au format lettre (21,5*28cm/ 8,5*11po) à double interligne. Les manuscrits doivent être écrits avec le logiciel Word.

C. **Notes en bas de pages et références.** Pour les références et les abréviations, l'auteur.e. doit suivre la méthode établie dans le *Guide Kandolo. Méthodes et règles de rédaction d'un travail de recherche en droit*, publié dans les éditions Universitaires européennes, Mauritius, 2018. Ce livre contient les règles de rédaction et de référence utilisées dans cette *Revue*.

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

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

I. Intitulé

A. Intitulé

1. Intitulé

a. Intitulé

i. Intitulé

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

Tous les manuscrits sont soumis par e-mail à l'adresse ci-après : rev.gene.droit2018@gmail.com. Une fois réceptionné, le texte fait l'objet d'un examen préliminaire sur le fond et la forme par le Conseil des Assistants à la rédaction. Si cet examen préliminaire est concluant, le texte est transmis aux trois experts (pairs évaluateurs) anonymes pour leurs avis et considérations sur l'opportunité et l'acceptation du sujet. Ces derniers n'ont pas le droit de diffuser l'information sur l'appartenance du manuscrit, surtout qu'à chaque texte leur transmis il est joint un code d'identification dont le secret appartient à la *RGDILI*. Les évaluations sont remises à la *Revue* dans un délai d'un mois à compter de la réception. Faute de respecter ce délai, la *RGDILI* peut désigner d'autres évaluateurs. Le texte n'est publié que si l'ensemble des évaluations rend le texte publiable à 70 % au moins.

IV. Exemplaire à l'auteur.e.

Lors du dépôt du manuscrit, l'auteur du texte verse à la *Revue* une somme constituant les droits de lecture et d'impression et le droit pour un exemplaire qui lui sera remis.

V. Coordonnées de la Revue générale de droit

Les correspondances peuvent être adressées à :

Revue générale de droit et interdisciplinaire

Université de Likasi, Faculté de droit

Site de Mivuka Likasi, Haut-Katanga, RDC

Tél. : +243 974 617 891

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

VI. Responsabilité

La Revue décline toute responsabilité sur le de vue émis par les auteur.e.s et sur les fraudes d'improbité qu'ils commettraient et qui p... droits des tiers.

UNIVERSITÉ DE LIKASI



FACULTÉ DE DROIT



Revue générale de Droit et interdisciplinaire

Fondée en 2018

Vol. 5 n°3

2022

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

© *Revue générale de droit et interdisciplinaire*
Likasi 2022

Dépôt légal : 7.20.2022.67 III^{ème} trimestre 2022
Juin 2022

Presses universitaires de Likasi

UNIVERSITÉ DE LIKASI

FACULTÉ DE DROIT

REVUE GÉNÉRALE DE DROIT ET INTERDISCIPLINAIRE



TABLE DES MATIÈRES

Volume 5 numéro 3 – 2022

Panorama des réformes administratives en RDC	
MONGA BANZA TUTU, Crispin SENDWE KABAMBI et Saddam MANDE NUMBI	
Conseil de sécurité des Nations unies et gestion de la crise des Grands Lacs en RDC : Des espoirs perdus	
Berthe MUANDA MBUANGI	
Conflit ukraino-russe sous le prisme du droit international : adieu le droit international ?	
Athanase ESAKI TSHOFU	
Droit d'accès à l'information publique : Enjeux des droits humains, instrument de transparence et de la bonne gouvernance	
Didier YANGONZELA LIAMBOMBA	
Unité du traitement des difficultés du débiteur dans les procédures collectives internationales dans l'espace OHADA	
MBILONGO Alain Martial	
Gestion et utilisation des cent mètres des rives en droit foncier congolais	
FUMBA LITEMBU mwenge LIPANGDA Sylvain et Pascaline NKALIMBI LEMA	
Spécification des infractions contre les biens culturels « meubles classés » et criminalité connexe : Commentaires et critiques de l'Ordonnance-Loi du 15 mars 1971 portant protection des biens culturels en RDC	
Hur ASANI M.	
Conflits armés et responsabilité étatique de protéger les populations civiles en RDC	
Regis KATUALA GIZE	

Décentralisation empêtrée par le politique : défis pour les provinces en RDC

MONGA BANZA TUTU, Didier BANZE KALOLO, Nestor BANZA KANYANGWA, Fidèle KALOMBO KAYEMBE KIMWANGA et Ivon UMBA KASONGO

Vie privée en cas du télétravail et l'appréciation des risques professionnels en droit congolais

Martin Gaël MALUMALU

Exploitation des ressources minières en RDC : un leurre pour les populations locales.....

Willy MBONZILA BITIBA

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 Joseph DJEMBA KANDJO

Faculté de droit, Université de Kikwit

Pr Joseph KAZADI MPIANA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Joseph YAV KATSHUNG

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Junior MUMBALA ABELUNGU

Ecole Supérieure de Commerce de Lubumbashi et École de criminologie, Université de Lubumbashi

Pr Léon MUSANS KAPEND-A-KATSHIW

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

Pr Marcel IMANI MAPOLI

Faculté de droit, Université Officielle de Bukavu

Pr Médard LUYAMBA WA LEMBA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

Pr Patrick CONGO IBRAHIM

Faculté de droit, Université d’Ouagadougou

Pr Pierre Félix KANDOLO ON’UFUKU WA KANDOLO

Faculté de droit, Université de Likasi

Pr Twison FIMPA TUWIZANA

Faculté de droit, Université de Kinshasa

Pr Victor KALUNGA TSHIKALA

Faculté de droit, Université de Lubumbashi

DOCTRINE

Droit public (interne et international)

Droit privé et judiciaire

Droit économique et social

Droit pénal et procédure pénale

ARTICLES

Panorama des réformes administratives en République démocratique du Congo :
perspectives d'une décentralisation efficiente

MONGA BANZA TUTU*
Crispin SENDWE KABAMBI**
Saddam MANDE NUMBI***

RÉSUMÉ

L'Administration a pour vocation la réalisation des objectifs définis par le pouvoir politique en vue de pourvoir aux besoins de la population. L'augmentation du volume des tâches et les effectifs des services publics reste un signe d'une performance, socle d'un État de droit et de la bonne gouvernance. C'est ce à quoi aspire la République démocratique du Congo en vertu des réformes administratives depuis le 29 février 1885 jusqu'à ce jour. Ces réformes administratives sont essentiellement le fruit de la décentralisation, toutefois, adaptées aux circonstances de temps et de lieu. Elles ont franchi l'étape de l'autocratie sous leur phase initiale pour subir l'influence des impératifs du pouvoir de type nouveau avant de se soumettre aux exigences de la démocratie. Cependant, les conditions socio-économiques sont restées les mêmes avec un mode de gestion centralisateur faisant des réformes administratives dispersibles devant le pouvoir de l'État.

Mots-clés : Réformes administratives – Entités territoriales – décentralisation – contraintes et perspectives.

ABSTRACT

The purpose of the administration is to achieve the objectives defined by the political power with a view to meeting the needs of the population. The increase in the volume of tasks and the number of public services remains a sign of performance, the basis of a rule of law and good governance. This is what the Democratic Republic of Congo aspires to by virtue of the administrative reforms since February 29, 1885 until today. These administrative reforms are essentially the result of decentralization, however, adapted to the circumstances of time and place. They passed the stage of autocracy in their initial phase to be influenced by the imperatives of new type power before submitting to the demands of democracy. However, the socio-economic conditions remained the same with a centralizing mode of management making administrative reforms dispersible before the power of the State.

Keywords : Administrative reforms – Territorial Entities – Decentralization – Constraints – Outlook.

||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||||

SOMMAIRE

- INTRODUCTION
- I. DES REFORMES ADMINISTRATIVES PRÉCOLONIALES (1888-1960)
 - A. Époque de l'État Indépendant du Congo
 - B. Époque du Congo-Belge (1908-1960)
- II. LES REFORMES ADMINISTRATIVES POST-COLONIALES

* Docteur en droit de l'Université de Lubumbashi, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Kamina.
** Chef de travaux à la Faculté de droit, Université de Kamina.
*** Assistant à la Faculté de droit, Université de Kamina.

A. La phase des réformes allant de 1960 à 1965

B. La phase allant de 1977 à 1982

III. LES REFORMES ADMINISTRATIVES PENDANT LA PÉRIODE DE TRANSITION (1990-2006)

A. La phase de la première transition : allant de 1990 à 2006

B. Les réformes administratives sous la *Constitution du 18 février 2006*

IV. Perspectives d'une décentralisation efficiente

Conclusion



INTRODUCTION

Le pouvoir totalitaire qui a caractérisé l'État indépendant du Congo dès sa création, le 29 mai 1885¹, n'a pu conférer à la République Démocratique du Congo les acquis d'un État suffisamment organisé sur le plan administratif. Le Congo, un nouvel État au centre de l'Afrique, fut le résultat d'un consensus au tour de la création d'une Institution étatique à vocation internationale, mais avec des allures d'une propriété privée gérée suivant la volonté exclusive du Roi Souverain incarnant la souveraineté nationale. Les congolais, bien qu'organisés en sociétés traditionnelles primitives, ne pouvaient être associés à la gestion de l'État. Il aura fallu attendre 1906 pour que l'autorité coutumière soit reconnue par les structures administratives nouvelles. Cependant, pas comme une entité administrative décentralisée mais comme une simple circonscription coutumière indigène.

Par ailleurs, la réforme, considérée comme une mutation d'un système administratif jugé faible vers un système administratif performant, vise l'amélioration de la gestion de la chose publique et envisage l'essor d'un *État de droit* ou d'un *État démocratique* ainsi que la promotion de la bonne gouvernance².

Les nations ayant concouru à la création de l'État Indépendant du Congo n'ont pu semble-t-il, envisager à créer un État de droit ou démocratique au centre de l'Afrique, mais un État stratégique devant gérer les intérêts économiques des puissances occidentales. Toutefois, la motivation principale telle que contenue dans la lettre du Roi Souverain du 23 février 1885 fut celle de civiliser les peuples autochtones et faciliter le commerce, motif qui sous-tend l'État de droit correspondant à la fin de l'esclavagisme, dans laquelle on peut lire « la Conférence à laquelle j'ai le devoir d'en rendre hommage, voudrait bien, j'ose l'espérer, considérer l'avènement d'un pouvoir qui se donne la mission exclusive d'introduire la civilisation et le commerce au centre de l'Afrique »³. Par ailleurs, il est difficile de soutenir que dans son existence embryonnaire, sous forme d'Association Internationale Africaine, l'État Indépendant du Congo pouvait détenir des structures administratives organisées car, cette Association, devenue Association Internationale du Congo, n'avait pas de personnalité juridique et était considérée comme une institution *de facto*⁴. C'est la fin du mandat de l'Association

¹ Gabriel BANZA MALALE, *Les aspects juridiques dans les enjeux de crises congolaises : des origines à nos jours*, Kinshasa, Presses universitaires du Congo, 2011, p. 25.

² MONGA BANZA TUTU, *Les réformes administratives en vue de la promotion et de protection des droits fondamentaux en République Démocratique du Congo, état des lieux dans la province du Haut-Lomami*, Thèse de Doctorat en Droit, Lubumbashi, Université de Lubumbashi, 2018-2019, inédit, p. 2.

³ Félix VUNDUAWE et PEMAKO et Jean-Marie MBOKO N'DJANDIMA, *Droit constitutionnel du Congo, textes et documents fondamentaux*, vol.1, Bruxelles, Vol 2, Louvain-la-Neuve, L'Harmattan, Academia, 2012, 2012, p.31.

⁴ G. BANZA MALALE, préc., note 1, p. 24.

Internationale du Congo qui correspond avec la création de l'*État indépendant du Congo* et qui marque la naissance du mandat formel du *Gouvernement du Roi Léopold II* ou de l'État indépendant du Congo, le 29 mai 1885. C'est donc à partir de ce moment qu'il sied de situer le début des réformes administratives intervenues en République démocratique du Congo, en rechercher les motivations et dégager leur efficacité.

Si le contexte des réformes administratives ne peut être similaire en rapport avec le temps et les circonstances, les préoccupations restent les mêmes, celles de savoir si les réformes administratives territoriales attachées constituent le socle du développement des entités territoriales décentralisées. Dès lors, il y a lieu de se demander : **Quels sont les pesanteurs qui militent en faveur de l'obstruction sans pudeur dans la gestion des entités administratives décentralisées ? Quels sont alors les mécanismes envisageables pour une réforme territoriale républicaine en République démocratique du Congo ?**

Rappelons que l'Administration a pour vocation la réalisation des objectifs définis par le pouvoir politique en vue de pourvoir aux besoins de la population. L'intérêt général constitue une charge pour toute institution publique ; le poids de l'Administration dans la société congolaise n'a cessé de se développer. L'État est aujourd'hui considéré comme responsable des grands équilibres économiques. Toute Administration publique a tendance naturellement à augmenter le volume des tâches qu'elle doit accomplir, cela augmente également les effectifs des services qui préparent, appliquent les textes et s'occupent de la gestion quotidienne des besoins sociaux. La réforme administrative embrasserait ainsi une organisation composée de multiples éléments établis par la loi, appelés « Institutions administratives » ou « structures administratives ».

L'État congolais y répond par ses structures sous forme de diverses institutions administratives qui assurent sa gestion quotidienne à tous les niveaux de responsabilité : national, provincial et local. L'objectif de réformer emporterait ainsi celui d'améliorer. Cependant, les réformes administratives territoriales en République démocratique du Congo n'auraient constituées non seulement un capharnaüm de réformes mais aussi un simulateur de réformes depuis la reconnaissance des circonscriptions indigènes jusqu'aux entités territoriales décentralisées actuellement consacrées par le constituant du 18 février 2006.

S'agissant de la réforme, les États africains en général, et l'État congolais en particulier, n'ont pu échapper à cette vocation. En effet, plus de trois décennies plus tard, les capacités administratives de l'État africain postcolonial se sont accrues sous l'effort conjugué des politiques administratives nationales et des politiques de coopération administrative territoriale. L'objectif poursuivi reste la concrétisation d'un État émergent, moderne, qui repose sur les critères de la bonne gouvernance. C'est dans cette perspective que l'organisation administrative congolaise a connu, depuis son existence, du moins à partir du 29 mai 1885 jusqu'à l'abolition du Mouvement Populaire de la Révolution, des réformes diverses et de nature différente. Plusieurs secteurs de la vie publique ont été visés par ces réformes et toutes ont été centrées dans le sens de techniques de gestion de l'administration, notamment la centralisation et la décentralisation, en vue de mettre sur pieds une administration du développement.

A travers l'observation, la documentation et la comparaison diachronique transcendées par l'empirisme de la méthode systémique, la présente recherche s'organise autour de six points essentiels qui sont : les réformes administratives pendant la période précoloniale (I), les réformes

administratives de la première République (II), les réformes administratives de la deuxième République (III), les réformes administratives pendant la période de transition (IV) et les réformes administratives de la troisième République (V). Les perspectives pour une décentralisation efficiente seront faites (VI) avant conclure.

I. DES REFORMES ADMINISTRATIVES PRÉCOLONIALES (1888-1960)

La longue période allant de 1888 à 1960 est celle qui couvre la gestion du pays sous l'État Indépendant du Congo et le Congo-Belge. Il s'agit de la période pendant laquelle le pouvoir de gestion était fortement centralisé et caractérisé par le dualisme administratif.

L'Administration fut l'apanage exclusif du Roi Souverain avec certaines entités organisées selon un statut du type européen de droit écrit moderne. Il s'agit des provinces, districts, territoires, villes et communes à côté des entités de base communément appelées « circonscriptions indigènes » régies plus ou moins par la coutume sous réserve de l'ordre public colonial⁵. Cette période est marquée par plus ou moins onze réformes administratives qui ont débuté par l'organisation administrative sous le *Décret du 1^{er} août 1888* en passant par le renforcement de la décentralisation découlant des dispositions de l'article 2 de la *Charte coloniale du 18 octobre 1908* et se clôture par l'intégration politique des autochtones suivant la volonté politique exprimée par le Roi des belges le 13 janvier 1959.

A. Époque de l'État Indépendant du Congo

C'est sous l'empire du *Décret du 1^{er} août 1888* que l'État Indépendant du Congo fut divisé en onze districts, administrés par un commissaire de district assisté d'un ou de plusieurs adjoints. Ce décret fut donc le premier texte qui organise administrativement l'État Indépendant du Congo. Toutefois, le Roi Souverain conservait le droit d'en modifier unilatéralement les limites avec possibilité pour le Gouverneur général d'en redéfinir à titre temporaire s'il le jugeait utile⁶.

Deux ans après, soit en 1890, par *Décret du 10 juin 1890*, un douzième district, appelé Kwango oriental, sera créé. Il s'agissait en fait d'un véritable coup d'État par lequel Léopold II s'appropriait les parties du Kwango et du Lunda aujourd'hui intégrées au territoire national⁷. Les textes sur l'organisation territoriale ont constitué un acte de souveraineté pour démontrer que l'E.I.C occupait effectivement et contrôlait les territoires qu'il revendiquait. Il s'agit donc d'une organisation qui peut être qualifiée de paternaliste, discriminatoire, dualiste et fortement centralisée. Dans une de ses lettres, le Roi Léopold II écrit : " Le mode d'exercice de la puissance publique au Congo ne peut relever que de l'auteur de l'État, c'est lui qui dispose légalement, souverainement, de tout ce qu'il a créé au Congo"⁸. Ce pouvoir totalitaire est également confirmé par le baron Descamps lors qu'il

⁵ Félix VUNDUAWE te PEMAKO, «La décentralisation territoriale des responsabilités au Zaïre. Pourquoi et comment? », (1982) 88 *Congo-Afrique*, 262.

⁶ *B. O.*, 1888, p. 247.

⁷ MUKOSO NG'EKIEB, *Aux origines de la mission du Kwango (1879-1914)*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Rome, Université Grégorienne de Rome, 1981, p.106-110.

⁸ Clément KABANGE NTABALA, *Droit Administratif: Genèse et évolution de l'organisation territoriale, politique et administrative en République Démocratique du Congo. De L'Etat Indépendant du Congo à nos jours et perspectives d'avenir*, Tome III, Kinshasa, Saint-Paul, 2001, p. 39.

énonce : " Tous les pouvoirs sont exercés par l'auteur de l'État sans partage, ni contrôle de la puissance souveraine"⁹.

Pendant cette période, aucune réforme significative n'est à retenir car le pouvoir fut exercé pratiquement par une seule personnalité et seules les circonscriptions indigènes (chefferies) sont considérées comme étant des entités décentralisées jusqu'à la cession du Congo à la Belgique en 1908. Déjà par *Décret du 6 octobre 1891*, le pouvoir reconnaît les chefs traditionnels par l'investiture gouvernementale mais il n'avait qu'une portée très limitée et ne touchait pas à l'organisation territoriale. C'est surtout le *Décret du 3 juin 1906 relatif aux chefferies indigènes* qui établit une organisation structurée à la base. Il conserva ainsi les premières chefferies qui étaient des anciens empires, royaumes ou toute autre forme de société politique traditionnelle, éparpillés sur le territoire du Congo. La chefferie devenait ainsi un territoire sur lequel s'exerçait l'autorité coutumière reconnue par l'État.

B. Époque du Congo-Belge (1908-1960)

Cette époque, bien que relativement différente de celle de l'État Indépendant du Congo sur l'évolution de l'organisation administrative, elle est caractérisée par une organisation administrative dualiste, discriminatoire et fortement centralisée. Cependant, elle est celle qui détermine véritablement la naissance de l'organisation territoriale et administrative du Congo.

La dualité était conçue et pratiquée au plan de l'organisation administrative où l'on trouvait une administration du type métropolitain réservée essentiellement aux Européens et une autre un peu archaïque, destinée à ceux que l'on appelait "indigène du Congo". Elle se concevait aussi au niveau des structures où deux législations coexistaient, l'une pour régir les milieux urbains et l'autre pour régir les milieux ruraux¹⁰. C'est cette dualité qui déterminait également le caractère discriminatoire dont les conséquences étaient vécues même dans les milieux des indigènes selon qu'ils résidaient en milieu rural ou aux centres extra-coutumiers. Cependant, l'administration coloniale étant déterminée à mettre sur pied une Administration publique de responsabilité afin de rendre aisée la gestion de l'État, a pu recourir à la réforme de 1914 qui amorce de manière décisive le processus de décentralisation.

1. La réforme de 1914

La réforme de 1914 marque en quelque sorte la première tentative de décentralisation administrative dictée par l'étendue du territoire colonial. Cette décentralisation découle des dispositions de l'article 1^{er}, alinéa 2 de la *Charte coloniale*, le Congo-belge a une personnalité distincte de celle de la métropole. L'actif et le passif de la Belgique et de la colonie demeurent séparés. Il dispose d'une législation propre. Les lois belges ne sont pas automatiquement mises en vigueur dans la colonie. Il y avait donc séparation des patrimoines et distinction des budgets et des fiscalités.

La réforme avait tendance à transférer l'administration métropolitaine vers l'administration locale congolaise et l'analyse des affaires intéressant la colonie, sans devoir occasionner des dépenses

⁹ Edouard EUGENE et François DESCAMPS, « Essai sur l'État civilisateur dans les pays neufs et sur la fondation, l'organisation et le Gouvernement de l'État indépendant du Congo », dans *Afrique nouvelle*, Paris/Bruxelles, éd. Hachette et Lebegge, 1903, p. 179.

¹⁰ C. KABANGE NTABALA, préc., note 8, p. 39.

administratives. C'est en vertu de cette personnalité que le Congo-belge fut autorisé à faire usage du drapeau et du sceau dont s'était servi l'État Indépendant du Congo¹¹. Toutefois, il y a lieu de soutenir qu'en dépit de cet effort et surtout de cette intention de décentraliser l'administration provinciale, force est de constater que celle-ci est demeurée fortement centralisée, le pouvoir exécutif appartient au Roi, dans la colonie comme dans la métropole. Dans cette tâche, le Roi était assisté par un ministre des colonies, membre à part entière du Gouvernement belge.

La réforme n'avait pas touché à l'organisation des circonscriptions coutumières quant à leur structure telle que prévue en 1910 jusqu'à la réforme de 1933. C'est pratiquement cette confiscation des compétences qui n'aura pas facilité la mise en vigueur du processus de décentralisation.

2. La réforme de 1933 à 1957

Cette réforme est celle qui s'est opérée en deux temps. Premièrement, par l'*Arrêté royal du 29 juin 1933 portant organisation territoriale et administrative de type européen* et par le *Décret du 5 décembre 1933 sur les circonscriptions indigènes*. Il s'agit d'une période intermédiaire entre deux guerres mondiales qui n'ont pas eu moins de conséquences sur le fonctionnement normal des institutions administratives tant dans la métropole que dans la colonie.

La réforme de 1933 va apporter des modifications significatives dans la structuration de l'État congolais en vertu des dispositions de l'article premier de l'*Arrêté royal du 29 juin 1933, relatif à la constitution des chefs-lieux et limites des provinces*. Le Congo est passé de quatre à six provinces qui avaient été maintenues jusqu'à l'accession à l'indépendance. Il s'agit des provinces ci-après : Léopoldville, Coquilhatville, Stanleyville, Constermansville, Elisabethville et Lusambo. Ces provinces vont changer de dénomination par l'*Arrêté royal du 27 mai 1947*¹². Déjà en 1922, la terminologie « Gouvernement général » était remplacée par celle de « province », les Vice-gouverneurs généraux qui représentent le « Gouverneur général » dans les provinces prennent alors le titre de « Gouverneur de province » en vertu de l'article 2 de l'*Arrêté royal du 6 juillet 1922* qui dispose : « Le gouverneur général est représenté dans chaque province par un vice-gouverneur général, qui prend le titre de gouverneur de province ».

3. La réforme de 1957 à 1959

La réforme de 1957 marque le début de la codification de toute la législation qui existait en matière de politique indigène en milieux ruraux. C'est le *Décret du 10 mai 1957 sur les circonscriptions indigènes* qui édicte les règles d'organiser en un ensemble cohérent et logique les secteurs, les chefferies et les centres extra-coutumiers tout en se basant sur les définitions de 1931 et 1933.

Selon le compte rendu du Conseil colonial de 1957, la refonte des textes est justifiée en ces termes :

¹¹ C'était le drapeau bleu orné d'une étoile d'or, adopté le 21 juin 1877 par l'Association Internationale africaine, devenue, par la suite, l'Association internationale du Congo (Voir compte-rendu de la session de la Commission internationale de l'Association africaine, Rec. us., I, 1903, p. 1-3).

¹² Coquilhatville devient Équateur avec comme chef-lieu Coquilhatville (Mbandaka), Stanley ville devient province orientale avec chef-lieu Stanley ville (Kisangani), Coster mans ville devient Kivu avec chef-lieu Coster mans ville, Elisabethville devient Katanga avec chef-lieu Elisabethville (Lubumbashi) et Lusambo devient Kasai avec chef-lieu Lusambo, dans *B.O.*, 1947, pp. 1969-1970.

« [...] il faut à toute société congolaise une même structure organique car il n'est pas souhaitable de maintenir dans les textes, en cristallisant, la différenciation très nette que, par opportunité, il fallut naguère établir entre populations coutumières, d'une part, et les populations des centres extra-coutumiers, cités indigènes et villages de travailleurs, d'autre part. A ces deux factions, il est devenu indispensable de donner une même formulation politique, un même cadre administratif, une même organisation démocratique »¹³.

La réforme de 1957 est celle qui a le plus renforcé le processus de décentralisation en responsabilisant les chefs coutumiers par la création des organes politiques au niveau de la base avec comme attributions tout ce qui est d'intérêt local. Les circonscriptions indigènes avaient pour organes le chef, le conseil et le collège permanent.

De manière particulière, le chef représentait le gouvernement et administrait la circonscription conformément aux dispositions du décret ; le conseil, formé des membres de droit et de membres nommés, était compétent pour délibérer sur toute les questions d'intérêt local et sur tout autre objet que l'autorité supérieure jugerait utile de lui soumettre ; le collège permanent était composé du chef et des membres effectifs et des membres suppléants, était chargé d'assister le chef dans la gestion et l'administration journalière de la circonscription¹⁴. C'est ainsi qu'elles jouissaient de la personnalité civile.

A côté des circonscriptions indigènes existaient des villes et des communes, ceux-ci ont existés sous forme des districts urbains créés par le *Décret du 12 janvier 1923* jugés exclusivement au profit des étrangers habitant au Congo¹⁵. Les premières villes congolaises seront créées en 1941 en application de l'*Ordonnance-législative n° 288/A.I.M.O. du 25 juin 1941 portant création et organisation des villes*. Par ailleurs, il y a lieu de considérer que la réforme de 1957 est celle qui a bien reconnu aux communes et villes le statut des entités autonomes avec des organes démocratiques pour justifier l'existence d'une décentralisation administrative. Cependant en pratique, toutes ces circonscriptions n'avaient que le statut des simples circonscriptions administratives teintées d'une forte dose de déconcentration. Le pouvoir central avait mis en place un faisceau des mécanismes politico-juridiques pour avoir la mainmise sur les villes et les communes. Ce sont les gouverneurs, les premiers bourgmestres et des bourgmestres choisis parmi le personnel européen et nommés par le pouvoir central qui furent chargés de l'administration et exerçaient seuls l'essentiel des attributions dévolues aux villes et aux communes, la gestion des domaines urbains et communaux et surtout leurs finances.

C'est suite aux multiples revendications des congolais que l'autorité coloniale fut déterminée à organiser une autre réforme afin de permettre aux autochtones d'accéder aux postes de responsabilité dans l'Administration publique.

¹³ MONGA BANZA TUTU, préc. note 2, p 130.

¹⁴ C. KABANGE NTABALA, préc., note 8, p. 52.

¹⁵ Selon le *Rapport du Conseil colonial*, le projet du décret relatif aux districts urbains : "Dès qu'il se forme, dans une colonie des agglomérations de non-indigènes de quelque importance, on entend une partie des colons réclamer une part dans l'administration de ces villes de l'avenir..."

4. La réforme de 1959

Cette réforme est le résultat des multiples revendications des autochtones. Le 13 janvier 1959 le Gouvernement belge prit l'engagement d'organiser au Congo une démocratie, capable d'exercer les prérogatives de la souveraineté et de décider de son indépendance tant sur le plan politique qu'économique et social. En cette même date, le Roi Baudouin, dans un message solennel dit ce qui suit : "Répondant à une longue attente, le Gouvernement de Bruxelles annoncera aujourd'hui devant le parlement un programme de réformes qui ouvrira une étape décisive pour les destinées de nos populations africaines"¹⁶. Le Gouvernement belge fit devant la chambre des représentants une déclaration l'engageant solennellement à démocratiser les institutions du Congo conformément à la déclaration du Roi des belges, dont une phrase est restée célèbre, "sans atermoiements funestes mais avec précipitation inconsidérée"¹⁷. Les Belges s'engagèrent à conduire le Congo à l'indépendance dans la prospérité et la paix.

Une autonomie la plus large possible en faveur des villes et communes verra le jour le 13 octobre 1959 en concrétisation du discours du Roi et de l'engagement du Gouvernement belge du 13 janvier 1959. Les réformes du 13 octobre 1959 reposaient essentiellement sur l'intégration politique de tous les habitants du Congo à partir des communautés de base, désignation au suffrage universel des conseillers au niveau des communes, des territoires et des circonscriptions indigènes transformant certaines agglomérations coutumières en institutions communales (cas des centres extra-coutumiers)¹⁸. A cette époque, sont retenues comme entités territoriales décentralisées : la province, la ville, la commune, le territoire, la chefferie et le secteur. La législation sur la réforme administrative est restée en application pour couvrir la première période de l'État postcolonial.

Tout compte fait, les réformes administratives amorcées pendant les deux époques avant l'indépendance ne peuvent être considérées comme étant des réformes orthodoxes. Depuis la réforme portant sur la reconnaissance des chefs coutumiers en passant par celle orientée par la volonté de la Belgique à organiser l'Administration territoriale, suivie de celles de 1914, 1933 et 1957 jusqu'à celle répondant aux revendications des congolais en 1959, toutes ces réformes n'auront servi qu'à maintenir les autorités indigènes, locales ou mieux traditionnelles à l'extérieur du processus décisionnel. Il s'agit d'une gestion administrative greffée à une simple rationalité bureaucratique avec comme objectif pour le pouvoir étranger de s'arroger le droit sur les richesses sous un système paternaliste. Ce système a pu dépouiller l'aristocratie traditionnelle de ses pouvoirs et privilèges en minant sa culture avec des lois et actes réglementaires totalement ignorés des autorités locales, sans moyens financiers de leur politique locale. Après l'indépendance, le nouvel État, aspirant à la gestion administrative différente de la métropole, a dû mettre sur pied une série de réformes afin de supprimer le hiatus qui existait entre l'organisation administrative coloniale et la nouvelle conception du pouvoir. Les experts, soutiennent Mpinga Kasenda et Gould ; se sont rendus compte qu'un pouvoir politique de type nouveau; ne pouvait, pour résoudre de graves problèmes de développement économique et social, s'appuyer sur une Administration conçue pour un milieu socio-

¹⁶ G. VANTHERMASCH cité par F. VUNDUAWA et PEMA KO et J. M. M'BOKO NDJANDIMA, préc., note 3, p. 17 : message royal du 13 janvier 1959.

¹⁷ « Déclaration du Roi et du Gouvernement belge », dans Pierre PIRON et Jacques DEVOS, *Codes et lois du Congo-Belge*, t.1, Bruxelles, Ferdinand Larcier, 1959, pp. 25-26.

¹⁸ Aux termes de l'article 5 du décret de 1957, les centres extra-coutumiers sont "des circonscriptions administratives formées de populations non organisées sur base de la coutume, groupées dans des agglomérations coutumières et dont l'importance numérique est suffisante pour qu'elles puissent se développer harmonieusement dans tous les domaines".

culturel différent¹⁹. L'Administration du Congo indépendant devait ainsi mettre sur des nouvelles réformes en vue de l'adapter aux aspirations du nouvel État.

II. LES REFORMES ADMINISTRATIVES POSTCOLONIALES

Le début de cette période est dominé par une crise politique qui a caractérisé la classe politique congolaise avant même la date du 30 juin 1960. En effet, le 13 juin 1960, après les élections provinciales et législatives de mai de la même année qui avaient rendu vainqueur le Mouvement National Congolais Lumumbiste dans toutes les provinces et suite à la réclamation de Lumumba à former le gouvernement, ce dernier se verra attribuer la tâche d'informateur par le Ministre résident chargé des affaires générales au Congo, Gonshof Van Der Meersch.

L'informateur va se considérer comme véritable formateur du gouvernement de large union nationale, cette idée est immédiatement contestée par Joseph Kasa-Vubu, Albert Kalonji et Albert Delvaux, qui refusent de participer aux consultations. Après, la tâche de formateur du gouvernement est confiée à Joseph Kasa-Vubu le 17 juin 1960 mais ne réussit pas suite à la même contestation. C'est seulement à la suite de l'élection de Monsieur Joseph Kasongo, président du MNC/L de la province orientale le 21 juin 1960 au poste de Président de la chambre des représentants que Joseph Kasa-Vubu va démissionner et la tâche de formateur est réattribuée à Lumumba qui va former son Gouvernement le 23 juin 1960²⁰. Ainsi débute le temps du Congo indépendant le 30 juin 1960 avec un gouvernement qui a obtenu le vote de confiance des deux chambres législatives siégeant séparément et successivement conformément aux prescrits de l'article 42 de la loi fondamentale du 19 mai 1960. Pendant cette période, nous pouvons retenir plus ou moins neuf réformes administratives. La réforme se veut une tentative à maîtriser la situation politique envoutée par les guerres fratricides sous forme de sécessions ; elle passe par la confiscation de la souveraineté ayant abouti à l'institutionnalisation du Mouvement Populaire de la Révolution qui marque la seconde période de concentration du pouvoir caractérisée par la multiplicité des textes législatifs et réglementaires par rapport à l'organisation territoriale de la République démocratique du Congo devenue Zaïre. Ces réformes administratives post-coloniales peuvent être expliquées en trois phases essentielles : la première phase est celle qui part de l'acquisition de l'indépendance (1960 au coup d'État militaire de 1965) ; la deuxième phase est celle qui part de l'institutionnalisation du Mouvement Populaire de la Révolution à la réforme de 1982 et la dernière couvre la période de transition débutant avec l'abolition du Mouvement Populaire de la Révolution (1990) à la promulgation de la Constitution du 18 février 2006.

A. La phase des réformes allant de 1960 à 1965

Pendant cette première période après l'indépendance, la réforme administrative est dictée par la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures qui prévoit en son article 3 l'élaboration d'une constitution d'inspiration congolaise, celle qui mettra en place des institutions publiques. Cette loi fondamentale confie ainsi cette souveraineté non pas au peuple mais à trois organes de l'État, à savoir : le Chef de l'État et les deux chambres (la Chambre des représentants et le Sénat)²¹. Elle en détermine également la procédure à la section cinquième en vertu des dispositions des articles 99 à 105. Toutefois, la République démocratique du Congo, à son accession à l'indépendance, a hérité de la

¹⁹ MPINGA KASENDA et David J. GOULD, *Les réformes administratives au Zaïre 1972-1973*, Kinshasa, P.U.Z., 1975, p. 9.

²⁰ F. VUNDUAWA et PEMAKO et J.-M. MBOKO NDJ'ANDIMA, préc., note 3, p. 344.

²¹ Aux termes de l'article 4 de la *Loi fondamentale du 19 mai 1960*, « le chef de l'État et les deux chambres composent le pouvoir constituant ».

quasi-totalité des structures de l'administration coloniale. Aucun problème ne se pose au niveau de l'administration locale où tout est maintenu sans modification conformément aux dispositions des articles 2 et 258 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960²².

Par rapport à la subdivision du pays, l'État est constitué de six provinces (Equateur, Kasai, Katanga, Kivu, Léopoldville et Orientale) dotées de la personnalité juridique lesquelles sont subdivisées en entités territoriales décentralisées mais avec la possibilité d'une organisation intérieure propre en vertu d'une large autonomie basée sur la forme fédérale de l'État²³. Notons que la chefferie, le Secteur, le Territoire, la Commune et la Ville sont des entités territoriales décentralisées, la Province garde son statut d'une entité politique autonome et a comme institutions, le gouvernement provincial dirigé par un Président et l'Assemblée législative composée des membres élus au suffrage universel direct. Elle est dotée de sa propre Constitution et de sa propre police.

B. La phase allant de 1977 à 1982

Pendant cette deuxième période, deux lois ont marqué la réforme administrative, il s'agit de la *Loi du 10 novembre 1977* sur les zones et sous-régions urbaines et celles du 20 janvier 1978 portant organisation territoriale et administrative de la République. L'analyse de ces lois sera suivie de l'examen de deux ordonnances-lois du 25 février 1982 notamment *celle n° 82-006 portant organisation territoriale et administrative de la République* et *celle n° 82-008 portant statut de la ville de Kinshasa*.

Par ailleurs, la réforme administrative de 1977, qui s'est achevée en 1982, est annoncée par le Chef de l'État dans son discours du 1^{er} juillet 1977 devant les corps constitués. Il annonce à la Nation la nécessité du recul de l'État fortement centralisé, qui s'était révélé, à l'époque, indispensable pour rétablir l'autorité de l'État après les sécessions et les rebellions des années 60, ainsi que le déclenchement du processus de démocratisation à la base par la décentralisation des institutions administratives en vue de rapprocher les gouvernants des gouvernés²⁴.

1. Loi n° 77-028 du 19 novembre 1977 portant organisation des zones et des sous-régions urbaines

Cette loi porte essentiellement sur la création, la modification et la nature juridique des zones et sous-régions urbaines, elle modifie également l'*Ordonnance-loi n°177 du 10 avril 1967 telle que modifiée par celle n° 67-022 du 20 janvier 1968*. En effet, sous ces ordonnances-lois, seule la ville et les circonscriptions locales ou englobées étaient considérées comme des entités territoriales décentralisées, les communes et les territoires sont des entités dépourvues de la personnalité morale. Ces entités ont changé d'appellation avec la réforme de 1974 précédée par celles de 1970 et 1972, elles sont devenues des zones et collectivités mais situées dans les villes.

Les zones urbaines étaient subdivisées en localités qui, elles, étaient de simples circonscriptions administratives non personnalisées tandis que les sous-régions urbaines étaient des entités administratives distinctes des sous-régions rurales, celles-ci dépendaient directement de la

²² Article 2 : « Les lois, décrets et ordonnances législatives, leurs mesures d'exécution ainsi que toutes dispositions réglementaires, existant au 30 juin 1960 restent en vigueur tant qu'ils n'auront pas été expressément abrogés », dans *M.C.* n° 21 bis, 27 mai 1960, p. 1-25.

²³ Article 7 de la *Loi fondamentale modifiée par la loi du 9 mars 1962*, « L'État du Congo est constitué dans ses limites au 30 juin 1960, de six provinces ...dotées chacune de la personnalité civile. Une loi peu en créer d'autres ».

²⁴ F. VUNDUAWE te PEMAKO, préc., note 5, p. 464.

région dont elles faisaient parties. Cette loi est prise dans la logique de faire une nette démarcation entre l'administration métropolitaine et celle postcoloniale issue de la révolution.

2. Loi n° 78-008 du 20 janvier 1978 portant organisation territoriale et administrative de la République

Cette deuxième réforme de cette période est prise avant la *Loi constitutionnelle du 15 février 1978* considérée comme une loi d'adoucissement du régime, laquelle retourne l'exercice du pouvoir au nom du peuple. Elle reconduit toutes les prévisions du 19 novembre 1977 quant aux structures de la République et à la nature juridique de la Région, de la sous-région, de la zone rurale ainsi que des localités urbaines qui restent des entités administratives dépourvues de la personnalité juridique. La ville de Kinshasa, les sous-régions urbaines, les zones urbaines ainsi que les collectivités rurales étaient devenues entités politico-administratives décentralisées, dotées de la personnalité juridique.

La centralisation zaïroise, se dessinant sur sa forme particulière, a été considérée, même par ses auteurs, comme un frein au développement, une asphyxie à la gestion orthodoxe des finances et un blocage dans le fonctionnement normal d'une Nation. Le manque de confiance du système par les consommateurs, les pesanteurs dans les résolutions des problèmes nationaux dues à la dimension du pays ont été ressenties par les décideurs. Le guide lui-même, après analyse de la vie politique, économique, sociale et culturelle du pays, a tiré des conclusions telles que la décentralisation était une nécessité ou mieux une solution idoine pour booster le système. Une autre réforme administrative, une grande alors, devait alors intervenir.

3. Les Ordonnances-lois du 25 février 1982 sur la réforme administrative de 1982

Les Ordonnances-lois du 25 février 1982, notamment celle n° 82-006 portant organisation territoriale et administrative de la République et celle n° 82-008 portant statut de la ville de Kinshasa constituent le socle de la réforme de 1982 initiée en vue d'adoucir complètement le système administratif longtemps caractérisé par une forte centralisation du pouvoir depuis le début des années 1967. La réforme de 1982. Cette réforme que nous qualifions d'efficace, repose sur le souci, pour le pouvoir politique, à ouvrir la voie à la participation du peuple à la gestion des affaires de l'État et libérer progressivement la démocratie. Les mobiles de la réforme sont contenus dans le discours même du Président-fondateur du Mouvement Populaire de la Révolution tenu le 1^{er} juillet 1977 complété par ceux des 25 novembre 1977, 19 novembre 1980 et 26 mars 1981, devant les corps constitués.

La réforme de 1982 s'opère donc dans un contexte très profond lié à la volonté exprimée du pouvoir à faire participer le peuple à la discussion et à la gestion de la chose publique, de favoriser la formation politique du citoyen par la démocratie avec comme conséquence la transformation des centres de répercussions en centres d'initiatives, d'impulsion et de responsabilité productives. Elle est organisée par les *Ordonnances-lois n° 82-006 et n° 82-008 du 25 février 1982* qui constituent la législation sur la décentralisation : la première a porté sur l'organisation des entités administratives tandis que la seconde portait sur le statut de la ville de Kinshasa.

Parmi les innovations, l'on peut retenir l'introduction des subdivisions nouvelles qui créent des entités administratives décentralisées et des entités administratives déconcentrées ; l'apparition des nouvelles entités administratives et aussi la disparition d'autres. C'est le cas notamment des sous-régions urbaines qui cèdent la place à la ville en milieux urbains, la cité et le groupement, le quartier,

la localité dans sa nouvelle version apparaissent ; l'organisation d'une législation unique de toutes entités administratives depuis l'existence de l'État congolais et la mise à terme de la législation dualiste ; la création des organes collectifs contenant les structures du parti dans chaque entité décentralisée, sous l'appellation de "comité (régional, urbain, populaire de zone ou de collectivité) et un organe délibérant sous le nom de l' « Assemblée régionale » pour la région et la ville de Kinshasa ainsi que le "Conseil" pour d'autres entités, etc..

Cette nouvelle législation instaure la compétence de principe au profit de chaque entité décentralisée pour ses affaires locales en déterminant les compétences reconnues à l'autorité exécutive centrale et celles des entités décentralisées (titre III de la loi). Cette réforme ne réussira nullement suite à la crainte imminente des acteurs politiques de l'époque à perdre le pouvoir et le contrôle de l'Administration sur toute l'étendue de la République.

Malgré les multiples textes sur la réforme administrative, la situation socio-politico-économique n'a pu changer de sorte que le politique décida d'organiser des concertations populaires, du 30 janvier au 2 avril 1990 à l'issue desquelles, le Président de la République avait décidé d'abolir le Mouvement Populaire de la Révolution, ouvrant ainsi la voie au multipartisme qui marque le début de la période de transition.

III. LES REFORMES ADMINISTRATIVES PENDANT LA PÉRIODE DE TRANSITION (1990-2006)

La période de transition en République démocratique du Congo est celle qui s'étend de l'abolition du Mouvement Populaire de la Révolution, le 24 avril 1990 à la promulgation de la Constitution le 18 février 2006. Cette période est marquée par des multiples événements politiques qui n'ont pas moins influencé la gestion administrative du pays. Il s'agit notamment de l'organisation de la Conférence Nationale souveraine qui fut précédée de la Conférence constituante instituée le 6 mars 1991 par le Président de la République dont l'Ordonnance n°01-010 avait été modifiée, à la suite d'une pression de l'opposition, pour céder la place à la convocation de la Conférence Nationale le 13 mai 1991, préférée souveraine par l'opposition politique de l'époque qui n'avait ouvert ses portes que le 31 juillet 1991²⁵ après la modification de l'ordonnance, le 15 juillet 1991, consacrant l'attribut "souverain".

Cette ère marque un moment décisif pour la classe politique congolaise à faire participer le peuple congolais, de manière efficace et permanente, à la gestion politique de la cité. C'est fut le moment de l'éducation à la culture politique et démocratique avec comme conséquence la remise de l'homme avec ses droits, au centre des réformes administratives pour booster les responsabilités des gestionnaires politiques. L'homme dans l'exercice du pouvoir politique est le pôle de référence le plus fondamental.

Elle est également la période des divergences politiques, du dédoublement institutionnel et de la multiplicité des textes légaux, du reste contradictoires, qui n'ont pu permettre le démarrage facile du renouveau politique. Toutefois, le besoin de réformer l'Administration publique s'imposait pour marquer la différence avec le vieux système de gestion. Plusieurs lois vont être promulguées, notamment la Loi n° 95-005 du 20 décembre 1995 portant décentralisation territoriale, politique et administrative de la République du Zaïre pendant la transition, résultat des concertations politiques

²⁵ F. VUNDUAWE te PEMAKO et J.-M. MBOKO N'DJANDIMA, préc., note 3, p. 715.

entre deux familles politiques, à savoir l'Union Sacrée de l'Opposition et Alliés (USORAL) et les Forces Politiques du Conclave (FPC), conformément aux prescrits de l'article 104 de l'Acte constitutionnel de transition de 1994 tel que révisé le 6 juillet 1995.

Le changement de régime politique ou mieux le renversement du pouvoir en place fut également un facteur important dans la deuxième réforme qui avait caractérisé cette période de transition avec la prise du pouvoir politique par l'Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo (AFDL).

Enfin le retour à l'ordre constitutionnel après les multiples guerres d'agression suivies des accords et du référendum constitutionnel a constitué aussi un facteur déterminant dans la réforme de l'Administration publique dans notre pays.

A. La phase de la première transition : allant de 1990 à 2008

La réforme administrative, sans tenir compte des certains textes issus de la Conférence Nationale souveraine, débute en réalité avec la Loi du 20 décembre 1995 modifiée et complétée successivement par le Décret-loi n° 081 du 2 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la République Démocratique du Congo, C'est surtout avec la Loi n° 08/016 du 7 octobre 2008 portant organisation, fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'État et les provinces, précédée par celle n° 08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux sur la libre administration des provinces que le processus de décentralisation a pu avoir sa vraie forme législative. Toutefois, il sied de souligner au départ que ces réformes sont une résultante de la énième révision de la Constitution *du 24 juin 1967*, besoin indispensable pour régir la période de transition et répondre aux exigences de la démocratie.

1. La réforme de 1995

Intervenue en pleine période de la transition, cette réforme de l'Administration est celle qui couvre la première étape de la transition qui commence par l'abolition du parti-État en 1990 jusqu'à la prise du pouvoir par l'AFDL en 1996. Elle est le résultat des concertations politiques de l'époque avec en présence deux familles politiques : l'Union Sacrée de l'Opposition Radicale et Alliés, en sigle "U.S.O.R.AL" et les Forces Politiques du Conclave, en sigle "F.P.C"²⁶. La réforme de 1995 est concrétisée par la *Loi n° 95-005 du 20 décembre 1995*. Provisoire par sa nature, cette loi est conçue sur base du protocole d'accord du Palais du peuple entre les deux familles politiques ci-haut citées et se veut conforme aux prescrits de l'article 104 de l'*Acte constitutionnel de transition de 1994*. Elle apporte quelques innovations considérées comme une émanation de la Conférence nationale souveraine, position inspirée, selon Vunduawe te Pemako, par les conclusions de la commission du Comité central du M.P.R., instituée en 1988, pour réexaminer la question de la décentralisation territoriale au Zaïre. Ces conclusions avaient été améliorées en 1990 par le Comité central au cours de la session extraordinaire tenue quelques temps avant les consultations populaires de janvier à avril 1990²⁷. Toutefois, à part les innovations liées à la transition, cette loi est restée dans la lignée de l'évolution

²⁶ Les deux forces politiques s'étaient réunies le 10 septembre 1993, au palais du peuple pour harmoniser les vues suite à la crise politique, discuter des modalités de gestion de la transition et de l'éventuel référendum constitutionnel, cette rencontre est couronnée par un protocole d'accord du 11 janvier 1994 relatif aux considérations politiques entre les deux forces qui avait abouti à la mise en place de l'Acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994 révisé le 6 juillet 1995, dans *J.O.Z.*, n° spécial, avril 1994, p. 2-8.

²⁷ F. VUNDUAWE te PEMAKO, préc., note 5, p. 463.

des institutions administratives débutée en 1906 et n'avait pas bouleversé fondamentalement les principes de la décentralisation territoriale posés par les ordonnances lois du 25 février 1982.

Parmi ces réformes, on peut citer la restructuration de la Région qui devient une entité subdivisée en villes, la ville en communes et la commune en quartiers et parfois en collectivités incorporées qui sont des parties de la ville non urbanisées ou des zones annexes. Dans les milieux ruraux, la Région est subdivisée en territoires, territoire en collectivités et en cités ; la collectivité en groupements ; groupement en villages ; la cité en quartiers. Il s'agit pratiquement du retour aux appellations consacrées par le décret du 10 mai 1957 et la suppression des appellations sous la loi du 5 janvier 1973 qui remplaçait les groupement et village par la "localité". La zone urbaine, la zone rurale sont remplacées par la commune et le territoire ; Les structures organiques des entités décentralisées changent en "conseils" et "collèges exécutifs". Ils sont composés de manière égalitaire ou paritaire par les membres des deux familles politiques constitutionnellement reconnues : la mouvance présidentielle et l'opposition politique ; la création du Bulletin officiel de la Région pour la publication des actes officiels, en dehors du journal officiel de la République etc.

2. La réforme de 1998

Comme souligné ci-dessus, cette période est caractérisée par un vide constitutionnel dicté par la prise du pouvoir par la force à l'arrivée de l'Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo, le 17 mai 1997.

Le *Décret-loi n°081 du 2 juillet 1998* s'opère dans des circonstances particulières du coup d'État militaire mais organise l'Administration de manière différente à celle de 1965 tout en s'inscrivant dans la logique des options fondamentales de la grande réforme de l'organisation territoriale introduite par les ordonnances-lois du 25 février 1982 et de la loi du 20 décembre 1995. Le décret-loi avait été modifié et complété successivement par le *Décret-loi n°018/2001 du 28 septembre 2001* et la *Loi n° 04/008 du 19 mai 2004* et a continué jusqu'à la fin de la transition correspondant avec les accords de *Sun City* couronnés par la *Constitution du 4 avril 2003*. Le changement de dénomination des entités et autorités administratives était intervenu par le biais du *Décret-loi n°031 du 08 octobre 1997*²⁸ en conformité avec la Déclaration de prise de pouvoir par l'Alliance des forces Démocratiques pour la libération du Congo et par lequel le Zaïre était devenu Congo, Région devint Province, Sous-région devient District, Zone devient territoire, etc.

Comme tout pouvoir issu des armes, les nouvelles autorités avaient ému le vœu de procéder premièrement par le remplacement de certaines institutions politiques et administratives du pays en suspendant les textes constitutionnels qualifiés d'"actes pseudo-constitutionnels"²⁹ en vue d'une mise en place de la nouvelle organisation politique et administrative de l'État. La suite logique est que la loi du 20 décembre 1995 dictée par l'article 104 de l'Acte constitutionnel de la Transition du 9 avril 1994 tel que révisé le 6 juillet 1995 ne s'adaptait plus au nouvel ordre politique. En outre, l'exposé des motifs du décret-loi du 2 juillet 1998 renseigne que, « le nouvel ordre institutionnel devait concourir à la mobilisation de toutes les énergies nécessaires à l'entreprise de reconstruction nationale ».

²⁸ *Décret-loi du 8 octobre 1997 portant actualisation de la dénomination des entités et autorités administratives*, J.O.R.D.C., n° 20, 15 octobre 1997, p. 5.

²⁹ Pour l'Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo, tous les textes existant à la date de sa prise du pouvoir ne s'adaptait plus à la nouvelle administration (Déclaration de prise de pouvoir par l'Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo, J.O.R.D.C, n° spécial, mai 1997, pp. 6-7.

La réforme de 1998 s'opère dans un contexte non constitutionnel, c'est-à-dire sans aucune référence aux dispositions constitutionnelles ; elle se base plutôt sur les termes de la Déclaration de prise de pouvoir du Conseil élargi de l'Alliance car celui-ci suspendait, au point cinq, tous les actes pseudo-constitutionnels existant ainsi que les institutions qu'ils organisent. La réforme apporte comme innovations, le pouvoir réglementaire au niveau national est reconnu au Président de la République. Car c'est lui qui fixe le nombre et détermine, par décret, la dénomination et les limites des villes, des secteurs et des chefferies sur proposition du Ministre de l'intérieur. Toutefois, pour les secteurs et chefferie, le Président de la République tient compte des coutumes locales et des limites des groupements coutumiers existants³⁰ ; les communes autres que celles de la ville de Kinshasa, le secteur et la chefferie, sont devenues des simples circonscriptions administratives. Cela réduit par conséquent le nombre des entités administratives décentralisées ; le District est réhabilité comme un échelon de coordination, de contrôle et d'inspection dépourvu de la personnalité juridique comme en 1982 ; La suppression pure et simple du système paritaire constitutionnel sous l'Acte constitutionnel de transition par rapport à la composition des Collèges Exécutifs des provinces et des villes.

Désormais, les autorités locales, en l'occurrence, le Gouverneur, le Gouverneur de la ville de Kinshasa, le Maire, l'Administrateur de territoire, les Bourgmestres des communes de Kinshasa, sont devenus les représentants du pouvoir central et les seules autorités locales qui ont le pouvoir de décision sur toute matière de la compétence des entités qu'elles dirigent ; les Conseils des entités administratives décentralisées qui jouaient le rôle d'organes délibérant ont été réduits en simple Conseils consultatifs au niveau local.

B. Les réformes administratives sous la *Constitution du 18 février 2006*

La constitution du février 2006 en dépit de la loi du 19 mai 1960 sur les structures du Congo et la Constitution du 1^{er} août 1964, est celle qui apporte des innovations importantes avec des orientations précises sur les réformes administratives. Constitutionnellement, les réformes de 2006 sont dictées par la constitutionnalisation du principe de la décentralisation territoriale qui, depuis un certain temps était laissé au législateur ; il en est de même de l'énumération et de la dénomination des provinces. Ce pouvoir relève du constituant lui-même, le législateur ne se contente que de la fixation des limites.

Politiquement, les réformes sous la Constitution du 18 février 2006 sont influencées par la consécration par le constituant du *régionalisme politique* qui est « l'antichambre du fédéralisme, un système intermédiaire se situant à mi-chemin entre le fédéralisme et la simple décentralisation administrative »³¹. Il y a une forme de reconduction des valeurs constitutionnelles de 1964 orientée par les objectifs de l'État de droit et de la bonne gouvernance.

Le constituant congolais a opté pour cette forme de l'État en conférant à la Province le statut d'une entité politique autonome au sein de laquelle se trouvent des entités territoriales décentralisées jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie de gestion de leurs ressources économiques, humaines, financières et techniques (articles 2 et 3 de la *Constitution du 18 février 2006*). La répartition des compétences entre l'État et les provinces est contenue dans la Constitution de sorte que les rapports entre les deux échelons de la gestion deviennent des rapports de coopération et non de

³⁰ Décret n° 024 du 13 mars 2003 portant dénomination et délimitation de la Chefferie des BakwaKalonji dans le District de Tshilenge, Province du Kasai Oriental, J.O.R.D.C., n°8, 15 avril 2003, p. 10.

³¹ Clément KABANGE NTABALA, *Droit administratif*, t.1, 2^{ème} Edition revue, corrigée et enrichie par des cas concrets tirés de la jurisprudence française, belge et congolaise, Kinshasa, PFDUC, 2005, p. 32.

subordination. Mais en pratique cela est loin d'être vécu à cause des empiètements des compétences qui annihilent les pouvoirs de l'autorité.

Sur le plan de l'organisation judiciaire, il convient d'avouer que le système judiciaire congolais est passé du système moniste basé sur un seul ordre de juridictions coiffé par la Cour suprême de justice au système dualiste qui consacrant la dualité des ordres de juridictions; d'une part les juridictions de l'ordre judiciaire coiffées par la Cour de cassation et, d'autre part, les juridictions de l'ordre administratif chapeautées par le Conseil d'État, la Cour constitutionnelle conservant exclusivement la compétence en matière de constitutionnalité des lois et des actes ayant force de lois : elle connaît des recours en interprétation de la Constitution : juge les contentieux électoraux; juge des conflits de compétence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ainsi qu'entre l'État et les provinces, joue le rôle d'organe régulateur en matière de conflit d'attribution de litige entre le Conseil d'État et la Cour de cassation central et est le juge pénal du Président de la République et du premier Ministre en cas des infractions de haute trahison.

Ces réformes sont matérialisées par la promulgation de plusieurs lois dont les plus importantes sont la Loi n° 08/012 du 31 Juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces telle que modifiée et complétée à ce jour; la loi organique n°08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation, fonctionnement des entités territoriales décentralisées; la loi n° 10/011 du 18 mai 2010 portant fixation des subdivisions territoriales à l'intérieur des provinces : la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques : la loi no 11/002 du 20 Janvier 2011 portant révision de certains articles de la constitution de la République Démocratique du Congo; la loi n°15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation des nouvelles provinces; la loi organique n°16/001 du 3 mai 2016 fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées etc..

Malgré l'existence d'un arsenal législatif enrichi, les réformes administratives portant sur la décentralisation ne constituent qu'un simulateur de réforme qui, devant les velléités du pouvoir politique, les compétences des entités territoriales décentralisées deviennent dispersibles et dénaturent le sens républicain d'une décentralisation. Avec la loi n°08/016 du 7 octobre 2008 portant composition; organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées ainsi que leurs rapports avec l'Etat et les provinces, le législateur congolais, répondant aux prescrits de l'article 3 de la Constitution, a dû baliser le terrain pour une décentralisation sans interférences de deux échelons de gestion du pouvoir, à savoir le pouvoir central et les provinces. Cependant le manque d'organisation des élections municipales, urbaines, communales et locales constitue un frein à la réussite du processus de décentralisation étant donné que jusqu'à ce jour les entités territoriales décentralisées continuent à être régies par le décret-loi n°081 du 2 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la République Démocratique du Congo tel que stipulé dans les dispositions finales de la loi sur la décentralisation art.126).

IV. PERSPECTIVES D'UNE DÉCENTRALISATION EFFICIENTE

Depuis l'époque coloniale, la décentralisation est appréciée comme un mode de gestion qui conviendrait pour la bonne marche de l'État en République démocratique du Congo. Elle vise l'efficacité de l'administration et la démocratisation des institutions.

Historiquement, ce mode de gestion administrative a fait l'objet de consécration par plusieurs textes légaux, mais les objectifs par rapport à sa mise en œuvre sont loin d'être atteints. Le moins que l'on puisse dire est que cette démarche est encore loin d'être un succès suite à certaines contraintes que nous relevons ci-dessous.

A. Les empiètements des compétences

La tendance centralisatrice du pouvoir politique en République démocratique du Congo se caractérise par les empiètements sur les attributions des collectivités décentralisées malgré l'existence des textes légaux en la matière. Il appert que le pouvoir de l'État est toujours jaloux de l'autonomie accordée aux entités territoriales décentralisées et, de ce fait, il garde un œil vigilant sur le fonctionnement de leur administration. Cette attitude est dictée de fois par le souci de consolider la paix et la contradiction des textes, il en est ainsi des articles 35 et 36 de la loi n° 08/012 du 31 Juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, combinées à celles des articles 202, 203 et 204 de la constitution se trouvent être en contradiction avec l'article 11 de la loi n° 15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation des nouvelles provinces par le fait que ces dernières consacrent une forme de substitution au profit du pouvoir central au détriment des institutions locales. C'est également le cas des dispositions de l'article 218 de la loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques qui subordonne la retenue des 40% à la source au transfert effectif des compétences et responsabilités en matière des dépenses.

L'attitude centralisatrice du pouvoir constitue un frein à la réussite de la décentralisation. C'est à tort que cette tendance soit expliquée par le danger que la décentralisation présente pour l'ordre public et l'unité nationale. Le spectre du désordre et des divisions ne pourraient justifier le pouvoir de l'État d'autant plus qu'en réalité, il reste le seul échelon de gestion capable de disposer des moyens de coercition et dissuasion sur toute l'étendue du territoire national.

B. Les problèmes de la réforme

Une autre raison est celle liée à la réforme elle-même. Elle est un processus ignoré des bénéficiaires et aussi des animateurs des entités territoriales décentralisées qui, d'une manière ou d'une autre, se sentent inféodés et doivent dépendre de la hiérarchie, "l'État ne fait rien", "Kinshasa n'a pas encore envoyé".

Donc, les entités territoriales décentralisées doivent cesser de constituer un poids pour le pouvoir central. En outre, la bonne réforme administrative est celle qui se réalise avec le concours du bénéficiaire qu'est l'homme. L'existence des textes bien conçus, expliqués, vulgarisés et même enseignés peut servir pour les gestionnaires et les administrés d'abord à l'aboutissement idoine du processus et atteindre les objectifs de la bonne gestion des entités. C'est à ce niveau qu'il faille recadrer la manipulation des finances conformément aux textes y relatifs car dans sa conception orthodoxe, la décentralisation traduit la transformation des centres de répercussions en centres d'initiatives, d'impulsion, de décision et de responsabilité. Et sur le plan économique, décentraliser c'est redonner un souffle nouveau au développement régional et à la relance économique du pays³².

³² F. VUNDUAWE te PEMAKO, préc., note 5, p. 274-328.

1. Les difficultés liées aux finances

Les études précédentes, soulignent Gambwa et Otemikongo, ont eu à démontrer que le démarrage effectif de la décentralisation se butte encore à nombre d'obstacles d'ordre institutionnel. En particulier, elles ont mis en avant les appétits, sans cesse, croissant du pouvoir central devant les recettes administratives à rétrocéder aux différentes catégories d'entités territoriales décentralisées³³. Les difficultés liées aux finances de 1982 ne sont quasiment différentes de celles décortiquées dans le présent travail et caractérisent aujourd'hui les réformes administratives sous l'empire de la *Constitution du 18 février 2006*. A ce stade, l'autonomie financière que postule la décentralisation ne reste qu'une fauconnerie, il est donc judicieux que l'autonomie financière, du reste constitutionnel, soit rigoureusement mise en application afin de redonner l'espoir à la réussite du processus mais il ne peut se concrétiser que par la libération et le respect des compétences reconnues à chaque niveau de gestion et la participation accrue des entités de base directement concernées aux programmes de développement arrêtés par les exécutifs locaux. Car un vrai développement, au sens strict du terme, est « inconcevable sans une participation active des intéressés » et qu'« une action pour le développement n'aura donc de chance de réussir que la mesure où le développement est saisi en main par la population elle-même »³⁴. Cette participation des communautés de base à leur propre développement met en avant le rôle tout à fait cardinal que doivent jouer les dépenses d'investissement dans les transformations socio-économiques et politique dont la décentralisation demeure le modèle de gestion des affaires locales le mieux indiqué.

CONCLUSION

L'Administration publique congolaise a connu plusieurs réformes dictées par les facteurs divers. L'objectif poursuivi est celui de rendre solide l'administration et favoriser la cristallisation de l'autorité de l'État sur toute l'étendue du territoire national.

Pour ce qui concerne la période précoloniale, rien de très significatif n'est à retenir ; les divers textes sur la décentralisation, bien qu'ayant servi de base de départ, n'ont été orientés que dans le sens de renforcer le pouvoir totalitaire du Roi souverain ; il en est de même des réformes intervenues pendant la période coloniale dont l'objectif tendait à redynamiser l'administration coloniale.

Les réformes intervenues pendant la période postcoloniale ont constitué une forme d'hiatus entre l'ancienne administration coloniale et la nouvelle gestion du pays avant de servir de bonnes orientations pendant la période de transition et déboucher sur la conservation des valeurs démocratiques avec l'avènement de la *Constitution du 18 février 2006*, les réformes sous la Constitution de 2006 en vue du libéralisme politique. Ces réformes qui ont suivi cette période ont été également orientées dans le but de promouvoir et de garantir l'exercice des libertés locales. Elles sont fondées sur le principe de la participation du peuple ou de ses représentants aux affaires publiques avec comme mode de réalisation l'élection des gouvernants du pays et au plan administratif, l'élection des autorités locales. Il s'agit donc de la démocratie appliquée à l'administration.

³³ Épée GAMBWA et Yves OTEMIKONGO MANDEFU, «Entités territoriales décentralisées et financement public du développement local au Zaïre», (1992) 266 *Zaïre-Afrique*, p. 347-355.

³⁴ J. SEGERS, « Les possibilités et limites de la participation des habitants au développement du milieu rural », (1982) 167 *Zaïre-Afrique*, p. 390.

Cependant, la contradiction des textes sur la quasi-totalité des réformes, l'inapplicabilité des lois et la tendance centralisatrice qui caractérisent l'Administration publique congolaise influencée par le caractère totalitaire du pouvoir politique de depuis 1885, sont autant des pesanteurs qui obstruent la mise en place cohérente du processus. Et à cette cause d'une législation qui frise l'irrationalité, il faudrait ajouter le manque de dynamisme de l'Administration publique et le laxisme de ses animateurs qui impactent négativement sur les droits humains et les pratiques démocratiques à promouvoir.

Les diverses réformes administratives territoriales en République démocratique du Congo en général et celles du 18 février 2006 en particulier peuvent être considérées comme des modèles "taille unique" importés qui n'ont pu fonctionner normalement malgré les efforts fournis en faveur de la reconstruction de l'État. A cela s'ajoute le manque de volonté politique qui défavoriserait l'adaptation de l'Administration au contexte économique et social impulsé par le changement politique et le processus de la décentralisation.

Une réforme administrative rationnelle et sans conflits positifs est celle qui met l'homme et non l'Administration au centre de l'État, celle qui peut rendre sa mise en œuvre effective par la mise en place de textes légaux conformes aux dispositions constitutionnelles, c'est-à-dire celle qui respecte l'autonomie de gestion et le principe de la libre administration en vertu du respect strict de la répartition des compétences.

*

* *

INTRODUCTION

Depuis un quart de siècle, la région des Grands Lacs africains est en proie aux guerres aussi multiples que répétitives. Cette situation, singularisée par la kyrielle de paradoxes qu'elle traîne, a connu un tel entichement doctrinal qu'une énième étude pourrait paraître de trop. Mais comment peut-on, sans être complice d'un cynisme à l'aigreur négationniste, arrêter, un seul instant, de se pencher sur cette question lorsque les affres de la guerre sont, dans le chef des populations locales, permanentes ? Au sang versé, ose-t-on estimer, ne correspond nullement l'encre utilisée pour écrire les livres qui remplissent les bibliothèques du monde entier.

La présente réflexion se distingue par une approche analytique et évaluative. Elle se propose de rendre compte de l'action menée par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans l'entreprise non obligeante de restauration de la paix au sein de la région dans son ensemble mais particulièrement en République démocratique du Congo (I). Une telle initiative, tant elle ambitionne d'esquisser les voies nouvelles de solution à une crise devenue perpétuelle, requiert d'avoir présents à l'esprit les traits marquants de la chronique sanguinolente d'une calamité sans précédent (II).

I. APPROCHE ANALYTIQUE D'UNE CRISE ATYPIQUE

Une meilleure compréhension du dessèchement funeste des Grands Lacs procède (de la remontée) aux sources d'un conflit qui s'est importé en République démocratique du Congo, d'une part, et de l'affalement vers l'estuaire de ses conséquences les plus graves, d'autre part.

A. Genèse lointaine d'une crise aux causes variées

La belligérance trentenaire qui sévit dans la partie orientale de la République démocratique du Congo relève avant tout d'une question géopolitique de la sous-région des Grands Lacs. Cette réalité nécessite d'avoir une vue globale des États qui la constituent ainsi que des intérêts qui les meuvent.

Par l'expression « Grands lacs », il convient de se rappeler qu'il s'agit d'une invention lexicale utilisée en remplacement de la dénomination coloniale « Congo belge Ruanda-Urundi »¹. C'est une expression construite pour désigner l'ancien empire colonial belge. Elle devrait se rapporter à l'espace occupé par l'actuelle République démocratique du Congo, le Rwanda et le Burundi. Ceux-ci seraient ainsi appelés « pays des Grands Lacs » du fait qu'ils se partagent les bords des lacs Albert, Edouard, Kivu et Tanganyika. Ce sont ces lacs qui, associés au lac Victoria, servent de principales sources aux plus grands et plus long fleuves d'Afrique, le Congo et le Nil. Cela explique qu'il leur soit accordé une épithète de grandeur. Cependant, si le besoin d'une nouvelle expression pour désigner l'ancien territoire colonial belge s'est fait ressentir au lendemain des indépendances, son officialisation est à situer en septembre 1976 avec la création de la Communauté économique des Pays des Grands Lacs (CEPGL). Si le nombre de membres de cette organisation est limité à trois (La République démocratique du Congo, le Rwanda et le Burundi), à l'image parfaite des trois anciennes colonies belges, l'expression « Grands Lacs » est aussi utilisée pour désigner un espace beaucoup plus vaste. Tel est le cas de la Conférence Internationale sur la Région des Grands Lacs (CIRGL) qui réunit non pas trois mais douze pays

¹ Jean-Pierre CHRETIEN, *L'invention de l'Afrique des Grands Lacs : une histoire du XX^{ème} siècle*, Paris, Karthala, 2010.

membres². Cette extension spatiale résulterait de la prise de conscience de la propension de la crise, au départ de ces trois pays, à se propager et de ses conséquences à se répercuter sur d'autres États de la région et même au-delà. A ce titre, l'irruption de l'Ouganda comme acteur majeur de cette crise est un bel exemple de l'irrésistible attrait pour une prise de participation aux bénéfices inavouables de la guerre.

Malgré tout, l'étude de la situation de ces trois pays permet d'expliquer toute la crise qui sévit dans la région des Grands Lacs, de percevoir les germes de conflit dans la constitution de chacun d'eux (1). C'est cette étude préalable qui laisse émerger les causes profondes de l'éclatement des conflits dans cette région et surtout de leur enracinement dans la partie orientale de la République démocratique du Congo (2).

1. Des germes conflictogènes d'héritage colonial

Deux situations créées ou amplifiées par le système colonial belge pourraient être considérées comme étant à la base des conflits qui déchirent la région des Grands Lacs. Il s'agit, d'une part, de l'épineuse question du tracé des frontières entre États de la région (a) et, d'autre part, de la douloureuse problématique du clivage ethnique entre hutu et tutsi (b).

a. L'épineuse question des frontières

Le dépeçage de l'Afrique opéré à la Conférence de Berlin de 1885 a toujours été sujet à critique³, point n'est besoin d'y revenir en long et en large. En ce qui concerne spécifiquement les pays des Grands Lacs, il faut remarquer qu'à côté du territoire très étendu de la République démocratique du Congo, avec une densité de la population faible, se trouvent deux petits territoires surpeuplés (le Burundi et le Rwanda). Pour l'année 2020, les statistiques de la Banque Mondiale rapportent une densité de 40, 228, 463 et 525 habitants au kilomètre carré, respectivement pour la République démocratique du Congo, l'Ouganda, le Burundi et le Rwanda⁴.

Comme on peut le constater, si les indicateurs sont au vert pour ce qui est du premier pays, il en est tout à fait autrement pour ses trois voisins pour lesquels ils sont au rouge. Ce premier déséquilibre constitue un motif important de division au sein de la région⁵. En effet, pour les peuples à culture pastorale comme ceux du Rwanda et du Burundi notamment, les montagnes de l'Est de la République démocratique du Congo devraient servir d'exutoire de leurs fortes pressions démographiques. Cette prétention, qui serait séculière, prend des tournures inquiétantes lorsqu'elle se fait exacerber par des récits mythiques étrangers à la réalité des frontières interétatiques.

La question comporte, néanmoins, une brume de vérité, conséquence d'une erreur manifeste de l'administration coloniale belge. L'on fait ici référence à la dérogation au principe colonial de sédentarisation des populations⁶. En organisant des vagues entières d'incorporation des populations rwandaises dans la région orientale de la République démocratique du Congo, le colon aurait légitimé la prétention d'un droit de cité des peuples étrangers sur le territoire congolais, du

² Ces pays sont l'Angola, le Burundi, la République centrafricaine, la République du Congo, la République démocratique du Congo, le Kenya, le Rwanda, le Soudan, le Soudan du Sud, la Tanzanie, l'Ouganda et la Zambie.

³ J.-P. CHRETIEN, préc., note 1, p. 6-7.

⁴ Des statistiques disponibles en ligne : <<https://donnees.banquemondiale.org>> (consulté le 26 novembre 2021).

⁵ MOHAMMED LOULICHKI, *L'intangibilité des frontières africaines à l'épreuve des réalités contemporaines*, Rabat, OCP Policy Center, 2018, p. 6.

⁶ Isidore NDAYWEL E NZIEM, « Le Congo dans l'Afrique des Grands Lacs : Lecture d'une trajectoire à l'épreuve des multiples tragédies », (2020) 548 *Congo-Afrique*, p. 905.

moins dans sa partie orientale. Si les motivations derrière ces migrations massives étaient essentiellement celles d'accroître la main d'œuvre dans les régions minières du Congo, d'une part, et de sauver de la famine une partie des populations du Rwanda-Urundi, d'autre part⁷, le fait qu'elles aient occasionné l'établissement des clans complets sur un territoire étranger devait entraîner une controverse identitaire grave que la Belgique céda au nouvel État indépendant.

Cette présence des populations rwandaises et burundaises sur le sol congolais est à la base des tous premiers conflits de la région à l'intérieure des frontières congolaises⁸. Les causes de cette belligérance sont essentiellement foncières. Elle oppose les autochtones aux allochtones. Ceux-ci, organisés en des clans complets à la tête desquels se trouvent des chefs coutumiers, réclament d'avoir des territoires propres, une prétention qui insupporte les autochtones. Les revendications des populations allochtones, démultipliées à la faveur des mouvements de réfugiés des années 1960 et surtout 1990-1994, soutenues par leurs États d'origine, ont toujours été tantôt d'obtenir une nationalité collective, tantôt d'avoir une cession de terres⁹.

Il sied cependant de noter que ce projet expansionniste, porté en file de tête par le Rwanda, aurait déjà été mené à exécution, n'eût été l'affirmation du principe de l'*uti possidetis juris*. Malheureusement, ce principe, traduisant l'intangibilité des frontières héritées de la colonisation, et proclamé par l'Organisation de l'Unité Africaine au lendemain des indépendances¹⁰, se trouve de plus en plus contesté¹¹. Il y aurait ainsi à craindre que, si les idées extrémistes de ceux qui prônent le rejet pur et simple de tout héritage colonial et considèrent les frontières actuelles comme un symbole de la colonisation finissent par gagner du terrain, la sauvegarde des frontières sorte de la sphère du droit pour entrer dans le champ des rapports des forces. Qui est par la même occasion susceptible de violer la charte des nations unies qui prohibe le règlement des différends par la force. Mais quoique l'intérêt d'approfondir un tel sujet soit avéré, on fait le choix de s'en détourner au risque de se perdre dans ses méandres. L'on est pour l'heure intéressé par la question ethnique hutu/tutsi, l'autre prédisposition aux conflits dans la région des Grands Lacs.

b. Une bombe à retardement à la mine d'un clivage ethnique

L'une des caractéristiques des empires et royaumes précoloniaux d'Afrique centrale est leur constitution pluriethnique¹². Cette réalité ne les avait pas empêchés de connaître des siècles de cohabitation relativement pacifique. C'est avec la colonisation, et son *divide et impera*, que l'intolérance va gagner certaines ethnies. En ce qui concerne la région des Grands Lacs, la plus grave des zizanies qu'avait réussi à mettre en place l'administration coloniale belge fut celle entre hutu et tutsi. Fondé sur de fausses vérités mues par le souci aveuglant d'affirmer coûte que coûte l'hégémonie de la race caucasienne sur toutes les autres et en particulier les noirs, le colon belge s'était amusé à promouvoir les membres de l'ethnie tutsie, dont le spécimen était jugé assez proche du modèle occidental, au détriment des hutus, considérés comme incapables de diriger. Si les uns

⁷ MAMPUYA KANUNK'a-TSHIABO, *Le conflit armé au Congo-Zaïre. Ses circonstances et sa gestion sous l'angle des Nations Unies*, Kinshasa, AMAED, 2001, p. 19.

⁸ Ambroise BULAMBO KATAMBU, *Mourir au Kivu. Du génocide tutsi aux massacres dans l'Est du Congo-RDC*, Paris, L'Harmattan, p. 103.

⁹ J.-P. CHRETIEN, préc., note 1, p.14.

¹⁰ Principe en réalité déduit de l'article III de la Charte de l'OUA du 25 mai 1963. Sa consécration explicite ne sera constatée que dans la résolution AHG/Res.16 de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement du 22 juillet 1964.

¹¹ Lire utilement MOHAMMED LOULICHKI, préc., note 5, p. 17-22.

¹² I. NDAYWEL E NZIEM, préc., note 6, p. 908.

devaient être descendants des hamites¹³, les autres n'étaient que de simples bantus. La destruction de la structure sociale au Rwanda-Urundi, parachevée à la veille des indépendances, avait mis en latence un conflit interethnique qui allait dégénérer quelques décennies plus tard en un génocide¹⁴. Déclenché à la suite du double assassinat des présidents rwandais, Juvénal Habyarimana, et burundais, Cyprien Ntaryamira, le génocide rwandais allait plonger toute la région dans une crise sans précédent.

Mais si à l'amorce de cette instabilité régionale on peut retrouver des germes de conflictualité apparus ou entretenus par ou sous l'administration coloniale belge, les causes de sa délocalisation et sa perpétuation sur le sol congolais sont à rechercher ailleurs. Le propos n'est pas ici de dire que ces germes n'auraient rien eu d'incident sur la guerre congolaise, simplement qu'il en est des catalyseurs dont l'analyse offre l'occasion d'une meilleure compréhension de la situation calamiteuse qui prévaut, depuis près de trois décennies, dans la partie orientale de la République démocratique du Congo.

2. Des causes multiples d'une guerre à proie congolaise

Comme causes de la concentration de la crise des Grands Lacs sur le territoire congolais, l'on peut retenir, parmi elles, les appétits expansionnistes des pays voisins ; la léthargie complice des dirigeants congolais, la convoitise des ressources du sol et du sous-sol congolais et la duplicité des partenaires occidentaux et internationaux

a. Les appétits expansionnistes des pays voisins

Nous l'avons vu, la région des Grands Lacs en est une caractérisée par des disparités géographique et démographique. En manque d'espace pour supporter leur évolution démographique, dont la pression se trouve déjà trop forte, les États à grande densités de population n'entrevoient d'autre solution que l'arrimage au territoire congolais, le seul de la région à ne pas être saturé. L'obtention de nouveaux territoires paraît être pour ces États une question existentielle¹⁵. Cette prétention va trouver dans la situation d'instabilité généralisée des années 90 une occasion d'obtenir par la force ce que le droit ne pouvait leur offrir¹⁶.

b. La léthargie complice des congolais

S'il est vrai que l'importation de la crise au départ du Rwanda sur le sol congolais s'est, à la faveur des grandes vagues de réfugiés, imposée par la voie d'une hospitalité humanitaire, sa perpétuation est surtout la conséquence d'une tolérance coupable des congolais eux-mêmes). En effet, l'histoire de la crise des Grands Lacs est jonchée de tellement d'exemples de complicité consciente ou inconsciente des congolais qu'il serait difficile d'imaginer la pérennisation de la guerre dans la partie orientale de la République démocratique du Congo sans un concours aveugle et égoïste de ceux que la Nation de Lumumba a eu l'infortune de voir présider à ses destinées. Nous citons, à titre d'illustration, les accords de Lemera qui, sous couvert d'organiser la libération

¹³ Un terme qui n'aurait en réalité aucun soubassement historique.

¹⁴ Filip REYNTJENS, *L'Afrique des Grands Lacs en crise*, Paris, Karthala, 1994, p. 11.

¹⁵ I. NDAYWEL E NZIEM, préc., note 6, p. 918.

¹⁶ Notamment à cause du principe de l'*uti possidetis juris*.

du peuple congolais contre le régime moribond de Mobutu, n'aura été qu'un cheval de Troie au service des intérêts de toutes les parties à l'exception de la République démocratique du Congo¹⁷.

c. La convoitise générale des ressources du sol et du sous-sol congolais

La guerre qui sévit à l'Est de la République démocratique du Congo est une stratégie de pillage de diverses et importantes ressources minières que regorgent les terres du Kivu¹⁸. Sur ce sujet, le Rapport final du groupe d'experts sur l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesses de la République démocratique du Congo avait clairement établi que les groupes criminels associés à certaines armées régulières de la région ont tiré avantages des micro-conflits et ont mis sur pieds une économie de guerre qui s'autofinance et est axée sur l'exploitation des minerais¹⁹. Les études et rapports de cette cause réelle de la tragédie congolaise foisonnent tellement qu'elle est devenue un secret de Polichinelle.

d. La duplicité marquée des partenaires occidentaux et internationaux

La tragédie congolaise se vit au vu et au su de tous. Si l'action ou plutôt la réaction des gouvernants congolais doit être considérée comme largement insuffisante, il est à s'interroger sur l'apport de ses nombreux partenaires dans la gestion de cette crise dont les conséquences dépassent la cime de l'inacceptable. Il convient de reconnaître que la pérennité de la guerre à l'Est de la République démocratique du Congo est assurée en grande partie par le manque de volonté avéré de la communauté internationale à la résorber.

Loin d'être un problème d'insuffisance de moyens juridiques ou matériels, l'échec des interventions des différents partenaires occidentaux et internationaux sur le sol congolais procède d'un laisser-faire dû à un manque de volonté, mieux à un manque d'intérêt. Cette question, constituant le point d'orgue de notre réflexion, nous en réservons l'exploitation au deuxième point de la présente étude. Mais ce report n'est pas injustifié. Il est fondé sur la nécessité de rappeler les conséquences néfastes de la crise des Grands Lacs sur la situation générale de la République démocratique du Congo avant de tenter une évaluation de l'impact des actions menées par le principal acteur de la scène internationale, les Nations Unies.

B. Les conséquences néfastes d'un terrible fléau

La crise des Grands Lacs a eu pour principale conséquence la déstabilisation de la République démocratique du Congo, particulièrement de sa partie orientale. Même si chacun des congolais trouverait facilement une raison de se porter victime directe ou indirecte de la crise régionale devenue locale ou nationale, les habitants de cette partie du territoire en ont subi et continuent à en subir les conséquences de plein fouet. Les affres dont les uns et les autres ont pu souffrir semblent moins mal s'apprécier lorsqu'elles sont répertoriées au gré de vagues de violences qui ont et continuent de balayer le pays de toutes les convoitises sous les poussées

¹⁷ Charles WOLA BANGALA, *L'ONU et la crise des Grands Lacs en République démocratique du Congo (1997-2007)*, Paris, L'harmattan, 2009, p. 43.

¹⁸ Roland POURTIER, « Ressources naturelles et conflits en Afrique subsaharienne », (2012) *Bulletin de l'Association de géographes français*, 89^{ème} année, p. 37.

¹⁹ Rapport final du groupe d'experts sur la l'exploitation illégale des ressources naturelles et autres formes de richesses de la République démocratique du Congo (S/2002/1146), en ligne : <<https://www.un.org>>.

adjacentes des vents venus de fort loin. Ces invasions devenues perpétuelles, Isidore Ndaywel les inventorie en six paliers²⁰.

Le premier palier se rapporte à la période s'étalant de 1990 à 1994. Il couvre les épisodes de conquête du Rwanda par le Front patriotique rwandais (FPR) et qui déboucha sur le génocide tutsi. Elle se caractérise par l'afflux de grandes masses de réfugiés rwandais sur le sol congolais.

La deuxième phase va de 1996 à 1997. Elle a été déclenchée par la mise à sac des camps des réfugiés au Kivu et connu les attaques dirigées contre les banyamulenge dans le Sud-Kivu, soutenues par l'armée régulière rwandaise. Cette chasse aux sorcières organisée contre les génocidaires et leurs assimilés opérera sur le territoire congolais sous la capuche d'une guerre de libération imprudemment endossée par l'Alliance des Forces démocratiques pour la libération du Congo (AFDL). Après l'arrivée de Laurent-Désiré Kabila et son opposition à la venue sur le territoire congolais d'une mission d'enquête de l'Organisation des Nations unies (ONU) dans le souci d'obnubiler les massacres des réfugiés perpétrés au cours de leur invasion, il va finir par se désolidariser de ceux qui l'avaient fait roi, une trahison qu'il va payer de sa vie.

La troisième séquence de cette guerre partie pour durer s'étend de 1998 à 2002. Cette phase est très révélatrice des méfaits de cette crise sur la structure même de l'État congolais. En effet, les alliés d'hier devenus tombeurs de Laurent-Désiré Kabila et de son régime, bien décidés à avoir à tout prix la main mise sur les terres et les richesses de la République démocratique du Congo, vont susciter de nouvelles rébellions. Celles-ci, composées, d'une part, du Mouvement de Libération du Congo, sous la tutelle rwandaise, et du Rassemblement des congolais pour la Démocratie (RCD), dont une faction d'obédience rwandaise et une autre sous la dépendance de l'Ouganda, conduiront à l'implosion du territoire congolais en trois zones d'administration : le Nord appartenant au MLC, le Centre-Est sous la domination du RCD, et l'Ouest et le Sud sous l'autorité du gouvernement congolais. Entamés avec les Accords de Lusaka, le processus de réconciliation – l'on devrait en réalité parler de saturation – va connaître un aboutissement relativement heureux à Sun City, le 13 avril 2003.

Avec le cessez le feu et la mise en place de nouvelles institutions, l'on avait vu faux en espérant un retour vers la paix. Malgré l'organisation des élections en 2006, les hostilités allaient encore reprendre sur le sol congolais, et de plus bel. Les instincts naturels des prédateurs revenant au galop – il n'est même pas certain que l'on ait cherché à les chasser -, un autre groupe armé, le Congrès National pour la Défense du Peuple (CNDP) allait être mis sur pied. Mais ce mouvement n'avait de nouveau que son nom. Ses véritables motivations autant que ses animateurs étaient restés les mêmes. Cette quatrième vague de guerre devait s'assurer que les régions du Kivu et de l'Ituri restassent dans l'insécurité, afin que le pillage des ressources fût perpétué.

Après la signature de nouveaux accords de paix, la logique resta la même. Un autre groupe armé devait voir le jour pour assurer la continuité de la stratégie d'occupation et d'exploitation. Il fut baptisé « Mouvement du 23 mars » (M23). L'activité de ce énième groupe armé, aidé par les autres rébellions contre le Rwanda et l'Ouganda, poursuit la réalisation des desseins machiavéliques de la conjuration de certains amis et frères les plus proches de l'État congolais. Ce dernier doit assister impuissant à l'extermination et aux humiliations les plus graves de ses sujets.

²⁰ I. NDAYWEL E NZIEM, préc., note 6, p. 920.

Car les guerres de l'Est de la République démocratique du Congo, c'est plus de cinq millions de morts et d'innombrables violations des droits de l'Homme et du droit international humanitaire. Le projet *Mapping* a rapporté que la période allant de mars 1993 à juin 2003 a été marquée par une série de crises politiques majeures, de guerres et de nombreux conflits ethniques et régionaux qui ont provoqué la mort de centaines de milliers, voire de millions, de personnes²¹.

Et de résumer à ce sujet que durant cette période, s'est écrit l'un des chapitres les plus tragiques de l'histoire récente de la République démocratique du Congo²². Un des chapitres, sans doute lorsqu'on se rappelle les mains coupées et les dix millions de morts imputables au roi des belges sous l'Etat Indépendant du Congo. Mais si cette dernière hécatombe pouvait s'expliquer dans un environnement totalement étranger aux droits de l'Homme et un monde non encore policé par le droit international, les conflits qui ont et continuent de sévir dans la partie orientale de la République démocratique du Congo n'auraient pas dû ni ne devraient, au seuil de ce XXI^{ème} siècle, faire autant de ravages. C'est à s'interroger sur ce que la communauté internationale a ou aurait pu faire pour résorber un fléau que l'on aura beau tenter de minimiser ou de banaliser mais dont l'ampleur des conséquences fait le conflit le plus tragique du monde de l'après Seconde Guerre mondiale. L'évaluation des interventions du Conseil de sécurité des Nations Unies devrait nous offrir des éléments de réponse à la perpétuation d'une guerre qui a tout d'injuste et d'illégitime.

II. BILAN CRITIQUE D'UNE INTERVENTION PROMETTEUSE DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

Organisation internationale à vocation universelle, les Nations Unies doivent leur raison d'être à l'impératif de maintenir la paix et la sécurité internationales²³. A cette fin, les organes dont elles sont constituées ont été dotés de pouvoirs d'actions ou d'interventions sans précédents. Le Conseil de sécurité, plus que tout autre organe, possède des devoirs spécifiques lui assignés par les membres des Nations Unies et qui font de lui le responsable principal du maintien de la paix et de la sécurité internationales²⁴. Cette responsabilité implique, sur pied du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, l'emploi de la force armée pour rétablir la paix et la sécurité internationales.

Fort de sa responsabilité, le Conseil de sécurité s'est effectivement intéressé à la crise des Grands Lacs en général et à la tragédie congolaise en particulier. Dès le début des hostilités sur le territoire congolais, puisque c'est l'épisode de cette crise qui nous intéresse, le Conseil de sécurité a pris des résolutions qui se sont accumulées au fil des années. Leur analyse débouchant sur un constat global d'inefficacité (A), nous tenterons une esquisse de solutions efficaces à cette crise devenue perpétuelle (B).

A. La gestion de la crise par le Conseil de sécurité : une succession d'actions inefficaces

Dès le début de ses interventions sur la crise à l'Est de la République démocratique du Congo, le Conseil de sécurité a suscité de grands espoirs. Les attentes des populations locales en particulier et de l'ensemble du peuple congolais en général étaient toutes simples : la retrouvaille avec la paix et la sécurité. Si beaucoup aura été fait, plus de vingt ans après, la description de la

²¹ Rapport du projet Mapping concernant les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international commises entre mars 1993 et juin 2003 sur le territoire de la République démocratique du Congo, p. 9, § 15 en ligne : <<https://www.ohchr.org/documents/countries/cd/drc-mapping-report-final-fr.pdf>>.

²² *Idem*.

²³ *Charte des Nations unies*, art. 1^{er}, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>.

²⁴ *Idem*, art. 24.

situation dans la partie orientale de la République démocratique du Congo tranche pour une perpétuation des sévices de la guerre. L'inefficacité des actions menées par le Conseil de sécurité à véritablement restaurer la paix pourrait, de ce seul fait, être prise pour évidente. Mais elle est démontrable à l'analyse de ses résolutions, de certaines d'entre elles (1). Devra s'en suivre une tentative d'explication de cette inefficacité qui, au regard des moyens juridiques et matériels dont dispose cette institution, a tout de suspect (2).

1. L'inefficacité avérée des résolutions du Conseil de sécurité sur la crise congolaise

Les résolutions du Conseil de sécurité sur la crise en République démocratique du Congo sont si nombreuses que leur analyse complète requerrait une œuvre en plusieurs volumes. L'examen de certaines d'elles suffit à en offrir une appréciation globale. Nous retenons deux moments importants de la gestion du Conseil de sécurité : la phase de la Mission d'Observation des Nations Unies au Congo (MONUC), d'une part, et celle de la Mission de l'Organisation des Nations Unies pour la stabilisation en République démocratique du Congo (MONUSCO), d'autre part.

a. La MONUC, une mission aux résultats mitigés

En dehors des résolutions du Conseil de sécurité sur la crise dans la région des Grands Lacs, celui-ci a pris la mesure des conflits qui s'étaient exportés sur le territoire congolais au début du deuxième trimestre de l'année 1999, soit deux ans après l'aboutissement heureux – mais tragique particulièrement pour la population de l'Est – de la rébellion de l'AFDL. La première résolution adoptée est celle 1234 du 9 avril 1999. Elle a été importante surtout parce qu'à travers elle, le Conseil de sécurité exprima son inquiétude devant l'aggravation de la situation en République démocratique du Congo et la poursuite des hostilités. Cette prise de conscience – quoiqu'intervenant à notre avis assez tardivement – avait donné un premier écho sur la crise qui s'installait sur le territoire congolais. L'espoir était permis parce que, pensait-on alors à l'époque, l'implication du Conseil de sécurité allait permettre de mettre un terme à cette crise qui avait déjà fait de nombreuses victimes. Privilégiant les voies pacifiques de sortie de crise, le Conseil va rappeler aux États de la Région de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force les uns envers les autres pour régler leurs différends²⁵ et de respecter le principe de l'intangibilité des frontières. Il déplore en même temps que des forces armées d'États étrangers demeurent sur le territoire congolais et demande l'ouverture d'une enquête internationale sur tous les événements²⁶. Il exprime, enfin, son soutien au processus de médiation régionale menée par l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) et la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) en vue du règlement pacifique du conflit²⁷.

Disons que cette première résolution, tout en reconnaissant le caractère tragique de la crise congolaise, s'est révélée être une suite de dénonciations et d'intentions sans véritables mesures particulières concrètes prises pour arrêter les hostilités. Le Conseil de sécurité s'est gardé de recourir à la force, rappelant, par ailleurs, le principe de la légitime défense individuelle ou collective énoncé à l'article 51 de la Charte des Nations Unies²⁸. L'on trouve dans cette attitude un

²⁵ S/RES/1234 (1999), § 1, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>

²⁶ S/RES/1234 (1999), § 2, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>.

²⁷ S/RES/1234 (1999), § 11, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>.

²⁸ S/RES/1234 (1999), § p. 1, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>.

rappel au gouvernement congolais à prendre ses responsabilités face à l'agression injuste dont le pays était victime.

Une autre résolution, et non de moindre importance, est la résolution 1258 du 6 août 1999. Elle a eu pour particularité le déploiement de 90 membres du personnel militaire de liaison des Nations Unies dans les capitales des Etats signataires de l'accord de cessez-le-feu et au quartier provisoire de la Commission militaire mixte avec comme missions d'établir des contacts et assurer la liaison avec les parties à l'accord, et obtenir d'elles des garanties de coopération et des assurances de sécurité en vue du déploiement éventuel d'observateurs militaires à l'intérieur du pays²⁹.

C'est le 30 novembre 1999 que, par sa résolution 1279, le Conseil de sécurité va créer la MONUC. Cette mission, constituée à partir du personnel militaire de liaison, va hériter des objectifs de celui-ci augmentés de celui d'élaborer des plans en vue de l'observation du cessez-le-feu et du désengagement des forces et de faciliter l'acheminement de l'aide humanitaire aux personnes déplacées, aux réfugiés, aux enfants et autres personnes touchées et d'aider à la défense des droits de l'Homme, y compris les droits de l'enfant³⁰.

Vont alors s'en suivre une panoplie de résolutions, dont la plupart vont, face à la persistance, voire l'aggravation des sévices de la guerre, apporter des élargissements des objectifs de la MONUC. Au terme de l'année 2007, ces objectifs consistent, dans limite des capacités de cette mission et dans ses zones de déploiement, à aider le gouvernement de la République démocratique du Congo à instaurer dans le pays un environnement stable en matière de sécurité et à cette fin, assurer la protection des civils, du personnel humanitaire et des installations des Nations Unies. La MONUC est aussi chargée de la réforme du secteur de la sécurité, en attachant une priorité au règlement de la crise dans les Kivu sous tous ses aspects, en particulier par la protection des civils.

Une étude réalisée sur l'impact réel des résolutions du Conseil de sécurité dans la gestion de la crise des Grands Lacs en République démocratique du Congo, tout en reconnaissant la pertinence et l'efficacité de certaines d'entre elles, fait état d'un statu quo sur la situation générale des populations locales³¹. L'on a constaté qu'en 2007, malgré le retrait officiel des armées étrangères du territoire congolais, la mise en place d'un gouvernement de transition et même la tenue d'élections en 2006, les populations de l'Est de la République démocratique du Congo continuaient à souffrir des affres de la guerre. La sécurité que l'on espérait avec l'entrée en lice du Conseil de sécurité était loin d'être retrouvée. Face aux critiques de son incapacité, le Conseil de sécurité va réagir en muant la MONUC vers la MONUSCO. L'on sait aujourd'hui que cette renaissance ne fut que de façade.

b. La MONUSCO, une renaissance de façade

Le changement de la MONUC à la MONUSCO a été opéré par la résolution 1925 du 28 mai 2010. La nouvelle mission devait se voir investie de nouveaux pouvoirs dans la stabilisation et la consolidation de la paix. Elle a été pour cela autorisée à utiliser tous les moyens nécessaires pour s'acquitter de cette importante tâche³². Seulement, il faut remarquer que ce nouveau pouvoir n'était pas inédit. L'autorisation d'user de tous les moyens que comportait cette nouvelle

²⁹ S/RES/1258 (1999), § 8, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>.

³⁰ S/RES/1279 (1999), § 5, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>.

³¹ C. WOLA BANGALA, préc., note 17, p. 70.

³² S/RES/1925 (2010), § 11, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>.

résolution avait déjà été accordée à la MONUC par la résolution 1493 du 28 juillet 2003, sans que cela réussisse à mettre un terme aux hostilités. En outre, il nous semble que la République démocratique du Congo avait besoin non pas d'une mission de stabilisation mais plutôt bien d'une qui serait de restauration de la paix et de la sécurité. Le Conseil de sécurité semble s'être laissé impressionner par des signaux trompeurs de changement là où il n'y avait jamais eu véritablement de cessez-le-feu.

Cependant, formée de 19815 soldats, 760 observateurs militaires, 391 fonctionnaires de police et 1050 membres d'unités de police constituées, cette mission devenait tout simplement la plus importante jamais instituées et l'espoir était de nouveau permis. Mais les conflits armés allaient continuer à faire rage à l'Est de la République démocratique du Congo tant et si bien qu'il va s'avérer nécessaire de créer une « Brigade d'intervention ». Celle-ci, mise en place par la résolution 2098 du 28 mars 2013, va donner une impression positive après avoir aidé les Forces armées congolaises à battre le M23 qui capitule le 05 novembre 2013. Malheureusement, cette accalmie va se révéler être volatile, fragile et intermittente au point qu'en 2016 le Conseil de sécurité lui-même déplore la lenteur des progrès dans les domaines essentiels à la stabilisation de la République démocratique du Congo³³. Dans un de ses rapports, le Secrétaire général des Nations Unies constate, pour sa part, l'impuissance de la force face à la menace grave ou la capacité de nuisance des groupes armés et reconnaît que la population est demeurée à la merci de la violence armée³⁴. Une étude réalisée en 2016 conclue sur des résultats mitigés et contrastés de la brigade d'intervention³⁵. Cette mission constituant le point d'intérêt de la MONUSCO, il ne serait dès lors pas osé d'affirmer que c'est toute la mission qui se serait montrée – encore une fois- inefficace.

2. Essai d'explication d'une incapacité injustifiable

Il y a près de trois dizaines d'années que la partie orientale de la République démocratique du Congo est plongée dans une grave instabilité que les gouvernements congolais successifs se sont montrés incapables à gérer. Le fait que cette crise représente une menace certaine contre la paix et la sécurité internationales a nécessité l'intervention de l'Organisation des Nations Unies dont la raison d'être coïncide justement avec ce besoin. Sur près d'un quart de siècle de gestion onusienne de la crise congolaise, ce n'est pas moins de vingt milliards de dollars américains qui auront été investis et vingt mille personnes engagées dans l'objectif de ramener la paix et la sécurité sur le territoire d'un pays membre. Tenter d'expliquer comment des moyens matériels et humains aussi colossaux, et pendant si longtemps, n'ont pas réussi à résoudre le problème congolais est une tâche qui paraît ardue. Mais quand on se rappelle l'une des causes réelles de ce conflit, d'une part, et la réalité qui dicte les actions de cette Organisation, d'autre part, une trajectoire de compréhension de cet échec se dessine.

On le sait, l'instabilité à l'Est de la République démocratique du Congo fait les affaires des grandes multinationales œuvrant dans les secteurs électronique et aéronautique notamment. Le besoin de s'approvisionner des ressources minières à faible coût expliquerait qu'elles assurent une main-basse sur leur extraction par une forme de sous-traitance des groupes armés actifs dans la région. Cette entreprise machiavélique, ces multinationales l'exécutent avec la bénédiction et le

³³ S/RES/2277 (2016), § 3 et § 48, en ligne : <<https://www.un.org/fr>>.

³⁴ S/2016/833, Rapport du Secrétaire général sur la mission de l'organisation des Nations Unies pour la stabilisation de la République démocratique du Congo du 3 octobre 2016, § 23.

³⁵ Alphonse NTUMBA LUABA et P. NTUMBA KAPITA, « Evaluation de la mise œuvre du mandat de la brigade d'intervention de la MONUSCO », (2016) 510 *Congo-Afrique*, p. 953.

soutien de leurs pays de nationalité. Ceux-ci, dont les Etats-Unis et les grandes puissances européennes, n'hésitent pas à se salir les mains, peu importe que ce soit de sang, pourvu que leurs intérêts soient protégés. Et l'Organisation des Nations-Unies dans tout ça ? Eh bien, quoique cela soit choquant, elle se trouve être à la solde de ces grandes puissances mondiales qui sont ses principaux contribuables³⁶. Dans sa gestion de la crise congolaise, elle donne l'impression – ce n'est pas simplement une impression- de ne pas rechercher une issue définitive. Elle éviterait ainsi d'obstruer les intérêts des grandes puissances qui la guident. Il faut arrêter de rêver et se rendre à l'évidence que la paix et la sécurité à l'Est de la République démocratique ne viendra pas du Conseil de sécurité et de ses résolutions vendeuses d'espoirs. Ce dernier n'a-t-il pas souvent rappelé que c'est au gouvernement de la République démocratique du Congo qu'il incombe au premier chef la responsabilité d'assurer la paix et la sécurité sur son territoire et protéger sa population, et que son rôle à lui n'est que supplétif³⁷. C'est en réorientant les débats sur ce que l'État congolais peut ou devrait faire que des voies nouvelles de solution à la crise congolaise peuvent s'esquisser.

a. Une esquisse de solutions efficaces

Face au manque de volonté démontré du Conseil de sécurité – ainsi que celle de tous les autres acteurs internationaux et régionaux- à résoudre la crise congolaise, d'autres solutions méritent d'être trouvées en vue de résorber ce fléau. Ces nouvelles voies de sortie de crise ne devraient avoir pour seule contrainte que le respect du droit international, en l'occurrence la Charte des Nations Unies. Elles ne s'érigent donc pas en alternatives au règlement du conflit par le Conseil de sécurité. Leur pertinence est plutôt de replacer l'Etat congolais à l'avant-garde de la lutte pour la restauration de la paix et la sécurité sur son territoire. Celui-ci, étant la première – et peut-être la seule - victime des conséquences ravageuses de cette guerre, devrait aussi assumer le rôle principal dans la quête de sa résolution. De cet équilibre dépend l'arrêt du cycle infernal des conflits à l'Est de la République démocratique du Congo.

Parmi les solutions les plus variées, dont la plupart semblent illusoire, nous pensons qu'un menu composé de deux mets devrait faire recette. Il s'agit d'une part de l'accroissement de la puissance de l'Etat congolais comme unique garantie de l'arrêt des hostilités et d'autre part, du recours au mécanisme de justice transitionnelle comme mécanisme de restauration de la paix, d'autre part.

CONCLUSION

Quand on sait que la puissance est la première canalisation sur laquelle reposent les relations internationales dans lesquelles la soumission du faible au fort est inévitable³⁸, l'idée que la paix dans la région des Grands Lacs soit la résultante de simples négociations entre l'État congolais et ses pays voisins devient moins plausible. Notre propos n'est pas d'exclure tous les modes de règlement pacifique des différends internationaux entre la République démocratique du Congo et les autres pays de la région ; nous pensons simplement que les négociations auront une issue heureuse le jour où, dans les rapports de force, l'Etat congolais pèsera. C'est parce que celui-ci a

³⁶ Maurice BERTRAND, « L'ONU », 5^{ème} édition, coll. « Repères », Paris, Editions La Découverte, 2004, p. 33, dans C. WOLA BANGALA, *préc.*, note 17, p. 78.

³⁷ Notamment dans les résolutions 1794 et 1925.

³⁸ Julian FERNANDEZ, *Relations internationales*, 1^{ère} édition, Paris, Dalloz, 2018, p. 196.

toujours été amené à la table des négociations dans une position de faiblesse qu'aucun des accords signés n'aura su lui être profitable. C'est son statut actuel de « menu fretin » des Grands Lacs qui fait de lui la proie des « gros poissons », bien que, potentiellement, regorgeant des ressources minérales inqualifiables, des faunes et flores qui contribuent à l'équilibre mondiale, qui font d'elle « un gros poisson » à ne pas négliger dans la scène internationale.

Quel paradoxe que la République démocratique du Congo, géante de par sa grande démographie et son imposant territoire aux dimensions quasi continentales, fasse si piètre figure. Comment ce géant a-t-il fléchi devant des États ? Pourquoi n'a-t-on jamais connu pareille humiliation à l'époque de la deuxième République ?

L'on pourrait répondre que c'est l'appui intervenu à la fin de la Guerre froide de la super puissance américaine aux pays de la région comme le Rwanda pour le pillage des ressources minières congolaises qui expliquerait la décadence de l'Etat congolais. La variable dans l'aboutissement des projets déstabilisateurs de l'Etat congolais est l'impuissance de ce dernier à défendre son territoire. C'est par l'accroissement de la puissance de l'État congolais qu'il devrait inverser les tendances. Car la puissance est justement cet ensemble de capacités et de ressources permettant à un État de défendre ses intérêts. Il s'agit, en clair, et d'après la formule de Serge Sur, de la capacité de faire, de faire faire, de refuser de faire ou d'empêcher de faire³⁹.

Mais il faut préciser que le levier de puissance auquel il est fait référence ici est la force armée. Celle-ci, en tant qu'ensemble des moyens qui permettent à un Etat de conduire des opérations de guerre, devrait, par la menace ou l'emploi de la force, rendre l'Etat congolais apte à imposer sa volonté de vivre en paix à tous ses voisins. C'est dire qu'avec une armée nationale véritablement républicaine et suffisamment équipée et constituée, la République démocratique du Congo pourrait relever le défi du contrôle de son territoire et la protection de ses citoyens. De telles réformes requièrent, il faut en être conscient, des investissements massifs et un volontarisme politique avéré. Une fois l'hémorragie arrêtée – parce qu'elle ne l'a jamais été –, pourrait s'ouvrir la voie à la structuration des tissus sociaux. Cet effort relevant de la justice transitionnelle – par la réalisation de ses quatre piliers, à savoir : les droits des victimes à la vérité, à la justice et à la réparation ainsi que la garantie de non-répétition – devrait permettre de cimenter, en la rendant durable, la paix ainsi gagnée par la capacité de nuisance et le respect retrouvés.

*

* *

³⁹ Serge SUR, « Relations internationales », 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 239, dans J. FERNANDEZ, préc., note 38, p. 210.

Conflit ukraino-russe sous le prisme du droit international : adieu le droit international ?

Athanase ESAKI TSHOFU*

RÉSUMÉ

L'invasion de l'armée russe en Ukraine a suscité des prises de positions dans tous les quatre points du monde, notamment sur la condamnation de cette action qui porte atteinte aux principes fondamentaux du droit international. Fort de cela, plusieurs voix se sont levées pour carrément affirmer la faiblesse du droit international dans son ensemble, l'assimilant au *soft-law*. La présente étude se veut restructurer ce paradigme qui consiste à lier la faiblesse du versant sécuritaire onusien dans la crise ukraino-russe à l'ensemble du droit international.

Mots-clés : Annexion – Déclaration – Guerre – Invasion – Souveraineté

ABSTRACT

The invasion of the Russian army in Ukraine has aroused positions in all four parts of the world, in particular on the condemnation of this action which undermines the fundamental principles of international law. On the strength of this, several voices have risen to bluntly affirm the weakness of international law as a whole, assimilating it to soft law. This study seeks to restructure this paradigm, which consists of linking the weakness of the UN security side in the Ukrainian-Russian crisis to international law as a whole.

Keywords: Annexation - Declaration - War - Invasion – Sovereignty

SOMMAIRE

Introduction

I. LA DÉFAILLANCE DU VERSANT SÉCURITAIRE ONUSIEN

A. Le passé passif du versant sécuritaire onusien

B. L'impuissance de l'ONU face à la violation importante d'instruments juridiques internationaux par la Russie

II. LA DÉFAILLANCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES FACE AU CONFLIT UKRAINO-RUSSE

A. La faillibilité de l'exécution des arrêts de la Cour internationale de Justice

B. L'absence de consentement au Statut de Rome par la Russie : vers l'odyssée des bavures russes

INTRODUCTION

« L'État est le plus froid des monstres froids¹ ». Ces mots de Nietzsche, bien que prononcés à la fin du XIX^{ème} siècle, présageaient des extrémités auxquelles les puissances mondiales allaient se

* L'auteur est Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete. Il est détenteur d'une Licence en droit, option droit public, à l'Université Protestante au Congo, et actuellement Apprenant en Master 2 - Droit international et Droit européen à l'Université de Picardie Jules Verne (Amiens/France).

¹ Citation de Fridrich NIETZSCHE, dans Traduction et édition de Georges-Arthur GOLDSCHMIDT, *Ainsi parlait Zarathoustra*, Paris, Livre de Poche, 1972.

livrer durant les conflits mondiaux de la première moitié du XX^{ème} siècle². Cette affirmation d'oracle est d'autant plus vraie aujourd'hui au regard de la guerre qui prévaut en Ukraine et qui s'intensifie jour après jour, depuis la déclaration d'invasion de l'armée russe en Ukraine prononcée par le Président Vladimir Poutine.

En effet, une déclaration « politique » peut en dire long sur les représentations du droit international que s'en fait son auteur³. Celle du 24 février 2022 du Président de la Russie, Vladimir Poutine, au sujet de l'invasion de l'armée russe en Ukraine en est l'illustration ambiguë. Par un oxymore retentissant, elle impose en effet une opération militaire spéciale dans les régions de Donbass et de Louhansk ou Lougansk. Nous pouvons apprécier la teneur de l'extrait de ladite déclaration :

« A cet égard, conformément à l'article 51 de la partie 7 de la Charte des Nations unies, avec l'autorisation du Conseil de la Fédération de Russie et conformément aux traités d'amitié et d'assistance mutuelle avec les Républiques populaires de Donetsk et de Louhansk ratifiés par l'Assemblée fédérale le 22 février de cette année (2022), j'ai (Vladimir Poutine) pris la décision de mener une opération militaire spéciale⁴ ».

Cette déclaration a marqué un fracas dans l'ouïe sensible du droit international, car elle a touché à la souveraineté d'un État, *in casus specie* l'Ukraine. Cette question, à laquelle nous essayons d'apporter notre contribution semblable à une goutte d'eau dans l'océan, a fait l'objet d'une littérature juridique abondante de la part des penseurs internationalistes les plus qualifiés. En effet, la souveraineté est au cœur des attributs de l'État en droit international⁵. L'État est en effet traditionnellement défini comme « une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé et qui se caractérise par la souveraineté⁶ ». Le principe de la souveraineté étatique est à la base des relations entre les Nations unies dont la Charte rappelle dans son article 2, § 1 : « L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres⁷ ».

A travers l'égalité souveraine, c'est l'indépendance de l'État qui est affirmée⁸. Comme l'a souligné l'arbitre Max Huber dans *l'Affaire de l'Île de Palmas*, « la souveraineté dans les relations entre États signifie l'indépendance⁹ ». L'exigence du respect du droit international par les États est une proposition première dans la mesure où elle garantit les autres corollaires de la souveraineté¹⁰. Comme l'a affirmé la Cour internationale de Justice dans *l'Affaire du détroit de Corfou*, « entre

² Maryanne NABET et Lucas WENDLING, « Guerre en Ukraine : l'agonie du droit international », (14 mars 2022), *Portail de l'IE. Centre de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique*, en ligne <<https://portail-ie.fr/analysis/4007/guerre-en-ukraine-lagonie-du-droit-international>> (consulté le 26 avril 2022).

³ Denis ALLAND, « Un adieu du droit international public ? A propos d'une déclaration américaine relative aux colonies israéliennes en Cisjordanie et de ses suites », in *RGDIP*, tome 124, N° 1, Paris, A. Pedone, 2020, p. 75-86, spéc., p. 75.

⁴ Document : Discours intégral de Poutine du 24 février 2022, en ligne : <<https://blogs.mediapart.fr/touriste/blog/270222/document-discours-integral-de-poutine-le-24-fevrier>> (consulté le 25 avril 2022).

⁵ Marc Perrin de BRICHAMBAUT, Jean-François DOBELLE, Frédérique COULEE, *Leçons de droit international public*, 2^e édition, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2011, p. 34.

⁶ Cf. avis n° 1 de la commission d'arbitrage de la Conférence pour la paix en Yougoslavie.

⁷ *Charte des Nations Unies*, article 2, § 1.

⁸ M. P. de BRICHAMBAUT, J-F. DOBELLE, F. COULEE, préc., note 5, p. 35.

⁹ CPA, *Affaire de l'île de Palmas (ou MIANGAS) (Etats-Unis c. Pays-Bas)*, Sentence arbitrale du 4 avril 1928, p. 8.

¹⁰ M. P. de BRICHAMBAUT, J-F. DOBELLE, F. COULEE, préc., note 5, p. 37.

Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux¹¹ ».

Cette émasculature de la souveraineté territoriale ukrainienne réalisée aux forceps des règles liminaires du droit international général, notamment celle de l'intangibilité des frontières ou encore celle du respect de l'intégrité territoriale des Etats, mais aussi ce diktat béant de reconnaissance d'indépendance des provinces de Donetsk et Louhansk, les qualifiant de « républiques populaires », cette « perversion¹² » du concept de maintien de la paix dans les provinces séparatistes face à l'impuissance des Nations Unies à intervenir en tant que gendarme international dans sa mission de maintenir la paix et la sécurité internationales, a de nouveau mis le droit international sur le devant de la scène, et pour le pire. En effet, cette tragédie humanitaire causée par le fait de la déclaration politique d'un homme devant l'impuissance des Nations Unies à réagir, a créé une psychose dans le commun de mortel, dénonçant les violations de ce droit dans la guerre menée par la Russie en Ukraine, pointant son absence d'efficacité¹³, et allant même à abjecter l'existence du droit international dans son ensemble.

Des considérations précédentes, peut-on parler d'un aveu d'adieu du droit international ? En d'autres termes, est-ce l'ensemble du droit international qui est bafoué dans ce conflit ukraino-russe ? Sans nul doute, il serait superfétatoire de réduire tout le droit international aux faiblesses du système sécuritaire onusien, car le droit international est un océan de plusieurs branches. Dans cette veine, affirme Jean-Marc Sorel :

« Il faudrait néanmoins affiner et préciser que c'est le droit de l'ONU dans son versant sécuritaire qui est bafoué, et non l'ensemble du droit international, même s'il est indéniable que la Charte des Nations Unies contient bien les fondements de ce droit, à commencer par l'interdiction du recours à la force dans les relations internationales qui figure au Panthéon des normes de *jus cogens* à l'article 2 de la Charte des Nations Unies¹⁴ ».

Si le versant sécuritaire onusien se montre défaillant à encadrer le conflit ukraino-russe (I), il n'en demeure pas moins des juridictions internationales, en l'espèce la Cour internationale de Justice et la Cour pénale internationale, qui s'avèrent également être limitées dans leur mission (II).

I. LA DÉFAILLANCE DU VERSANT SÉCURITAIRE ONUSIEN

L'agression russe en Ukraine est une réalité malheureuse qui met sur table plusieurs évidences, notamment la violation des règles du droit international général, mais aussi la défaillance du système sécuritaire onusien. A cet effet, cette défaillance semble devenir monnaie courante à l'ONU, surtout lorsqu'une grande puissance est au-devant des projecteurs. Malgré la violation importante d'instruments juridiques internationaux par la Russie (B), l'ONU reste impuissante pour rétablir la paix et la sécurité mises en cause en Ukraine. Cette passivité du

¹¹ CIJ, *Affaire du Déroit de Corfou*, Arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 4.

¹² Expression utilisée par le Secrétaire général des Nations Unies Antonio Guterres.

¹³ Jean-Marc SOREL, « La guerre en Ukraine : discrédit définitif pour l'ONU ? », dans « L'actualité au prisme du droit », *Le Club des juristes* (9 mars 2022), en ligne : <<https://blog.leclubdesjuristes.com/la-guerre-en-ukraine-un-discredit-definitif-pour-lonu-par-jean-marc-sorel-professeur-a-luniversite-paris-1-sorbonne/>> (consulté le 27 mars 2022).

¹⁴ *Idem*.

système sécuritaire onusien trouve ses origines dans le passé (A) pour des faits quasi-similaires que ceux en Ukraine, défaillance retenue, ironiquement sans doute, par la Russie pour justifier maladroitement ses agissements.

A. Le passé passif du versant sécuritaire onusien

« Sans aucune autorisation du Conseil de sécurité des Nations unies, ils ont mené une opération militaire sanglante contre Belgrade, en utilisant des avions et des missiles en plein cœur de l'Europe. Plusieurs semaines de bombardements continus ont été effectués sur des villes et des infrastructures indispensables à la vie. Nous devons rappeler ces faits, car certains collègues occidentaux n'aiment pas se souvenir de ces événements, et lorsque nous en parlons, ils préfèrent pointer du doigt non pas les normes du droit international, mais des circonstances, qu'ils interprètent comme bon leur semble.

Puis vint le tour de l'Irak, de la Libye et de la Syrie. Le recours illégitime à la force militaire contre la Libye et la perversion de toutes les décisions du Conseil de sécurité des Nations unies sur la question libyenne ont conduit à la destruction totale de l'État [libyen], à la création d'un immense foyer de terrorisme international et à la plongée du pays dans un désastre humanitaire et dans l'abîme d'une longue guerre civile qui se poursuit encore. La tragédie qui a condamné des centaines de milliers, des millions de personnes non seulement en Libye, mais dans toute la région, a créé une migration massive de l'Afrique du Nord et du Moyen-Orient vers l'Europe »¹⁵.

Les cas de l'Irak, de la Libye, de la Syrie ou encore de Belgrade évoqués dans la déclaration russe montrent les fissures que connaît le système sécuritaire onusien à réagir aux crises sécuritaires internationales. En effet, la Charte fournit dans son Chapitre VII un cadre centralisé pour la mise en œuvre d'un système de sécurité collective. Elle assigne à tous les Etats des droits et des obligations à agir de concert pour écarter une menace à la paix, ou réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix. L'essentiel des pouvoirs est dévolu au Conseil de sécurité¹⁶. Le bon fonctionnement du système exige assurément l'efficacité globale du Conseil de sécurité, car la Charte lui confère une responsabilité principale en matière de paix et de sécurité internationales¹⁷. Mais il présuppose aussi la coopération des membres permanents du Conseil de sécurité, qui occupent une place prépondérante au sein du Conseil grâce à leur droit de veto, ce qui n'a pas toujours été le cas lorsque leurs intérêts étaient en cause¹⁸. Ceci a produit un « double standard » qui continue à s'imposer à l'ONU en matière de sécurité collective car le système ne peut fonctionner contre l'un des membres permanents (ou les Etats qu'ils soutiennent), malgré le fait que ce sont justement les grandes puissances militaires qui font souvent courir les dangers les plus sérieux à la paix¹⁹.

La centralité de l'ONU au sein du système international découle de sa légitimité (qui est fonction des circonstances de sa création et du rôle qui lui a été assigné par les Etats fondateurs), de sa crédibilité (qui relève de sa capacité de décider, d'agir et de s'adapter) et de son autorité (qui dépend de son influence, de son aptitude à contraindre et à réguler, et de sa représentativité).

¹⁵ Document : Discours intégral de Poutine du 24 février 2022, préc., note 4.

¹⁶ Jean-Pierre COT et Alain PELLET (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Tome I, 3^{ème} édition mise à jour, revue et augmentée dans le cadre du Centre de Droit international de Nanterre (CEDIN) à l'occasion du 60^{ème} anniversaire des Nations Unies, Paris, Economica, 2016, p. 330.

¹⁷ Voir article 24, paragraphe 1.

¹⁸ J.-P. COT et A. PELLET (dir.), préc., note 16, p. 330.

¹⁹ Michel VIRALLY, *L'Organisation mondiale*, Collection « U », Paris, Armand Colin, 1972, p. 456-465.

A la lumière des événements de 2003, il apparaît que l'ensemble de ces fondements ont été bousculés ou remis en question²⁰. En effet, la situation en Iraq après « la fin des hostilités d'envergure », déclenchées en mars 2003, constitue un cas autrement plus difficile sous l'angle des pouvoirs du Conseil de sécurité. On rappellera, tout d'abord, que l'intervention en question ne saurait être fondée sur l'ancienne autorisation expresse de la Résolution 678 (1990), dont la validité avait expiré depuis 1991, sans avoir été réactivée par la Résolution 1441 (2002)²¹. Par ailleurs, l'intervention en Iraq n'était pas fondée non plus sur une autorisation « implicite », prétendument contenue dans la résolution 1441 (2002)²². Faute de pouvoir être justifiée au titre de la légitime défense – justification qui n'a, d'ailleurs, même pas été invoquée officiellement –, l'intervention américaine et britannique était incontestablement illicite au regard de la Charte des Nations Unies et du droit international général²³.

Tous les cinq ou dix ans, commentateurs, chefs d'Etat ou de gouvernement ou simples citoyens assurent que l'Organisation des Nations unies (ONU) est « à la croisée des chemins », soit qu'il faut la reformer, soit que sa fin est proche. Depuis sa création, l'ONU est encensée ou critiquée pour ce qu'elle n'arrive pas à faire ou pour les crises qu'elle ne parvient pas à prévenir²⁴. Après l'échec, en mars 2003, de l'adoption d'une seconde résolution du Conseil de sécurité qui aurait autorisé une intervention anglo-américaine en Irak, de nombreux commentateurs ont reproché à l'Organisation son manque de modernité, la profonde division de ses membres, le déficit de représentativité de son organe central, le Conseil de sécurité, et, plus largement, sa faible utilité et son insuffisante capacité d'adaptation. Comme toute crise, la crise irakienne – jusqu'à l'attentat du 19 août 2003 - a provoqué un débat sur le devenir de l'Organisation. Les pratiques unilatéralistes de certains Etats et l'inertie du système menacent les fondements mêmes de l'ONU, ainsi que sa légitimité et son autorité²⁵.

En outre, l'action militaire qui a conduit à la chute et à la mort du colonel Kadhafi en octobre 2011 et la crise syrienne ont ramené au premier plan la question de l'autorisation et de l'absence d'autorisation de l'emploi de la force par le Conseil de sécurité, qui a souvent occupé le devant de la scène au cours des années 1990 et 2000²⁶. Le cas de la Syrie – absence d'autorisation – s'inscrit dans la suite de ce qui était sa pratique ordinaire au temps de la guerre froide. Avec une différence notable toutefois, puisque depuis 1990, le Conseil a agi à plusieurs reprises, en autorisant l'emploi de la force²⁷.

L'intervention militaire de la Russie en Syrie a commencé au mois de septembre 2015, et a marqué un tournant dans l'évolution des rapports de force sur le terrain. Sur le plan du droit

²⁰ NOVOSSELOFF, « L'ONU après la crise irakienne », (2003) 3:4 *Politique étrangère*, 68^e année, p. 701-714, spéc., p. 702.

²¹ Linos-Alexandre SICILIANOS, « Entre multilatéralisme et unilatéralisme : l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force », dans *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 339 (2008), Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 196.

²² *Ibidem*.

²³ Parmi les quelques tentatives doctrinales de justifier cette intervention, cf. Ch. GREENWOOD, « International Law and the Pre-emptive Use of Force : Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq », (2003) *San Diego Int. LJ*, p. 7-37.

²⁴ NOVOSSELOFF, préc., note 20, p. 701.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Jean-François GUILHAUDIS, « Observations sur la question de l'autorisation et de l'absence d'autorisation de l'usage de la force par le Conseil de sécurité », dans *Liber Amicorum en l'honneur de Serge SUR*, « *Cependant, j'ai besoin d'écrire...* », *Lautréamont*, Paris, A. Pedone, 2014, p. 33.

²⁷ *Ibidem*.

international, les autorités russes ont officiellement justifié leur implication dans le conflit syrien de la manière suivante :

« [...] en réponse à la demande formulée par le Président de la République arabe syrienne, Bashar Al-Assad, en vue de recevoir une assistance militaire dans la lutte qu'il mène contre l'Etat islamique d'Iraq et du Levant (EIL) et d'autres groupes terroristes opérant en Syrie, la Fédération de Russie a commencé, le 30 septembre 2015, à procéder à des frappes aériennes et à lancer des missiles sur le territoire de la République arabe syrienne, en prenant pour cibles les installations des organisations terroristes [...] ».

Pourtant, selon le document de la CIISE de 2001, le Conseil de sécurité est l'autorité légitime pour intervenir au nom de la R2P. En outre, « [...] il n'y a pas de meilleur organe, ni mieux placé, que le Conseil de sécurité pour s'occuper des questions d'intervention militaire à des fins humanitaires ». Le paragraphe 139 du document du Sommet de 2005 insiste sur le rôle du Conseil, « afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre [...]. Dans ce contexte, nous sommes prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité »²⁸. Le Secrétaire général, dans son rapport de 2009, a réparti les tâches de la communauté internationale dans la partie intitulée « Réaction résolue en temps voulu ». Ainsi, les « mesures décidées au titre du Chapitre VII doivent être autorisées par le Conseil de sécurité »²⁹. Outre le monopole du Conseil pour la mise en œuvre des mesures figurant au Chapitre VII, l'Assemblée générale de l'ONU et l'Union pour le maintien de la paix ont également un rôle à jouer³⁰.

Ainsi, pour Yves Petit, l'une des conditions essentielles de réussite d'une opération de maintien de la paix est « l'engagement positif de la région [et] l'appui total d'un Conseil de sécurité uni [...] »³¹. Or, en Syrie, il existe un écart considérable entre les membres du Conseil de sécurité. Dès le début de la guerre froide, la divergence des intérêts des membres occidentaux du Conseil de sécurité avec la Russie et la Chine limitait la marge de manœuvre du Conseil dans le règlement du conflit. En Syrie, avant l'adoption de la Résolution 2042, les deux pays avaient mis leur veto aux projets de résolution³². Cependant, la composition et les compétences actuelles du Conseil de sécurité face aux nouveaux enjeux comme la sécurité humaine est une question majeure³³. Pour M. Mestre, « [la] marge de manœuvre attribuée au Conseil peut cependant

²⁸ Mohsen BABAEIZADEH BALMERI, *Le conflit syrien au regard du droit international : quelles évolutions en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales ?*, Thèse de doctorat en droit, Lorraine, Université de Lorraine, 26 novembre 2019, p. 74.

²⁹ A/63/677, Rapport du Secrétaire général sur la mise en œuvre de la responsabilité de protéger, 12 janvier 2009, p. 9.

³⁰ Au moment de la guerre de Corée (1950-1953), le Conseil de sécurité a été bloqué par l'Union soviétique. Dean Acheson, Secrétaire d'Etat américain, a proposé la résolution 377 (V) de l'Assemblée générale. Cette résolution a été approuvée par deux-tiers des membres de l'Assemblée. Selon cette résolution, en cas d'inaction du Conseil de sécurité dans le domaine de menace contre la paix et la sécurité internationales, l'Assemblée générale de l'ONU peut examiner le cas et recommander des mesures appropriées. Après le conflit nord-coréen, cette résolution a été appliquée dans 6 affaires (en Hongrie en 1958, au Liban en 1960, au Congo en 1971, dans le Pakistan oriental en 1980, en Afghanistan et en Palestine en 1981, en Namibie et en Palestine en 1982).

³¹ Yves PETIT, « Le "nouvel horizon" des Casques bleus et des O.M.P de l'ONU : Quelques réflexions sur l'évolution et l'avenir du maintien de la paix », dans Jean-Francois AKANDJI-KOMBE (dir.), *L'homme dans la société internationale, mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 300.

³² S/2011/612 (2011), 4 octobre 2011 ; S/2012/77 (2012), 4 février 2012.

³³ Christian MESTRE, « La sécurité humaine et la prévention des conflits », dans Rahim KHERAD (dir.), *La sécurité humaine. Théorie(s) et pratique(s). En l'honneur du Doyen Dominique BREILLAT*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 181.

apparaître insuffisante, nécessitant alors un renforcement de ses compétences dans le cadre d'une révision de la Charte et tout particulièrement d'une réforme du Conseil de sécurité³⁴ ».

Si les faiblesses du système sécuritaire onusien ont longtemps occulté le passé, les tragédies qui sévissent l'Ukraine ont réveillé le lion endormi dans sa tanière, car l'impuissance de l'ONU à s'affirmer devant la Russie et à rétablir la paix et la sécurité internationales fait de nouveau parler sur sa position à l'endroit des grandes puissances. Pis encore, de la réforme du Conseil de sécurité qui se trouve enseveli, par le droit de veto, tel un humain enterré vivant.

B. L'impuissance de l'ONU face à la violation importante d'instruments juridiques internationaux par la Russie

Le conflit armé international ukraino-russe, forte de son intensité, est le présage d'une marmaille de violations d'instruments juridiques tant régionaux qu'internationaux. Ainsi, la présente partie ne se veut pas seulement se muer en un éventail de *listing* desdits instruments, mais elle se veut, comme une toile d'araignée, relier chaque bout de ficelle, c'est-à-dire relier chaque fait à l'instrument juridique ayant fait l'objet d'une atteinte.

Pourtant, longtemps la diplomatie russe s'est attachée au respect strict et formel des règles du droit international, s'y « cramponnant » parfois pour résister aux revendications des peuples. Même lors de la succession de l'URSS, cette constante a été respectée. Cependant, les agissements en Crimée et dans le Donbass depuis 2014 ont marqué l'abandon de ce formalisme alors que la diplomatie du Kremlin met en avant la nécessité de conclure de nouveaux traités avec les États-Unis et les États européens pour consacrer ses revendications³⁵.

Depuis 1945, le continent européen n'avait pas connu de questionnement aussi dramatique que celui de la remise en cause par la Russie des frontières issues du Second conflit mondial, et confirmées notamment par l'Acte final de la Conférence d'Helsinki en 1975. Ni l'éclatement de l'Union soviétique, ni la réunification allemande, deux événements d'importance majeure, n'avaient donné lieu à un tel revirement russe. Quelles qu'en soient les raisons, en effet, la réapparition, depuis 2008 aux confins de l'Union européenne, de l'usage de la force armée et de méthodes bannies du continent, est pour l'Union et ses dirigeants une interpellation très violente, puisqu'elle s'est construite sur le droit et par le droit, qu'elle fonctionne, y compris dans les difficultés, grâce au droit, accepté et respecté et que cela l'avait conduite à profiter d'une stabilité exceptionnelle au regard de son douloureux passé³⁶. De cette dernière considération, la crise ukrainienne rappelle aux Européens que l'ontologie du projet d'intégration européenne demeure, encore au XXI^e siècle, la paix et montre, ce faisant, le chemin parcouru par les vingt-sept, jadis vingt-huit, États membres depuis 1945³⁷.

Avec l'Union, les États ont accompli, à deux reprises, le miracle de la paix. La paix n'est en effet pas uniquement celle qu'ont scellée les États fondateurs dès 1951, c'est également celle de la réconciliation incarnée par le projet politique de l'élargissement aux pays d'Europe centrale et

³⁴ *Idem*, p. 183.

³⁵ FONDATION ROBERT SCHUMAN, « La Russie, l'Ukraine et le droit international », (2022) 623 *Question d'Europe*, p. 1.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ V. le débat en session plénière au Parlement européen, PE, Centenaire de la Grande Guerre : « ne tenez jamais la paix et la stabilité pour acquises » : article, 16 avr. 2014.

orientale³⁸. La crise ukrainienne renvoie de la sorte l'Union à son passé, du moins en ce qui concerne les relations avec la Russie ; elle projette l'Union sur l'avenir, avec la volonté à terme que son destin soit lié à celui de l'Ukraine³⁹. Aussi comprend-on l'emphase du Conseil européen lorsqu'il déclare que « l'Union européenne est investie d'une responsabilité particulière en ce qui concerne la paix et la stabilité en Europe⁴⁰ ».

Au bas mot, en annexant la Crimée et en participant à la remise en cause de l'intégrité territoriale de l'Ukraine, la Russie de Vladimir Poutine viole les textes fondamentaux des Nations unies, les Statuts du Conseil de l'Europe dont elle était membre, au moins deux traités régionaux organisant la paix en Europe et deux traités bilatéraux signés avec l'Ukraine, ainsi, au passage, que les constitutions d'Ukraine et de Crimée⁴¹.

Il découle de l'énumération d'instruments juridiques précités que l'article 2 § 4 de la Charte de l'ONU fonde les principes de l'inviolabilité des frontières, du respect de l'intégrité territoriale des États et de l'interdiction du recours à la force⁴². Plusieurs actes, déclarations et accords conclus dans le cadre de l'Organisation rappellent l'impératif de règlement pacifique des différends, de non-ingérence ou de l'interdiction de la menace dans les relations internationales⁴³. Le 14 décembre 1974, l'ONU, par une Résolution 3314 de l'Assemblée générale, définit le concept d'agression, y incluant plusieurs des actes auxquels s'est manifestement livré la Russie en Crimée et dans l'Est de l'Ukraine (occupation militaire, invasion, bombardements, passage de bandes armées)⁴⁴.

Dans la même veine, l'Institut de Droit International souligne que l'action russe, notamment l'invasion de son armée, les bombardements avec des artilleries lourdes, en Ukraine est contraire aux principes les plus fondamentaux du droit international dont celui de la non-intervention dans les affaires des autres États que prohibe le paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte (résolution portant sur la protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États de 1989 adoptée lors de la session de Saint-Jacques-de-Compostelle)⁴⁵. Qui plus est, cette action ne saurait trouver aucune justification juridique, ni dans le principe du droit naturel de légitime défense prévue à l'article 51 de la Charte en l'absence d'une agression armée de la part de l'Ukraine, ni dans une résolution du Conseil de sécurité adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte.

³⁸ Francesco MARTUCCI, « La réaction multidimensionnelle de l'Union européenne dans la crise ukrainienne », dans *Journal du droit international (Clunet)*, n° 3, Paris, LexisNexis, Juillet 2014, 141^e année, doct. 9, pp. 765-786, spéc. pp. 765-766.

³⁹ Le président de la délégation Parlement européen-Ukraine déclare ainsi : « dans 10-15 ans, il sera naturel de parler de l'adhésion de l'Ukraine ». PE, article, 13 nov. 2013.

⁴⁰ Conclusion, 20 mars 2014, pt. 8.

⁴¹ FONDATION ROBERT SCHUMAN, préc., note 35, p. 1.

⁴² « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations unies ».

⁴³ On peut notamment citer la résolution 2625, « Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies », adoptée le 24 octobre 1970 par l'Assemblée générale.

⁴⁴ FONDATION ROBERT SCHUMAN, préc., note 35, p. 2.

⁴⁵ Déclaration de l'Institut de Droit International sur l'agression en Ukraine, [https://www.idi-iiil.org/app/uploads/2022/03/Déclaration-de-lInstitut-de-Droit-international-sur-lagression-en-Ukraine-1-mars-2022-FR.pdf], 1^{er} mars 2022, p. 2.

Dans la droite ligne des prescrits de la Charte des Nations Unies, la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe, dite Conférence d'Helsinki (1^{er} août 1975), a organisé le respect des frontières en Europe et donné naissance à l'Organisation sur la Sécurité et sur la Coopération en Europe (OSCE), dont est membre la Russie. En dépit de son absence de force obligatoire, l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, qui est l'acte constitutif issu de ladite conférence, peut être considéré comme un jalon dans l'histoire générale des relations internationales⁴⁶. Il représente la volonté politique d'États appartenant à deux continents différents et fonctionnant suivant des idéologies diamétralement opposées d'en venir à un accord⁴⁷.

A ce titre, il consacre les principes d'inviolabilité des frontières, de l'intégrité territoriale des États, du règlement pacifique des différends, de la non-intervention dans les affaires intérieures, mais aussi du respect des droits de l'Homme et des minorités, de l'égalité des droits des États et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes dans le cadre des lois et de l'exécution de bonne foi des obligations assumées conformément au droit international. Il est assorti de mesures de confiance, par exemple, l'obligation de notifier les manœuvres militaires, mais aussi de déclarations d'intention de coopérer dans toute une série de domaines, y compris la liberté d'information⁴⁸. Par ses actions, la Russie, avec l'annexion de la Crimée en 2014, et avec la menace qu'elle a fait peser sur la frontière ukrainienne depuis décembre 2021, avant de l'envahir vers la mi-février 2022, fait fi de l'ensemble des parties de ce traité, qui visait déjà des problématiques qui s'appliquent aujourd'hui à l'Ukraine, comme par exemple : « Ils (les États) ont aussi le droit d'appartenir ou de ne pas appartenir à des organisations internationales, d'être partie ou non à des traités bilatéraux ou multilatéraux, y compris le droit d'être partie ou non à des traités d'alliance⁴⁹ ». En outre, justifier de l'attroupement militaire à la frontière ukrainienne en évoquant un sentiment d'insécurité, était une tentative de dissimuler une violation consciente et complète depuis 2014 de l'ensemble des dispositions de ce texte, pourtant signé à l'époque par l'Union soviétique qui y voyait la reconnaissance de frontières fragiles puisqu'issues des combats et des rapports de force sur le terrain à la fin de la seconde guerre mondiale⁵⁰.

Par ailleurs, accueillir la Russie au sein du Conseil de l'Europe était un choix politique annoncé dès 1991 et soutenu par l'Union européenne, mais cela a soulevé beaucoup d'interrogations quant à la capacité de la Russie à assumer les obligations pesant sur les États membres du Conseil de l'Europe et sur l'impact d'une telle adhésion pour l'organisation. Cette adhésion a été retardée en raison de la guerre en Tchétchénie. Puis, la Russie est devenue le 39^{ème} membre du Conseil de l'Europe, dont les Statuts sont définis par le traité de Londres, le 28 février 1996. Elle a ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme et a reconnu le recours

⁴⁶ Victor-Yves GHEBALI, « L'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe et les Nations Unies », (1975) 21 *Annuaire français de droit international*, p. 73-127, 73.

⁴⁷ Juliette CHAMPAGNE, « L'Etat de droit, les droits de la personne et la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe », (1993-1994) *Revue québécoise de droit international*, p. 184-215, 190.

⁴⁸ FONDATION ROBERT SCHUMAN, préc., note 35, p. 2.

⁴⁹ En ce sens, lire le point I, § 2 de l'Acte final de la Conférence d'Helsinki.

⁵⁰ FONDATION ROBERT SCHUMAN, préc., note 35, p. 2.

individuel devant la Cour, le 5 mai 1998⁵¹. Pourtant, plus de 20 ans après son adhésion, la Russie a manifesté des attitudes souvent contradictoires avec les principes directeurs de l'Organisation.

Lors de son adhésion, la Russie a pris un certain nombre d'engagements afin de répondre pleinement aux critères démocratiques des États membres⁵². Malheureusement, malgré probablement sa bonne foi, les ambitions russes ont sûrement dû être hautes à côté de l'esprit démocratique de l'Union européenne. A cet effet, « Les pouvoirs non encore ratifiés de la délégation russe ont été contestés sur la base des articles 8.1 et 8.2 du Règlement de l'Assemblée parlementaire au motif que le rôle et la participation de la Fédération de Russie dans le conflit qui touche l'Est de l'Ukraine, ainsi que le maintien de son annexion illégale de la Crimée, sont contraires au Statut du Conseil de l'Europe (STE n°1) ainsi qu'aux engagements qu'elle a contractés lors de son adhésion au Conseil de l'Europe, ce qui, d'une manière générale, remet en cause le respect par la délégation russe des principes de l'Organisation et des obligations imposées à ses États membres ». Pis est, le Conseil de l'Europe, qui incarne depuis son origine, l'Europe du Droit et des droits de l'Homme, s'est préoccupé à de très nombreuses reprises de l'évolution inquiétante de l'État de droit en Russie, de ses atteintes répétées aux droits des minorités et des méthodes employées par elle tant en Géorgie en 2008, qu'en Crimée en 2014 et en Ukraine depuis cette date⁵³. Par conséquent, nonobstant les nombreux rappels à l'ordre du Conseil de l'Europe à la Russie de se conformer à ses obligations, celle-ci a été exclue à juste titre exclue de l'organisation en conformité de l'article 8 du Statut de Londres.

Non respectueux des obligations internationales russes, le Président Vladimir Poutine a, tout en décriant que l'OTAN et les États-Unis ont rompu leur promesse de fermer la porte de l'Alliance atlantique aux anciens pays du pacte de Varsovie et aux anciennes Républiques de l'URSS, oublié au grand dam du mémorandum de Budapest de 1994 les engagements, sinon les garanties auxquelles la Russie s'est engagée à respecter au détriment de l'Ukraine dénucléarisée. Il s'agit pour l'espèce du respect de l'intégrité territoriale et de la sécurité de l'Ukraine en échange de sa ratification du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Pour les besoins de la cause, il sied de mentionner que ledit mémorandum a été conclu entre la Russie, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'Ukraine, dont la France et la Chine sont aussi les garants comme « témoins ». Par la suite, le traité d'amitié russo-ukrainien de 1997 confirmait les frontières héritées des textes précédents et leur inviolabilité, notamment par l'interdiction de s'envahir l'un et l'autre, et de se déclarer la guerre⁵⁴.

Comme s'il ne suffisait pas, cette grande tragédie du 21^{ème} siècle nous laisse sans voix au regard de l'intensité et de la rapidité de la violation systématique des engagements internationaux librement consentis par la Russie.

Dans l'énumération déjà évoquée jusqu'ici s'ajoute aussi les accords de Minsk. Ces accords, signés le 5 septembre 2014 et le 12 février 2015 entre la Russie, l'Ukraine et les Républiques autoproclamées de Donetsk et de Lougansk, prévoyaient un désengagement militaire des deux

⁵¹ Stéphanie BOISSEAU, *La Fédération de Russie et le Conseil de l'Europe : le respect de ses obligations par la Russie 15 ans après son adhésion*, Mémoire pour l'obtention du Certificat de recherche approfondi, Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, Université Paris II Panthéon-Assas, 2010-2011, p. 4.

⁵² Avis n° 193, relatif à la demande d'adhésion de la Russie au Conseil de l'Europe, adopté par l'Assemblée parlementaire le 25 janvier 1996 (7^{ème} séance).

⁵³ FONDATION ROBERT SCHUMAN, préc., note 35, p. 3.

⁵⁴ M. NABET, L. WENDLING, préc., note 2.

parties dans le Donbass. Le premier protocole s'accordait sur un cessez-le-feu, le retrait des troupes militaires, une décentralisation de l'État ukrainien, un statut spécial accordé aux territoires contestés et l'organisation d'élections locales, une zone tampon entre l'Ukraine et la Russie, la relaxe des prisonniers et des otages, une loi d'amnistie ukrainienne, ainsi que des programmes de reconstruction et d'aide humanitaires. La seconde version de ces accords concernait la mise en place concrète des décisions. Cependant, un désaccord majeur est apparu concernant l'ordre d'application de ces mesures. Ainsi, le gouvernement russe a refusé de retirer ses soldats tant que l'Ukraine ne réformerait pas sa constitution en faveur d'un État décentralisé et tant que des élections ne seraient pas organisées dans les territoires contestés. Le cessez-le-feu est donc régulièrement violé depuis 2015 et l'Ukraine ne contrôle pas à ce jour sa frontière orientale⁵⁵.

En outre, tant la Constitution ukrainienne dans ses articles 73 et 132[5], que la Constitution de la République autonome de Crimée dans ses articles 2 et 6, prévoient le respect des règles juridiques du texte fondamental ukrainien et, notamment, l'hypothèse d'une modification des frontières qui ne peut être décidée que par l'ensemble des Ukrainiens⁵⁶. Cette intention délibérée de la Russie à méconnaître les textes juridiques cités place l'ONU et particulièrement le Conseil de sécurité des Nations Unies dans un inconfort notable, car celui-ci est limité dans son action devant un de ses membres permanents, comme à chaque fois qu'il en est confronté. L'inadéquation entre le but énoncé à l'article 1^{er} de la Charte des Nations Unies, celui du maintien de la paix et de la sécurité internationales, et le dénouement de la guerre en Ukraine laisse penser que le système sécuritaire onusien tend vers son déclin.

On promet de « préserver les générations futures du fléau de la guerre » ; on parle de « droits humains, de dignité humaine, de justice, de respect du droit international, de paix ». Mais la Russie a, à elle seule, très vite fait déchanter ce paradigme onusien. Le versant sécuritaire onusien semble être contrôlé par les grandes puissances, particulièrement les cinq membres permanents du Conseil de sécurité ; ainsi un narratif du pouvoir qui contrôle le droit est installé. En ce sens, Monique Chemillier Gendreau parle du « caractère dérisoire du droit »⁵⁷. Anacharsis, philosophe de la Grèce antique, s'exprime en ces termes : « Les lois sont comme des toiles d'araignées : assez fortes pour tenir les faibles, mais trop faibles pour tenir les forts⁵⁸ ». La conséquence de ce paradoxe est le désordre mondial dont nous sommes les témoins privilégiés au premier rang.

A côté de la défaillance onusienne, les juridictions internationales ne sont pas non plus exemptes de critiques sur leur réforme à cause des difficultés qu'elles ont à connaître d'un possible contentieux international contre la Russie.

II. LA DÉFAILLANCE DES JURIDICTIONS INTERNATIONALES FACE AU CONFLIT UKRAINO-RUSSE

Le conflit ukraino-russe n'en finit de faire tomber les masques. En effet, malgré l'intensité de la violence, la destruction tant des biens privés que publics et bien d'autres, les juridictions internationales chargées de faire appliquer les règles du droit international en vue d'établir les responsabilités qui en découlent se trouvent limitées dans leur compétence. Cette limite s'articule

⁵⁵ FONDATION ROBERT SCHUMAN, préc., note 5, p. 3.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Peter LEUPRECHT, *Déclin du droit international ?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2009, p. 16.

⁵⁸ *Ibidem*.

tant autour de la faillibilité de l'exécution des arrêts de la Cour internationale de Justice (A) que de l'absence de consentement au Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale par la Russie (B).

A. La faillibilité de l'exécution des arrêts de la Cour internationale de Justice

L'exécution des décisions juridictionnelles internationales consiste en l'adoption des mesures générales ou individuelles nécessaires à atteindre l'identité entre la situation juridique du défendeur condamné (en droit international, généralement l'État) et les obligations découlant de la décision juridictionnelle⁵⁹. Or, dans certains cas, les décisions juridictionnelles internationales ne sont pas effectives⁶⁰. L'inexécution suppose une décision juridictionnelle, c'est-à-dire un acte juridictionnel à effet obligatoire. Toute décision juridictionnelle définitive a autorité de chose jugée, ce qui exprime l'obligation de respecter la décision⁶¹. D'où, avec l'exécution des arrêts de la Cour, la terre ferme du droit est quittée pour rejoindre la mer, tantôt calme, tantôt houleuse, de la politique juridique⁶².

Qui plus est, le consentement des États est nécessaire pour que la Cour puisse exercer sa compétence contentieuse. Ce principe avait été constamment rappelé par la C.P.J.I. Ainsi, dans l'affaire des *Droits des minorités en Haute-Silésie* et dans celle de l'Usine de Chorzow⁶³, la Cour avait souligné que sa juridiction dépendait de la volonté des parties. Ce consensualisme a été confirmé par plusieurs décisions ultérieures de la C.I.J.⁶⁴. De ce fait, le consentement des États à la juridiction de la Cour sous-entend l'engagement de se conformer à la décision qui sera rendue. Pourtant, l'ordonnance en mesures conservatoires rendue par la C.I.J. sur la crise ukraino-russe est loin de voir le bout du tunnel.

En effet, le 26 février 2022, à 21 h 30, l'Ukraine a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre la Fédération de Russie au sujet d'« un différend ... concernant l'interprétation, l'application et l'exécution de la convention de 1948 pour la prévention et la

⁵⁹ L'exécution consiste à réaliser une obligation, en faisant ainsi coïncider le droit et les faits (voir les définitions de Jean SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 477 ; Philippe THERY, dans Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 678-680 ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ième} éd., Paris, PUF, 2018, p. 432. Le champ sémantique de l'exécution est dense, en français (application, mise en conformité, mise en œuvre, réalisation, etc.) comme dans d'autres langues (en anglais : *application, compliance, enforcement, execution, implementation*, etc.). Stricto sensu, ces termes ne sont pas synonymes, mêmes si ces concepts sont intimement liés. Sur la relation entre conformité, compatibilité, mise en œuvre et effectivité, Andrea HAMANN, *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C.*, Leyde, Nijhoff, 2014, p. 38-47.

⁶⁰ Le terme « effectivité » décrit deux concepts : l'existence d'une situation en fait, ainsi que l'adéquation entre le fait et la norme : Florian COUVEIHNES-MATSUMOTO, *L'effectivité en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 2 ; pour une analyse plus détaillée, p. 1-33 ; A. HAMANN, préc., note 59, p. 44-47.

⁶¹ Carlos SANTULLI, *Droit du contentieux international*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2015, p. 502-503.

⁶² Sur cette question, voir : Karin OELLERS-FRAHM, « Article 94 UN Charter », in Andreas ZIMMERMANN, Christian J. TAMS, Karin OELLERS-FRAHM et al., *The Statute of the international Court of justice*, 3^e édition, Oxford, OUP Oxford, 2019, p. 159 et s.

⁶³ *Droits des minorités en Haute-Silésie*, (1928) C.P.J.I. (Série A) no. 15, 22 et *Usine de Chorzow* no. 17, 1927, 37 et 38 respectivement.

⁶⁴ *Or monétaire pris à Rome en 1943*, [1954] C.I.J. Rec. 32 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne, Malte, requête à fin d'intervention)*, [1984] arrêt, C.I.J. Rec. 25 ; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, compétence et recevabilité)*, [1984] arrêt, C.I.J. Rec. 431 ; *Différend frontalier (Burkina Faso République du Mali)*, [1986] arrêt, C.I.J., Rec. 579 ; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador, Honduras, requête à fin d'intervention)*, [1990] arrêt, C.I.J. Rec. 114-116 ; *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires*, [1992] arrêt, C.I.J. Rec. 259-269 ; *Timor Oriental (Portugal c. Australie)*, [1995] arrêt, C.I.J., Rec. 101.

répression du crime de génocide » (dénommée ci-après la « convention sur le génocide » ou la « convention »)⁶⁵. Au terme de sa requête, l'Ukraine « prie respectueusement la Cour notamment⁶⁶ :

- a) de dire et juger que, contrairement à ce que prétend la Fédération de Russie, aucun acte de génocide, tel que défini à l'article III de la convention sur le génocide, n'a été commis dans les oblasts ukrainiens de Louhansk et de Donetsk ;
- b) de dire et juger que la Fédération de Russie ne saurait licitement prendre, au titre de la convention sur le génocide, quelque action que ce soit en Ukraine ou contre celle-ci visant à prévenir ou à punir un prétendu génocide, sous le prétexte fallacieux qu'un génocide aurait été perpétré dans les oblasts ukrainiens de Louhansk et de Donetsk ;
- c) de dire et juger que la reconnaissance, par la Fédération de Russie, de l'indépendance des prétendues « République populaire de Donetsk » et « République populaire de Louhansk », le 22 février 2022, est fondée sur une allégation mensongère de génocide et ne trouve donc aucune justification dans la convention sur le génocide.

En même temps que la requête, l'Ukraine, se référant à l'article 41 du Statut de la Cour et aux articles 73, 74 et 75 de son Règlement, a présenté une demande en indication de mesures conservatoires. A ce titre, elle a notamment demandé à la Cour d'indiquer les mesures conservatoires suivantes⁶⁷ :

- a) La Fédération de Russie doit suspendre immédiatement les opérations militaires commencées le 24 février 2022 ayant pour but et objectif déclarés la prévention et la répression d'un prétendu génocide dans les oblasts ukrainiens de Donetsk et de Louhansk ;
- b) La Fédération de Russie doit veiller immédiatement à ce qu'aucune des unités militaires ou unités armées irrégulières qui pourraient agir sous sa direction ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourrait se trouver sous son contrôle, sa direction ou son influence ne prenne de mesures tendant à la poursuite des opérations militaires ayant pour but et objectif déclarés la prévention et la répression d'un génocide que commettrait l'Ukraine ;
- c) La Fédération de Russie doit s'abstenir de tout acte susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend qui constitue l'objet de la requête ou d'en rendre le règlement plus difficile, et donner des assurances à cet égard.

Se prononçant sur les mesures conservatoires, la Cour a indiqué à titre provisoire les mesures suivantes⁶⁸ :

- 1) Par treize voix contre deux, la Fédération de Russie doit suspendre immédiatement les opérations militaires qu'elle a commencées le 24 février 2022 sur le territoire de l'Ukraine ;
- 2) Par treize voix contre deux, la Fédération de Russie doit veiller à ce qu'aucune des unités militaires ou unités armées irrégulières qui pourraient agir sous sa direction ou bénéficier de son appui, ni aucune organisation ou personne qui pourrait se trouver sous son contrôle ou sa direction, ne commette d'actes tendant à la poursuite des opérations militaires visées au point 1) ci-dessus ;
- 3) A l'unanimité, les deux Parties doivent s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend dont la Cour est saisie ou d'en rendre le règlement plus difficile.

⁶⁵ C.I.J., *Allégation de génocide au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*, Ordonnance, 16 mars 2022, p. 2.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ C.I.J., *Allégation de génocide au titre de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Ukraine c. Fédération de Russie)*, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁶⁸ *Idem*, p. 19.

De ce qui précède,

« Chaque Membre des Nations Unies s'engage à se conformer à la décision de la Cour internationale de Justice dans tout litige auquel il est partie. Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt⁶⁹ ».

Cependant, ces deux incises, à la lumière de la Russie, ressemblent à un sourd-muet à qui l'on lit un conte, car la Russie n'est pas prête à mettre en exécution l'ordonnance en mesures conservatoires rendue par la Cour. Le défaut d'exécution par la Russie de l'ordonnance en mesures conservatoires rendue par la CIJ a un double échelon d'explication. La première explication est tout aussi simpliste en ce que la Russie n'est pas absolument prête à se conformer à ladite ordonnance, car elle ne se voit pas revenir sur sa reconnaissance des Républiques séparatistes autoproclamées en Ukraine. Il s'agit là non d'une obligation d'exécution, mais d'un simple engagement de s'y conformer. Par conséquent, sur le fondement du consensualisme fondant ladite disposition, un Etat peut refuser ou accepter, selon son humeur, à se conformer à la décision que rendra la Cour. D'où, la Russie n'est pas du toute prête à suspendre dans l'immédiat les opérations militaires sur le territoire de l'Ukraine.

En second lieu, le paragraphe 2 de l'article 94 de la Charte des Nations Unies pose à son tour deux problèmes. Le premier nœud du problème est lié à l'interprétation qu'il faille lui attribuer. En effet, la première partie du paragraphe 2 de l'article susmentionné dispose que « Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour... » ; il ressort clairement de cet extrait que les mesures conservatoires ne sont pas des arrêts, nous fondant sur le sens ordinaire à attribuer aux termes « arrêt » selon l'article 31.1 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Ainsi, les mesures conservatoires rendues par la Cour ne sont pas concernées par cette disposition. Au demeurant, l'Ukraine ne peut pas recourir au Conseil de sécurité pour que celle-ci fasse des recommandations ou prennent des mesures nécessaires pour que la Russie puisse exécuter ladite ordonnance. Cette rédaction, qui est très certainement une erreur des rédacteurs de la Charte, a omis d'étendre le champ d'actes juridiques de la Cour souffrant d'exécution volontaire par les États.

Si par impossible ou assimilation manifestement exagérée des mesures conservatoires à un arrêt, il reviendrait alors au Conseil de sécurité de prendre soit des recommandations soit des mesures nécessaires pour obtenir l'exécution de l'arrêt de la CIJ par l'Etat qui refuse de l'exécuter. Mais alors, une recommandation du Conseil de sécurité n'est qu'un simple vœu, n'a qu'une simple valeur déclaratoire qui ne s'impose pas aux Etats. La conséquence logique est qu'elle serait passée comme une étoile filante aux yeux de la « Toute-puissance » Russie. En outre, le droit de veto au sein du Conseil de sécurité, risquerait de jouer dans le vote des recommandations ou des mesures visant à donner effet à la décision de la C.I.J. Les faiblesses des arrêts de la CIJ en l'espèce sont à l'image également des difficultés que rencontre la CPI à juger des faits en Ukraine.

⁶⁹ Article 94 de la Charte des Nations Unies.

B. L'absence de consentement au Statut de Rome par la Russie : vers l'odyssée des bavures russes

L'avènement de la justice pénale internationale constitue bien un événement majeur de la fin du 20^e siècle⁷⁰. Inspirée de la mauvaise conscience des massacres perpétrés au cours du siècle dernier, cette justice exprime la volonté de combattre le mal à la racine en doublant la responsabilité de l'État de celle de ses responsables⁷¹. Ainsi, les individus qui commettent les crimes internationaux ne peuvent plus se dissimuler derrière le bouclier trop commode d'une personne morale sans visage, dépourvue de sentiments et donc insensible à la douleur des victimes comme aux sanctions qui peuvent leur être infligées⁷². La justice pénale internationale ne concerne donc que les individus et non les États⁷³. En effet, l'état actuel de la société internationale ne permet pas d'assimiler l'État à l'individu et de lui infliger une responsabilité pénale⁷⁴. Cette lourde charge d'éviter au monde les atrocités d'antan revient à la Cour pénale internationale.

La CPI est donc compétente pour connaître des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale : crime de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et crime d'agression commis après le 1^{er} juillet 2002⁷⁵. Pour reprendre les mots de l'ancien Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, la CPI

« [...] c'est la promesse, enfin, de la mise en place d'un point d'attache qui fait défaut depuis si longtemps dans le système juridique international : une cour permanente pour juger les crimes qui heurtent le plus la communauté internationale dans son ensemble, à savoir les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre »⁷⁶.

Cependant, la Cour ne peut valablement exercer sa juridiction que contre les individus des Etats, peu importe leur qualité officielle, ayant reconnu sa compétence.

Des considérations précédentes, la Russie a signé *in extremis* le Statut de Rome le 13 septembre 2000 au siège de l'ONU à New York, l'article 125 § 1 du Statut de Rome prévoyant en effet qu'il ne serait ouvert à la signature que jusqu'au 31 décembre 2000⁷⁷. Cette signature ne vaut évidemment pas expression du consentement de la Russie à être liée par le Statut de Rome, puisque celui-ci prévoit cette expression par le dépôt des instruments de ratification, d'acceptation ou d'approbation par les Etats signataires⁷⁸ et que telle n'a jamais été l'intention de la Russie⁷⁹. Au

⁷⁰ Antoine GARAPON, « De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ? », (1999) 5 *Critique internationale*, p. 167.

⁷¹ Maurice KAMTO, *L'agression en droit international*, Paris, A. Pédone, 2010, p. 9.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Idem*, p. 168.

⁷⁴ FRIKHA, « Aux confins des contradictions : la justice pénale internationale », dans Rafâa Ben ACHOUR et Slim LAGHMANI (dir.), *Harmonie et contradictions en droit international*, Paris, Pédone, 1996, p. 240.

⁷⁵ Leïla BOURGUIBA, « Modèles de saisine et limites », (2008) 64 : 1 *Confluences Méditerranée*, p. 25-41.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Marie-Clotilde RUNAVOT, « Le retrait de la Fédération de Russie de sa signature du traité de Rome ou l'art de pervertir le droit des traités », (2016) *La Revue des droits de l'homme*, en ligne : <<https://doi.org/10.4000/revdh.2740>> (consulté le 30 avril 2022.)

⁷⁸ Selon l'art. 125 § 2 du Statut de Rome et conformément à l'art. 14 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats du 23 mai 1969 (ci-après « la Convention de Vienne »).

⁷⁹ Comme le rappelle l'article 12 § 1 de la Convention de Vienne : « Le consentement d'un Etat à être lié par un traité s'exprime par la signature du représentant de cet Etat :

a) Lorsque le traité prévoit que la signature aura cet effet ;

b) Lorsqu'il est par ailleurs établi que les Etats ayant participé à la négociation étaient convenus que la signature aurait cet effet ; ou

bas mot, la Russie n'a jamais été partie au Statut de Rome. Sa signature l'obligeait seulement à coopérer avec la Cour, ce qu'elle a effectivement fait concernant l'enquête en Géorgie⁸⁰. Pire, en date du 16 novembre 2016, la Russie a annoncé, à travers un décret présidentiel, le retrait de sa signature du Statut de Rome, reprochant à la Cour pénale internationale le manque d'indépendance. Par ce décret, la Russie s'est ainsi définitivement retirée de la Cour pénale internationale.

La Cour pénale internationale a lancé une enquête pour déterminer si le chef du Kremlin ou d'autres dirigeants russes sont responsables de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité en Ukraine. Une procédure soutenue formellement par 38 pays, dont l'Allemagne, permet au procureur britannique de mener immédiatement des investigations de grande envergure, sans devoir passer par une chambre supplémentaire⁸¹. Le procureur fonde sa compétence au regard de deux déclarations *ad hoc* produites par l'Ukraine en 2014 et 2015 sur la base de l'article 12-3 du Statut qui dispose que

« Si l'acceptation de la compétence de la Cour par un État qui n'est pas Partie au présent Statut est nécessaire aux fins du paragraphe 2, cet État peut, par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit. L'État ayant accepté la compétence de la Cour coopère avec celle-ci sans retard et sans exception conformément au chapitre IX ».

Celles-ci reconnaissent la compétence de la Cour pour des faits commis sur le sol ukrainien depuis le 21 novembre 2013. Si ces déclarations ont été émises dans le cadre de la guerre dans le Donbass et de l'annexion de la Crimée par la Russie, elles permettent aujourd'hui d'élargir le cadre géographique afin de mener une enquête sur l'intégralité du sol ukrainien. Le fait que la Russie se soit retirée de la CPI pourrait toutefois poser problème pour la suite de la procédure puisque seuls les États contractants sont tenus de coopérer. Ainsi, la CPI ne peut pas poursuivre Vladimir Poutine en Russie. Il pourrait en revanche être arrêté sur le territoire d'un État qui reconnaît la compétence de la juridiction internationale. Ou, si le président russe était renversé par l'opposition, celle-ci pourrait alors le transférer à la Haye.

C'est ce qui est arrivé il n'y a pas si longtemps avec l'ancien président soudanais, Omar el-Béchir. Enfin, une autre option envisageable serait la création, par l'ONU, d'un tribunal spécial comme ce fut le cas pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie. Mais dans le cas de la Russie, cela pourrait échouer en raison de son droit de veto au Conseil de sécurité.

Quant à l'Ukraine, elle n'a pas non plus signé le Statut de Rome, le traité fondateur de la CPI. Elle a en revanche officiellement reconnu la compétence de la Cour pour les crimes commis sur son territoire. La réalité est certes malheureuse mais évidente. Les allégations des crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ne resteront que des vains mots tant que plusieurs suppositions énumérées ci-dessus ne seront pas réalisées.

c) Lorsque l'intention de l'Etat de donner cet effet à la signature ressort des pleins pouvoirs de son représentant ou a été exprimée au cours de la négociation ».

⁸⁰ Voir Raphaëlle NOLLEZ-GOLDBACH, « Ouverture d'une enquête à l'initiative du Procureur sur la situation en Géorgie », (17 novembre 2016) *La Revue des droits de l'homme*, en ligne : <<http://revdh.revues.org/2551>> (consulté le 30 avril 2022). DOI : 10.4000/revdh.2551.

⁸¹ En ligne : <<https://www.dw.com/fr/russie-ukraine-justice-internationale-cpi-cij-onu-génocide-crime-de-guerre/a-61041976>> (consulté le 30 avril 2022).

CONCLUSION

Les relations internationales mettent en jeu la sécurité et la place des nations. Ces dernières n'ont d'autre choix, si elles veulent survivre et s'affirmer, que d'établir des rapports de force. Néanmoins, les rapports de force peuvent se trouver influencés par certaines institutions et certains principes. Il faut pour cela que le consensus en leur faveur soit suffisamment fort. Tel est l'espoir caressé par l'école dite « libérale » des relations internationales : amener les États à adhérer à des règles et à s'engager en faveur des droits humains. Cette école de pensée entend créer un cercle vertueux faisant reculer le recours à la violence et à la force⁸².

Dès lors, en attendant la fin du monde et la venue de la Jérusalem céleste, ou de la société sans classe, l'État a pour mission de gérer la violence en imposant une violence plus forte que la somme des violences individuelles. Les Russes ne disposent pas de légitimation théologique du droit mais ils croient en un Dieu paradoxal, à la fois créateur et retraité du monde, ne disposant plus que de la foudre pour se rappeler aux hommes. C'est pourquoi ils souhaitent, plus que tout, une société ordonnée tout en croyant que cet ordre ne peut venir que du haut de la pyramide sociale⁸³. Poutine a bien compris cela et a voulu s'identifier à ce dieu lointain, à la fois cruel et compatissant⁸⁴. En effet, le conflit opposant la Russie à l'Ukraine vient de nouveau étaler aux yeux du monde les faiblesses qui ternissent tant le versant sécuritaire onusien, que son organisation interne. En effet, l'incapacité de l'ONU à apporter des solutions pour maintenir la paix et la sécurité internationales, mais aussi le blocage dû au veto russe, paralysant l'action du Conseil de sécurité fait penser que cette Organisation, du point de vue de ses objectifs, ressemble à une Chimère. Devant sa passivité, l'ONU a permis à un individu d'enfoncer tout un système dans un trou noir.

En outre, ce conflit vient de nouveau mettre sur la table les perspectives du réaménagement interne de l'ONU, notamment sur la question de revoir, sinon de supprimer, le droit de veto accordé aux cinq membres permanents afin de garantir l'égalité souveraine des États au sein de l'Organisation mais aussi pour éviter le blocage d'action du Conseil de sécurité dans l'hypothèse où un État viendrait à l'exercer. De même, accorder aux résolutions de l'Assemblée Générale une force contraignante serait également un atout pour améliorer le fonctionnement de l'ONU et lui garantir une force d'action plus poussée.

*

* *

⁸² D. BOCQUET, *Morale et politique après l'Ukraine*, Rabat, Policy center for the new south, Mai 2022, p. 6.

⁸³ Antoine ARJAKOVSKY, *Russie-Ukraine : de la guerre à la paix ?*, Paris, Parole et Silence, 2014.

⁸⁴ Antoine ARJAKOVSKY, « Comment construire la paix aujourd'hui entre l'Ukraine et la Russie ? », (2014) 1-2 : 17-18 *Cahiers sens public*, p. 235-257.

Le droit d'accès à l'information publique : Enjeux des droits humains, instrument de transparence et de la bonne gouvernance

Didier YANGONZELA LIAMBOMBA*

RESUME

La question du droit d'accès à l'information est un des enjeux majeurs du XXI^{ème} siècle, de par la transformation profonde de nos sociétés grâce à la révolution numérique. Cet article explore les enjeux d'accès à l'information publique qui est le droit de toutes les personnes physiques et morales de rechercher, d'accéder et de recevoir des informations des organismes publics et privés exerçant une fonction publique et le devoir de l'État de fournir de telles informations. Il privilégie l'analyse fine de l'accès à l'information, du reste, un des droits inaliénables dont a besoin chaque peuple pour connaître la gouvernance de son pays, malheureusement en RDC la loi sur l'accès à l'information publique demeure toujours dans les tiroirs du parlement. L'adoption de cette loi semble ne pas intéresser les législateurs congolais. Or le droit d'accès à l'information du congolais se fonde sur l'Article 19 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui garantit à tous « le droit de chercher, de recevoir et de répandre les informations et les idées par quelque moyen que ce soit ». Être en mesure d'accéder à l'information publique est en effet un gage de la bonne gouvernance et l'un des aspects qui permet d'évaluer la gestion démocratique et l'ouverture d'une société à la participation des citoyens. L'accès à l'information permet aux citoyens congolais d'évaluer les actions des institutions de la République et de son gouvernement ; il constitue la base pour un débat démocratique éclairé.

Termes de référence : « Accès à l'information : Enjeux des droits de l'Homme et instrument de transparence dans la gestion de la chose publique ».

Mots-clés : Droit d'accès à l'information – droits humains – transparence – corruption – État de droit – bonne gouvernance.

ABSTRACT

The question of the right of access to information is one of the major issues of the 21st century, due to the profound transformation of our societies through the digital revolution. This article explores the issues of access to public information, which is the right of all natural and legal persons to seek, access and receive information from public and private bodies performing a public function and the duty of the State to provide such information. It favors the fine analysis of access to information, which is one of the inalienable rights that every people needs to know about the governance of their country. Unfortunately, in the DRC, the law on access to public information still remains in the drawers of parliament. The adoption of this law does not seem to interest the Congolese legislators. Yet the Congolese's right to access information is based on Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights, which guarantees everyone "the right to seek, receive and impart information and ideas through any media". Being able to access public information is indeed a guarantee of good governance and one of the aspects that allows us to evaluate the democratic management and the openness of a society to citizen participation. Access to information allows Congolese citizens to evaluate the actions of the institutions of the Republic and its government; it constitutes the basis for an informed democratic debate.

* Docteur en Droit public, Université Paris Descartes/France. Il est également détenteur du D.E.A. en Études Juridiques sur le Territoire, Université d'Angers/France ; Professeur à l'Université Catholique du Congo et à l'Université de Gbadolite/Nord-Ubangi ; Professeur visiteur dans plusieurs universités de la République Démocratique du Congo. Ses remerciements s'adressent à Paul Nkuadio, Responsable Pole Régulation des Médias-Internews et à Henri-Christian Longedja, Secrétaire Exécutif du « Collectif 24 », qui ont mis à sa disposition des documentations nécessaires lors d'une conférence pour la promotion du droit d'accès à l'information publique, organisée par le Club des droits de l'Homme des étudiants en Master 2 de la Faculté de droit de l'Université Catholique du Congo (UCC), Mercredi 25 août 2021 dont il a été l'un des intervenants.

Keywords : *Right of access to information – human rights – transparency – corruption – rule of law – good governance*



SOMMAIRE

I. DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION PUBLIQUE: UN DROIT HUMAIN FONDAMENTAL

- A. La liberté d'accès à l'information et aux documents administratifs : Un Droit de portée général et ses fondements
 1. Un droit de portée général
 2. Droit d'accès à l'information : Ses fondements internationaux, régionaux et nationaux
- B. Des obligations de l'administration saisie aux exceptions limitativement définies par la loi
 1. Les obligations de l'administration saisie
 2. Des exceptions limitativement définies par la loi

II. LE DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION PUBLIQUE : INSTRUMENT DE LA TRANSPARENCE ET DE LA BONNE GOUVERNANCE

- A. Droit d'accès à l'information publique : Instrument de la transparence pour un progrès majeur
 1. Du secret à la transparence : pour un État congolais plus proche des citoyens par le droit d'accès à l'information
 2. Le respect par l'État de ses obligations de transparence : tenir compte du respect des autres intérêts légitimes
- B. Droit d'accès à l'information et exigence de la bonne gouvernance
 1. Principes internationaux sur lesquels devraient reposer les lois sur le droit d'accès à l'information
 2. La bonne gouvernance en RDC : Un éléphant blanc



INTRODUCTION

L'accès à l'information est devenu le mot à la mode au 21e siècle. Les gouvernements et les entreprises privées collectent des données dans des proportions monumentales et le détenteur d'information est devenu beaucoup plus puissant pour influencer et déterminer les intérêts nationaux. L'accès à l'information est souvent associé à la bonne gouvernance et les médias sont considérés comme l'élément clé pour dévoiler les secrets des gouvernements¹.

Le droit d'accès à l'information publique est perçu comme l'oxygène de la démocratie. Il est inhérent à l'accomplissement des droits économiques, sociaux et Politiques, et aide les populations à prendre des décisions informées sur leurs vies. De plus, il est de plus en plus considéré comme une condition préalable à la démocratie et la responsabilité des gouvernements et il est vu comme un moyen de prévenir les citoyens de la corruption et de la mauvaise gestion. Le droit à l'information est le droit d'accéder à des documents et à des informations détenues par l'État (le gouvernement) et dans certains cas, par des entités non étatiques (organismes privés).

Dans la plupart des pays confrontés à l'autoritarisme du pouvoir et la corruption de sa classe politique, les citoyens se sont levés pour demander dignité, justice sociale ainsi que des gouvernants qui soient au service des peuples et donc obligés par des principes de

¹ *Manuel de formation sur le droit d'accès à l'information pour les journalistes africains*, p.18, édition 2017, African Freedom of Information Centre (AFIC), Centre for Law and Democracy (CLD) et Friedrich-Ebert -Stiftung (FES)

transparence, de respect des droits et de reddition des comptes². Le droit à la liberté d'expression et son indissociable corollaire, la liberté d'information, constituent des prérequis indispensables à l'établissement et au maintien de ces principes dans toute construction ou transition démocratique. Il se fonde sur l'Article 19 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui garantit à tous « le droit de chercher, de recevoir et de répandre les informations et les idées par quelque moyen que ce soit »³.

Être en mesure d'accéder à l'information publique, affirme Michael Millward, est en effet un élément essentiel de la bonne gouvernance et l'un des aspects qui permet d'évaluer la gestion démocratique et l'ouverture d'une société à la participation des citoyens. L'accès à l'information permet aux citoyens d'évaluer les actions de leurs institutions et gouvernements ; il constitue la base pour un débat éclairé⁴.

L'on apprécie avec Perrine Canavaggio que les avancées technologiques des vingt dernières années et la baisse des coûts des équipements informatiques ont fait émerger un monde ouvert où les échanges sont devenus instantanés. L'expansion d'internet et sa généralisation ont augmenté la demande d'information de la part du public, des entreprises et des organisations non gouvernementales. Les flux d'informations n'ont désormais plus de frontières et les citoyens habitués à accéder à des sources d'information étrangères sur le web veulent les obtenir de leurs propres gouvernements. Ceux-ci sont techniquement en mesure de répondre à cette demande grâce à l'augmentation considérable de la capacité de stockage et de diffusion des informations au format numérique. Le monopole et le contrôle de l'information ne peuvent résister à cette dynamique. Ces avancées technologiques ont entraîné des changements dans les comportements individuels. Le fonctionnement vertical traditionnel des administrations, fondé sur le monopole de l'information par les échelons hiérarchiques les plus élevés, a été remis en cause, car il ne correspond plus aux attentes de la société. Les nouvelles générations qui communiquent en réseaux ouverts sur un mode collaboratif ne s'en accommodent plus. Ce fonctionnement démocratique et participatif de l'Internet contribue à changer les mentalités des utilisateurs qui ont, à l'heure du Web 2.0, les moyens de devenir des acteurs à part entière de la société de l'information⁵. Le développement des réseaux sociaux constitue même pour certains observateurs un cinquième pouvoir⁶. Le phénomène devrait s'accroître avec l'arrivée à l'âge adulte de générations de « natifs numériques » qui ont été élevés dans un environnement virtuel et qui sont enclins à se mobiliser et à s'engager via Internet⁷.

Le Programme des Nations unies pour le développement (PNUD) considère que le droit à l'information constitue une arme-clé pour combattre la pauvreté et accélérer le développement humain et économique. Ses programmes de gouvernance et de lutte contre la corruption intègrent

² Les manifestations du « printemps arabe » sont des exemples éloquentes.

³ M. MILLWARD, dans la Préface de l'ouvrage de Perrine CANAVAGGIO, *Vers un droit d'accès à l'information publique: Les avancées récentes des normes et des pratiques*, Rabat, UNESCO, 2013, en ligne : <https://www.academia.edu/8364625/VERS_UN_DROIT_DACCES_A_LINFORMATION_PUBLIQUE_LES_AVANCEES_RECENTES_DES_NORMES_ET_DES_PRACTIQUES> (consulté le 27 janvier 2022 à 12 h45).

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Après les pouvoirs exécutif, législatif, judiciaire et médiatique. Thierry CROUZET, *Le cinquième pouvoir. Comment internet bouleverse la politique*, Paris, Bourin, 2007.

⁷ « Digital Natives and Modern Citizenship », PricewaterhouseCoopers, 2009, en ligne : <http://www.pwc.se/sv/publikationer/assets/e-generation_en.pdf> (consulté le 3 février 2022 à 7h20).

une composante sur l'accès à l'information. Il a publié en 2006 un Guide pour mesurer l'impact des programmes de droit à l'information qui en souligne les bénéfices et donne des indicateurs pour les évaluer⁸

La Convention des Nations unies contre la corruption, entrée en vigueur en 2005, oblige les pays qui l'ont ratifiée « à prendre des mesures pour améliorer l'accès du public à l'information »⁹ et à « a) accroître la transparence des processus de décision et promouvoir la participation du public à ces processus ; b) assurer l'accès effectif du public à l'information »¹⁰.

Transparency International travaille au respect et au suivi des conventions internationales contre la corruption notamment la Convention des Nations Unies, la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales¹¹ et la Convention interaméricaine contre la corruption ainsi qu'à la promotion des lois sur l'accès à l'information. L'organisation utilise ces lois pour obtenir des documents qui lui permettent de révéler des cas de corruption et de les prévenir.

L'Union Africaine a, de son côté, adopté en 2003 une Convention sur la prévention et la lutte contre la corruption qui, dans son article 9 sur l'accès à l'information, demande à chaque Etat partie d'adopter « des mesures législatives pour donner effet au droit d'accès à toute information qui est requise pour aider à la lutte contre la corruption ». Or en RDC la loi sur l'accès à l'information publique demeure toujours dans les tiroirs du parlement¹². L'adoption de cette loi semble n'est pas intéresser les législateurs congolais. Pourtant l'accès à l'information reste un des droits inaliénables dont a besoin chaque peuple pour connaître la gouvernance de son pays. Son importance est reconnue par les conventions internationales comme un moyen efficace de lutte contre la corruption laquelle constitue un obstacle majeur au développement et est devenue depuis le milieu des années 1990 une des priorités des organisations internationales.

La Constitution de la RDC du 18 février 2006 telle que modifiée et complétée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 offre en son article 24 des garanties au droit à l'information en ces termes : « toute personne a droit à l'information »¹³. L'analyse de cette disposition révèle deux aspects du droit à l'information. En effet, au sens passif, le droit à l'information s'analyse en la garantie qu'a tout citoyen d'être informé par une presse libre et indépendante. Le citoyen est passif en ce que l'information est collectée, traitée et mise à sa disposition par l'organe de presse suivant sa ligne éditoriale. Cette acception passive est consacrée à l'alinéa 2 de l'article 24 de cette même constitution.

⁸ *Guide to Measuring the Impact of Right to Information Programmes*, en ligne : <[http://www.undp.org/oslocentre/docs06/Guide-to-Measuring-the-Impact-of-Right-to-Information-Programmes-final\(11-2004-2006\).pdf](http://www.undp.org/oslocentre/docs06/Guide-to-Measuring-the-Impact-of-Right-to-Information-Programmes-final(11-2004-2006).pdf)>.

⁹ Article 10 sur l'information du public, Convention des Nations Unies contre la corruption, en ligne : <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_convention-f.pdf> (consulté le 5 février à 4h55).

¹⁰ Article 13 sur la participation de la société Convention des Nations Unies contre la corruption, en ligne : <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_convention-f.pdf> (consulté le 5 février à 4h57).

¹¹ Lire la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, en ligne : <http://www.oecd.org/document/20/0,3746,fr_2649_34859_2649236_1_1_1_1,00.html> (consulté le 5 février 2022).

¹² Proposition de la loi relative à l'accès à l'information présenté Honorable Moise Nyarugabo Muhizi, Assemblée nationale, Palais du peuple, Kinshasa/Lingwala, septembre 2020 et l'auteur du présent article dispose une copie.

¹³ Constitution du 18 février 2006 [telle que modifiée et complétée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution du 18 février 2006], *JORDC*, n° Spécial, 52^{ème} année, 2011.

En revanche, dans son sens actif, le droit à l'information s'entend, comme le droit reconnu à tout citoyen dans une démocratie de requérir, à son initiative propre, auprès des services publics ou tout particulier visé par la loi, toute donnée utile, à sa participation à la gestion de l'Etat d'une part et, d'autre part, à la défense de ses droits fondamentaux garantis par la Constitution.

Qu'est-ce que l'accès à l'information publique ? « L'information publique couvre l'ensemble des informations et des données détenues par l'Etat, les Entités Territoires Décentralisées (ETD), les personnes publiques ou privées chargées de la gestion publique ou accomplissant une mission d'intérêt public, qui sont ou devraient être (légalement ou volontairement) publiées ou tenues à disposition du public »¹⁴.

« Le droit d'accès à l'information détenue par des autorités publiques est un droit humain fondamental qui doit être mis en œuvre au niveau national à travers une législation globale (comme les lois pour la liberté d'information) fondée sur le principe de divulgation maximale induisant que toutes les informations sont accessibles sous réserve d'un régime d'exceptions très restreint. ».

La Déclaration de Principes sur la Liberté d'Expression en Afrique de 2002 stipule dans le Principe IV(1) : « Les organes publics gardent l'information non pas pour eux, mais en tant que gardiens du bien public, et toute personne a le droit d'accéder à cette information, sous réserve de règles définies et établies par la loi. »

Au terme de ce travail, le droit d'accès à l'information publique est le droit de toute personne physique ou morale de rechercher, d'accéder et de recevoir des informations des organismes publics et privés exerçant une fonction publique et concerne le devoir de l'Etat et des institutions publiques de fournir ces informations aux citoyens.¹⁵ A la suite de Jacques Ndjoli, le droit d'accès à l'information constitue un ensemble de règles, de mécanismes, de procédures qui permettent à un citoyen d'accéder aux informations détenues par les services publics mais aussi par certaines entreprises qui œuvrent dans le domaine public¹⁶. Il estime d'ailleurs que dans un régime démocratique, tout citoyen doit bénéficier de ce droit universel et fondamental.

A l'état actuel du droit positif congolais, seule la dimension passive du droit à l'information est consacrée par la loi n°96-002 du 22 juin 2002 sur l'exercice de la liberté de presse en République Démocratique du Congo ainsi que par d'autres lois particulières. Or les pays qui se sont dotés d'une loi d'accès à l'information ont eu souvent comme motivation principale la volonté de combattre la corruption. Evariste Boshab Mabudj-ma-Bilenge le fait remarquer si bien lorsqu'il affirme qu'en République Démocratique du Congo, « rien n'est encore entrepris jusqu'à ce jour pour la mise en place d'un cadre légal permettant à tout citoyen d'accéder à l'information publique et de fissurer ainsi l'édifice du secret administratif derrière lequel s'abritent encore les pouvoirs publics pour cacher toute sorte d'indélicatesses¹⁷ ».

¹⁴ Paul NKUADIO, « L'accès à l'information publique », Note stratégique MSDA, avril 2020, p. 3.

¹⁵ Idem, p. 4.

¹⁶ Patrick BOMBOKA, « Jacques Ndjoli : « lorsqu'il n'y a pas accès à l'information publique, le peuple est dans un régime opaque » », (13 octobre 2020) *Zoomeco*, en ligne : <<https://zoom-eco.net/developpement/jacques-ndjoli-lorsquil-ny-a-pas-acces-a-linformation-publique-le-peuple-est-dans-un-regime-opaque/>> (consulté le 25 janvier 2022 à 20h45).

¹⁷ Evariste BOSHAB MABUDJ-MA-BILENGE, *La contractualisation du droit de la fonction publique, Une étude de droit comparé Belgique-Congo*, Bruxelles, Academia Bruylant, 2001, p.142.

Le droit d'accès à l'information fait partie des mesures de promotion de la bonne gouvernance prônées par les grandes organisations internationales. La bonne gouvernance est considérée comme la condition nécessaire des politiques de développement et la Déclaration du Millénaire, adoptée par l'ONU en 2000, en fait un élément central du développement et de l'éradication de la pauvreté. Si l'on apprécie ces différentes considérations ci devant, force est de constater la problématique de la consultation à savoir, la recherche de l'équilibre entre le droit de savoir du public dans une démocratie balbutiante et en construction en République démocratique du Congo et les impératifs, du reste, légitimes de la transparence et de la bonne gouvernance. La recherche de cet équilibre s'impose actuellement d'autant plus qu'à travers le monde, il est observé que, sous prétexte de sauvegarde de la sécurité, les Gouvernements, même ceux qui ont fait adopter des lois d'accès à l'information, élargissent injustement le domaine du secret en édictant dans des lois particulières des mesures restrictives en défaveur de ce droit.

L'on peut ainsi se demander dans quelle mesure le droit d'accès à l'information, un droit humain (I) permet-il aux citoyens de mieux jouir de leurs droits civils et politiques d'une part économiques, sociaux et culturels d'autre part dans la mesure où un accès facilité à l'information publique permet de faire de meilleurs choix (puisqu'ils sont mieux informés)¹⁸ ? Après une esquisse du droit d'accès à l'information publique par le renforcement de la confiance entre l'administration et les administrés, on s'interrogera sur la perfectibilité et l'insuffisance de ce droit d'accès à l'information en tant qu'instrument de transparence et de la bonne gouvernance face au défi du secret (II).

I. DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION PUBLIQUE : UN DROIT HUMAIN FONDAMENTAL

L'accès à l'information constitue pour toute personne un droit fondamental universel de l'homme, consacré et reconnu dans les instruments juridiques internationaux et régionaux dûment ratifiés par la République Démocratique du Congo. Dans un État de droit¹⁹, il est du devoir de l'État d'informer la société, car celle-ci a le droit d'être informée sur les actions menées par les

¹⁸ P. NKUADIO, préc., note 16, p. 4.

¹⁹ On sait que la notion de l'État de droit qui a fait son apparition chez les juristes allemands traduit le fait que le pouvoir dans l'État est limité parce qu'assujéti à des normes juridiques. Ainsi, les gouvernants comme les gouvernés sont tenus de respecter les règles de droit. Les gouvernants en effet ne sont pas au-dessus des lois, ils ne peuvent soumettre les citoyens à leur caprice ou fantaisie (car sinon on serait dans l'hypothèse inverse d'un État de police). Ceci implique par voie de conséquence, que le respect du droit auquel sont astreintes toutes les personnes physiques et morales dans l'État, soit effectivement assuré par des mécanismes appropriés – de nature le plus souvent juridictionnelle – qui au besoin permettront de sanctionner les contrevenants. Mais cette première définition n'est que partielle ou encore incomplète. Car si l'on se contentait de cette seule formulation, le concept d'État de droit ne serait qu'un principe purement formel ou mécanique : l'État doit respecter les règles de compétence et de forme (Comme le dit fort bien Dominique Colas : « Si l'État de droit n'était qu'un dispositif technique soumettant la loi à la Constitution et manifestant le triomphe du principe de la hiérarchie des normes, il n'aurait guère d'autre vertu que d'assurer la satisfaction intellectuelle des disciples de Hans Kelsen et risquerait toujours d'instaurer le gouvernement des juges », voir dans Dominique COLAS, *L'État de droit*, coll. « Questions », Paris, P.U.F., 1987, p. VIII). Dans ce schéma, si la limitation du pouvoir est en partie assurée, la protection des citoyens ne l'est pas pour autant. Car tout dépend du contenu des droits qui leur sont reconnus. Il convient donc de compléter cette première définition de l'État de droit par une notion matérielle : « ce ne sont plus seulement les formes et les procédures relatives à l'action de l'État qui sont régies par le principe de l'État de droit, c'est le contenu même de l'action de l'État qui se trouve limité par la nécessité de protéger la dignité humaine, la liberté et la sécurité », d'après Michel FROMONT, « République fédérale d'Allemagne, l'État de droit », (1984) *Revue du droit public*, p. 1205.

donneurs d'ordres chargés de conduire une politique publique efficiente²⁰. Ce droit est garanti par la Constitution²¹ et mis en œuvre par des lois et des règles spécifiques et précises²².

Un public informé est un public qui a les moyens de s'exprimer. Cette expression qui prend des formes multiples, ne peut arriver à sa destination (l'État et la société) qu'à travers les médias. C'est le rôle des médias de transmettre à l'État l'information sur les opinions et les réactions du public vis-à-vis de ses actions. Un État démocratique²³ ne censure pas ce rôle. L'appareil étatique ne doit pas censurer l'information, surtout pas celle qui dévoile en son sein les pratiques de mauvaise gestion, de corruption avérée et d'abus de pouvoir, que le public puisse dénoncer. La rétention par l'État de cette information ne peut que renforcer le caractère non démocratique de l'État et par conséquent contribuer à la faiblesse de sa légitimité, de ses dysfonctionnements et donc agrémenter la contestation. Il ne censure pas les médias car il accepte d'écouter (radio), de regarder (télévision) et de lire (presse écrite et électronique), toutes les expressions du public y compris les plus radicales. Un État qui informe ses citoyens est un État transparent qui s'autocorrige et s'autorégule. « L'État, dans toutes ses émanations, et les collectivités publiques quelles qu'elles soient, ont un rôle de régulation, de protection et de préparation de l'avenir, un rôle essentiel pour une société moderne et complexe, un rôle attendu par tous les agents économiques et sociaux »²⁴. Un État bien informé agit en connaissance de cause et peut ainsi réajuster ses politiques.

L'accès à l'information publique est utile non seulement pour les citoyens, les communautés et les organisations de la société civile dans leur engagement auprès des gouvernements pour l'amélioration des services publics, mais aussi dans l'instauration d'une culture de transparence et de responsabilité sociale au sein des États, des gouvernements et des institutions publiques²⁵. Un accès facilité à l'information publique permet à l'État d'améliorer les politiques publiques en faveur des citoyens et « Si les citoyens n'ont pas l'information, affirme Jacques Djoli, ils n'accèdent à rien. C'est comme ça qu'on dit que lorsqu'il n'y a pas de droit d'accès à l'information, on est dans un régime opaque, autoritaire ».

Si la Constitution congolaise de 2006, en son article 24, consacre le droit à l'information comme un droit humain en disposant que « Toute personne a droit à l'information », force est de constater que tant au niveau des gouvernants que du citoyen moyen, le droit de savoir est confondu avec la liberté de la presse²⁶ s'il n'est pas carrément ignoré. La liberté d'accès à l'information et

²⁰ « Secret d'Etat, Administration et journaliste au Maroc : le défi du droit à l'information », Rapport d'une enquête, CMF MENA, Casablanca, Mai 2007.

²¹ Le titre II de la Constitution congolaise de 2006 a consacré aux droits de l'Homme, aux libertés fondamentales et aux devoirs du citoyen et de l'Etat, en son article 24, al. 1^{er} que « Toute personne a droit à l'information » : *Constitution congolaise du 18 février 2006* [telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006], JORDC, 52^{ème} année, Numéro spécial, 2011.

²² *Loi n°96-002 du 22 juin 1996 fixant les modalités de l'exercice de la liberté de presse en République démocratique du Congo*, JORDC, 42^{ème} année, Numéro spécial, 2001.

²³ Article 1^{er}, al. 1^{er} de la constitution de 2006 telle modifiée à ce jour dispose : « La République Démocratique du Congo est, dans ses frontières du 30 juin 1960, un Etat de droit, indépendant, souverain, uni et indivisible, social, démocratique et laïc ». Constitution de 2006 déjà citée.

²⁴ Anne LEYVAL-GRANGER, « La communication administrative : entre secret et publicité », dans *Communication et langages*, n° 110, 4^{ème} trimestre 1996, p.61-73, en ligne :

<http://www.persee.fr/doc/colan_0336-1500_1996_num_110_1_2721> (consulté le 23 août 2021 à 15h30).

²⁵ *Idem*

²⁶ Il sied de faire observer que le droit d'être informé par une presse libre et indépendante est la seconde acception du droit à l'information. L'article 24 précité de la constitution le consacre à son deuxième alinéa. C'est ce que Steven

aux documents administratifs a ainsi une portée générale (A), dont les limites, relatives ou absolues, sont strictement définies par la loi, sous réserve de certains régimes particuliers de communication (B).

A. La liberté d'accès à l'information et aux documents administratifs : Un Droit de portée général et ses fondements

La proposition de Loi sur le droit à l'information de l'Honorable Moise Nyarugabo s'inscrit dans une approche renouvelée des rapports entre l'administration et les administrés. Il n'a en effet pas pour objet de permettre la recherche de la responsabilité d'une personne publique ou d'un agent public au sens de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen²⁷, mais de créer un droit opposable à l'information, dont les administrés puissent se prévaloir devant l'administration et le juge administratif²⁸ (1). Ce droit constitue un « tournant capital » au regard de ses fondements internationaux, régionaux et nationaux (2).

1. Un droit de portée général

La culture administrative congolaise comme ailleurs en Afrique est caractérisée par le silence des agents publics, au nom de leur obligation de confidentialité, et le secret de principe des « papiers », avalisé par une jurisprudence constante du juge administratif, aux termes de laquelle la communication d'un document détenu par l'administration n'était un droit que si elle était expressément prévue par un texte. Ce droit à l'information est ainsi en rupture avec la tradition du secret administratif.

Ce sont aussi des droits de consultation parfois anciens mais limités. Ces droits de consultation dérogatoires sont généralement circonscrits quant à leurs bénéficiaires, - qui doivent parfois justifier au surplus d'un intérêt pour agir -, et aux documents sur lesquels ils sont susceptibles de s'exercer.

Dorénavant la communication est donc de droit et seul le législateur peut en limiter la portée ; la liberté d'accès à l'information et aux documents administratifs relève en effet des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».²⁹ On notera à cet égard que la définition du périmètre du droit d'accès à l'information et aux documents administratifs est une compétence purement nationale³⁰. Par ailleurs, pour une conception extensive du droit d'accès et des documents administratifs, on retiendra en effet, qu'il s'agisse de la définition de l'intérêt pour agir, des documents concernés ou encore des administrations soumises à l'obligation de communiquer³¹, la portée du droit d'accès aux documents administratifs est large. Le demandeur doit toutefois fournir des indications sur le document dont il demande à avoir

Golberg appelle « restrictions à la capacité du Gouvernement de censurer ceux qui souhaitent faire connaître ses activités », lire à ce sujet, son article : « l'accès du citoyen aux archives gouvernementales » : Steven GOLBERG, *Les dossiers de la liberté*, United States Information Agency, septembre 1994, p.1.

²⁷ En vertu duquel « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration ».

²⁸ Franck MODERNE, « Conception et élaboration de la loi du 17 juillet 1978 », dans *Transparence et secret, colloque pour le XXVe anniversaire de la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs*, La documentation française, 2004.

²⁹ Conseil d'État français, 29 avril 2002, M. Gabriel X, Lebon 157.

³⁰ Les directives européennes de 2003 et 2008 relatives à la réutilisation des informations publiques renvoient ainsi expressément, en la matière, aux législations nationales.

³¹ Art. 3, point 3 de la proposition de Loi relative à l'accès à l'information dispose « Au terme de la présente loi, on entend : par information communicable : toute information non revêtue de sceau de la confidentialité ».

communication. Les informations accessibles sont réutilisables dans les conditions prévues au chapitre II de la proposition de loi relative à l'accès à l'information de 2020³², à l'exception de celles qui figurent dans les documents produits ou reçus dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public à caractère industriel et commercial.

En ce qui concerne une acception extensive des documents administratifs, on retiendra qu'un document est réputé administratif dès lors qu'il est détenu par une administration, que celle-ci l'ait produit ou simplement reçu : il peut donc lui avoir été transmis par un particulier ou une entreprise³³.

Aux termes de l'article 2 de la proposition de loi de 2020, sont assujettis de plein droit à l'obligation de communication, outre les services de l'État³⁴, les collectivités territoriales, les autres personnes de droit public, notamment les établissements publics, ainsi que tout organisme de droit privé exerçant une mission de service public mais pour les seuls documents en relation avec l'exercice de cette mission.

Si les demandes de communication ne sont soumises à aucune exigence formelle³⁵, leur recevabilité est en revanche subordonnée à la fourniture d'indications sur le document recherché³⁶. La loi n'ayant pas pour effet de permettre d'obtenir une réponse à une demande de renseignements ni de faire établir un document qui ne préexisterait pas à la demande, le juge exigera, lorsque le pays sera doté de la loi sur l'accès à l'information, en effet que le demandeur fournisse, à tout le moins, une description simple du document et indique le service qui pourrait le détenir. Ceci revient alors à l'obligation de fournir des précisions sur le document. Quel est le fondement du droit d'accès à l'information sur le plan international et régional et national ?

2. Doit d'accès à l'information : Ses fondements internationaux, régionaux et nationaux

L'effectivité du droit à l'information suppose à la fois l'existence d'un cadre juridique adéquat et sa mise en application dans la pratique administrative quotidienne. D'où l'impératif des fondements de ce droit qui ont été posés par les textes tant à caractère universel, régional que national.

a. Les fondements internationaux ou les textes à caractère universel

Les fondements du droit à l'information ont été posés très tôt par l'ONU. En 1946, durant sa première session, l'Assemblée Générale des Nations unies a adopté la résolution 59 qui affirmait que : « La liberté d'information est un droit fondamental et la pierre angulaire des toutes les

³² Art. 30, al. 1^{er} dispose : « L'information publique ne peut être réutilisée que si elle figure dans un document accessible ou ayant fait l'objet d'une diffusion publique », proposition de loi relative à l'accès à l'information, septembre 2020 déjà citée.

³³ Art. 3, point 7 de la proposition de loi relative à l'accès à l'information le définit comme « tout document quels que soient sa date, son lieu de conservation, sa forme et son support, élaboré ou détenu par les pouvoirs publics et les organismes publics, les autres personnes morales de droit public ou les particuliers visés par la présente loi ».

³⁴ En raison de la séparation des pouvoirs « les actes et documents produits ou reçus par les assemblées parlementaires » sont régis par le règlement de chaque assemblée.

³⁵ Art. 4, al. 1^{er} de la proposition de loi relative à l'accès à l'information déjà citée dispose « Sans motiver sa requête toute personne a droit d'accéder gratuitement à l'information auprès du détenteur d'information ».

³⁶ Art. 18 de la proposition de loi relative à l'accès à l'information déjà citée dispose : « Lorsqu'une requête en information remplit les conditions fixées par la présente loi, le détenteur d'information saisi apporte son assistance au requérant en lui fournissant tous les renseignements requis à cette fin ».

libertés à la défense desquelles se consacrent les Nations unies » mais d'autres textes juridiques à caractère universel ont été adoptés et ratifiés par les États³⁷.

³⁷ ONU, Résolution 59 de 1946, en ligne :

<[https://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/59\(I\)&Lang=F](https://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/59(I)&Lang=F)> (consulté le 05 septembre 2021 à 1h34). Les autres textes juridiques internationaux suivants relèvent du domaine du droit d'accès à l'information : *Déclaration universelle des Droits de l'Homme de 1948*. Cette Déclaration constitue aujourd'hui une obligation contraignante en matière du droit d'accès à l'information. L'article 19 de la DUDH. Celle-ci a été proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 217A/III du 10 décembre 1948 et entrée dans la législation congolaise avec sa publication à la page 1206 du Bulletin officiel de la RDC. Le Préambule de la constitution de la RDC du 18 février 2006 réaffirme l'adhésion et l'attachement à la DUDH ; *Pacte International relatif aux droits civils et politiques (PIDCP)* de 1966. Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2000 (XXI) du 16 décembre 1966 et ratifié par la RDC le 1^{er} novembre 1976. Les dispositions de l'article 19 alinéa 2 de ce pacte renseignent que : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix ». On retiendra que dans le Pacte, le droit d'accès à l'information est consacré au-delà du seul article 19. C'est notamment le cas du droit d'accès à l'information reconnu à toute personne faisant l'objet d'une enquête judiciaire. Les dispositions de l'article 9 du Pacte affirment notamment que : « Tout individu arrêté sera informé, au moment de son arrestation, des raisons de cette arrestation et recevra notification, dans le plus bref délai, de toute accusation portée contre lui ». L'article 14 de ce Pacte conforte le même droit lorsqu'il dispose en effet que : « Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : (...) à être informée, dans le plus bref délai, dans une langue qu'elle comprend, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle » ; *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200A (XXI) du 16 décembre 1966. Entrée en vigueur le 03 janvier 1976 et ratifiée par la RDC le 1^{er} novembre 1976. Ce Pacte consacre aussi plusieurs de ses dispositions au droit d'accès à l'information, entre autres comme vecteur du progrès économique que socio-culturel. L'article 16 de ce Pacte oblige les Etats signataires à rendre compte régulièrement, à l'organe de ce traité, des rapports aussi bien sur les mesures adoptées que sur les progrès accomplis de manière à assurer le respect de ces droits ; *Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui* conformément à la résolution 317 (IV) du 02 décembre 1949, entrée en vigueur le 25 juillet 1951. La RDC y a adhéré le 31 mai 1972. Elle prévoit quelques dispositions relatives au droit d'accès à l'information, notamment au bénéfice d'institutions judiciaires des Etats parties à l'occasion d'enquête pouvant impliquer des commissions rogatoires et qui sont une des modalités pour les magistrats, de rechercher et d'accéder aux informations relatives à un crime en dehors de leurs juridictions nationales. L'article 14 de cette même Convention prévoit le droit d'accès à l'information lors d'enquête judiciaire par un système de justice en dehors de ses frontières, il enjoint aux Etats parties l'obligation de créer et de maintenir un service chargé de coordonner et de centraliser les résultats des recherches relatives aux infractions visées par la Convention. L'article 16 de la Convention prévoit dans le cadre de la prévention et de la répression de la prostitution un droit d'accès à l'information en faveur des pays et d'institutions publiques impliquées dans la sauvegarde de la moralité publique ; *Convention relative aux droits de l'enfant* adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989. Entrée en vigueur le 02 septembre 1990 et ratifiée par la RDC par l'ordonnance-loi n° 90-048 du 21 août 1990 soit un mois avant son entrée en vigueur. Elle fait recours au droit pour l'enfant mineur, d'accéder à l'information dont il a besoin pour sa croissance, son éducation, sa formation et son épanouissement. Son article 13 dispose en effet que « tout enfant a droit à la liberté de rechercher (...) des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix » ; *Convention des Nations unies relative de la lutte contre la corruption* adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 58/4 du 31 octobre 2003. La RDC a ratifié cette convention le 3 septembre 2010 et s'est ainsi engagée à mettre en œuvre ses dispositions impératives parmi lesquelles celles qui sont remises en son article 10 et qui sont relatives au droit du public à l'information. C'est l'un des instruments les plus fondamentaux relatif au droit d'accès à l'information et qui constitue le gage de la transparence et de la redevabilité sur la gestion de la chose publique ; *Déclaration des Nations unies sur les défenseurs des Droits de l'Homme* dont l'élaboration a commencé en 1984, a été adoptée par l'Assemblée générale en 1998, à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle s'adresse non seulement aux Etats et aux défenseurs des droits de l'homme, mais à tout un chacun. Elle souligne que nous avons chacun un rôle à jouer en tant que défenseur des droits de l'homme et que nous participons tous d'un mouvement mondial en faveur des droits de l'homme. Lire la Résolution de l'Assemblée générale A/RES/53/144 adoptant la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme. Elle constitue un important engagement, même si plus ou moins théorique, dans la promotion du droit d'accès à l'information, notamment par les organisations de la société civile ainsi que par les médias dans la défense et la promotion des droits de l'homme en général.

b. Les fondements régionaux ou les textes à caractère régional

L'Union africaine, par rapport aux textes à caractère universel, a également reconnu le bien fondé et l'importance du droit à l'information pour faire progresser sur le continent africain, les droits de l'Homme, la démocratie et la bonne gouvernance. Cependant ce progrès demeure jusqu'à très modeste.

La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a adopté la Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique en octobre 2002 qui a précisé la portée et le contenu de l'article 9 de la Charte africaine. Toutefois, au cours des deux dernières décennies, des questions importantes et pertinentes ont émergé, mais n'ont pas été suffisamment abordées. Ce fut notamment le cas relatif à l'accès à l'information et l'interface entre les droits garantis par l'Article 9 et l'Internet.

Aujourd'hui l'Afrique compte 21 pays qui ont adopté les lois d'accès à l'information publique, d'autres qui offrent des garanties constitutionnelles, législatives et/ou politiques pour l'accès public à l'information³⁸. Il existe plusieurs instruments juridiques à caractère régional en Afrique relatifs au droit d'accès à l'information³⁹. Mais existe-il des garanties constitutionnelles et autres instruments légaux pour l'exercice de ce droit en République Démocratique Du Congo ?

³⁸ Parmi les pays qui sont dotés d'une loi d'accès à l'information, nous citerons l'Afrique du Sud, l'Angola, le Burkina Faso, l'Éthiopie, la Guinée, la Côte d'Ivoire, le Kenya, le Liberia, le Malawi, le Mozambique, le Niger, le Nigéria, l'Ouganda, le Rwanda, la Sierra Léone, le Sud Soudan, le Soudan, la Tanzanie, le Togo, la Tunisie et le Zimbabwe.

³⁹ *La charte africaine des droits de l'homme et des peuples* ratifiée par la RDC le 20 juillet 1987 par l'ordonnance-Loi n°87-027 du 20 juillet 1987. Son article 19 dispose : « Toute personne a droit l'information » et que « Toute personne a droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements » établis ; *La Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique* de 2002 laquelle réaffirme un certain nombre des principes universels en matière du droit d'accès à l'information. Cette Déclaration reste tout de même théorique et sans aucune force contraignante à l'égard des Etats parties. La déclaration de 2019 remplace celle de 2002 et établit ou affirme les principes d'ancrage des droits à la liberté d'expression et à l'accès à l'information, conformément à l'article 9 de la Charte africaine qui garantit aux individus le droit de recevoir des informations ainsi que le droit d'exprimer et de diffuser des informations. Elle fait donc partie du corpus des normes juridiques non contraignantes de l'article 9 élaboré par la Commission africaine, y compris la Loi type sur l'accès à l'information en Afrique ainsi que les Lignes directrices sur l'Accès à l'Information et les Élections en Afrique, adoptées respectivement en 2013 et 2017, par la Commission. En conséquence, la Commission africaine a décidé, d'abord en 2012, puis en 2016, de modifier la Déclaration de 2002 pour y inclure l'accès à l'information tout en prenant note des évolutions à l'ère de l'internet. Cette Déclaration consolide donc les développements intervenus dans la liberté d'expression et l'accès à l'information, en s'inspirant des normes juridiques pertinentes non contraignantes tirées des instruments et normes africains et internationaux des droits de l'homme, y compris la jurisprudence des organes judiciaires africains³⁹. Cette déclaration entérine clairement le droit d'accès à l'information détenue par les organes publics lesquels doivent garder l'information non pas pour eux, mais en tant que gardiens du bien public. Toute personne a le droit d'accéder à information, sous réserve de règles définies et établies par la loi, loin de tout arbitraire ; *Charte africaine sur la démocratie, les élections et la gouvernance*. Elle a été adoptée par l'Assemblée générale de l'Union africaine le 30 janvier 2007 et constitue l'un des plus récents engagements de cette Organisation en matière du droit d'accès à l'information. 34 pays ont ratifié cette Charte dont l'article 6 sur l'Accès à l'information dispose : « L'Administration publique doit mettre à la disposition des usagers des informations sur les procédures et formalités afférentes aux prestations du service public. Il est clairement fait mention à l'article 12 de Charte l'obligation aux Etats africains de « promouvoir la bonne gouvernance en assurant la transparence et l'administration responsable » ; *Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'administration* dont l'article 6 sur l'Accès à l'information dispose : « L'Administration publique doit mettre à la disposition des usagers des informations sur les procédures et formalités afférentes aux prestations du service public... » ; *Convention africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption* a été adoptée lors de la deuxième session ordinaire de la Conférence de l'Union africaine tenue Maputo, le 1^{er} juillet 2003. A propos du droit d'accès à l'information, son article 9 dispose que « chaque Etat partie adopte les mesures législatives et autres mesures pour donner effet au droit d'accès à toute information qui est requise pour aider à la lutte contre la corruption et les infractions assimilées ». La *Charte africaine sur les valeurs et les principes du service public et de l'administration*

c. Le fondement national du droit d'accès à l'information

Se référant aux textes internationaux auxquels la RDC a ratifié et est partie, le constituant congolais a consacré le titre II de la constitution de 2006 le droit d'accès à l'information au titre des libertés les plus fondamentales. C'est dans cette logique que l'article 24, alinéa 1^{er} de la *Constitution du 18 février 2006* telle que modifiée et complétée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, dispose que « Toute personne a droit à l'information ».

Se basant sur l'article 18 de la même constitution, le droit d'accès l'information dans le cadre d'une procédure pénale ou civile comprend entre autres du droit d'être immédiatement informée de ses droits, être immédiatement informée des motifs de son arrestation et de toute accusation portée contre elle (...). Dans le cadre de ce droit, l'article 20 de l'actuelle constitution congolaise de 2006 renseigne que « Les audiences des cours et tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit jugée dangereuse pour l'ordre public ou les bonnes mœurs. Dans ce cas, le tribunal ordonne le huis clos ». Le principe de la publicité est celui qui vaut pour garantir le droit à l'information⁴⁰.

Cette étude vient de répertorier succinctement et non exhaustif les textes de référence ainsi que les mécanismes internationaux, régionaux et nationaux relatifs au droit d'accès à l'information. Il s'agit des textes à caractère universel se référant aux Nations unies, des textes à caractère régional exclusivement limités à l'Union africaine ainsi que des textes à caractère national reprenant aussi bien la constitution, les lois, les textes ayant force de loi que les textes réglementaires⁴¹. L'objectif n'était pas d'apporter une quelconque analyse de fond sur la situation de leur mise en œuvre effective en RDC. Ce qui dépasse le cadre de cette étude.

dont l'article 6 sur l'Accès à l'information dispose : « L'Administration publique doit mettre à la disposition des usagers des informations sur les procédures et formalités afférentes aux prestations du service public... ».

⁴⁰ Les textes juridiques congolais suivant relevant du domaine judiciaire prévoient le droit d'accès aux informations relatives à l'instruction préparatoire, pré juridictionnelle, juridictionnelle et même aux archives des décisions rendues par la justice : 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'Etat ; Le Décret du 30 juillet 1988 relatif aux contrats ou des obligations conventionnelles ; Ordonnance-loi n°86-033 du 5 avril 1986 portant protection des droits d'auteurs et des droits voisins ; Arrêté d'organisation judiciaire n°299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets.

⁴¹ Outre la constitution comme la loi suprême au sommet de la pyramide des normes en RDC, d'autres instruments nationaux prévoient plusieurs dispositions relatives au droit d'accès à l'information. Il s'agit : Du code de la famille, institué par la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 et modifié par la loi du n°16/008 du 15 juillet 2016 en ses articles 91 et 99 ; Le code civil congolais Livre II institué par la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, spécialement à son article 28 dispose « le livre d'enregistrement et le répertoire alphabétique sont publics, moyennant le paiement de la taxe par le règlement, toute personne peut les consulter sous la surveillance du conservateur » ; le droit congolais des affaires (OHADA) ; *La loi 87-005 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour des comptes* contient certaines dispositions relatives au droit d'accès à l'information lesquelles constituent la colonne vertébrale et/ou la pierre angulaire pour la transparence de la gestion de l'argent du trésor public. A ce titre, les dispositions de l'article 33 imposent à la Cour des comptes de publier un rapport annuel à rendre public sur la gestion de des finances publiques ainsi que les autres biens publics dont le rente dans ses attributions ; *L'ordonnance-loi n°78-013 du 11 juillet 1978 portant régime général des archives* constitue également un précieux instrument surtout dans ses articles 23, 25 et 26. Art. 23 dispose « les archives sont communicables à toute personne qui en fait la demande et sous réserve de certaines conditions déterminées par le président de la République ». Ce sont notamment certaines archives jugées particulièrement secrètes dans l'intérêt de la politique intérieure, de la défense nationale et de la politique étrangère, les archives nationales peuvent proposer au président de la République, la prorogation jusqu'à cinquante ans ou plus du délai de leur communication au public (article 25 de l'ordonnance-loi). C'est aussi les archives relatives à la procédure criminelle ainsi que celles ayant trait à la vie privée des personnes peuvent également être communiquées 50 ans après leur versement aux archives nationales (article 26 de cette ordonnance-loi) ; *Ordonnance-loi n°89-010 du 18 janvier 1989 portant création de la bibliothèque*

Nous affirmons à la suite de Paul Nkuadio que

« [...] le cadre juridique actuel sur le droit d'accès à l'information publique est marqué par un manque de définition du droit et des conditions d'accès à l'information publique : absence de principes de régulation, absence de définition des conditions d'accès aux documents et aux données publiques, absence de définition des processus pour accéder à cette information. La situation des archives publiques est également un frein important à un accès facilité à l'information publique. Les efforts de plaidoyer pour une loi d'accès à l'information publique en République Démocratique du Congo viennent essentiellement de la société civile »⁴².

Il est évident qu'il faut avoir une loi sur l'accès à l'information pour permettre aux citoyens de jouir pleinement de leur statut de citoyen et de vivre réellement dans une démocratie. Ces organisations sont persuadées qu'un gouvernement ouvert est gage de redevabilité et de bonne gouvernance pour l'atteinte des Objectifs de Développement Durable (ODD).

L'exigence de transparence liée au droit d'accès à l'information publique contribue à améliorer la qualité des procédures administratives et la garantie des droits des citoyens, mais elle est inséparable de la nécessité de réaffirmer l'obligation de discrétion s'imposant aux agents publics et protégeant certaines informations pour assurer l'efficacité de l'action publique.

B. Des obligations de l'administration saisie aux exceptions limitativement définies par la loi

Le droit général d'accès à l'information publique et aux documents administratifs connaît des obligations de l'administration saisie (1) et des exceptions résultant soit de la loi elle-même,

nationale offre à la bibliothèque dans le cadre du droit d'accès à l'information, et conformément à l'article 3 de cette ordonnance les missions de conserver, classer, inventorier et communiquer, conformément aux normes en vigueur sur le territoire national, les documents tant écrits qu'audio-visuels qui présentent une importance et un intérêt historique, scientifique ou culturel, constitués par des institutions, des personnes physiques ou morales du faits de leurs actualités et délibérément conservés ; *Les lois sur la conservation de la nature et sur l'environnement* prévoient des dispositions sur le d'accès aux informations détenues par des institutions publiques et par des institutions privées, pour autant que ces informations aient un caractère d'utilité publique notamment la *loi n°11/009 juillet 2011 portant principes fondamentaux relatifs à la protection de l'environnement*, dont l'article 8 dispose que « toute personne a le droit d'accéder aux informations disponibles, complètes et exactes relatives à l'environnement... » ; **Les textes juridiques** appliqués en matière de renseignement civil dont le décret-loi n°003-2003 du 11 janvier 2003 portant création et organisation de l'Agence nationale de renseignements (ANR) règle notamment le droit d'accès à l'information détenue par les différents services spéciaux et de renseignement qui œuvrent sous l'autorité de l'ANR ; Les différentes lois appliquées en matière de décentralisation en RDC, qu'elles soient au niveau central, provincial que local consacrent ce droit d'accès à l'information détenue par les pouvoirs publics dont la Loi organique n° 16-001 fixant l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées, JORDC, n°11, col. 11, 1^{er} juin 2016 ; *Décret-loi n°017/2002 du 03 octobre 2002 portant code de conduite de l'agent public de l'Etat* consacre également le droit d'accès à l'information détenue par les administrations publiques et enjoint aux détenteurs publics desdites informations l'obligation de livrer l'information en leur possession lorsqu'elle est demandée conformément aux procédures établies ; Le code minier consacre lui aussi le droit d'accès à l'information au profit des investisseurs et professionnels tant congolais qu'étrangers œuvrant dans le secteur minier. C'est notamment la *Loi n°18/001 modifiant et complétant la Loi n°007/2002 du 11 juillet 2002 portant Code minier*, col. 1, JORDC, n° spécial, 59^{ème} année, 28 mars 2018 ; Les lois relatives aux finances publiques permettent de retracer l'argent du trésor public de l'Etat et prévoient également plusieurs dispositions au droit public à l'information et au droit d'accès à l'information, notamment l'article 11 de la *Loi n° 11/011 du 13 juillet 2011 relative aux finances publiques*, JORDC, numéro Spécial, 25 juillet 2011 permet de contrôler la sincérité budgétaire ; La *loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics* vise, selon exposé des motifs, à adapter l'arsenal juridique congolais « aux exigences de transparence, de rationalité et efficacité qui caractérisent actuellement ce secteur vital à travers le monde ».

⁴² P. NKUADIO, préc., note 14, p. 11.

directement ou par renvoi, soit de régimes autonomes de communication. Selon le cas, ces limites sont d'ordre matériel, personnel ou temporel (2).

1. Les obligations de l'administration saisie

L'administration saisie d'une demande d'accès à l'information publique ou des documents administratifs, doit en principe accomplir un certain nombre de diligences, même lorsqu'elle ne détient pas le document dont la communication est sollicitée. La RDC est encore loin de cette diligence à cause des pratiques perverses qui minent l'administration congolaise.

a. Sur la communication par l'administration détentrice

Dès lors qu'elle détient l'information ou le document sur lequel porte la demande de communication et que celui-ci est achevé, l'administration saisie est tenue de le communiquer au demandeur, quand bien même elle n'en serait pas le producteur. De telle demande en RDC relève dans la plus part des cas de l'utopie. Les documents faisant l'objet d'une « diffusion publique », c'est-à-dire publiés ou aisément accessibles sur un site public, n'entrent pas dans le champ du droit d'accès. Or le site public est souvent très pauvre en information.

b. Pour la transmission des demandes mal dirigées

Lorsqu'elle ne détient pas l'information ou le document dont la communication lui est demandée, l'administration saisie doit transmettre la demande à l'administration qui le détient et en aviser l'intéressé. C'est cela l'idéal. Elle n'est toutefois pas obligée à effectuer des recherches pour identifier l'administration compétente. C'est ce qui caractérise plus l'administration congolaise.

c. Un délai pour communiquer

La communication doit intervenir dans un délai de huit jours⁴³ à compter de la demande, le silence gardé par l'administration au-delà de l'échéance valant décision de refus et ouvrant droit à l'introduction d'un recours gracieux ou à la saisine juridictionnelle⁴⁴. Tout refus exprès doit être motivé. Or la proposition de Loi sur l'accès à l'information attend toujours d'être examinée et adoptée au Parlement congolais avant sa promulgation par le chef de l'État. Jusque-là, personne ne comprend la raison du blocage de ce processus à l'arrêt depuis 2017.

d. Des modalités d'accès choisies par le demandeur

L'accès s'effectue, au choix du demandeur, soit dans le cadre d'une consultation gratuite sur place, soit par la délivrance d'une copie papier ou sur un support électronique, y compris sous forme de fichier ou d'extraction d'une base de données⁴⁵. De même, la transmission est assurée soit par courrier soit par voie électronique, selon le souhait du demandeur. Des frais correspondants au coût de reproduction et, le cas échéant, d'envoi, peuvent être mis à la charge de celui-ci, en fonction du tarif préalablement arrêté par l'administration. Ces modalités emportent notre adhésion mais se heurtent aux réalités congolaises. Le territoire étant vase et non entièrement couvert par l'internet. La poste ne dessert pas non plus tout le territoire. Que faire pour le citoyen habitant ce territoire ?

⁴³ Art. 20 de la proposition de loi relative à l'accès à l'information déjà citée.

⁴⁴ Art. 26 de la proposition de loi relative à l'accès à l'information déjà citée.

⁴⁵ Art 14 de la proposition de loi relative à l'accès à l'information déjà citée.

2. Des exceptions limitativement définies par la loi

Outre un nombre de documents limitativement énumérés qui ne sont pas communicables, il résulte que l'atteinte que la communication de certaines informations est de nature à porter à des secrets ou intérêts protégés par la loi exige d'en occulter les mentions, tandis que le caractère personnel d'autres informations en restreint l'accès aux seuls intéressés. Bien entendu, ces exceptions ne sont opposables qu'autant que nécessaire pour assurer la protection des intérêts qu'elles protègent. La communication des documents concernés est donc simplement retardée et devient possible aux termes des délais fixés en matière d'accès aux archives.

a. L'exception des secrets et intérêts protégés par la loi

La proposition de loi relative à l'accès à l'information en son article 5 écarte du droit d'accès les documents administratifs dont la communication ou la consultation porterait atteinte à des secrets ou intérêts qu'il énumère, ainsi qu'aux « autres secrets protégés par la loi », secret dont il n'existe pas de recensement exhaustif.

Sont ainsi expressément mentionnés des secrets protégeant l'activité de l'État :

- le secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;
- le secret de la défense nationale⁴⁶ ;
- la conduite de la politique extérieure de la RDC ;
- la sûreté de l'État, la sécurité publique et la sécurité des personnes ;
- le déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures.

⁴⁶ Les articles 149 à 151 du Code justice militaire constituent le siège de la matière, JORDC, spécial, 20 mars 2003. Il sied de noter qu'ici le législateur a, préalablement à la détermination du régime répressif, défini à l'article 149 ce qu'il y a lieu d'entendre par secret défense. En effet, le législateur dispose qu'au sens de la loi « présente le caractère de secret de la défense nationale, les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers, intéressants la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinée à restreindre leur diffusion ».

Peuvent faire l'objet de telles mesures, « les renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers classifiés par le Ministre de la défense ou le commandant suprême et dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou à conduire à la découverte d'un secret défense. »

Partant de cette définition, le code pénal militaire dispose que « ceux qui se rendent coupables de divulgation, diffusion, publication ou reproduction des informations visées à l'article 149 ou ceux qui en fournissent les moyens, sont punis de vingt ans de servitude pénale, sans préjudice des peines plus fortes qu'ils peuvent encourir par d'autres dispositions légales ». En temps de guerre ou dans une région où l'état de siège ou d'urgence est proclamé ou à l'occasion d'une opération de police tendant au maintien ou au rétablissement de l'ordre public, les coupables sont punis de mort. A l'article 151, le code précité punit de cinq à vingt ans de servitude pénale, quiconque se fait remettre tout document ou écrit qui, de par sa nature, est secret. De l'examen de cet ensemble des dispositions, il ressort qu'elles sont rédigées en termes très généraux et, ainsi qu'il a été mentionné supra, ne peuvent, eu égard au contexte socio-politique congolais, favoriser une quelconque ouverture au bénéfice de tout requérant sollicitant communication d'une information ou donnée relatives à l'organisation, au fonctionnement et à la gestion des services publics de la sécurité et de la défense nationales. L'on conviendra par ailleurs, qu'en l'absence, en notre connaissance d'un acte réglementaire reprenant les données classifiées conformément à l'article 149 du Code Pénal militaire, la définition très générale du concept « secret de la défense nationale » sans aucune indication des critères objectifs de distinction ne peut être d'aucun secours. On peut lire à ce sujet Jean-Baptiste OTSHUDI DISASHI KALONDA, « Le droit d'accès à l'information publique et restrictions liées aux impératifs de sécurité et de défense nationales : état de la question en République Démocratique du Congo », en ligne : <<https://www.right2info.org/resources/publications/pretorian-finalization-meeting-april-2013-documents/national-security-and-rti-in-the-drc>> (consulté le 9 septembre 2021 à 23 h45).

b. L'accès aux données personnelles réservé aux seuls intéressés

La proposition de loi relative à l'accès à l'information en son article 5 point 4 réserve au seul intéressé la communication des « informations contenant ses données personnelles et dont la divulgation constituerait une intrusion injustifiée dans la vie privée d'un tiers concerné ». Ces données sont celles :

- relevant de sa vie privée ;
- couvertes par le secret médical ;
- portant un jugement ou une appréciation sur lui ;
- faisant apparaître son comportement « dès lors que la divulgation de ce comportement pourrait lui porter préjudice.

Les informations concernant les personnes morales ne sont également communicables qu'aux seules intéressées en raison du secret en matière commerciale et industrielle. Ce secret recouvre le secret des procédés, celui de l'information économique et financière et les stratégies commerciales.

c. La communication différée des archives et des actes préparatoires

Les exceptions au droit d'accès ne sont pas définitives⁴⁷ et n'ont pour effet que de retarder la communicabilité des documents pour une durée qui varie en fonction de la sensibilité des informations protégées.

Les documents préparatoires sont communicables une fois prise la décision. Les actes préparatoires ne sont communicables en principe qu'une fois prise la décision qu'ils préparent. Des textes particuliers organisent toutefois la communication de documents préalablement à la décision de l'administration lorsque celle-ci intervient à l'issue d'une procédure de consultation ou d'enquête préalable. Tel est notamment le cas des documents d'urbanisme ou encore d'enquête en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement.

Les archives publiques : des délais tenant compte de la sensibilité des informations. L'article 25 de la loi n° 78-013 du 11 juillet 1978 portant régime général des archives a prévu les délais de 50 ans après pour communication des archives⁴⁸. Des autorisations de consultation anticipée peuvent être accordées avant l'expiration des délais légaux, soit à titre individuel, « dans la mesure où l'intérêt qui s'attache à la consultation de ces documents ne conduit pas à porter une atteinte

⁴⁷ Art. L. 312-2, II, du code du patrimoine français renseigne qu'à l'exception notable des documents « dont la communication est susceptible d'entraîner la diffusion d'informations permettant de concevoir, fabriquer, utiliser ou localiser des armes nucléaires, biologiques, chimiques ou toutes autres armes ayant des effets directs ou indirects de destruction d'un niveau analogue ». Code du patrimoine, en ligne : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000037269071/> (Version en vigueur depuis le 31 juillet 2021).

⁴⁸ Art. 25 de cette *Loi n° 78-013 du 11 juillet 1978 portant régime général des archives* dispose : « Pour certaines archives jugées particulièrement secrètes dans l'intérêt de la politique intérieure, de la défense nationale et de la politique étrangère, les archives nationales peuvent proposer au président de la République, la prorogation jusqu'à cinquante ans ou plus du délai de leur communication au public ». L'on peut lire l'intégralité de cette loi en ligne : <<http://www.leganet.cd/Legislation/Droit%20administratif/Culture/L.78.013.11.07.1978.htm>>

Art. 26 du même texte ajoute « Les archives relatives à la procédure criminelle ainsi que celles ayant trait à la vie privée des personnes peuvent également être communiquées 50 ans après leur versement aux archives nationales ».

excessive aux intérêts que la loi a entendu protéger » et après accord de l'autorité dont émanent les documents, soit lorsque l'administration des archives décide l'ouverture anticipée⁴⁹.

L'accès à l'information publique est utile non seulement pour les citoyens, les communautés et les organisations de la société civile dans leur engagement auprès des gouvernements pour l'amélioration des services publics, mais aussi dans l'instauration d'une culture de transparence et de responsabilité sociale au sein des États, bref instrument de la bonne gouvernance.

II. LE DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION PUBLIQUE : INSTRUMENT DE LA TRANSPARENCE ET DE LA BONNE GOUVERNANCE

Ce deuxième point examine les principes et pratiques de la transparence dans la gestion des affaires publiques qui se rapportent au champ d'action des administrations publiques et au cadre du droit d'accès à l'information. Ces principes et pratiques sont essentiels pour assigner la responsabilité de la conception et de l'application de la politique publique. La désignation de l'ensemble des entités qui procurent un bien ou un service public permet aux membres du public de bien comprendre la portée véritable de l'action des pouvoirs publics (A). Un cadre juridique et administratif qui définit clairement les rôles et responsabilités de l'administration publique dans la collecte et l'utilisation des ressources publiques est propice à la responsabilisation et à la bonne gouvernance (B).

A. Droit d'accès à l'information publique : Instrument de la transparence pour un progrès majeur

Le secteur de l'administration publique doit être distinct du reste du secteur public et du reste de l'économie, et la répartition des attributions au sein du secteur public en matière de décision et de gestion doit être claire et rendue publique.

Le secteur public comprend le secteur des administrations publiques, augmenté des sociétés publiques⁵⁰. La séparation des fonctions des administrations publiques des activités commerciales et monétaires permet de déterminer clairement les responsabilités dans la conduite de ces opérations fortes mais aussi différentes et facilite l'évaluation des effets macroéconomiques des activités de finances publiques. Dans cette perspective, la transparence participe à la réforme de l'État. Sa caractéristique fondamentale est de s'opposer au secret pour un État plus proche des citoyens (1). Le droit d'accès à l'information à l'opposé du secret et de l'opacité se caractérise par un droit d'accès aux documents administratifs, un droit d'accès aux renseignements qui concernent la personne visée par lesdits renseignements et un droit de recours en cas de refus. On peut résumer aussi simplement les droits reconnus. Cependant, l'entreprise s'avère plus périlleuse si l'on doit dresser la liste des restrictions qui permettent à l'autorité d'occulter, dans certains cas, des parties de documents, qui parfois l'y obligent (2), et auxquels elle peut même purement et simplement refuser l'accès.

⁴⁹ Art. 27 de la *loi n° 78-013 du 11 juillet 1978 portant régime général des archives* dispose : « Les archives nationales peuvent, sur avis favorable du ministre ayant la culture et les arts dans ses attributions, autoriser la communication à des fins scientifiques, de certaines archives même avant l'expiration du délai de communication visé aux articles 25 et 26 ».

⁵⁰ Les termes et les concepts définis ici s'inspirent des définitions fournies au chapitre II du Manuel de statistiques de finances publiques 2001 du FMI (MSFP 2001). Pour en savoir plus, le lecteur est invité à se reporter à ce manuel et à la documentation d'accompagnement : <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/gfs/manual/index.htm>>

1. Du secret à la transparence : pour un État congolais plus proche des citoyens⁵¹ par le droit d'accès à l'information

Le secret est une notion multiforme qui se réfère à l'opacité. On distingue celui dont ne peut parler en aucune façon, le mystère, celui dont on peut parler sous certaines conditions, le secret, et celui dont peut dévoiler le contenu qu'après coup, la machination. Le secret, ce n'est pas un objet en tant que tel c'est ce qui recouvre l'objet, c'est qui rend celui-ci inaccessible à la connaissance : le secret, ce n'est pas l'objet, c'est le mystère de l'objet »⁵².

Le secret est un savoir nécessaire à l'action et la condition du succès de cette action. Le secret est profondément lié à la raison d'État. C'est une technique, un art de gouverner. Le secret permet d'associer le politique à l'exercice et à la conservation de la domination⁵³.

Machiavel est souvent considéré comme le théoricien du secret. Toutefois, dans son fameux ouvrage *Le Prince*, le terme « secret » ne s'applique qu'une fois, comme adjectif, à la personne du prince : « l'empereur est un homme secret, il ne communique pas ses desseins »⁵⁴. Le secret est chez Machiavel une manière d'agir pour maîtriser la Fortuna. Le prince doit jouer avec les circonstances et avec la dichotomie entre l'être et le paraître. Il doit se concentrer dans l'art de « simuler et dissimuler », art consistant à « bien colorer sa nature »⁵⁵.

Bien avant Machiavel, Platon a parlé aussi du secret lequel prend chez lui les traits du mensonge. Dans son œuvre *La République*, il affirme que « le mensonge est utile aux hommes, (...) aux profanes. C'est donc aux gouvernants de l'État qu'il appartient de tromper les ennemis et les citoyens dans l'intérêt de l'État et personne d'autre n'y doit toucher »⁵⁶.

L'évolution historique des relations entre l'État et le citoyen est marquée par le passage du secret-règle au secret-exception. La RDC, à la suite de la France, est aussi le pays du secret. Le conseiller d'Etat Louis Fougère a ainsi expliqué qu'à toute demande d'information, l'administration opposait « un double barrage légal : le mutisme de ses agents et les secrets de ses papiers ». En effet, depuis l'époque de la colonisation belge jusqu'à ce jour en passant par la période du régime fort du Marechal Mobutu, l'Administration publique congolaise baigne dans une culture du secret. Le Personnel de carrière des services publics⁵⁷ se fondant, à tort, sur l'observance du devoir de réserve et de la prescription lui interdisant de divulguer le secret professionnel, est peu enclin à mettre à la disposition du citoyen qui le requiert toute information en rapport avec l'organisation et le fonctionnement du service public.

Toutefois, saisi par pareille requête, tout fonctionnaire qui veut se prémunir contre les sanctions dont question supra⁵⁸, exige du requérant la production de « l'autorisation de lever copie

⁵¹ Tel est sujet du mémoire développé par Stéphane FILLION, *Du secret à la transparence : pour un Etat plus proche des citoyens*, Mémoire de Master, Lyon, Institut d'études Politiques de Lyon, 2007.

⁵² M.-A. FRISON-ROCHE, « Secret et profession », Paris, Autrement-Essais, 1999 cité par Stéphane FILLION, préc., note 51, p. 4.

⁵³ M.-A. FRISON-ROCHE, préc., note 52, p. 5.

⁵⁴ MACHIAVEL, *Le Prince*, Chap XXIII.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ PLATON, *La République*, Livre II, 382a, 382b.

⁵⁷ Terme consacré en droit congolais pour désigner le fonctionnaire de l'Etat. Il s'agit de la *Loi n°81-003 du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'État*, dans Journal Officiel du Zaïre (J.O.Z.), n°15, 1er août 1981, p. 11.

⁵⁸ Voir note de bas de page n°10 de cette étude.

des pièces »⁵⁹ délivrée par le Procureur Général près la Cour d'Appel du ressort. Même si cela constitue une disposition permettant au fonctionnaire de divulguer certaines informations, elle est révélatrice tout de même de l'état très restrictif du droit congolais en matière d'accès à l'information. Il s'agit certainement d'une interprétation abusive de l'article 157 de l'Arrêté d'organisation judiciaire n°299/79 du 20/8/1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets qui dispose que : « Le Procureur général près la Cour d'appel a seul la garde et la disposition des dossiers répressifs et disciplinaires en cours ou clos. Il apprécie seul l'opportunité de la communication des pièces d'un dossier répressif ou disciplinaire, moyennant paiement des frais déterminés à cet effet ». L'on conviendra, affirme Jean-Baptiste Otshudi Didashi Kalonda, qu'avec un tel pouvoir discrétionnaire d'appréciation, le Procureur Général est libre d'accorder ou non son autorisation de lever les pièces requises par le citoyen⁶⁰.

A la suite de Stéphane Fillion, il est donc logique d'affirmer que le processus tendant à l'édification d'un Etat de droit se manifeste notamment par l'affirmation progressive de la règle de la transparence, cette notion faisant dès lors référence à la démocratie elle-même en raison de la lutte contre l'arbitraire qu'une telle transparence implique⁶¹. Jean Jacques Rousseau n'a pas manqué à ce titre de déclarer que la transparence constitue « une vertu de l'âme ».

La complexité accrue de nos sociétés ne fait que renforcer la nécessité de rapprocher l'État du citoyen. Ce rapprochement permet en effet de respecter la bonne gouvernance et ses principes : transparence, mais également responsabilité, loyauté, équité, efficacité et respect de l'État de droit.

Il y a quelques années, le Conseil d'État français décrivait la transparence et le secret comme les deux faces d'un même « dilemme éthique fondamental ». Aujourd'hui, c'est la transparence qui semble l'emporter sur le secret au fil des évolutions de notre société et des réformes législatives et administratives qui l'ont érigée en principe fondamental de l'action publique.

Le droit fondamental reconnu aux citoyens est la liberté d'accès aux documents administratifs. Le public a droit de savoir. L'administration a le devoir de l'informer. La transparence favorise en particulier la discussion, la critique et donc le contrôle par les citoyens, conformément exigences de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration ». Les procédures d'association ou de participation du public et la collecte d'opinions extérieures sont de nature à enrichir la réflexion de l'administration et la qualité de ses décisions. En effet, les citoyens, mieux éduqués, désireux de participer davantage à la prise de décision publique et au fonctionnement des pouvoirs publics, mais aussi de plus en plus méfiants, voire défiants, à l'égard des représentants de toute nature et des personnes exerçant des fonctions publiques ne tolèrent plus l'opacité et le secret qu'ils perçoivent comme la survivance, soit de l'autoritarisme administratif, soit plus simplement, d'un régime certes démocratique et représentatif, mais trop distant de la société. La transparence est quant à elle, perçue comme la

⁵⁹ Th. TSHIDIBI BIDUAYA, *Avis et considérations sur le droit d'accès à l'information en République Démocratique du Congo*, étude inédite faite à la demande de Open Democracy Advice Centre (ODAC), Cap Town, Afrique du Sud.

⁶⁰ Pourtant, l'obligation de motivation des décisions consacrée par les constitutions et appliquée avec rigueur par les juridictions administratives a justement conduit Boshab Mabunj Ma Bileng à se demander à ce sujet : le pouvoir discrétionnaire n'est-il pas ainsi réduit à une simple peau de chagrin ? Voir BOSHAB MABUNJ MA BILENG, préc., note 17, p.143.

⁶¹ *Ibidem*.

condition de la participation des citoyens à l'élaboration et au contrôle de l'action publique. Elle est nimbée d'une aura de modernité, de respectabilité, voire de rectitude, et elle tend à s'imposer comme une obligation incontournable de l'administration.

L'exigence de transparence a certes contribué à améliorer la qualité des procédures administratives et la garantie des droits des citoyens, mais elle est inséparable de la nécessité de réaffirmer l'obligation de discrétion s'imposant aux agents publics et protégeant certaines informations pour assurer l'efficacité de l'action publique. Il nous faut, par conséquent, repenser la conciliation entre les exigences de transparence et de secret qui pèsent sur l'administration.

2. Le respect par l'État de ses obligations de transparence : tenir compte du respect des autres intérêts légitimes

Le premier de ces intérêts est de préserver l'efficacité et la fluidité de l'action publique. Un excès de transparence serait en effet susceptible d'inhiber des décideurs publics sans cesse perturbés par des interventions intempestives contraires à l'intérêt général. Les obligations de secret et de discrétion professionnelle qui pèsent sur les agents publics se justifient dès lors en ce qu'elles permettent à l'administration d'agir de manière autonome, à distance des pressions extérieures, multiples et contradictoires, qui peuvent exercer une influence perturbatrice sur l'action publique.

La transparence prématurée ou non maîtrisée peut aussi, dans certaines hypothèses, inciter à la demi-mesure ou à une prudence excessive, là où des choix déterminés et énergétiques seraient nécessaires. Elle expose au risque de l'apparition de « valise (ou des rapports et notes) à double fond » ou encore de l'émergence à doubles circuits avec, d'un côté des documents officiels, lisses car expurgés de leur contenu sensible et de leurs propositions les plus novatrices ou décapantes, et, de l'autre, des documents véridiques restant confidentiels. Cette crainte est certainement surestimée, s'agissant des procédures prévues par la loi, comme les enquêtes publiques, qui prévoient un processus de consultation et de participation strictement encadré quant à ses délais et son contenu. Elle l'est beaucoup moins s'agissant de demandes d'avis qui ne suivent aucun formalisme particulier, ou des rapports commandés, par exemple, aux services d'inspection des ministères.

Plus largement, le risque existe qu'une transparence trop exigeante engendre des blocages que la confidentialité aurait pu prévenir et nuire à la franchise, la clarté, l'efficacité et la rapidité du processus décisionnel. Cela justifie pleinement la confidentialité qui s'attache aux délibérations du Gouvernement⁶² ou aux travaux préparatoires ou inachevés⁶³, qui sont soustraits à la connaissance ou la curiosité *a priori* du public ou de groupes désireux de les utiliser pour faire pression sur les décideurs⁶⁴. En donnant à voir les esquisses, les « avant-avants projets », les hésitations, les itérations ou les revirements ayant conduit à une décision, la transparence peut aussi nuire à la crédibilité ou la légitimité de cette décision et susciter une forme de défiance ou de réticence à

⁶² Article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

⁶³ CE Sect., 11 février 1983, *ministre de l'Urbanisme c. Atelier libre d'urbanisme de la région lyonnaise*, Rec. 56, confirmé par CE Sect., 23 décembre 1988, *Banque de France c. Huberschwiller*, Rec. 464.

⁶⁴ Etudes et documents du Conseil d'Etat français, *Rapport public 1995*, La Documentation française, n° 47, p. 68.

l'appliquer⁶⁵. Le secret est aussi nécessaire à la protection d'autres intérêts légitimes et même fondamentaux : ceux de la nation, de la défense, de la sécurité, de l'économie, comme ceux de la vie privée.

Dans un monde frappé par le « syndrome Wikileaks »⁶⁶, où chacun souhaiterait tout connaître des ressorts de l'action publique, nous devons certes nous garder d'une vision angélique de la puissance publique mais, plus encore, de certains intérêts privés qui prônent la transparence à des fins qui ne sont nullement désintéressées, ni conformes à des intérêts publics essentiels. L'intérêt général commande que certaines informations soient gardées confidentielles pour préserver les intérêts fondamentaux de la nation et protéger l'avenir même de la collectivité. Nous ne vivons pas dans un monde irénique ; la transparence ne saurait donc être totale⁶⁷. En effet, les informations ayant trait à l'armée et aux services de sécurité ont toujours été considérées comme ne pouvant pas être divulguées au public afin d'éviter de fragiliser les intérêts fondamentaux de la défense nationale. Et, le contexte particulier de la présente période où la République Démocratique du Congo est confrontée à la guerre dans sa partie Est⁶⁸, n'est pas de nature à favoriser la divulgation de l'information liée à l'organisation et au fonctionnement des services publics en charge de la sécurité et de la défense nationale⁶⁹. Tel est le sens des exceptions sur la communication des documents administratifs, qui exclut, en particulier, la communication des documents relatifs à la défense nationale, la conduite de la politique extérieure de la RDC, la sûreté de l'Etat, la sécurité publique ou la sécurité des personnes. C'est ce qui justifie également qu'il soit apparu nécessaire d'instaurer un statut pour les « lanceurs d'alerte ». Ils doivent certes être protégés, en ce qu'ils révèlent des informations sensibles d'intérêt général⁷⁰. Il convient d'ajouter que le principe de séparation des pouvoirs paraît s'opposer à une transparence excessive du

⁶⁵ A. VIDAL-NAQUET, « La transparence », dans Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public*, Paris, Dalloz, 2010, p. 643.

⁶⁶ Christophe PREMAT, « L'effet Wikileaks », en ligne : <<http://sens-public.org/articles/848/>> (consulté le 14 septembre 2021 à 12h09). Christophe Premat résume ce syndrome de la manière suivante : « Quelques mois après les vagues provoquées par les révélations de *Wikileaks*, nous sommes en droit de nous interroger sur les conséquences des informations délivrées par cette organisation. Au-delà des péripéties du feuilleton Julian Assange et des spéculations dignes des romans d'espionnage les plus élaborés, l'effet *Wikileaks* est à analyser sur le principe même. *Wikileaks* s'est constitué comme un véritable réseau d'informations anonyme avec des taupes présentes au sein de différentes administrations d'une pluralité d'États. Ce réseau a collecté ces données (principalement des rapports administratifs destinés à rester secrets) et les a classées pour les rendre disponibles à l'opinion publique. L'objectif était certainement de proposer une certaine *glasnost* mondiale et de révéler des aspects cachés et non avoués des relations internationales. L'affaire *Wikileaks* réactive ce mythe de la transparence avec l'idée d'une vérité reconstruite par des informations collectées alors que la méthodologie liée à l'élaboration de ces rapports secrets n'est jamais questionnée. En dernier lieu, les informations *Wikileaks* nous semblent avoir plus profité aux journalistes en mal d'information qu'à un travail de fond sur les allégations supposées ».

⁶⁷ Etudes et documents du Conseil d'Etat, *Rapport public 1995*, La Documentation française, n° 47, p. 67.

⁶⁸ Le pays continu à faire face à des hostilités avec les groupes armés dans sa partie Est que le Gouvernement congolais accuse de constituer en fait un bras armé des pays voisins.

⁶⁹ Nos recherches sont fortement handicapées par cette situation des conflits armés à l'Est du pays. Les personnes contactées dans les services publics du secteur de la Défense et Sécurité ne sont pas très disposées à partager avec nous les informations utiles.

⁷⁰ La Cour européenne des droits de l'homme fait peser sur les lanceurs d'alerte une obligation de responsabilité et de mesure. Elle juge ainsi que si les lanceurs d'alerte doivent pouvoir bénéficier de la protection de leur liberté d'expression pour porter à la connaissance du public les faits qui leur paraissent de nature à intéresser le public et dénoncer certains comportements répréhensibles, ils sont tenus d'agir « avec la vigilance et la modération nécessaires » en évitant, par exemple, de publier les noms de tiers, d'utiliser des expressions prêtant à confusion (CEDH, 2 février 2012, *Růžový panter o.s. c. République tchèque*, aff. n° 20240/08, pt. 32-35) ou de publier dans la presse des informations protégées par le secret lorsque d'autres moyens effectifs permettraient de remédier à la situation critiquable (CEDH, gr.ch., 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, aff. n° 14277/04, pt. 73).

fonctionnement et des travaux internes des administrations vis-à-vis des assemblées parlementaires et de leurs commissions⁷¹.

Comme tout excès, un abus de transparence est susceptible de nuire aux intérêts qu'elle entend promouvoir. Plutôt qu'un objectif absolu, la transparence doit rester un instrument au service de l'intérêt général. La principale conséquence négative d'une transparence poussée à l'extrême serait d'accroître encore davantage la défiance des citoyens à l'égard de l'administration et de ses agents et dirigeants. La transparence sans confiance dégénère en effet en suspicion que la communication de l'information ne parviendra jamais à apaiser et qui se nourrira des interstices de secret laissés dans l'ombre par la réglementation en vigueur.

B. Droit d'accès à l'information et exigence de la bonne gouvernance

Dans la réalisation du droit à l'information, on suppose que les droits humains sont importants pour la promotion de la transparence et de la responsabilisation.

La RDC semble pourtant avoir pris la mesure de la situation depuis longtemps et le droit à l'information devrait servir de frein aux excès du gouvernement et promouvoir une meilleure prestation de services⁷². Car le droit à l'information touche l'ensemble des secteurs de la gouvernance publique et ce droit reste guidé par certains principes internationaux, africains et nationaux (1).

La « bonne gouvernance » et ses exigences – à savoir de bonnes politiques, un cadre réglementaire offrant un environnement favorable à la croissance, la fourniture de services publics efficaces – contribue à réduire la pauvreté mais semble être un éléphant blanc au Congo (2). Cette approche du développement qui place au centre des politiques la qualité des institutions est aujourd'hui dominante⁷³.

1. Principes internationaux sur lesquels devraient reposer les lois sur le droit d'accès à l'information

La bonne gouvernance et le droit d'accès à l'information en tant que droits humains sont complémentaires. Les principes relatifs aux droits humains posent un ensemble de valeurs qui visent à guider l'action des gouvernements et des autres intervenants sur la scène politique et sociale. Ils posent également un ensemble de normes au regard desquelles la responsabilité de ces intervenants peut être mise en cause. Cependant, en l'absence de bonne gouvernance, les droits humains ne peuvent être respectés et protégés durablement. La mise en œuvre du droit d'accès à l'information considéré comme droits humains exige un cadre incitatif et favorable, entre autres des cadres juridiques et des institutions appropriés, ainsi que les processus politiques et administratifs nécessaires pour satisfaire aux droits et aux besoins de la population.

⁷¹ Voir, par exemple, la décision CC, 9 août 2012, Loi de finances rectificative pour 2012 (II), n° 2012-654 DC, pt. 82, s'agissant la modification, par la loi, de la rémunération du Président de la République et du Premier ministre, et l'avis du Conseil d'Etat sur le projet de loi pour la confiance dans l'action publique (n°393324, 12 juin 2017), s'agissant des règles s'imposant aux membres du Gouvernement dans la composition de leurs cabinets.

⁷² Du 25 au 28 janvier 2022 s'est tenue à Kinshasa les états généraux de la communication et des médias dans le but de refonder l'écosystème du secteur de la presse et de la communication en République Démocratique du Congo.

⁷³ Pierre JACQUEMOT, « La résistance à la « bonne gouvernance » dans un Etat africain : Réflexion autour du cas congolais (RDC) » (2010) 4 : 204 *Revue Tiers Monde*, 129 à 146.

La présente analyse définit la bonne gouvernance comme l'exercice de l'autorité par le biais de processus politiques et institutionnels transparents, dont la responsabilité peut être mise en cause et qui encouragent la participation du public.

La capacité de chacun d'accéder à l'information, aux idées et au savoir et d'y contribuer est essentielle dans une société de l'information inclusive. Les principes fondamentaux d'accès à ces informations peuvent constituer une soupape intéressante à la bonne gouvernance. Ces principes incluent :

La divulgation maximale et obligation de publier. Les lois sur le droit à l'information devraient être guidées par le principe de la divulgation maximale et les restrictions ne doivent être appliquées que dans des circonstances très limitées ; les organismes publics doivent être définis au sens large. Ce principe recommande aussi que la destruction volontaire de documents soit considérée comme une infraction pénale et prescrit des normes minimales pour le maintien et la préservation des documents par les organismes publics. Les organismes publics doivent avoir l'obligation de publier des informations clés.

Promotion d'un gouvernement transparent et portée limitée des exceptions. Les organismes publics doivent promouvoir activement une gouvernance ouverte, promouvoir activement l'éducation publique et lutter activement contre la culture du secret. Les exceptions doivent être claires, libellées avec précision et assujetties à des tests stricts sur le préjudice et l'intérêt général.

Processus visant à faciliter l'accès à l'information, des Frais et des réunions ouvertes. Les demandes d'information doivent être traitées rapidement et équitablement, et les refus d'accès doivent faire l'objet d'un examen indépendant à trois échelons différents, à savoir au sein de l'organisme public, des recours auprès d'un organisme administratif indépendant et des recours auprès d'un tribunal. Les individus ne doivent pas être dissuadés de déposer des demandes d'information en raison des frais excessifs. Les réunions des organismes publics doivent être ouvertes au public.

Primauté de la divulgation et protection des dénonciateurs. Les lois qui sont incompatibles avec le principe de divulgation maximale doivent être amendées ou abrogées. Les personnes qui rendent publiques des informations sur des irrégularités – les dénonciateurs – doivent être protégées.

En tant que droits humains, l'expérience congolaise de la gouvernance nous permet d'identifier sa respectabilité ou un éléphant blanc découlant d'un droit à l'information robuste.

2. La bonne gouvernance en RDC : Un éléphant blanc⁷⁴

La « bonne gouvernance » est au cœur des politiques de développement préconisées par les institutions internationales. Pourtant, dans les États fragiles comme la RDC, sa mise en œuvre se heurte à de fortes résistances. Les formes élémentaires de la corruption⁷⁵ comme les pratiques

⁷⁴ S. MARYSSE, « La gouvernance au quotidien : Entre réformes et éléphants blancs », dans Anne ANSOMS, Aymar NYENYEZI BISOKA & Stef VANDENGISTE (éd.), *Conjoncture de l'Afrique centrale 2018*, collection « Cahiers africains », n°92, Paris/Tervuren/Anvers : L'Harmattan/MRAC/CRE-AC, p. 231-255.

⁷⁵ Lire avec intérêt, Albert MALUKISA NKUKU, « Lutte contre la grande corruption en RDC avec Félix Tshisekedi au sommet de l'Etat : une justice à deux vitesses », dans A. ANSOMS, A. NYENYEZI BISOKA & S. VANDENGISTE (éd.), préc., note 74, p. 107-129.

délictuelles les plus élaborées sont enchâssées dans un contexte de production et de répartition des rentes publiques⁷⁶.

Souvent galvaudé par bon nombre d'auteurs pour toutes les questions liées au développement et à la gestion étatique dans son ensemble, la bonne gouvernance est devenue un outil souvent usité pour répondre aux nombreux défis que pose la réalité sociopolitique en Afrique et au Congo : Ritournelle efficace ou simple trouvaille ? Sans penser que cela soit une solution magique, la bonne gouvernance pose d'autres défis qui contribueraient à gérer au mieux les territoires et autres espaces publics, ce, de façon efficace.

La bonne gouvernance et le droit d'accès à l'information en tant que droits humains sont complémentaires et la présente analyse la définit comme l'exercice de l'autorité par le biais de processus politiques et institutionnels transparents, dont la responsabilité peut être mise en cause et qui encouragent la participation du public. Lorsqu'il y est question de droits humains, elle se réfère aux normes énoncées dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et développées dans un certain nombre de conventions internationales qui définissent les normes minimales nécessaires pour garantir la dignité humaine.

Cette analyse étudie les liens qui existent entre la bonne gouvernance et les droits humains dans quatre domaines : les institutions démocratiques, les services de l'État, l'État de droit et les mesures anticorruption. Lorsqu'elles sont inspirées par les valeurs des droits humains, les réformes qui se rapportent à la bonne gouvernance des institutions démocratiques mettent à la portée du public les moyens de participer à l'élaboration des politiques, que ce soit par le biais d'institutions formelles ou de consultations informelles. Elles créent également des mécanismes qui permettent d'intégrer des groupes sociaux multiples aux processus décisionnels, en particulier au niveau local. Enfin, elles peuvent encourager la société civile et les communautés locales à formuler et à faire connaître leur position sur des sujets qu'elles jugent importants. Tel n'est pas le cas en RDC.

Dans le domaine des services de l'État au public, les réformes qui se rapportent à la bonne gouvernance représentent une avancée pour les droits humains quand elles rendent l'État plus à même d'assumer la responsabilité qui lui incombe, de fournir des biens collectifs essentiels à la protection d'un certain nombre de droits humains, tels que le droit à l'éducation, à la santé et à l'alimentation. Ces droits restent encore en RDC un éléphant blanc malgré les déclarations des bonnes intentions des autorités. Au nombre des initiatives devant être prises en matière de réforme, peuvent figurer des dispositifs régissant l'obligation de rendre des comptes et la transparence, des moyens politiques respectueux des cultures, afin de faire en sorte que les services soient accessibles à tous et acceptables par tous, ainsi que des moyens d'amener le public à participer aux prises de décisions.

En ce qui concerne l'État de droit encore en construction, les initiatives qui se rapportent à la bonne gouvernance et respectent les droits humains réforment la législation et aident les institutions, depuis les systèmes pénitentiaires jusqu'aux tribunaux et aux parlements, à mieux l'appliquer. Parmi les initiatives à prendre en matière de bonne gouvernance peuvent figurer la lutte en faveur d'une réforme juridique, la sensibilisation du public au cadre juridique national et international, et le renforcement des capacités ou la réforme des institutions.

⁷⁶ P. JACQUEMOT, préc., note 73, p. 129.

Enfin, les mesures anti-corruption font également partie du cadre de bonne gouvernance. Même si les liens qui existent entre la corruption, les mesures anticorruptions et les droits humains n'ont guère été étudiés jusqu'ici, le mouvement anti-corruption regarde du côté des droits humains pour soutenir ses efforts. Dans la lutte contre la corruption⁷⁷, les actions menées pour faire advenir la bonne gouvernance reposent sur des principes tels que l'obligation de rendre des comptes, la transparence et la participation pour mettre au point des mesures anti-corruption. En ce qui concerne la lutte contre la corruption, les violations des droits humains doivent être empêchées grâce au respect des garanties propres à l'État de droit.

Dans le cadre d'une enquête sur des cas de corruption, il va de soi que le droit à la vie, le droit de ne pas être soumis à la torture ainsi qu'à d'autres peines ou traitements inhumains, l'interdiction de discrimination, l'interdiction de détention ou d'emprisonnement arbitraire, le droit à un procès équitable et la protection de la sphère privée ainsi que de la famille doivent être protégés par des pratiques de bonne gouvernance pour la protection des droits humains⁷⁸. Toutes ces bonnes intentions sont destinées à garnir la vitrine pour la consommation extérieure. La RDC semble être à cet effet un grand éléphant blanc et aux pieds d'argile. Un ancien juge de la Cour Suprême des États Unis, Louis Brandeis, a fait cette remarque devenue célèbre: « La lumière du soleil est le meilleur désinfectant. ».

CONCLUSION

La question du droit d'accès à l'information est un des enjeux majeurs du XXIème siècle, de par la transformation profonde de nos sociétés grâce à la révolution numérique. Ce droit d'accès à l'information continue à progresser dans le monde même si le rythme d'adoption de nouvelles lois s'est ralenti. Le cadre normatif de référence est bien établi et il facilite l'élaboration de la loi dans les pays qui n'en disposent pas encore⁷⁹ et la mise en conformité de la loi existante avec ces normes dans ceux qui en ont une. « Le droit à l'information est-il vraiment un droit ? » et « Dans ce cadre, de quelle(s) information (s) parlons-nous ? ». L'accès à l'information est un des droits inaliénables dont a besoin chaque peuple pour connaître la gouvernance de son pays. Or l'adoption de la loi relative à l'accès à l'information tarde à cause du manque d'intérêt et de la mauvaise foi des députés congolais. On ne sent pas l'intérêt des députés et autres sénateurs pour cette loi. C'est plus la société civile et les médias qui s'intéressent à cette loi. Pourtant la Société congolaise a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration.

S'il y a beaucoup à faire pour renouer la confiance entre les citoyens congolais et les institutions, la transparence de l'information semble tout à fait être un des moyens pour y arriver. Dans un contexte général de défiance vis-à-vis de nos représentants, ceux-ci doivent dépasser les simples mots et passer aux actes. Il faut les convaincre que, les espérances s'étant largement exprimées, ils doivent se responsabiliser. La défiance dont ils sont victimes délite plus largement la confiance des citoyens envers la démocratie. Il faut convaincre les citoyens que se battre pour ce droit sera à terme bénéfique pour notre système politique

⁷⁷ A. MALUKISA NKUKU, préc., note 75, p. 107-129.

⁷⁸ NATIONS UNIES/OHCHR, *Pratiques de bonne gouvernance pour la protection des droits humains*, Publication de Nations unies, New York et Genève, 2008, 102 p., en ligne : <<https://shop.un.org/books/pratiques-de-bonne-gouvernance-pou-42605>>.

⁷⁹ En RDC, le projet de loi sur le droit d'accès à l'information demeure encore dans le tiroir de l'Assemblée nationale congolaise.

En RDC, l'adoption de la loi sur l'accès à l'information publique et sa mise en œuvre requiert une volonté politique au plus haut niveau car il s'agit de mener de véritables politiques de modernisation et de réforme des structures administratives et des modes de fonctionnement existants, de promotion de la loi et d'évaluation régulière de son application une fois adoptée. Elle réclame une révolution des mentalités des agents publics et se heurte souvent à leur résistance car ils sont habitués depuis des décennies à travailler sans avoir à rendre de comptes. Elle suppose également l'affectation de ressources humaines et matérielles suffisantes.

*

* *

SOMMAIRE

I-L'INSTITUTION DES MESURES DE PRESERVATION LIMITEES DE L'UNITE DU TRAITEMENT DES DIFFICULTES DU DEBITEUR DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES COMMUNAUTAIRES

- A- La coordination timidement assurée des actions des syndicis
 - 1- Le renforcement inachevé de la prééminence de la procédure collective principale
 - 2- La prééminence insuffisamment garantie des décisions du syndic de la procédure principale
- B- La coordination limitée des actions des juridictions nationales OHADA
 - 1- L'existence d'un régime de coopération directe inachevé entre les juridictions nationales OHADA
 - 2- L'efficacité douteuse du régime de coopération indirecte entre les juridictions nationales OHADA

II- L'ADMISSION DES MESURES QUASI ADEQUATES DE PRESERVATION DE L'UNITE DU TRAITEMENT DES DIFFICULTES DU DEBITEUR DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES EXTRACOMMUNAUTAIRES

- A- La coordination peu prévisible des actions des juridictions nationales OHADA et des juridictions étrangères
 - 1- L'opportune libéralisation de la coopération directe entre les juridictions nationales OHADA et les juridictions étrangères
 - 2- La modulation risquée de la coopération indirecte entre les juridictions nationales OHADA et juridictions étrangères par les syndicis
- B- La coordination appropriée des effets des procédures collectives étrangères dans l'espace OHADA
 - 1- La coordination par la prééminence de la procédure collective locale sur les procédures collectives étrangères principales
 - 2- La coordination duale des effets en cas de concurrence entre procédures collectives étrangères dans l'espace ohada



INTRODUCTION

Par l'effet de la mondialisation, les échanges internationaux communautaires et extracommunautaires se sont accentués¹. Les personnes physiques et morales exerçant des activités économiques s'établissent dans des pays distincts et nouent des relations économiques importantes. Pour ces derniers d'ailleurs, les activités économiques transfrontalières qu'ils exercent dans l'espace OHADA ou hors de l'espace OHADA, semblent être à la fois une condition de leur survie et de leur expansion². Le législateur communautaire OHADA a pris en compte cette situation en instituant un régime des procédures collectives internationales³.

L'institution d'un régime des procédures collectives internationales est d'autant plus importante que l'accroissement des personnes physiques et morales exerçant des activités économiques ne va pas sans avènement des faillites internationales. En cas de faillite internationale plus d'une procédure collective internationale peuvent être ouvertes ou reconnues dans l'espace OHADA⁴. En pareille situation le relèvement du débiteur peut être compromis.

A la faveur de l'Affaire Air Afrique la question de l'unité de traitement des difficultés du débiteur s'est posée sous le prisme de la coexistence de deux procédures collectives communautaires à vocation principale⁵. De nos jours, suite à la réforme de l'AUPCAP, il est admis qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective principale dans le dit espace ou de la reconnaissance d'une procédure collective étrangère, seule une ou plusieurs procédures collectives secondaires peuvent être ouvertes ou reconnues dans l'espace OHADA⁶. La gestion efficace de cette situation d'insolvabilité internationale nécessite la préservation de l'unité de traitement des difficultés du débiteur⁷. Afin d'éviter tout malentendu, le sens dans lequel nous appréhendons les termes essentiels du thème mérite d'être précisé. En adoptant une approche segmentée, il convient de saisir au préalable les contours de la notion d'unité, de traitement puis celles de difficultés et celle de débiteur.

¹ Du point de vue des échanges intra-communautaires, l'on note l'avènement sur le marché camerounais du groupe Dangoté qui opère une chevauchée sur le marché de la cimenterie caractérisée par une montée exponentielle du volume des ventes. Le secteur Bancaire n'est pas en reste au regard de l'extension du groupe bancaire *Nigérian United Bank for Africa* en Afrique. Du point de vue des échanges extra-communautaires, les investisseurs étrangers font partis du tissu économique camerounais à l'exemple de la société Cimaf, Medecm, Total, Orange, Mtn, Nextel, les Brasseries.

² Valéri Lesmont BAHOKEN, « La compétence extracommunautaire des tribunaux judiciaires OHADA », (2018) 902 *Penant*, janvier-mars, p.7.

³ En effet, les bailleurs de fonds internationaux notamment le fonds monétaire international s'attache à la promotion des régimes d'insolvabilité ordonnées et efficaces. Les procédures collectives exigent l'intervention des tribunaux, l'existence même d'un tel régime incite les débiteurs et les créanciers à entamer des négociations pouvant faciliter le traitement efficace des difficultés du débiteur.

⁴ Une procédure collective principale communautaire pourra être ouverte sur le territoire de localisation du siège du débiteur et éventuellement des procédures collectives secondaires sur les territoires de lieu de localisation de l'établissement du débiteur. Les procédures collectives extra-communautaires pourront être reconnues dans l'espace OHADA à la demande du représentant étranger.

⁵ En fait une procédure collective principale de liquidation des biens avait été ouverte à l'encontre de la compagnie multinationale Air Afrique en février 2002 au tribunal de première instance d'Abidjan plateau. Quelques mois plus tard le tribunal hors classe de Dakar a qualifié de procédure collective principale la procédure ouverte au Sénégal en méconnaissance de l'antériorité de la procédure ouverte à Abidjan.

⁶ V. Art. 251 de l'AUPCAP.

⁷ Sans cette unité, les différentes procédures collectives ouvertes ou reconnues à l'encontre d'un débiteur pourraient poursuivre des objectifs contradictoires préjudiciables à la gestion efficace du traitement des difficultés du débiteur. Sur la question voir CJUE, 22 nov, 2012. C-116 /11, *aff. Bank Handlowy*.

Notion polysémique, ambivalente et moins utilisée en droit, l'unité renvoie au caractère de ce qui est un, de ce qui forme un tout.⁸ Elle trouve néanmoins une terre d'élection en matière de procédures collectives internationales. En la matière, elle constitue le but recherché par la coordination des différentes procédures ouvertes à l'encontre d'un débiteur exerçant des activités économiques transfrontalières. Elle renvoie donc à un résultat unique à contrario d'un résultat divergeant en présence de plusieurs procédures collectives ouvertes ou reconnues à l'encontre d'un même débiteur⁹. La notion de traitement renvoie à l'action de traiter, d'administrer une thérapie à un élément. En sus, elle désigne l'ensemble de moyens employés pour guérir un élément d'une pathologie¹⁰. Pris sous ce prisme, l'unité de traitement désigne une thérapie non dissonante, produisant un résultat unique propice à la pérennisation de l'entreprise.

L'expression difficultés du débiteur est une notion complexe. Ni le législateur communautaire OHADA des procédures collectives, ni les juges de la CCJA n'en donnent une définition. Le législateur communautaire OHADA s'est contenté à définir la cessation de paiements¹¹. En pareille situation, il convient de se référer à d'autres référents pour saisir la quintessence de cette expression. Se référant à la langue Française, les difficultés sont le caractère de ce qui est difficile, elles désignent tout élément qui empêche, gêne le sujet dans une action¹². Les difficultés du débiteur peuvent être non économiques et économiques¹³. Les difficultés économiques ont aussi une dimension financière. Dans le cadre de notre étude, la notion de difficultés sera appréhendée exclusivement sur le plan économique et financier. Que dire du mot débiteur ? Le débiteur est le sujet passif d'un rapport d'obligation¹⁴. Ce sujet peut être soit une personne physique soit une personne morale. Le débiteur peut donc être une entreprise en difficulté. Qu'entend-t-on par entreprise en difficulté ?

Pour clarifier l'expression J.M. Nyama écrit : « une entreprise en difficulté est celle qui ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible »¹⁵. Cette définition nous paraît incomplète parce que ne prenant pas en compte la conceptualisation de la cessation de paiements issue de la réforme du droit des procédures collectives en 2015¹⁶.

Pour Jean-François Daigne,

« [...] il existe trois concepts d'entreprise en difficultés. Il s'agit d'abord d'entreprises non rentables en état de cessation des paiements, qui de ce fait, risquent de ne pas pouvoir continuer leur exploitation. Il s'agit ensuite

⁸ Petit LAROUSSE, *Larousse de français*, 2^{ème} éd, Paris, Larousse, 2018, v° « Unité ».

⁹ L'ouverture des procédures collectives secondaires liquidatives poseraient des problèmes de conciliation presque impossible entre la procédure visant le redressement judiciaire du débiteur et la liquidation des biens sur la question lire Henry LAURENCE-CAROLINE « Coopération entre juridictions », règlement UE N° 2015/848 du 20 mai 2015 relative aux procédures d'insolvabilités commentaire article par article, janvier 2016, p. 268

¹⁰ Dictionnaire encyclopédique universel, ed. 1998, v° « Traitement ».

¹¹ Cf. Art. 25 de l'AUPCAP.

¹² Dictionnaire encyclopédique universel, ed 1998, P.386.

¹³ Dans ce cadre, elles peuvent renvoyer aux différends entre associés ou entre la société et les salariés. Sur ce point lire L. SOUNKOU, Le traitement conventionnel des difficultés de l'entreprise, Mémoire de Master professionnel, Yaoundé, Université Catholique d'Afrique centrale, janvier 2021, p.6.

¹⁴ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6^{ème} édition, Paris, PUF, 2001, p.695.

¹⁵ Jean Marie NYAMA, *Éléments du droit des affaires au Cameroun-OHADA*, collection « apprendre », Yaoundé, Presses de l'UCAC, 2000, p.170.

¹⁶ La cessation de paiement est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédits, ou les délais de paiement donc le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible.

d'entreprises saines ou très peu performantes qui risquent en cas d'évolution dans le mauvais sens, de se retrouver en état de cessation de paiements. Il s'agit enfin d'une entreprise présentant un déséquilibre industriel, humain, social ou financier »¹⁷.

Dans le cadre de la présente étude axée sur les procédures collectives internationales, nous entendons par débiteur en difficulté, toute personne physique ou morale exerçant des activités économiques transfrontalières en cessation de paiement objet d'une procédure collective soit de redressement judiciaire soit de liquidation de biens. Quel est le contenu de l'expression procédures collectives internationales ? Autre expression clé de notre sujet.

Le législateur communautaire OHADA des procédures collectives n'a pas prévu une définition générique de l'expression procédures collectives internationales. Il procède à une définition catégorielle de cette expression. Cette catégorisation de la définition des procédures collectives internationales OHADA ressort de l'analyse des dispositions de l'article 1-3 de l'Acte uniforme OHADA du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Au regard de la structure de cet article, il existerait deux grandes catégories de procédures collectives internationales : Les procédures collectives communautaires et les procédures collectives extra-communautaires. Du point de vue communautaire il existe deux types de procédures collectives internationales en droit OHADA à savoir la procédure collective secondaire et la procédure collective principale. Cette dernière est définie : « Comme *une procédure collective ouverte conformément au présent acte uniforme sur le territoire d'un État partie ou le débiteur a son principal établissement ou, personne morale, son siège* ». ¹⁸ Si le débiteur n'a pas son principal établissement ou la personne morale, son siège sur le territoire d'un État partie au traité OHADA, la procédure collective est qualifiée de procédure collective secondaire. ¹⁹ Du point de vue extra-communautaire la procédure collective est dite étrangère. Dans ce cas, elle est définie comme :

« Une procédure collective judiciaire, administrative ou autre y compris une procédure provisoire, régie par la loi relative à la procédure collective d'un État étranger, dans le cadre de laquelle les biens et les affaires du débiteur sont soumis à un contrôle ou à la surveillance d'une juridiction étrangère aux fins de redressement du débiteur ou de la liquidation des biens ²⁰ ».

La procédure collective internationale étrangère peut être principale ou non principale. Elle est dite principale lorsqu'elle est ouverte dans un État étranger où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux y compris son siège, son centre d'exploitation, son principal établissement ou, le cas échéant sa résidence. ²¹ En substance, l'expression procédures collectives internationales désigne les procédures collectives ayant pour objet le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne physique ou d'une personne morale ayant des biens ou des créanciers sur le territoire de plus d'une juridiction.

La définition de l'expression procédures collectives internationales dégage un consensus : l'existence d'un cas de procédure collective internationale implique la présence d'un élément

¹⁷ Jean-François DAIGNE, *Dynamique du redressement de l'entreprise*, Paris, Organisation Eds, 1988, p.27.

¹⁸ Cf. Art. 1-3 tiret 14 AUPCAP révisé.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

d'extranéité dans la situation de l'insolvabilité²². Ce cas d'extranéité peut être communautaire ou extra-communautaire²³.

S'il est vrai que le législateur communautaire OHADA des procédures collectives a pour souci de préserver l'unité du traitement des difficultés du débiteur, **il reste à savoir si on peut se satisfaire des ressources juridiques mobilisées à cette fin par l'AUPCAP ?** Cette question est importante à notre avis car sa réponse permettrait d'apprécier la portée des mesures de préservation de l'unité du traitement des difficultés du débiteur exerçant des activités économiques transfrontalières en droit OHADA. En effet à la faveur de la réforme du droit des procédures collectives en 2015, le législateur a manifestement opté pour une graduation des finalités des procédures collectives. Cela étant la pérennisation de l'entreprise apparaît de nos jours comme l'objectif primordial²⁴. L'unité du traitement des difficultés d'une multinationale étant un facteur de sa pérennité, notre étude vise à déceler les écueils du dispositif juridique existant et de proposer les axes de son amélioration. L'analyse des dispositions de l'AUPCAP permet de se rendre compte que le dit acte uniforme a prévu des mesures de préservation limitées de l'unité du traitement des difficultés du débiteur. C'est le cas dans les procédures collectives internationales communautaires (I) ainsi que dans les procédures collectives internationales extra-communautaires (II).

I. L'INSTITUTION DES MESURES DE PRESERVATION LIMITEES DE L'UNITE DU TRAITEMENT DES DIFFICULTES DU DEBITEUR DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES COMMUNAUTAIRES

L'expression procédures collectives communautaires désigne les procédures collectives ouvertes sur le territoire des Etats parties au traité OHADA. L'examen des dispositions²⁵ du régime des procédures collectives internationales communautaires permet de réaliser que la préservation de l'unité du traitement des difficultés du débiteur est recherchée par l'AUPCAP. Quels sont les moyens institués par l'AUPCAP pour préserver l'unité dans les procédures collectives internationales communautaires ? Sont-ils satisfaisants ? À la lecture des dispositions de l'Acte Uniforme révisé portant organisation des procédures collectives, l'on ne peut s'empêcher de relever l'existence d'une coordination timidement assurée des actions des syndics (A) et d'une coordination limitée des actions des juridictions nationales OHADA (B).

A. La coordination timidement assurée des actions des syndics

En cas d'ouverture d'une procédure collective principale sur le territoire d'un État membre de l'OHADA, des procédures collectives secondaires peuvent être ouvertes sur le territoire des

²² Il peut s'agir de la dispersion des actifs du débiteur dans plusieurs États ; la présence des créanciers dans différents États ou l'ouverture de la procédure collective dans un État tiers au traité OHADA.

²³ Au plan communautaire, l'extranéité reposerait sur la différence de nationalité entre créanciers, la localisation des biens du débiteur sur le territoire des Etats parties au traité OHADA autre que celui du lieu d'ouverture de la procédure collective principale. Au plan extra-communautaire, l'extranéité repose sur la localisation du siège social ou de l'établissement du débiteur hors de l'espace OHADA.

²⁴ Sur ce point lire Alex-François TJOUEEN, « La graduation des finalités du droit OHADA des entreprises en difficultés », (2016) 4 : 8 *RADSP*, p.9.

²⁵ Ces dispositions sont prévues par les articles 247 à 255 de l'Acte uniforme portant Droit des procédures collectives d'apurement du passif.

autres États parties au traité OHADA²⁶. Le législateur communautaire OHADA des procédures collectives, recherche l'unité du traitement des difficultés du débiteur à travers la coordination des actions syndics²⁷. L'analyse des dispositions textuelles encadrant la coordination des actions des syndics laisse entrevoir un renforcement inachevé de la prééminence de la procédure collective principale (1), ainsi qu'une prééminence insuffisamment garantie des décisions du syndic de la procédure principale (2).

1. Le renforcement inachevé de la prééminence de la procédure collective principale

Pour traiter efficacement les difficultés économiques et financières d'un débiteur exerçant des activités économiques transfrontalières, il paraît nécessaire d'instituer un cadre juridique propice à la préservation de l'unité du traitement des difficultés. Cette recherche de l'unité du traitement était déjà manifeste dans l'Acte uniforme du 10 avril 1998. Elle se manifestait à travers l'affirmation de la prééminence de la procédure collective principale sur les procédures collectives secondaires²⁸. A la faveur de la réforme de 2015, le législateur amorçe le renforcement de cette prééminence. Cette volonté de prééminence trouve sa traduction normative dans l'espace OHADA dans les dispositions de l'article 247 de l'AUPCAP qui énonce que :

«Lorsqu'elles sont exécutoires, les décisions d'ouverture, ainsi que celles qui règlent les contestations ou les différends nées de ces procédures et celles sur lesquelles les procédures collectives exercent une influence juridique, prononcées dans le territoire d'un État partie conformément au présent acte uniforme ont autorité de la chose jugée sur le territoire des autres États parties ».

S'intéressant de prêt au contenu de cette disposition textuelle, l'on note la volonté des États membres de l'OHADA de garantir la reconnaissance de plein droit des décisions du juge du for, dans l'espace OHADA²⁹. Cette solution vise à préserver la cohérence impulsée par la procédure collective principale³⁰. Elle est ensuite vectorisée par le devoir de coopération des États³¹. Ainsi les solutions préconisées dans le cadre de la procédure collective principale seront appliquées sur tous les territoires où sont localisés les biens du débiteur.

Le deuxième enseignement non moins important réside sur la recherche de la cohérence dans le traitement des difficultés du débiteur. Cette cohérence est recherchée par l'entremise du renforcement de la prééminence de la procédure collective principale. Cette prééminence reflète la

²⁶ Cette ouverture est conditionnée par la présence d'un établissement sur le territoire du lieu d'ouverture de la procédure collective secondaire.

²⁷ Cette coordination constitue la deuxième modalité de la coopération entre les syndics. Elle s'avère importante, parce qu'elle permet un traitement cohérent des difficultés du débiteur. V. en ce sens L-C. HENRY, « article 41. Coopération et communication entre praticiens de l'insolvabilité », Règlement (UE) n°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, commentaire article par article, janvier 2016, p.260.

²⁸ L'on note que tout en consacrant un régime de coopération entre le syndic de la procédure principale et les ou le syndic de la procédure secondaire, l'AUPCAP entend garantir le rôle prédominant de la procédure principale. Lire en ce sens LEGRAND, « art 20. Effet de la reconnaissance », Règlement (UE) N°2015/3848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, commentaire article par article, janvier 2016, p.162.

²⁹ L'on remarque que si une procédure collective principale est ouverte dans un État partie au traité OHADA, où le débiteur a son siège, elle produit, dans les autres États membres, tous les effets que lui attache la loi de cet État. V. en ce sens LEGRAND, préc., note 28, p. 161.

³⁰ On relève ainsi le souci, du législateur communautaire OHADA des procédures collectives, de faire respecter une cohérence d'ensemble dans le traitement des difficultés économiques et financières du débiteur. Lire en ce sens V. LEGRAND, préc., note 28, p.162.

³¹ Idem.

volonté de l'AUPCAP de se tourner vers les perspectives de redressement du débiteur³². Si le renforcement de la prééminence de la procédure principale sur la procédure secondaire, nous semble opportun pour l'articulation et la coordination des actions des syndics, il convient cependant de formuler le regret que l'AUPCAP ne soit pas allé plus loin. En effet, partant de l'hypothèse que l'ouverture d'une procédure secondaire peut nuire à la gestion efficace de masse de l'insolvabilité³³, la prééminence de la procédure collective principale dans le régime des procédures collectives internationales communautaires OHADA nous semble limitée. Le syndic de la procédure collective principale ne dispose pas de moyens de droit pour empêcher l'ouverture d'une procédure secondaire.

Si l'article 251 de l'AUPCAP permet l'ouverture des procédures secondaires dans l'espace OHADA en énonçant que :

« La reconnaissance des effets d'une procédure collective ouverte par la juridiction compétente d'un État partie conformément au présent acte uniforme ne fait pas obstacle à l'ouverture d'une autre procédure collective, y compris une procédure collective secondaire, par la juridiction compétente d'un autre État partie, pourvu que la requête en ouverture remplisse les conditions exigées par le présent acte uniforme »,

À s'en tenir aux règles posées par cet article, l'ouverture des procédures collectives secondaires est fondée sur l'idée de protection des créanciers locaux³⁴, le syndic de la procédure collective principale pourrait empêcher l'ouverture de la procédure collective secondaire, s'il propose des garanties de protection des intérêts des créanciers locaux. Cette solution n'est pas consacrée par l'AUPCAP. Que doit-on déduire du silence du législateur communautaire OHADA des procédures collectives ? S'il n'interdit pas cette pratique peut-on en déduire qu'il l'autorise ? Cette question pourrait faire l'objet d'un avis auprès de la CCJA à la demande des États parties ou d'une juridiction nationale OHADA. En attendant, il nous semble que du point de vue théorique la réponse semble être négative. Pour s'en convaincre la CCJA dans un arrêt en date du 18 avril 2002 estime que : « Les Actes uniformes contiennent des lois de fond et de procédure qui ont seule vocation à s'appliquer dans les États parties »³⁵.

La réponse livrée par la CCJA est sans équivoque : Seules les solutions instituées par le législateur OHADA à travers les Actes uniformes sont applicables dans l'espace OHADA. L'Acte uniforme sur les procédures collectives étant une règle de procédure, nous estimons qu'une solution non prévue par ses dispositions ne saurait être appliquée. Toutefois du point de vue empirique, nous récusons cette solution. En effet, l'ouverture d'une ou de plusieurs procédures

³² L'économie des dispositions de l'article 1^{er} de l'AUPCAP révèle que l'objectif prioritaire du Droit des procédures collectives est la préservation des activités économiques, et les niveaux d'emplois des entreprises débitrices et de redresser rapidement les entreprises viables. L'on note que le nouvel AUPCAP opère un passage d'une volonté sanctionnatrice à une volonté préservatrice de l'activité du débiteur. Lire en ce sens Joelle Debora MAGUEU KAMDEM, *Le financement de l'entreprise en difficultés en droit OHADA*, Thèse de doctorat, Dschang, Université de Dschang, 03 août 2016, p.9.

³³ Cf. considérant 40 règlements (UE) n°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

³⁴ L'on note que cette protection ne serait pas toujours assurée par l'ouverture d'une procédure collective principale, sur le territoire d'un État membre de l'OHADA où est localisé le siège ou le principal établissement du débiteur, compte tenu des circonstances de faits à l'exemple de l'éloignement, de la langue et de la différence des principes juridiques. Lire en ce sens, J.L. VALLENS, « Les définitions », Règlement UE n-0 2015/848 DU 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité commentaire article par article, janvier 2016. P.51.

³⁵ CCJA arrêt n-012/2002 du 18 Avril 2002.

collectives secondaires accessoires pourraient être une source de multiplication des coûts et d'allongement des délais de procédures. Or si le syndic de la procédure principale garantit la protection des intérêts des créanciers locaux, il est logique qu'il ait le droit d'empêcher l'ouverture d'une ou de plusieurs procédures secondaires. Contrairement à la législation OHADA, le règlement européen sur l'insolvabilité internationale a consacré une pareille solution. Elle est inscrite dans l'article 38 alinéa 2 du règlement (UE) N°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité qui énonce que :

« Lorsque le praticien de l'insolvabilité de la procédure principale a pris un engagement conformément à l'article 36, la juridiction visée au paragraphe 1 du présent article, à la demande du praticien de l'insolvabilité, n'ouvre pas de procédure d'insolvabilité secondaire si elle considère que l'engagement protège correctement l'intérêt général des créanciers locaux ».

Cette solution pourrait être réceptionnée et aménagée dans l'espace OHADA. La préservation de l'unité de traitement des difficultés du débiteur est aussi recherchée par la prééminence des décisions du syndic de la procédure collective principale. Peut-on se contenter des mesures instituées pour assurer la prééminence des décisions du syndic de la procédure principale ? Il faut croire que non.

2. La prééminence insuffisamment garantie des décisions du syndic de la procédure principale

La préservation de l'unité dans le traitement des difficultés d'un débiteur exerçant des activités économiques transfrontalières nécessite aussi une prééminence des actes du syndic de la procédure principale sur ceux des syndics des procédures secondaires. Est prééminent ce qui a une supériorité de droit, de dignité, de rang ou ce qui est au-dessus des choses de même genre³⁶. L'AUPCAP organise cette prééminence. Pour s'en convaincre, l'article 252 alinéa 1 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives confortent cette idée en énonçant que : « Le syndic d'une procédure collective secondaire doit en temps utiles, permettre au syndic de la procédure collective principale de présenter des propositions relatives à l'issue de la procédure collective secondaire ou à toute utilisation des actifs de la procédure collective secondaire ». Cette prééminence des décisions du syndic de la procédure collective principale sur celles du syndic ou des syndics des procédures collectives secondaires permet à ce dernier de veiller sur la cohérence des mesures initiées par le syndic de la procédure secondaire³⁷. On ne peut s'empêcher d'observer que cette solution est opportune. En effet, si la procédure collective principale a pour finalité le redressement judiciaire du débiteur, les mesures de liquidation des biens initiées par le ou les syndics des procédures secondaires seront contreproductives. Cette prééminence serait donc de nature à garantir une symphonie entre les actes des différents syndics intervenant dans le traitement des difficultés du débiteur.

La formulation de l'article 252 al. 2 de l'AUPCAP suscite l'idée de l'existence d'un droit de regard du syndic de la procédure principale sur la procédure secondaire. G.C. Giorgini l'a bien relevé en ces termes : « Le syndic de la procédure principale a un droit de regard sur le

³⁶ *Dictionnaire Encyclopédique universel*, Précis, éd 1998, Paris, p.1023.

³⁷ A travers cette mesure, l'AUPCAP évite les distorsions entre les procédures secondaires et les procédures principales. En effet, l'existence des distorsions pourrait entraver le traitement cohérent des difficultés du débiteur.

déroulement des opérations locales »³⁸. Ce droit de regard est un moyen de préservation de l'effectivité de la prééminence des décisions du syndic est d'autant très important en matière de cession d'actifs du débiteur.³⁹ En cas de faillite internationale, la prééminence des décisions du syndic de la procédure principale serait un moyen de préservation de l'unité des opérations de cession⁴⁰. La cession globale d'actif constituant de nos jours une mesure de sauvetage du débiteur⁴¹, l'absence de coordination des opérations de cession pourrait aboutir à des cessions entre les mains de plusieurs repreneurs⁴². En pareil cas, la coopération à travers une information mutuelle et régulière entre les syndics est une aubaine pour assurer la cession d'actif du débiteur entre les mains d'un seul repreneur. Dans l'affaire EMTEC⁴³ et le dossier FARGO-Brandt⁴⁴ par exemple, la cession de l'actif du débiteur en difficulté entre les mains d'un seul repreneur a été possible par l'étroite collaboration entre les différents administrateurs des souverainetés concernées par le traitement des difficultés du débiteur.

Mais il faut le souligner, la préservation de l'unité de traitement nécessite un peu plus de ressources juridiques pour imposer la coordination⁴⁵. Si pour les juristes positivistes, la règle de droit se suffit à elle-même et que son contenu n'est pas une condition de son application⁴⁶ sur cette base, l'effectivité d'un texte publié ne poserait aucun problème. Mais il faut relever qu'en matière de procédures collectives internationales, la réalité semble être autre. En effet, cette discipline ne devrait pas s'accommoder des normes inachevées dont l'incarnation pratique dépendrait exclusivement de l'ingéniosité des magistrats. De ce fait, l'absence des dispositions relatives à la coordination des mesures de restructuration pourrait aboutir à une pluralité des plans de restructuration poursuivant des objectifs contradictoires⁴⁷, ou à la cession de l'actif du débiteur à plus d'un repreneur⁴⁸. Dans les pays de tradition juridique romano germanique, le juge a besoin des

³⁸ Giorgini GIULIO CESARE, *Méthodes conflictuelles et règle matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale*, Paris, Dalloz, 2006, p.268.

³⁹ La cession d'actifs comme technique applicable au concordat de redressement constitue une innovation majeure de à une simple consiste plus uniquement à une simple réorganisation de l'entreprise, mais à la possibilité accordée au débiteur de proposer des solutions permettent aux tiers d'acquérir une partie des biens de l'entreprise afin de sauver son exploitation. Sur ce point, lire J.D. MAGUEU KAMDEM, préc., note 32, p.31.

⁴⁰ L'on note que l'AUPCAP consacre une articulation hiérarchisée entre la procédure collective principale et les procédures secondaires. Doté d'un pouvoir transfrontalier, le syndic de la procédure collective principale qui assume toutes les démarches de préparation, d'élaboration des plans de redressement ou de cession pourra assurer au mieux l'unité de traitement des difficultés du débiteur.

⁴¹ Y.M. METSIBA, *La cession d'actifs et le sauvetage de l'entreprise*, Mémoire de Master, Université de Yaoundé II, 09 janvier 2020, P.15.

⁴² Dans l'affaire EMTEC par exemple la coordination des différentes procédures avait permis une concentration de la gestion de l'insolvabilité afin de valoriser la cession d'actif entre les mains d'un seul repreneur.

⁴³ H. BOURBOULOUX et M. LOISEAU, « Le règlement européen et les groupes, bilan et perspectives. La construction conjointe des tribunaux et praticiens français », colloque Dijon CREDIMI, *Rev. Proc. Coll.*, n° 6 nov. 2013, dossier 51.

⁴⁴ « L'affaire Fargo-Brandt vue de l'intérieur ou comment pallier l'absence de la notion de groupe au sein de l'union européenne », (2015) 2 *BJE*, p.78.

⁴⁵ Il y'a lieu de s'interroger sur l'intérêt de la souplesse du législateur OHADA des procédures collectives dès lors que les objectifs de l'OHADA nous paraissent dépourvus de toute ambiguïtés. En effet le degré de précision des objectifs de l'OHADA tend à proscrire les vides juridiques. Pour s'en convaincre, l'article 14 du traité OHADA vise explicitement la sécurité juridique comme objectif phare de l'OHADA.

⁴⁶ Lire sur ce point Eric KENFACK, « L'effectivité des dispositions contraires au droit : Réflexion à partir des lois foncières et du travail au Cameroun », dans *L'effectivité du droit. De l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier. Mélanges en l'honneur du professeur Françoise Anoukaha*, coll. « Études Africaines », Paris, L'Harmattan, 2021, p.89.

⁴⁷ Tribunal de Commerce de Nanterre, *Aff. EMTEC*, 15 fév. 2006, n°2006, P00149.

⁴⁸ V en ce sens S. TREVINO, Th. LEONARD, A-S. NOURY, « L'affaire Fargo Brandt vue de l'intérieur ou comment pallier l'absence de notions de groupes au sein de l'Union Européenne », (2015) 2 *BJE*, p.78.

ressources juridiques suffisantes pour imposer la coordination lorsque les parties ne s'y soumettent pas volontairement⁴⁹. L'absence des ressources juridiques conséquentes n'est pas propice à la survie du débiteur ou à la préservation de l'activité économique⁵⁰.

A ces moyens de préservation de l'unité du traitement des difficultés du débiteur vient s'ajouter la coordination des actions des juridictions. Cette coordination recèle des limites qui annihilent sa matérialisation pratique.

B. La coordination limitée des actions des juridictions nationales OHADA

En énonçant en son article 252-1 que : « En cas d'ouverture de procédures collectives dans plusieurs États parties à l'encontre d'un même débiteur, les juridictions compétentes coopèrent dans la mesure du possible soit directement soit par l'intermédiaire d'un syndic », l'Acte uniforme OHADA révisé portant droit des procédures collectives d'apurement du passif reconnaît que la coopération entre les juridictions concernées par les différentes procédures collectives communautaires ouvertes à l'encontre d'un même débiteur est un moyen de préservation de l'unité du traitement des difficultés. Cette unité est nécessaire pour assurer la survie du débiteur.⁵¹ En évoquant expressément les termes directement et par l'intermédiaire, l'article 252 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives institue deux régimes de coopération : au-delà de cette consécration explicite de la coopération directe et indirecte entre les juridictions nationale OHADA, son incarnation pratique est hypothétique du fait de l'existence d'un régime de coopération directe inachevé d'une part (1) et d'autre part de l'effectivité douteuse de la coopération indirecte (2).

1. L'existence d'un régime de coopération directe inachevé entre les juridictions nationales OHADA

En présence d'une procédure collective internationale principale et des procédures collectives secondaires, la coopération et surtout la coordination entre les juridictions est nécessaire⁵². Elle permet d'éviter les distorsions entre les différentes procédures ouvertes à l'encontre d'un même débiteur. L'AUPCAP prend en considération cette exigence en consacrant un principe général de coordination judiciaire des procédures collectives principales et secondaires ouvertes dans l'espace OHADA⁵³. Pouvant être effectuée directement par les différentes juridictions concernées par les procédures collectives ouvertes contre un même

⁴⁹ En matière de procédures collectives, le juge a une figure mixte. Acteur autrefois passif dans le cadre du procès civil ou commercial, de nos jours, en raison de son pouvoir de direction économique, il peut imposer des mesures de coordination en se fondant sur des dispositions légales. D'ailleurs dans le cadre de ses fonctions juridictionnelles ils ne relèvent que de la loi et de leur conscience.

⁵⁰ D'autant plus que la préservation des intérêts sociaux et la préservation de l'activité économique sont deux objectifs conciliables en matière de procédure collective.

⁵¹ Cette exigence de coopération entre les juridictions intervenantes dans les différentes procédures collectives ouvertes contre le débiteur était absente dans le régime des procédures collectives internationales institué par l'ancien acte uniforme.

⁵² En effet, elle constitue un élément capital pour assurer le traitement cohérent des difficultés du débiteur. V., en ce sens, Laurence Carole HENRY, « Règlement UE n-0 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité commentaire article par article », janvier 2016. p.265.

⁵³ Le législateur communautaire OHADA, s'inspirant sûrement de l'article 41 du règlement UE N°2015/848 du 20 Mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, pose un principe général de coordination des procédures principales, territoriales et secondaires dans l'espace OHADA. L'objectif de ce principe est la recherche de la cohérence entre les différentes procédures. Sur ce point, lire H. LAURENCE-CAROLINE, « Article 42, coopération et communication entre les juridictions », op.cit., P.265.

débiteur, cette coordination par voie de coopération directe se met en place pour toute procédure en cours et lors de l'ouverture d'une autre procédure⁵⁴.

L'unité de traitement des difficultés du débiteur dans le contexte de la faillite internationale communautaire étant liées à la cohérence des différentes souverainetés ayant ouvert des procédures collectives principales et secondaires, la préservation de l'unité commande une communication entre les différentes juridictions et des échanges d'informations. Sans ces échanges les différentes procédures collectives seront menées de manière cloisonnée. Le cloisonnement des procédures en matière de faillite internationale n'est pas propice à la cohérence nécessaire pour assurer l'unité de résultat nécessaire pour la survie du débiteur⁵⁵.

Ainsi, la coopération s'imposerait aux différents magistrats impliqués dans les procédures ouvertes à l'encontre du débiteur⁵⁶. Toutefois, nous regrettons le mutisme de l'OHADA sur la question des modalités de la coopération entre les juridictions. Cette carence n'est pas de nature à assurer l'effectivité de la coopération entre les juridictions⁵⁷. La réalisation de cette coopération implique l'existence des conditions préalables : il s'agit de la précision des modalités pratiques de communication entre les juridictions OHADA ; de la précision de l'organe pivot de la coopération et de la précision par tous les Etats parties au traité OHADA des modalités de coopération. Sans ces précisions, le régime de coopération entre juridictions institué par le législateur OHADA des procédures collectives restera une pure décoration, un vœu sur papier. Or la règle de droit se veut impérative. Cependant, il y a lieu de relever que la précision des modalités de communication directe entre les juridictions OHADA ne suffit pas pour garantir l'effectivité de cette coopération et par voie de conséquence son efficacité. En effet, l'effectivité de la règle pouvant être considérée par rapport à l'individu.⁵⁸

Cette carence pourrait susciter le problème pratique de savoir quel est l'organe pivot de la coopération entre les juridictions en matière de traitement des difficultés du débiteur ? Laissant le soin aux législations nationales d'apporter une réponse à cette question, nous estimons qu'il reviendra à cet organe le droit d'être informé des demandes de coopération et de communication entre les tribunaux et d'approuver les accords entre les parties⁵⁹.

⁵⁴ Cf Art. 252-1 de l'AUPCAP.

⁵⁵ Le cloisonnement des procédures ouvertes à l'encontre d'un débiteur produirait un résultat contreproductif à l'exemple de l'adoption des solutions contradictoires ou des mesures de traitement des difficultés du débiteur poursuivant des objectifs divergents. V., en ce sens, *Affaire Bank Handlowy*.

⁵⁶ Cette coopération s'imposerait aux magistrats judiciaires en raison des règles tenant à leur statut. Au Cameroun par exemple, l'article 5 du décret de 95 Portant statut spécial du corps de la magistrature prévoit explicitement que " Les magistrats du siège ne relèvent de leurs fonctions juridictionnelles que de la loi et leur conscience ". En outre les actes uniformes ayant une valeur supra légale conformément à l'article 10 du traité constitutif de l'OHADA, les magistrats ne pourraient se dérober d'une obligation légale sans en répondre en termes de responsabilité.

⁵⁷ Or l'efficacité du traitement des difficultés du débiteur dans le contexte des procédures collectives internationales serait tributaire de l'effectivité de la coopération entre les juridictions.

⁵⁸ N'est plus exclusivement par rapport à la société, il y a lieu d'intégrer le rapport de la règle de droit à l'individu pour apprécier son efficacité. Sur ce point, lire Jean CARBONIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, ed 10, 2001, P.145.

⁵⁹ Les actes uniformes étant directement applicables puisqu'ils ne sont pas des simples directives, il est nécessaire d'adapter ou de transposer les dispositions de l'AUPCAP en droit interne. En effet, la préservation de l'unité de traitement des difficultés du débiteur nécessite une mise en œuvre aisée de la coopération afin d'assurer son effet utile. Cet effet utile permettra aux juridictions et aux praticiens des procédures collectives internationales d'agir avec célérité dans les affaires complexes où le facteur temps est indispensable.

Conscient des risques de défaillances possibles de la coopération directe entre les juridictions, les rédacteurs de l'AUPCAP ont prévu une coopération indirecte entre ces dernières afin d'assurer l'unité de traitement des difficultés du débiteur. Cette dernière non plus n'est satisfaisante.

2. L'efficacité douteuse du régime de coopération indirecte entre les juridictions nationales OHADA

La possibilité de recourir à la coopération indirecte, entre les juridictions est explicitement consacrée par l'article 252-1 de l'AUPCAP qui énonce : « En cas d'ouverture de procédures collectives dans plusieurs États parties à l'encontre d'un même débiteur, les juridictions compétentes coopèrent dans la mesure du possible soit directement, soit indirectement ». Cette possibilité accordée aux différentes juridictions dans l'espace OHADA de coopérer par l'intermédiaire d'un syndic constitue un moyen permettant d'assurer l'effectivité et par voie de conséquence, l'efficacité de la coopération indirecte entre les juridictions nationales OHADA⁶⁰.

Les magistrats n'ayant pas l'habitude de se plier à l'exercice de la coopération, leur réticence à perdre leur indépendance⁶¹ fonde la désignation d'un tiers compétent habilité à agir à leur place. Le syndic désigné par une juridiction pourra donc coopérer avec d'autres juridictions, afin de trouver des solutions convergentes, permettant de redresser le débiteur⁶². Cette ambition du législateur OHADA des procédures collectives auraient du plomb dans l'ail.

Si on peut se satisfaire dans une certaine mesure du régime de coopération indirecte instituée en matière de procédures collectives internationales communautaires, on peut regretter non seulement le silence du législateur OHADA des procédures collectives sur la question des modalités de sa réalisation mais aussi de l'adhésion de la chaîne judiciaire à ce régime de coopération. S'agissant tout d'abord du silence du législateur OHADA sur les modalités de la coopération nous doutons que le droit OHADA des procédures collectives se suffise en lui-même. Il nous semble opportun que soit précisé les modalités de sa réalisation. Toutefois nous estimons que si la vocation d'un droit harmonisé n'est pas d'être très précise, les États membres de l'OHADA devraient faire œuvre d'adaptation de leur code de procédure civile nationale à l'esprit et à la lettre de l'AUPCAP. Cette adaptation est nécessaire pour assurer une meilleure lisibilité du régime de la coopération en matière de procédures collectives internationales OHADA. Cette lisibilité est de nature à préserver l'unité de traitement voulue par le législateur communautaire. Il faut le souligner ces précisions permettront non seulement de parachever la construction de la norme de coopération entre les juridictions OHADA, mais aussi de fournir un canevas juridique un peu plus précis nécessaire pour implémenter ce régime de coopération.

⁶⁰ L'on note que l'effectivité est un préalable à l'efficacité. De ce fait, pour qu'une norme soit efficace, elle doit d'abord être effective sur la question d'efficacité, lire A. AKAM AKAM, « *L'attractivité et l'efficacité du droit OHADA* ». *Les deux visages de la juridicité, Écrits sur le droit et la justice en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2020, p.73-89 ; R. NEMEDEU, « L'inefficacité programmée de la règle de droit (Analyse à la lumière du droit camerounais et du droit OHADA) », dans *L'effectivité du droit. De l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier. Mélanges en l'honneur du professeur Françoise Anoukaha*, coll. « Études Africaines », Paris, L'Harmattan, 2021, p.57-58.

⁶¹ L.-C. HENRY, préc., note 52, p.268.

⁶² La coordination des procédures collectives principales, territoriales, secondaires concernant un même débiteur, est un facteur de gestion cohérente du traitement des difficultés du débiteur. L'harmonisation du Droit des procédures collectives dans l'espace OHADA contribue facilement cette coordination. Lire en ce sens, L.-C. HENRY, préc., note 52, p.261.

S'agissant de l'adhésion des acteurs plus précisément des syndics, il faut relever que la réalisation de cette coopération implique l'intervention humaine. Elle s'accomplira par l'action des hommes du métier. Cependant il faut souligner que l'action des hommes est régie par la grande loi de l'intérêt, celle de la compréhension et de la compétence. Ce qui suppose que les acteurs de la chaîne judiciaire soient suffisamment renseignés et aguerris à la tâche⁶³. Cet état de choses pose le problème de l'action des intervenants de la chaîne judiciaire dans la dynamique des procédures collectives internationales. Pour nous, les magistrats et les différents syndics dans le cadre des procédures collectives internationales communautaires doivent faire preuve de diligence, collaboration et d'attachement aux convictions de rapidité et de libéralisme attachées au management des procédures collectives internationales.

La mondialisation de l'économie induit la délocalisation des sociétés étrangères dans l'espace OHADA. Ces dernières y ont des biens et des créanciers. En cas de crise économique ou financière dans les territoires de localisation du siège de ces sociétés, les procédures collectives étrangères peuvent être ouvertes suivies des demandes de reconnaissance dans l'espace OHADA. Ce scénario impose l'administration d'un traitement unitaire à la situation d'insolvabilité internationale. Le législateur OHADA de 2015 a déployé des mesures visant à préserver l'unité du traitement des difficultés du débiteur. La thérapie impulsée est-elle suffisante ?

II. L'ADMISSION DES MESURES QUASI ADEQUATES DE PRESERVATION DE L'UNITE DU TRAITEMENT DES DIFFICULTES DU DEBITEUR DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES INTERNATIONALES EXTRACOMMUNAUTAIRES

En présence d'une faillite extra communautaire, les procédures collectives étrangères reconnues dans l'espace OHADA peuvent être en concurrence entre elles ou avec une procédure collective locale. Le législateur communautaire OHADA des procédures collectives n'est pas resté indifférent face à cette éventualité. Il a prévu des mesures de préservation de l'unité du traitement des difficultés du débiteur. Les mesures instaurées sont inhibées d'une philosophie libérale. Ce qui est fort regrettable. Elle se traduit par l'existence d'un cadre de coordination peu prévisible des juridictions nationales OHADA et des juridictions étrangères (A) fort heureusement nous notons une coordination appropriée des effets des différentes procédures collectives reconnues (B).

A. La coordination peu prévisible des actions des juridictions nationales OHADA et des juridictions étrangères

Un représentant étranger peut solliciter la reconnaissance d'une procédure collective internationale, ouverte dans un État tiers dans l'espace OHADA devant la juridiction compétente. Pour assurer le traitement cohérent des difficultés du débiteur dans ce contexte, l'AUPCAP consacre une obligation de coopération entre la juridiction nationale OHADA compétente et les juridictions étrangères. L'article 256-24 de l'AUPCAP affirme clairement cette idée en disposant que : « La juridiction compétente coopère dans la mesure du possible avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers soit directement, soit par l'intermédiaire du syndic ». L'alinéa 2 du même article ajoute : « La juridiction compétente est habilitée à communiquer directement avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers ou à leur demander directement des informations ou une assistance ». Cette disposition textuelle a un double mérite :

⁶³ *Ibid.*

elle consacre le principe général de coopération entre les juridictions nationales OHADA et les juridictions étrangères d'une part et d'autre part, elle précise que cette coopération peut s'exercer de manière directe ou indirecte. Une lecture croisée de cette disposition et de celle de l'article 256-26 nous permet de déduire l'adhésion de l'AUPCAP à la conception libérale de la coopération. Si nous défendons l'opportune libéralisation de la coopération directe (1), la modulation de la coopération indirecte par le syndic paraît risquée (2).

1. L'opportune libéralisation de la coopération directe entre les juridictions nationales OHADA et les juridictions étrangères

Pour garantir le traitement unitaire et cohérent des difficultés du débiteur objet d'une procédure collective étrangère reconnue sur le territoire d'un État partie au traité OHADA et d'une procédure collective locale, l'AUPCAP consacre un principe général de coopération entre la juridiction nationale OHADA compétente et la juridiction étrangère⁶⁴. Ce principe implique une communication directe entre la juridiction nationale compétente et la ou les juridictions étrangères ayant ouvertes la procédure collective étrangère. L'AUPCAP en adoptant la philosophie libéraliste de la coopération, trace les lignes directrices de cette coopération en énonçant à l'article 256-26 que :

« [L]a coopération visée aux articles 256-24 et 256-25 ci-dessus peut être assurée par tout moyen approprié, notamment la nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions de la juridiction compétente ; la communication d'information par tout moyen jugé approprié par la juridiction compétente ; la coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur, l'approbation ou l'application par tout tribunal des accords concernant la coordination des procédures collectives ; la coordination des procédures collectives concurrentes concernant le même débiteur ».

L'analyse de cette disposition textuelle révèle le souci des rédacteurs de l'AUPCAP de doter les pays membres de l'OHADA d'un cadre juridique efficace de coopération à l'échelon international compatible avec les exigences de la loi type de CNUDCI sur l'insolvabilité internationale⁶⁵. L'article 256-26 de l'AUPCAP trace les lignes à suivre pour réaliser la coopération entre les juridictions étrangères et les juridictions nationales OHADA⁶⁶. Il laisse la possibilité aux tribunaux concernés par le traitement des difficultés du débiteur de déterminer la forme de coopération propice pour la survie du débiteur. Ces derniers ont donc le pouvoir de moduler la coopération. L'article 256-26 de l'AUPCAP révisé énumère les moyens de coopération appropriés entre les tribunaux⁶⁷. Les juges ont donc la liberté de choisir le moyen de coopération le plus

⁶⁴ Ce principe est dévoilé par l'article 256-24 de l'AUPCAP qui énonce que : « la juridiction compétente coopère dans la mesure du possible avec les juridictions étrangères soit directement soit par l'intermédiaire d'un syndic ».

⁶⁵ L'on note que l'AUPCAP reprend in extenso les dispositions de l'article 27 de la loi type de la CNUDCI relative à la forme de coopération. V, à ce sujet, CNUDCI, *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*, New York, Nations unies, 2010, p.19.

⁶⁶ Cette disposition est nécessaire parce que plusieurs pays membres de l'OHADA n'ont pas une longue tradition en matière de coopération judiciaire internationale. Sur ce point, lire CNUDCI, préc., note 64, p.19.

⁶⁷ Cinq moyens appropriés sont explicitement visés, il s'agit de la nomination d'une personne ou d'un organe chargé d'agir suivant les instructions de la juridiction compétente ; la communication d'information par tout moyen jugé approprié par la juridiction compétente, la coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur ; l'approbation ou l'application par tout tribunal des accords concernant la coordination des procédures collectives et la coordination des procédures collectives concurrentes concernant le même débiteur .

adapté au cas par cas. Si d'après Laurence Carole Henri⁶⁸ : « L'expression moyen approprié peut renvoyer à une diversité de moyens », nous estimons que la coopération directe entre les tribunaux locaux et étrangers pourrait être écrite ou orale. La coopération écrite pourra se réaliser par la « Transmission des copies d'ordonnances, des jugements, des opinions, des motivations des décisions de justice, des transcriptions des débats, des déclarations sous serment »⁶⁹. La coopération orale se réalise par les conférences téléphoniques, les visio-conférences ou par les audiences conjointes par liaison vidéo⁷⁰. Les juridictions nationales OHADA et étrangères pourront aussi avoir recours à la coordination de l'administration et de la surveillance des biens et des affaires du débiteur.⁷¹ Ce moyen de coopération permet de coordonner l'utilisation et la réalisation de l'actif du débiteur durant la conduite des procédures d'insolvabilité internationale⁷².

La modulation de la coopération par les juridictions s'avère indispensable si la procédure principale ouverte est une procédure ayant pour objet le redressement du débiteur. Les échanges écrits ou oraux entre les différentes juridictions pourront porter sur le dépôt des demandes⁷³ ; la détermination de la procédure principale⁷⁴ ; la préparation, la réalisation de la vente des actifs⁷⁵ et l'adoption des plans⁷⁶. La possibilité laissée aux juridictions de trouver de manière pragmatique, le moyen de coopération le plus approprié pour traiter les difficultés du débiteur en vue de son redressement apparaît comme une solution opportune pour le redressement du débiteur. Ces différentes formes de coopération ne sont pas exclusives, les juridictions concernées peuvent jumeler plusieurs formes de coopération en cas de nécessité pour le redressement du débiteur. A défaut d'un recours à la coopération directe, les juridictions concernées par les procédures collectives étrangères reconnues et nationales ouvertes peuvent faire recours à la coopération indirecte.

1. La modulation risquée de la coopération indirecte entre les juridictions nationales OHADA et juridictions étrangères par les syndics

L'article 256-24 de l'AUPCAP révisé énonce : « La juridiction compétente coopère dans la mesure du possible avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers, soit directement soit par l'intermédiaire d'un syndic ».

L'emploi de l'expression « *par l'intermédiaire d'un syndic* » in fine de l'article 256-24 de l'AUPCAP met en évidence l'existence d'un régime de coopération indirecte entre les juridictions locales ayant ouvert une procédure collective et les juridictions étrangères en cas de reconnaissance d'une procédure collective étrangère dans l'espace OHADA. L'article 256-24 de l'AUPCAP révisé complète ce régime de coopération en disposant que « Dans l'exercice de ses fonctions, et sous réserve du contrôle de la juridiction compétente, le syndic coopère dans la mesure du possible avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers. Il est également

⁶⁸ L-C HENRY, préc., note 52, p.267.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ V. l'affaire *IN Repsinet INC.*, Cour Suprême de justice de l'Ontario, Toronto, affaire n° 01-CL-4155/10 juillet 2001.

⁷¹ Cette forme de coopération est explicitement consacrée par l'article 27 c de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et par l'article 256-26 de l'AUPCAP.

⁷² V., en ce sens, CNUDCI, préc., note 64, p.2.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Ibid.*

habilité à communiquer directement avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers ». Ces dispositions textuelles visent la coordination du traitement des difficultés du débiteur.

L'esprit de l'AUPCAP dans ce cas est de faire du syndic le « *Rouage principal de l'articulation de la coopération* »⁷⁷. En fait, la mise en œuvre de la coopération directe peut se heurter à des difficultés notamment : l'indisponibilité des juges⁷⁸ et de la règle de l'indépendance des magistrats⁷⁹. Il est nécessaire en pareil cas de prévoir des mesures de coopération indirecte entre les juridictions en donnant la possibilité aux juridictions des États membres de l'OHADA, de désigner un syndic chargé de coopérer avec les juridictions étrangères ou le représentant étranger selon les instructions de la juridiction compétente⁸⁰. Pour Laurence Carole Henry : « Le gage d'une réussite possible de la coopération entre les juridictions se trouve sans doute dans la possibilité offerte aux juridictions de nommer une personne ou un organe indépendant agissant sur leurs instructions pour assurer cette mission de coopération »⁸¹. Le syndic apparaît donc comme la poutre maîtresse de la coordination des actions menées par les représentants de chaque procédure. À travers cette approche, le syndic faciliterait la coopération entre juridictions⁸². En adoptant cette solution, le législateur Africain des procédures collectives reconnaît le rôle que peut jouer le syndic dans la conception et l'exécution des arrangements de coopération⁸³. Pour réaliser efficacement cette mission, la prévisibilité des modalités de la coopération s'avère nécessaire. Le législateur OHADA garde un silence sur cette question. Il n'offre pas des ressources juridiques suffisantes aux syndics pour réaliser cette coopération. Or le syndic apparaît comme l'homme-orchestre de l'articulation des actions des tribunaux locaux et des tribunaux étrangers. Il est doté d'un pouvoir bien que mesuré de moduler les mesures de coopération.

En cas de désignation du syndic par la juridiction compétente pour assurer la coopération avec les juridictions étrangères ou les représentants étrangers, il est nécessaire que l'AUPCAP prévoie un canevas qui indique la conduite à suivre⁸⁴. L'AUPCAP se contente d'énumérer les moyens appropriés pour réaliser cette coopération⁸⁵. Bien que cette formule laisse ouvert un vaste champ de possibilités⁸⁶ au syndic pour réaliser la coopération avec les juridictions étrangères et les représentants étrangers, nous constatons que le législateur ne fait écho ni du contenu des informations à communiquer, ni de l'architecture de la répartition des charges entre les acteurs de la coopération ni des modalités de coordination de l'administration et de la surveillance des biens du débiteur. Or, la coopération indirecte entre les juridictions repose essentiellement sur le

⁷⁷ L'expression est de L.-C. HENRY, préc., note 52, p. 170.

⁷⁸ Cette indisponibilité peut être fondée sur l'octroi d'un congé aux juges concernés par la procédure collective internationale ouverte.

⁷⁹ Pour L.-C. Henry, « Les praticiens les plus avertis la difficulté la plus évidente en matière de coopération directe tient à l'indépendance des magistrats : il n'est envisageable qu'une juridiction soit liée par la décision rendue dans un autre Etat membre pour assurer la coordination de la gestion des affaires du débiteur en assurant la restructuration globale du débiteur » V. préc., note 52, p.265.

⁸⁰ Cf. Art. 256-26 de l'AUPCAP.

⁸¹ L.-C. HENRY, préc., note 52, p.265.

⁸² *Ibid.*

⁸³ V. en ce sens CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et son guide de l'incorporation*, New York, Nations-Unies, 2010, P.68.

⁸⁴ Marcel Urbain NGAH NOAH, « Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation », (2015) 56 : 3-4 *Les cahiers de droit*, 575-613, p.588, en ligne : <<https://id.erudit.org/iderudit/1034463ar>>.

⁸⁵ Cf. Art. 256-26 de l'AUPCAP.

⁸⁶ U.M. NGAH NOAH, préc., note 84, p.588.

praticien des procédures collectives internationales⁸⁷. Ces lacunes pourraient constituer un risque d'ineffectivité de la coopération indirecte entre les juridictions. L'ouverture d'une procédure collective locale et la reconnaissance des procédures collectives étrangères dans l'espace OHADA produit des effets. La préservation de l'unité de traitement des difficultés du débiteur commande la coordination des effets de ces différentes procédures.

B. La coordination appropriée des effets des procédures collectives étrangères dans l'espace OHADA

Il est possible qu'en cas de reconnaissance d'une procédure collective étrangère dans l'espace OHADA, le juge national OHADA compétent ouvre ou poursuive une procédure collective locale⁸⁸. La procédure collective locale n'est pas ouverte ex nihilo⁸⁹. Dans ce contexte pour parvenir à l'adoption des décisions coordonnées⁹⁰, l'AUCAP consacre une coordination des effets en cas de concurrence entre procédure collective étrangère principale et procédure locale à travers la règle de la prééminence de la procédure collective locale (1), ainsi qu'une coordination duale des effets en cas de concurrence entre les procédures collectives étrangères reconnues (2).

1. La coordination par la prééminence de la procédure collective locale sur les procédures collectives étrangères principales

En cas d'ouverture d'une procédure collective locale, postérieurement à la reconnaissance ou à la demande de reconnaissance d'une procédure collective étrangère principale, la coordination des effets des deux procédures est impérieuse⁹¹. À cet effet, l'AUPCAP prévoit la coordination en cas de reconnaissance a priori de la procédure collective principale étrangère ainsi qu'en cas d'ouverture concomitante d'une procédure collective locale.

S'agissant d'abord du premier cas, L'article 256-27 de l'AUPCAP trace les conditions d'ouverture d'une procédure collective locale, fixe le périmètre de déploiement des effets de la procédure étrangère en énonçant qu' :

« Après la reconnaissance d'une procédure collective étrangère principale, une procédure collective ne peut être ouverte en application du présent acte uniforme dans l'État partie où la procédure collective étrangère a été reconnue que si le débiteur dispose de biens dans ledit État. Les effets de la procédure collective ouverte en application du présent Acte uniforme sont limités aux biens du débiteur qui sont situés dans cet État et dans la mesure nécessaire pour donner aux mesures de coopération et de coordination visées aux articles 256-24

⁸⁷ Le syndic désigné étant le chef d'orchestre de la coopération indirecte entre les juridictions, il pourrait exercer diverses fonctions pour faciliter le traitement des difficultés du débiteur. Il peut s'agir du rôle d'intermédiaire entre les juridictions lorsqu'il y a des problèmes de langue, élaborer les accords de coopération ; et promouvoir le règlement amiable des différends entre les parties. Sur ce point, lire L.-C. HENRY, préc., note 52, p.270.

⁸⁸ L'on note qu'à la suite de la loi type le législateur OHADA des procédures collectives n'impose pratiquement aucune restriction à la compétence des tribunaux locaux en ce qui concerne l'ouverture ou la poursuite d'une procédure d'insolvabilité. Lire en ce sens, CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et son Guide pour son incorporation*, New York, Nations unies, 2010, p.27.

⁸⁹ Son ouverture est conditionnée par la présence sur le territoire des biens appartenant au débiteur doublé de l'exercice d'une activité économique

⁹⁰ C'est l'un des objectifs du régime des procédures collectives internationales OHADA.

⁹¹ Cette nécessité découle des objectifs contradictoires visés par les deux procédures. L'ouverture de la procédure locale, vise le plus souvent la protection des intérêts locaux, tandis que la procédure étrangère vise la protection de l'intérêt de tous les acteurs.

et 256-36 ci-dessus, aux autres biens du débiteur que, en application du présent acte uniforme, devraient être administrés dans le cadre de cette procédure ».

Relativement au deuxième cas, la reconnaissance ou la demande de reconnaissance d'une procédure collective étrangère dans l'espace OHADA, le représentant étranger peut solliciter une variété des mesures pour protéger les intérêts en présence. Il s'agit d'abord des mesures provisoires⁹² et des mesures discrétionnaires⁹³. Une fois reconnue, la procédure collective étrangère produit des effets automatiques prévus par les dispositions de l'article 256-19 alinéa 1 de l'AUPCAP qui dispose : « Dès la date de la décision de reconnaissance d'une procédure collective étrangère principale, l'ouverture des actions, des procédures ou des voies d'exécutions individuelles judiciaires et extra-judiciaires visant les biens, les droits ou les obligations du débiteur est interdite et la poursuite d'exécution est suspendue ». L'ouverture d'une procédure collective locale postérieurement à la reconnaissance de la procédure collective étrangère poserait des difficultés⁹⁴ pour l'atteinte des objectifs assignés à chaque procédure.

Dans un pareil contexte, la coordination des effets des deux procédures s'impose. Elles devraient se poursuivre sans être inutilement suspendues par le jeu de l'arrêt des poursuites individuelles⁹⁵. Cette coordination s'avère importante en pratique, car, elle est souvent le seul moyen réaliste pour prévenir la dissipation des biens du débiteur, d'en maximiser la valeur⁹⁶. Comment parvenir à une coordination des effets des procédures collectives locales et étrangères reconnues dans l'espace OHADA ?

L'article 256-28 alinéa 2 de l'AUPCAP prévoit expressément les mesures de coordination des effets entre la procédure collective locale et la procédure collective étrangère reconnue en disposant que :

« Lorsque la procédure collective est ouverte dans un État partie après la reconnaissance de la procédure collective étrangère ou après l'introduction de la demande de la reconnaissance de ladite procédure : toute mesure prise en application des articles 256-18 ou 256-20 ci-dessus est réexaminée par la juridiction compétente et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure collective ouverte par ladite juridiction en application du présent acte uniforme ; si la procédure collective étrangère principale, les mesures d'interdiction et de suspension visées au premier alinéa de l'article 256-19 ci-dessus sont modifiées ou levées conformément à l'alinéa 2 de l'article 256-19 si elles ne sont pas conformes à la procédure collective ouverte par la juridiction compétente » .

⁹² Prévues par les dispositions de l'article 256-18 de l'AUPCAP, elles peuvent être ordonnées entre la date de la présentation d'une demande de reconnaissance de la procédure étrangère et celle du prononcé de la décision de reconnaissance.

⁹³ Prévues par les dispositions de l'article 256-20 de l'AUPCAP, elles dépendent de la volonté du juge. Elles peuvent être accordées en présence de la reconnaissance d'une procédure collective principale ou nom principale.

⁹⁴ Ces difficultés sont pour l'essentiel relatives à la coexistence des mesures d'arrêt des poursuites individuelles déployées par l'effet de chaque procédure.

⁹⁵ Cf. CNUDCI, Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, New York, Nations-Unies, 2010, P.25.

⁹⁶ CNUDCI, préc., note 88, p.66.

De l'analyse de cette disposition textuelle, il découle que pour assurer la cohérence du traitement des difficultés du débiteur, l'AUPCAP institue la règle de la prééminence de la procédure collective locale sur la procédure collective étrangère principale⁹⁷.

Cette prééminence se manifeste de diverses manières dans l'AUPCAP. Tout d'abord, toute mesure pouvant être accordée en faveur de la procédure collective étrangère doit être conforme à la procédure collective locale⁹⁸. Ensuite toute mesure qui a déjà été accordée en faveur de la procédure collective étrangère doit être réexaminée, modifiée ou levée, si elle n'est pas conforme à la procédure locale⁹⁹. Au final, si la procédure collective étrangère est reconnue en qualité de procédure collective étrangère principale, les effets automatiques préconisés par l'article 256-19 de l'AUPCAP doivent être modifiés, levés, s'ils ne sont pas conformes à la procédure locale¹⁰⁰. Toutefois dans la pratique, les effets automatiques attachés à l'article 256-19 peuvent être maintenus, s'ils sont positifs c'est-à-dire de nature à favoriser le traitement efficace des difficultés du débiteur¹⁰¹. Cette unité est toujours recherchée en cas d'ouverture concomitante de la procédure locale. Cette règle de la prééminence de la procédure collective locale est étendue en cas d'ouverture concomitante de la procédure collective locale¹⁰² et dans l'hypothèse due procédure collective étrangère principale en cour de reconnaissance.

En effet les mesures de survie du débiteur ou de son activité économique initiées par les administrateurs de la procédure collective locale, ne doivent pas être contrariées par les effets de la reconnaissance de la procédure collective principale étrangère dans un État membre de l'OHADA. Par cette solution, nous notons l'optique du législateur OHADA de privilégier la préservation des intérêts économiques et sociaux impulsés dans le cadre de la procédure collective locale. Dans la pratique il est possible qu'un débiteur fasse l'objet de plusieurs procédures collectives étrangères ou des représentants étrangers demandent une reconnaissance ou des mesures dans un État partie au traité OHADA¹⁰³. La coordination des effets de ses procédures n'est pas facultative mais une obligation.

2. La coordination duale des effets en cas de concurrence entre procédures collectives étrangères dans l'espace ohada

L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif apporte une solution en cas de concurrence entre les procédures collectives étrangères dans l'espace OHADA.

L'article 256-29 est le texte de base en la matière. Il énonce que : « Lorsque plusieurs procédures collectives étrangères ont été ouvertes à l'encontre du même débiteur, la juridiction

⁹⁷ Le législateur communautaire Africain des procédures collectives reprend ainsi la solution préconisée par l'article 29 alinéa b de la loi type sur l'insolvabilité internationale qui énonce que : « Lorsque la procédure est ouverte dans un État entamée après la reconnaissance de la procédure étrangère ou après l'introduction de la demande de reconnaissance de ladite procédure, toute mesure prise en vertu des articles 19 ou 21 est réexaminée par le tribunal et modifiée ou levée si elle n'est pas conforme à la procédure ouverte dans le présent État et si la procédure étrangère principale, les mesure d'interdiction et de suspension visées au paragraphe 1 de l'article 20 sont modifiées ou levées conformément au paragraphe 2, si elles ne sont pas conformes à la procédure ouverte dans le présent État ».

⁹⁸ Cf. Art. 256-28 al 2 (a) de l'AUPCAP.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Cf. Art. 256-28 al 2 (b) de l'AUPCAP.

¹⁰¹ V en ce sens CNUDCI, préc., note 88, p.72.

¹⁰² Article 256-28 alinéa 1(a) de l'AUPCAP

¹⁰³ V en ce sens, CNUDCI, préc., note 88, p.73.

compétente s'efforce d'assurer la coopération et la coordination visées aux articles 256-24 à 256-26 ci-dessus conformément aux conditions suivantes ». Cette disposition textuelle vise à promouvoir la coordination et la cohérence des mesures accordées dans les différentes procédures collectives étrangères reconnues dans l'espace OHADA¹⁰⁴. L'AUPCAP prévoit les mesures de coordination en cas de reconnaissance à priori de la procédure principale ainsi que des mesures de coopération en cas de reconnaissance à posteriori de la procédure collective étrangère non principale.

La reconnaissance d'une procédure collective étrangère dans l'espace OHADA produit des effets automatiques sur le territoire de tous les États membres de l'OHADA¹⁰⁵. Si une procédure collective étrangère non principale est reconnue après la reconnaissance de la procédure étrangère principale, les mesures discrétionnaires et les mesures provisoires consécutives à cette reconnaissance ne devraient pas être incompatibles avec la procédure collective étrangère principale. L'AUPCAP conforte cette idée en énonçant clairement que : « Toute mesure accordée en application des articles 256-18 et 256-20 ci-dessus au représentant étranger de la procédure non principale après la reconnaissance d'une procédure collective principale doit être conforme à la procédure collective étrangère principale ». A travers cette disposition textuelle l'AUPCAP met en exergue la prééminence des effets de la procédure collective étrangère principale sur ceux de la procédure collectives étrangère non principale. Se référant à cette règle, les mesures provisoires et discrétionnaires demandées par le représentant étranger de la procédure étrangère non principale soient conformes aux effets automatiques de la procédure étrangère principale. Cette obligation de conformité s'impose même en cas de reconnaissance à postériori de la procédure collective principale.

A notre avis cette règle est de nature à assurer le traitement cohérent des difficultés du débiteur. Elle garantit une sorte de convergence entre les mesures initiées dans le cadre de la procédure principale et de la procédure étrangère non principale¹⁰⁶. En outre, législateur communautaire OHADA des procédures collectives, admet l'hypothèse selon laquelle, deux procédures collectives étrangères non principales peuvent être reconnues dans l'espace OHADA¹⁰⁷.

L'avènement de la reconnaissance de plus d'une procédure collective étrangère non principale entraînerait une pluralité des mesures discrétionnaires et provisoires à l'encontre d'un même débiteur. Cette situation peut être une source de cacophonie vectrice d'incohérence dans le traitement des difficultés du débiteur. Pour garantir la cohérence nécessaire pour le traitement efficace des difficultés du débiteur, l'AUPCAP exige le réexamen des mesures provisoires et discrétionnaires accordées dans le cadre de la reconnaissance de la première procédure collective étrangère non principale. L'article 256-29 alinéa 3 de l'AUPCAP prévoit clairement que :

¹⁰⁴ L'AUPCAP sur ce point s'aligne sur la voie tracée par l'article 30 de la loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

¹⁰⁵ C'est une conséquence de l'effet universel de la procédure principale ouverte dans le lieu de localisation du centre des intérêts principaux du débiteur.

¹⁰⁶ Deux solutions sont envisageables pour assurer le traitement unitaire des difficultés du débiteur :

La première a trait au réexamen des mesures provisoires et discrétionnaires consécutives à la reconnaissance de la procédure collective étrangère non principale par la juridiction compétente. La deuxième solution a trait à la modification ou la levée des mesures déjà accordées dans le cadre de la procédure collective étrangère non principale¹⁰⁶. Cette modification ou levée des mesures est exigée si ces mesures ne sont pas compatibles avec les objectifs de la procédure principale.

¹⁰⁷ En pratique, cette hypothèse est envisageable, car l'AUPCAP ne limite pas le nombre de procédure collective étrangère, pouvant faire l'objet d'une reconnaissance dans l'espace OHADA.

« [...] si après la reconnaissance d'une procédure collective étrangère non principale une autre procédure collective étrangère non principale est reconnue, la juridiction compétente accorde, modifie ou fait cesser les mesures accordées dans le but de faciliter la coordination des procédures collectives concurrentes ».

La modification des mesures accordées ne pourrait pas être suffisante pour assurer la coordination des juridictions¹⁰⁸. Pour pallier aux inconvénients de cette hypothèse, l'AUPCAP prévoit la cessation des mesures déjà octroyées. L'article 256-29 alinéa 3 de l'AUPCAP prévoit expressément cette solution en disposant que : « Si après la reconnaissance d'une procédure collective étrangère non principale, une autre procédure non principale est reconnue, la juridiction compétente, accorde, modifie ou fait cesser les mesures accordées, dans le but de faciliter la coordination des procédures collectives concurrentes ». Cette solution bien que radicale est opportune pour la réalisation de la coordination entre les juridictions. Cette coordination est importante, car elle permet l'adoption des décisions coordonnées¹⁰⁹ permettant d'assurer la cohérence des procédures collectives étrangères non principales, reconnues dans l'espace OHADA.

En définitive, on peut dire que l'unité de traitement des difficultés du débiteur exerçant des activités économiques transfrontalières est un impératif catégorique pour sauver le débiteur. Cependant à l'état actuel du droit positif OHADA des procédures collectives internationales, la recherche de cette unité est un vœu proclamatoire. Cette situation nous semble fort regrettable. L'expérience en droit comparé des procédures collectives démontre que sans effectivité de la coordination des procédures collectives internationales, ces dernières auront un caractère mortifère pour le débiteur exerçant des activités économiques transfrontalières.

*

* *

¹⁰⁸ En effet, la modification des mesures déjà accordées dans le cadre de la reconnaissance d'une première procédure principale peut s'avérer insuffisante en cas de reconnaissance d'une ou d'autres procédures collectives non principales dans l'espace OHADA. L'inexistence d'une hiérarchie entre les deux procédures implique la recherche d'autres solutions pour faciliter la coordination de la coopération entre les juridictions.

¹⁰⁹ CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et son guide pratique de l'incorporation*, New York, Nations Unies, 2010, p.27.

Gestion et utilisation des cent mètres des rives en droit foncier congolais

FUMBA LITEMBU mwenga LIPANDA Sylvain*

Pascaline NKALIMBI LEMA**

RÉSUMÉ

Il est objectivement vrai que les cent mètres de rive puissent faire partie de biens du domaine public de l'État. L'article 10 de la loi foncière dispose que les biens affectés à un usage ou à un service public sont « hors commerce » tant qu'ils ne sont pas régulièrement désaffectés. A cet effet, toute construction ou activité qui sera érigée ou menée sur ce domaine réservé à l'État sans son autorisation au préalable par l'organe compétent se verra démolir. Toutefois, le particulier sollicitant les cent mètres de rive, lui sera délivré le certificat d'occupation qui lui donne le droit de jouir et d'user et non en devenir propriétaire (le certificat d'enregistrement). De manière paradoxale, la protection de domaine public de l'État n'est pas effective, suite au désordre et confusion créés dans le chef de l'État lui-même, en cédant ce domaine sans au préalable être régulièrement désaffecté et sans y être dérangé. Contrairement à l'arrêté interministériel, qui prévoyait les dix mètres de distance, la loi n° 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau, lui prévoit les cent mètres de distance et détermine les conditions de sa rétroactivité en précisant que : « les installations classées existantes avant l'entrée en vigueur de la présente loi disposent d'un délai de 24 mois à compter de sa promulgation pour s'y conformer. Il s'agit alors en quelque sorte de l'expropriation pour cause d'utilité publique. En éclaircissant, l'article 124 de la loi n° 15/026 dispose que « ...le délai prévu à l'alinéa précédent court à partir du paiement de la juste et préalable indemnité au propriétaire ». N'éprouverait-il pas de difficultés, notre État, pour son application ?

Mots-clés : Rive – servitude – utilisation privative – certificat d'occupation – occupation illégale

ABSTRACT

It is objectively true that the hundred meters of shoreline can be part of the property of the public domain of the State. Article 10 of the land law provides that property assigned to a public use or service is « non-commercial » as long as it is not regularly decommissioned. To this end, any construction or activity that will be erected or carried out on this domain reserved for the State without its prior authorization by the competent body will be demolished. However, the individual requesting the hundred meters of shore will be issued with the certificate of occupancy which gives him the right to enjoy and use and not become the owner (the registration certificate). Paradoxically, the protection of the State's public domain is not effective, following the disorder and confusion created by the Head of State himself, by ceding this domain without first being regularly abandoned and without being there disturbs. Contrary to the interministerial decree, which provided for ten meters of distance, law n°15/026 of December 31, 2015 relating to water, provides for a hundred meters of distance and determines the conditions of its retroactivity by specifying that : « classified installations existing before the entry into force of this law have a period of 24 months from its promulgation to comply with it. It is then a kind of expropriation for public utility ». By clarifying, Article 124 of law n°15/026 provides that « ... the period provided for in the preceding paragraph runs from the payment of the fair and prior compensation to the owner ». Would it not experience difficulties, our State, for its application?

* Assistant à la Faculté de droit de l'Université Catholique de Kisangani, auteur de deux publications scientifiques dans la Revue internationale (IJRDO) parues en mai 2020 et Secrétaire Provincial Professionnel de l'Union Nationale des Travailleurs du Congo (UNTC/KIS).

** Assistante à la Faculté de droit, Université de Tshopo.

INTRODUCTION

Le monde scientifique étant vaste, il est évident que le domaine que nous proposons d'aborder à ce jour fait déjà l'objet de réflexion des plusieurs autres chercheurs, de différentes époques et générations. Pour se démarquer d'eux, notre réflexion va dans le sens d'identifier la ou les lois applicables en la matière (dogmatique), d'analyser les infractions (casuistique) et les peines à infliger (jurisprudence) sur l'utilisation et la gestion des cent mètres des rives du fleuve Congo et de la rivière Tshopo à Kisangani. Faisant l'objet de toutes les convoitises, il sied de préciser que la terre constitue un important levier de développement économique et social. Elle demeure le fond où se noue ou mène la quasi-totalité des activités humaines. Elle est donc au cœur de toutes les politiques à l'échelon tant local que national. D'où la nécessité de règlementer sa gestion et son utilisation.

Dans la présente recherche, il importe d'utiliser la méthode positiviste juridique, c'est-à-dire interpréter la loi foncière, dite Loi Bakajika, qui définit les domaines public et privé de l'État¹, ensuite, l'Arrêté interministériel n°0021 du 29 Octobre 1993 portant application de la réglementation sur les servitudes, qui a posé un régime spécial de cours d'eau navigable et flottable, et leurs bords sur une distance de dix mètres à partir de la ligne fermée par le niveau le plus élevé qu'atteignent les eaux dans leurs périodes de cours normale et, enfin, la loi n°15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau, qui modifie et ramène la distance de dix mètres à cent mètres de servitude entre le domaine public maritime et les personnes privées. La compréhension provient du recours à l'interprétation authentique, œuvre du parlement ; à l'interprétation jurisprudentielle, œuvre du juge c'est-à-dire les jugements et arrêts rendus par les cours et tribunaux concernant les infractions d'occupation illégale, en violation de l'article 207 de la loi foncière, de déplacement de bornes, à l'interprétation doctrinale, œuvre des doctrinaires ou écrivains. Les techniques d'interprétation juridique, nous ont aidé de recourir à l'interprétation littérale ou linguistique ; l'interprétation téléologique ; l'argument *ad rubrica* ; l'interprétation évolutive, en tenant compte des conclusions de la science économique, de la sociologie, de la science politique ; la raison d'être ; les travaux préparatoires ; etc.

II. NOTIONS SUR LES CENT METRES DE RIVE ET LEUR UTILISATION PRIVATIVE

A. Notions sur les cent mètres de rive

Les biens qui n'appartiennent pas aux particuliers font partie du domaine de l'État afin d'accomplir des missions de l'État, l'intérêt général. À ce sujet, l'article 55 de la loi du 20 juillet 1973 dispose que « le domaine foncier de l'État est constitué de toutes les terres qui sont affectées à un usage ou à un service public. Ces terres restent inconcessibles tant qu'elles ne sont pas régulièrement désaffectées... ». Les cent mètres de rive font partie du domaine public de l'État. Le particulier n'a le droit de jouissance sur ce domaine qu'en vertu du certificat d'occupation lui délivré par la Division Provinciale des Transports et Voies de Communication et non à en devenir propriétaire. Ils font partie de servitude établie par la loi, suivant l'article 173 de la loi foncière qui

¹ L'article 10 de la loi du 20 Juillet 1973, le domaine public sous-entend comme « l'ensembles des biens affectés à un usage de tous ou à un service public », tout en précisant que ces biens sont hors commerce tant qu'ils ne sont pas régulièrement désaffectés.

stipule à son alinéa 1^{er} que : « les servitudes établis par la loi ont pour objet l'utilité publique ou l'utilité particulière »².

1. La rive

La rive est une ligne de contact entre l'eau et la terre, jusqu'au sommet de la berge. Elle est aussi comprise comme un espace magique et sensible d'une rencontre entre la terre et le lac ou la mer. Dans cet espace s'affrontent des prétentions nombreuses et souvent contradictoires à la réalisation des activités de pêche, de commerce, de culture lacustre ou marine, etc. Afin d'éviter les occupations irrégulières ou illégales, l'État donne les directives d'aménagement national relatives à la protection et à la conservation de cet espace³.

2. Les servitudes

En droit, une servitude est l'obligation pour le propriétaire d'un terrain de tolérer ou de s'abstenir de faire quelque chose à l'avantage d'un autre terrain. En droit administratif, la servitude est définie comme étant des nombreuses obligations grevant les propriétés privées au profit du domaine public ou dans un but d'intérêt général. En droit civil, la servitude ou service foncier, est une charge qui est imposée à un fonds dit « fonds servant » pour le profit d'un fond bénéficiaire dit « fond dominant ». On peut classer des servitudes de plusieurs manières. Mais le cadre de cette recherche, seule la classification des servitudes du point de vue de leur origine qui est prise en considération.

3. Servitudes du point de vue de leur origine

L'article 170 *in fine* de la loi foncière divise les servitudes du point de vue de leur origine en trois groupes : soit de la situation naturelle des lieux, soit des obligations imposées par la loi ou des conventions entre l'État et le concessionnaire du fonds ou entre concessionnaires. Cette classification a une incidence sur l'établissement et la transmission des concessions et des droits immobiliers. En effet, « à l'exception des servitudes légales (...), nulle charge ne frappe la propriété immobilière si elle n'est inscrite au certificat d'enregistrement *a fortiori* les servitudes naturelles ».

Pour justifier cette affirmation, nous partageons avec Kalambay Lumpungu⁴, qui critique la division de classement des servitudes d'après leur origine. En effet, les obligations imposées aux propriétaires sous le nom des servitudes naturelles devraient être appelées servitudes légales. Et inversement, parmi les servitudes dites légales, la plupart ne sont établies par la loi qu'à raison de telle ou telle autre circonstance de fait. Elles sont donc naturelles, elles aussi.

De façon particulière, l'article 173 de la loi précitée dispose que « les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité public ou l'utilité particulière ». L'article 175 de la même loi va-t-il renchérir en disposant que « les différentes servitudes qui peuvent être établies par la loi sont, notamment, les murs mitoyens, la distance à observer et les ouvrages requis pour certaines constructions... ».

² Ibidem

³ LAROUSSE, *Le grand dictionnaire encyclopédique Larousse*, Tome IV, Paris, Librairie, 1983, v° « Rive ».

⁴ KALAMBAY LUMPUNGU, *Droit civil. Régime général des biens*, VI, Kinshasa, PUZ, 1984, p. 53.

Ainsi, la cause qui avait poussé l'État congolais de classer les cent mètres de rive parmi les biens du domaine foncier public de l'État était de privilégier l'intérêt ou le besoin général en cas des conflits armés. Aucun des propriétaires riverains ne peut prétendre le droit d'en disposer l'eau des cours d'eau et des lacs et les eaux souterraines (*res communis*) qui appartiennent à l'État.

L'autorité administrative congolaise a estimé nécessaire que l'écoulement des eaux puisse atteindre la largeur des cent mètres de rive. Cette largeur est considérée comme une servitude interdisant à toute personne de se prévaloir de tout titre de propriété. Voilà de quelle manière les cent mètres de rive constituent un bien du domaine foncier public de l'État. La loi foncière, à son article 169, définit la servitude foncière comme « une charge imposée sur un fonds pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds ».

B. Utilisations privatives des cent mètres de rive

1. Notions d'usage

L'utilisation du domaine public de l'État correspond à la situation dans laquelle une personne dispose, sur la base d'un titre normatif du droit d'occuper de manière privative (c'est-à-dire exclusive ou privilégiée), une portion déterminée du domaine public⁵. L'utilisation prive donc les usagers du domaine public de leur droit d'usage sur la portion occupée. Elle peut être réalisée avec ou sans emprise sur la dépendance occupée mais elle suppose une certaine permanence dans l'utilisation⁶. Autrement dit, il y a utilisation privative du domaine public de l'État lorsqu'une portion de celui-ci est soustraite à l'usage commun au profit d'un particulier bien déterminé.

Les contrats tendant à l'occupation du domaine public sont appelés « concessions domaniales », c'est-à-dire les cent mètres de rive font partie des contrats administratifs, conclus entre les particuliers et l'administration conformément à la loi foncière et aux règles urbanistiques. Toutefois, les contrats administratifs sont susceptibles d'être résiliés unilatéralement par l'administration, mais moyennant une certaine indemnité réparant l'intégralité du préjudice causé au concessionnaire⁷.

La RDC, étant propriétaire de son domaine public, peut livrer aux particuliers les titres d'occupation sur demande de la personne intéressée adressée à une autorité compétente. Dans cette optique, le chef de Division provinciale des transports et voies de communication est le seul compétent à livrer ces titres aux particuliers jusqu'à la preuve du contraire.

1. Les activités à effectuer sur les cent mètres de rive

Les normes urbanistiques et la loi foncière définissent et déterminent les activités qui doivent être exercées sur les cent mètres de rive. Les particuliers jouisseurs de ces cent mètres de rive ne doivent pas y construire des maisons d'habitation tant qu'ils ne sont pas régulièrement désaffectés. Ainsi, toute maison qui sera construite sur les cent mètres de rive sera détruite car le titre d'occupation ne confère aux particuliers que le droit de jouissance et d'usage et non le droit

⁵ Sabin BOUSSARD et Christophe LE BERRE, *Droit Administratif des Biens*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2019. On peut lire en ligne : <<https://www.labase-lextenso.fr>>

⁶ *Idem*.

⁷ Jean-Marie AUBY et Pierre BON, *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz, 1993, p. 349.

de propriété. Malgré les titres d'occupation que possèdent les particuliers jouisseurs des cent mètres de rive, l'Etat congolais peut encore en jouir autrement. Il pourra autoriser l'enterrement de tout corps trouvé (s'il a été noyé) sur les cent mètres de rive sans consentement de l'occupant.

2. Caractères de l'utilisation privative du domaine public

L'utilisation privative du domaine public présente quatre caractères :

1. L'usage privatif est dans une situation juridique individualisée et particularisée. Dans ce cas, l'utilisation du domaine public implique un acte d'investissement déterminé, notamment désigné ;
2. L'autorisation d'occuper privativement le domaine public confère à son titulaire un droit exclusif, c'est-à-dire que l'usager privatif est le seul à pouvoir utiliser l'emplacement qui lui a été réservé sur le domaine public. Ce qui lui permet d'interdire aux autres administrés d'occuper le même emplacement⁸ ;
3. Le droit d'occupation de l'usager privatif est permanent. Certes, toutes les autorisations d'occuper le domaine public sont accordées à titre précaire et révocable ;
4. L'utilisation privative est le plus souvent anormale puisqu'elle comporte des réservations à un seul administré d'une portion du domaine public destiné à l'usage de tous. En effet, l'octroi du certificat d'occupation de cent mètres de rive ne profite qu'au demandeur.

3. Régime des utilisations privatives

Les utilisations privatives ne sont pas libres mais soumises à une autorisation préalable. En effet, ces utilisations peuvent être parfaitement délivrées aux uns et refusées aux autres pour motif d'intérêt général. Ces autorisations unilatérales sont aussi appelées « permis de stationnement » ou « permission de voirie ». Par ailleurs, la Division provinciale des transports et voies de communication a comme service d'appui, le service de cadastre et la Division d'exécution générale des recettes administratives et domaniales. C'est ainsi que le Chef de Division doit, via le bureau chargé des transports lacustres :

- Vérifier sur place de leur délimitation des cent mètres de rive ;
- Se renseigner de la validité de l'objet d'occupation ;
- Obliger le demandeur à présenter la quittance prouvant le paiement de la somme versée à la Direction Générale des Recettes Administratives Domaniales ;
- Exiger le demandeur les six pourcent du coût des travaux qui seront effectués pour obtenir le certificat d'occupation.

En dehors de toutes les activités qui peuvent être exercées sur les cent mètres de rive, l'ensemble c'est de préciser les activités qui peuvent y être exercées et elles doivent être compatibles avec les normes urbanistiques.

II. LES COMPETENCES DES SERVICES PUBLICS SUR LES DOMAINE PUBLIC DE L'ETAT

A. Notions

Il y a lieu de rappeler que les titres donnant accès à l'acquisition du droit de jouissance lesquels doivent émaner de certaines autorités administratives ou publiques. Il importe alors de

⁸ KALAMBAY LUMPUNGU, préc., note 4, p.59.

distinguer les terres urbaines, (celles situées selon la loi sur l'organisation administrative et territoriale en ville, article 71 de la loi foncière), les terres rurales (celles situées en dehors de circonscriptions urbaines ou qui ne sont pas urbaines dans le sens des articles 60 et 153 de la loi foncière), ainsi que les terres des communautés locales (celles gérées selon les coutumes et les usagers locaux (art 388 de la loi foncière)⁹.

Précisons que le chef de quartier ne peut prendre une décision relevant du gouverneur de province en lieu et place du Ministre. Ainsi, l'on ne peut admettre que le ministre des affaires sociales prenne une décision de la désaffectation du stade pour en faire temple en plein air, destiné à recevoir les enfants de la rue pour leur encadrement, que le ministre des affaires foncières puisse désaffecter le terrain public en face du palais du peuple en vue d'y construire des maisons d'habitation¹⁰. Dans ce cas, sans préjuger de l'opportunité ni du fondement d'une telle décision, celle-ci devrait être prise par le Ministre des sports, et le deuxième et troisième cas, par le Ministre des transports et voies de communication et de l'environnement et, mieux, celui des travaux publics, habitation et urbanisme sont compétents. Toutefois, l'entrée ou la sortie des biens du domaine public de l'Etat ne nécessite toujours pas une décision de l'autorité compétente mais plutôt un acte de l'autorité administrative.

B. Organisation administrative des circonscriptions foncières et rôle des différents services

1. Organisation administrative des circonscriptions foncières

Le domaine foncier de l'Etat est subdivisé en domaine public et en domaine privé (article 54 de la loi foncière). Ainsi, toutes les terres affectées à un usage ou à un service public de l'Etat sont hors commerce tant qu'elles ne sont régulièrement désaffectées (article 55 de la même loi). Pour la gestion administrative de ces terres, la loi a institué des circonscriptions foncières administrées par une autorité ou un fonctionnaire de l'Etat appelé « Conservateur des titres fonciers ». Il importe toutefois de différencier la gestion des terres de celle des immeubles du domaine privé de l'Etat¹¹. En effet, l'art 217 de la loi foncière, dispose : « La gestion des biens immobiliers de l'Etat relève de la compétence soit des administrations publiques, soit des organismes publics créés à cet effet, soit des sociétés mixtes immobilières ».

2. Le rôle des différents services

Les institutions à créer n'ont pas encore vu le jour au point qu'il n'y a que le Conservateur des titres fonciers qui gère les terres du domaine public de l'Etat, ensemble avec la Division provinciale de transports et voies de communications, qui gèrent les cent mètres de rive. Les biens du domaine public de l'Etat sont confiés à la gestion des administrations publiques. Les administrations publiques étant constituées par l'ensemble des organes dont dispose le gouvernement pour l'exécution des divers pouvoirs publics et pour l'accomplissement des tâches d'intérêt général¹².

⁹ Jean DUFAU, *Domaine public de l'Etat*, Paris, Ed. du Moniteur, 1990, p.42-43.

¹⁰ KANGULUMBA MBAMBI, *Précis de droit civil des biens*, t.1, 6^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 109.

¹¹ J. DUFAU, préc., note 9, p.43.

¹² André De LAUBADÈRE, *Droit administratif spécial*, 1^{ère} éd., Paris, PUE, 1970, p.76.

Toutes les activités administratives exercées sont assumées par les autorités et agents de l'Etat. Ce sont des services publics de l'Etat installés dans chaque province dont relève chacune un ensemble des biens faisant partie du domaine public de l'Etat. Ainsi, le Gouverneur représente le Ministre de tutelle au niveau local ou provincial. Par conséquent, il exerce un droit de regard sur tous les services administratifs publics se trouvant dans la province. Les cent mètres de rive se trouvant donc dans la compétence de la division provinciale de transport et voies de communication sont dans le domaine public de l'Etat.

3. Les cent mètres de rive, objet d'une concession administrative

Rappelons que la concession administrative est l'autorisation accordée par une entité du secteur public à une initiative privée, afin d'exploiter un bien ou un service. Le domaine public, même si dans certaines législations, peut appartenir à l'Etat, ne peut juridiquement être cédé ni à titre onéreux, ni à titre gratuit. Les biens du domaine public de l'Etat, qu'ils soient fonciers, immobiliers ou mobiliers, ne peuvent faire l'objet des conventions d'aliénation tant qu'ils ne sont pas régulièrement désaffectés. Il est interdit de le vendre, le prêter, le donner en gage ou de le grever des servitudes et d'hypothèques. Ce principe est tiré des plusieurs dispositions, à savoir les articles 9, 10, 54, 55 et 210 de la loi du 20 juillet 1973. En fait, spécialement à l'article 55 de la loi précitée, ces terres sont fermées aux concessions de droit civil mais concessibles sur le plan administratif.

Il convient de souligner que l'inaliénabilité ne s'oppose cependant pas à ce que l'Etat qui a la garde, la surveillance, la protection ou la gestion de ses biens concédés à des particuliers sur les dépendances du domaine public des droits privatifs ou privilégiés de jouissance compatibles avec sa destination et, avec toutes les obligations possibles vis-à-vis de l'Etat et des particuliers. Les cent mètres de rive est un domaine public de l'Etat et répond au régime juridique des biens du domaine public de l'Etat mais peut cependant faire l'objet d'une concession administrative, c'est-à-dire d'une simple autorisation d'occupation donnant lieu à tout moment de le récupérer sans forme de procès. D'où l'acte d'autorisation peut faire l'objet d'une révocation *ad nutum*.

L'usufruit concédé par l'Etat à une personne sur un fonds est le droit pour elle d'user et de jouir de ce fonds, comme l'Etat lui-même, mais à sa charge de la conserver à son état. Le bénéficiaire ou l'occupant des cent mètres de rive devra agir en bon père de famille, ce qui signifie que l'occupant n'est pas tenu de les disposer et aucune autorité n'est tenue de le vendre à des fins incompatibles aux normes urbanistiques et aux normes impératives de la loi foncière.

L'existence d'un droit administratif suppose que l'administration accepte de se soumettre à certaines règles qui peuvent émaner du parlementaire ou de l'administration elle-même. Cela suppose par exemple que l'administration ne puisse refuser à un particulier la délivrance d'un permis de construire sauf si sa demande est contraire à la loi ou aux règles générales que l'administration a elle-même édictées¹³. Cette conception n'a toujours pas prévalu en RD. Congo car les lois et règlements constituent seulement un moyen d'action pour les gouvernants. Ces lois et règlements contiennent des normes que l'Etat impose aux individus mais qui ne s'impose pas à l'Etat lui-même.

¹³ KALAMBAY LUPUNGU, préc., note 4, p.55.

Le certificat d'occupation de cent mètre de rive est à notre avis le fait d'un acte administratif contractuel entre la Division provinciale des transports et voies de communications via le Chef de Division et le bénéficiaire.

4. Le conflit de compétence entre différents services de la place et la Division provinciale des transports et voies de communication

Le domaine public de l'Etat constitue un élément principal de droit administratif et, même les règles de procédure sont régies par le droit administratif. Le principe en matière est qu'une autorité ne peut agir régulièrement que dans les limites des attributions ou des compétences qui lui sont reconnues. La régularité d'un acte administratif s'apprécie en fonction de la matière, objet de la décision.

Le Gouverneur, le Maire de la ville, le Bourgmestre, le Conservateur des titres fonciers, le Chef de quartiers ne peuvent prendre une décision relevant de Division provinciale des transports et voies de communication. L'on ne peut donc admettre que les personnalités ci-haut citées prennent une décision en octroyant le titre d'occupation sur les cent mètres de rive. Il paraît dans ce cas que les autres personnalités citées ne sont pas compétentes en la matière. Il paraît également raisonnable et logique, à défaut de règles particulières, que l'on recourt aux principes et règles de droit administratif pour déterminer l'autorité compétente en matière du domaine public de l'Etat, cas des cent mètre de rive. On assiste donc à une dysfonction dans les services de l'Etat et des perturbations conflictuelles opposant l'administration aux administrés. Les titres d'occupation sont octroyés en cascade par le conservateur, le gouverneur, sur les cent mètres de rive et cela nous a poussé tout simplement à dire que les contrats conclus sont nuls et violant les normes urbanistiques et impératives de la loi foncière.

Nous connaissons que la compétence revient au Chef de Division provinciale des transports et voies de communication de délivrer le titre d'occupation sur les cent mètres de rive à l'occupant qui doit adresser une demande à ce dernier.

Nous ne saurons détailler toutes les activités exercées sur les cent mètres de rive, l'essentiel c'est de préciser une partie ou une zone qui peut faire l'objet d'une autorisation d'occupation au profit des particuliers. Cette autorisation ne donne pas aux particuliers le droit de disposer mais de jouir de ces cent mètres de rive. A titre d'exemple, certaines activités peuvent y être exercées :

- Les installations portuaires au profit des tenanciers des ports
- Les parcs d'attraction touristique pour les sauvegarder de l'esthétique du lieu et de la ville
- les jardins, les lieux de jeux et de loisirs....

Outre la servitude de cent mètres de rive, nous faisons allusion à d'autres servitudes, notamment :

- Les emprises des routes d'intérêts publics conformément au plan d'urbanisme et plan cadastraux ;
- Les emprises des lignes de haute tension sur une distance de vingt-cinq mètres de part et d'autre ;
- Les emprises de chemins de fer de cinq à cinquante mètres suivant les catégories ;
- Les zones de sécurités des dépôts des liquides inflammables des aéronefs, des établissements insalubres et des explosifs ;

- Des emprises de cimetières ;
- Des emprises de bâtiments publics ;
- Les périmètres REGIDESO, SNEL ;
- Les zones de carrières réservées à l'extraction des produits du sous-sol, etc.

Tenant compte de la réalité sur terrain, nous avons remarqué que les cent mètres de rive du fleuve Congo et de la rivière Tshopo à Kisangani sont envahis par des maisons d'habitation. Une situation déplorable et délibérément, à notre avis, violeuse des normes urbanistiques et foncières. Ce qui a poussé même les gouverneurs de certaines provinces à prendre une décision ordonnant la destruction de toutes les maisons érigées sur ces cent mètres de rive contrairement aux constructions observées dans la ville de Kisangani.

III. LA RESPONSABILITE DE L'ETAT ET LES SACTIONS

A. La responsabilité de l'Etat

La responsabilité de l'Etat est l'obligation de l'Etat de réparer tout dommage causé par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives. Le terme « Etat » est pris ici dans son sens plus large et comprend aussi des démembrements (entités territoriales décentralisées, entités territoriales déconcentrées, établissement publics). La responsabilité de l'Etat est couramment appelée « responsabilité administrative » ou « responsabilité de la puissance publique ». L'Etat peut être tenu directement responsable des dommages causés par les agents dans l'exercice de leurs fonctions. Cela constitue une garantie pour les victimes qui, ainsi, peuvent demander réparation directement auprès de l'Etat qui est par nature solvable. Par exemple, la responsabilité de l'Etat par le fait direct des actes du conservateur des titres fonciers. Le conservateur a une responsabilité civile, en principe, mais vu qu'il est un fonctionnaire, de ce fait, il est soumis aux règles statutaires de la fonction publique. La responsabilité qu'il peut engager dans le cadre de sa fonction est une responsabilité administrative. C'est pourquoi ses erreurs doivent être à la charge de l'Etat qui doit en réparer.

La responsabilité de l'Etat s'étend aux fautes commises dans les actes authentiques dressés par le conservateur des titres fonciers à raison de sa fonction. Ces fautes peuvent être des erreurs matérielles d'inscription, des insuffisances ou des omissions, des défauts de vérifications de capacité ou d'identité. Mais la responsabilité de l'Etat fait de l'erreur du conservateur des titres fonciers est limitée et il en fixe le maximum de sa responsabilité qui est la valeur du fonds et de construction, et des plantations, augmenté d'un cinquième. Si le poids d'erreur dépasse, cette valeur l'excédent est supportée par le conservateur à titre de responsabilité personnelle ou civile.

B. Sanctions

La violation de la loi entraîne même une sanction si leur efficacité est hypothétique, des sanctions tant civiles, pénales, qu'administratives. Le caractère d'ordre public de la loi du 20 juillet 1973 correspond aux dispositions tendant à préserver l'ordre public.

L'occupation des cent mètres de rive est prouvée par le certificat d'occupation délivré par le chef de Division Provinciale des Transports et Voies de Communications. Toute occupation, toute

construction et tout lotissement incompatible à la nature des cent mètres de rive est interdit. C'est ainsi que tout titre de propriété portant sur les cent mètres de rive est nul et de nul effet.

1. Sanctions civiles

a. Nullité du contrat de concession

L'article 204 de la loi foncière dispose : « Est nul tout contrat de concession conclu en violation des dispositions impératives de la loi, tout contrat contraire aux impératifs d'ordre urbanistiques ».

Il est justifié qu'un contrat, pour être conforme à la loi, ne puisse violer la base de sa propre validité (article 33 du CCL III), c'est-à-dire celle qui lui donne l'existence et la force. Le contrat ne devient loi que s'il a été conclu au respect de la loi notamment dans les normes et conditions prévues par l'article 8 du CCL III. Dès lors qu'il ne serait pas, ce contrat encourt la sanction de nullité. Celle-ci, qui frapperait un contrat de concession en vertu de l'article 204 de la loi foncière, est d'ordre privé mais tout contrat de nature privée conclu sur les cent mètres de rive est nul et de nullité absolue.

b. Nullité de tout contrat conclu sur les cent mètres de rive

La servitude, les rives, les cours d'eau allant jusqu'au moins cent mètres à partir de la ligne formée par le niveau le plus élevé qu'il atteigne les eaux dans leur période des crues normales. Toute occupation, toute construction et tout lotissement dans les servitudes telles que définies par la loi sont interdits. Sans préjudice des poursuites judiciaires prévues par la loi à charge des contrevenants, toutes constructions érigées en violations de la loi ainsi que d'autres dispositions légales ou réglementaires en la matière sont démolies au frais de leurs constructeurs ou propriétaires sans aucune indemnité¹⁴.

Les cent mètres de rive comme tous les biens du domaine public de l'Etat, sont hors commerce, c'est-à-dire inaliénables, insaisissables et imprescriptibles. Ils ne sont pas susceptibles d'un droit de propriété mais d'un droit de jouissance. Les particuliers peuvent en jouir s'ils ont reçu l'autorisation d'une autorité compétente en la matière. Le certificat d'occupation des cent mètres de rive que le Chef de Division provinciale des transports et voies de communications livre aux particuliers leur permet d'exercer les diverses activités définies et déterminées par la loi foncière et les normes urbanistiques.

Nous avons remarqué pendant nos recherches que dans la ville de Kisangani, aux bords du fleuve Congo et de la rivière Tshopo, les normes urbanistiques ne sont pas respectées, sont toujours violées ; elles ne sont pas observées par les occupants des cent mètres de rive, tantôt violées par l'administration, tantôt violées par les particuliers jouisseurs des cent mètres de rive. L'administration délivre les titres d'occupation aux particuliers sans tenir compte de l'objet de la demande ou de l'activité que les particuliers y exercent. Chaque autorité privilégie ces propres

¹⁴ J. DUFAULT, préc., note 9, p.50.

intérêts au détriment d'intérêts de tout le monde. Des maisons sont érigées sur les cent mètres de rive, oubliant que l'occupant ne reçoit que le titre d'occupation qui lui donne le droit de jouissance des cent mètres de rive. Au lieu de se limiter tout simplement à l'occupation, l'occupant dépasse les bornes sous la « couverture » d'une certaine autorité influente du milieu, et construit sans que ces espaces ne soient légalement ou régulièrement désaffectés.

Les cent mètres de rive est un domaine public de l'Etat qui ne sont pas susceptibles d'un droit de propriété mais d'un droit de jouissance. Ce qui est étonnant, ce qu'il y a des maisons qui sont construites, poussées comme de champignons sur les cent mètres de rive, alors que le certificat d'enregistrement est impossible d'être établi. S'il arrive qu'il soit établi, ce certificat sera nul et de nul effet, parce qu'il risquera de faire allusion au droit de propriété privée. Chose grave encore, l'autorité elle-même n'a jamais désaffecté ces espaces, la preuve en est qu'aucune décision officielle administrative, juridique, voire judiciaire n'est jamais prise et publiée pour sa désaffectation. Ainsi, toutes les maisons construites sur les cent mètres de rive seront détruites sur décision d'une autorité administrative compétente, telle le gouverneur de province.

Dans certaines provinces, les gouverneurs avaient donné une autorisation de démolir toutes les maisons construites sur les cent mètres de rive. Mais jusqu'à présent, dans la province de Tshopo, l'on constate encore des maisons qui y sont érigées ; il appartient alors à l'administration d'appliquer la loi car elle est violée. Nos autorités administratives croisent les bras, ne disent rien aux occupants des cent mètres de rive alors que c'est le moment d'appliquer la loi. Elles sont dans l'obligation d'établir l'ordre public une fois troublé et de faire respecter la loi. De même, il faut privilégier l'intérêt général.

L'article 206 de la loi foncière dispose :

« Nul ne peut construire ou réaliser n'importe quelle autre entreprise sur une terre concédée, en vertu d'un contrat frappé de nullité, (...) l'administration peut ordonner la démolition des constructions ou toutes réalisations effectuées en vertu d'un contrat frappé de nullité, (...) le contrevenant ne pourra prétendre à aucune indemnisation, à quelque titre que ce soit ».

Dans le cas où l'occupant est de bonne foi et que le contrat se trouve entaché d'une nullité, son détenteur occupant doit en principe avoir droit aux dommages. Au contraire si c'est le conservateur des titres fonciers qui a posé un acte ne rentrant pas dans ses compétences, il s'agira d'un abus de pouvoir et engage la responsabilité de l'Etat et même sa responsabilité personnelle. On dira alors qu'il a commis une faute disciplinaire et est en principe passible d'une peine disciplinaire. Avant même que l'administration ne puisse procéder à la démolition de toutes les maisons érigées sur les cent mètres de rive, qu'elle exécute d'abord des peines disciplinaires à l'encontre de tous les agents coupables qui ont délivré les titres d'occupation alors qu'ils sont incompetents. A côté des sanctions civiles, la loi prévoit également des sanctions pénales.

2. Sanctions pénales

La violation de la loi foncière est réprimée par des peines mais également par des sanctions administratives.

a. Peines prévues par les articles 205 à 207 de la loi foncière

Non seulement, il y aura nullité de titre d'occupation délivré par une autorité incompétente, celle-ci devra subir la rigueur de la loi.

Ainsi, aux termes de l'article 205 de la loi foncière, il est prévu que :

- « Sera passible d'une peine de six mois à cinq ans et d'une amende de 50 à 300 zaires ou d'une de ces peines seulement :
1. L'autorité qui aura conclu au nom de la personne publique, propriétaire, un contrat visé par l'art 204 ;
 2. Le fonctionnaire qui aura à dresser un certificat d'enregistrement en vertu d'un tel contrat sera passible d'une peine de deux à cinq ans et d'une amende de 100 à 300 Z ou l'une de ces peines seulement, toute personne qui par contrainte menace ou toute pression aura obligé un fonctionnaire de l'administration du souverain ou des titres fonciers à ce qui en violation des dispositions de la présente loi ».

L'article 206 quant à lui dispose que « Nul ne peut construire ou réaliser n'importe quelle autre entreprise sur une terre accordée en vertu d'un contrat frappé de nullité. Toute infraction à la disposition qui précède sera punie d'une servitude pénale de 2 mois à un an et d'une amende de 100 à 500 Z ou l'une de ces peines seulement. Enfin, selon les termes de l'art 207 de la loi foncière : « Tout acte d'usage ou de jouissance d'une terre quelconque qui ne trouve pas son titre dans la loi ou un contrat constitue une infraction punissable d'une peine de 2 à 6 mois de servitude pénale et d'une amende de 50 à 500 Z ou l'une de ces peines seulement ».

Les auteurs et complices de cette infraction seront punis conformément aux prescrits de la loi pénale (article 21 et 22 CPL III).

b. L'inapplication des sanctions

Le non-respect des dispositions de la loi du 15 décembre 2015 ne donne lieu qu'à des sanctions civiles que pénales. Les auteurs seront punis conformément à la loi, une fois violée. Les autorités compétentes ont déjà eu à les appliquer dans le but de faire respecter la loi, il est regrettable que le taux des peines et celui des amendes soient si décisives par rapport à l'intérêt général protégé. Par exemple, une autorité incompétente peut délivrer à un particulier le titre d'occupation sur les cent mètres de rive sans avoir la qualité. Cette autorité ne sera pas punie comme on a toujours constaté, on rendra seulement le contrat nul sans pour autant punir le coupable. Alors qu'il faut appliquer la loi, donc il y a inapplicabilité de la loi.

Les autorités tant administratives que politiques ne respectent pas la loi et elles ne la font pas respecter par les administrés qui exercent la jouissance des cent mètres de rive sans tenir compte de l'intérêt général à privilégier et qui ressort de leur compétence.

3. Sanctions administratives

L'administration prévoit quelques sanctions en vue de protéger, de sauvegarder l'intérêt général dans le but d'accomplir la mission qui lui a été confiée par l'Etat. Le respect des normes urbanistiques et de la loi foncière est impossible au bénéficiaire des cent mètres de rive. L'administration doit annuler le titre d'occupation, en cas :

- d'occupant viole un besoin d'intérêt général ;
- d'expropriation pour cause d'utilité publique,
- lorsque l'occupant de cent mètres de rive, dépassant le délai de 3 ans sans n'y effectuer aucune activité, le titre d'occupation doit être annulé. Et les cent mètres de rive reviennent ou tombent dans le domaine public de l'Etat ;
- d'usage abusif de cent mètres de rive par l'occupant, par exemple, l'occupant y exerce une activité incompatible ou interdite d'y effectuer ou exercer sur les cent mètres de rive.

Une fois la loi est violée, les services habilités doivent procéder à la démolition, les victimes doivent s'exécuter d'abord et pourront réclamer plus tard. L'administration va parvenir à passer directement à son exécution par la contrainte, en mettant en mouvement la force publique contre le particulier qui possède un titre d'occupation illégale, qui a été livré par une autorité incompétente en la matière, ce titre sera nul et de nul effet.

IV. APPROCHE COMPARATIVE DE L'ARRET N° 0021 DU 29 OCTOBRE 1993 ET LA LOI N° 15/026 DU 31 DECEMBRE 2015 RELATIVE A L'EAU

Depuis son accession à l'indépendance, la RDC, via son pouvoir législatif, s'est dotée de nombreux textes légaux et réglementaires à l'instar de la *loi n° 13-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés*, consacrant la protection générale sur les biens du domaine public et privé de l'Etat, réglementant toutes questions relatives aux servitudes et déterminant les modes de son appropriation ou utilisation. Pour être plus pragmatique, il a plu au gouvernement de large union nationale et de salut public de prendre une décision en Conseil des Ministres lors de sa réunion ordinaire du 21 août 1993 de faire respecter la réglementation sur les servitudes contenues dans la loi foncière, d'où l'*Arrêté interministériel n° 0021 du 29 octobre 1993 portant application de la réglementation sur les servitudes*.

Sans toutefois tenir compte de conséquences néfastes qui s'en suivraient, de son incapacité à démolir et à indemniser tous les occupants selon les articles 122 et 124 de la *loi n° 15/026 du 31 décembre 2015 relative à l'eau*, le gouvernement s'est permis de renforcer et de rendre encore plus difficile la chose en ramenant spécialement la distance des dix à cent mètres de rive, avec un esprit rétroactif. Par conséquent, malgré ce passage de l'Arrêté interministériel de 1993 à loi relative à l'eau de 2015, les dispositions y relatives semblent être non applicables dans le chef des autorités elles-mêmes et non respectables par la population (délivrance de titre de propriété à la place des titres d'occupation et d'usage sans la procédure de désaffectation).

Il est vrai que les lois sont censées venir de la population par le truchement de ses représentants. Mais cela n'empêche qu'il y ait des lois impopulaires, qui ne recourent aucun soutien du peuple. La loi de 1993, sans être beaucoup explicite par rapport aux différentes servitudes, posait, d'une part, des conditions raisonnables, et considérant sa durée, elle a à régir la plupart des cas en ce qui concerne l'alignement entre public et privé. D'autre part, parlant des avantages, la loi n°15/026 procure en nombre les avantages à la personne publique de devoir de conserver l'environnement hydrique, sain, et pour les communautés environnantes pour lesquelles les avantages à long terme profitent. Elle paraît, dès son application effective, être une solution durable aux problèmes de populations quotidiennes dont sont victimes des différents cours d'eaux

en RDC. Enfin, partant de cela (les autres dispositions pertinentes de cette loi) nous pouvons dire qu'elle paraît être efficace. Cela pourra se justifier dans l'avenir pour sa mise en application, car rien ne sert d'avoir de bons textes qui ne seront pas mis en application.

V. REPRESSION POUR VIOLATION DES NORMES FONCIERES ET URBANISTIQUES

A. De l'occupation illégale du domaine foncier de l'État

1. Notions et base légale

L'occupation illégale de terre est une infraction punissable dans nombreuses législations au monde. En tant que prévention, par occupation illégale, nous entendons le fait d'occuper une terre quelconque sans titre ni droit, c'est-à-dire une occupation purement volontaire d'un lieu quelconque dénuée de tout fondement juridique¹⁵. Cette occupation sera « acquise » mais d'une manière non conforme à la loi et le simple acte de jouissance posé sur une terre dont on n'a pas la propriété constitue cette prévention de l'occupation illégale. En effet, la loi congolaise ne restant pas silencieuse, réprime tout acte d'occupation illégale de terre, c'est-à-dire le fait pour une personne d'user et de jouir d'une terre quelconque sans titre ou acte reconnu par la loi.

Cette infraction n'est pas consacrée dans le code pénal congolais. C'est la *loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés* qui a érigé en infraction toute occupation illégale de terre. A titre exemplatif, lorsqu'une personne se loge sur un terrain contrairement à la loi prévue pour l'occupation de ce terrain, en l'occurrence, la loi congolaise du 20 juillet 1973 sous examen, cette personne sera frappée de cette mesure selon l'article 207 de la loi sous examen (l'amende de 50 à 500 zaires et la servitude pénale de 2 à 6 mois). En effet, le fait de se comporter comme tel ne suffit pas et il faut encore que cela soit prévu et puni dans des textes. Ainsi, selon l'article 207 de la loi susmentionnée,

« Tout acte, d'usage ou de jouissance d'une terre quelconque qui ne trouve pas son titre dans la loi ou un contrat, constitue une infraction punissable d'une peine de deux à six mois de servitude pénale et d'une amende de 50 à 500 zaires ou d'une de ces peines seulement. Les co-auteurs et complices de cette infraction seront punis conformément au prescrit des articles 21 et 22 du Code Pénal ».

Nous rappelons que par co-auteurs, il faut entendre tous ceux qui ont prêté pour l'exécution de l'infraction une aide, telle que sans leur assistance, l'infraction n'eût pu être commise. Et sont complices, tous ceux qui, sans réunir en leur personnes les éléments constitutifs de l'infraction, ont par un comportement positif et volontaire, aidé ou facilité la réalisation de l'infraction. Outre l'action pénale, l'auteur de l'occupation illégale pourrait être assigné en justice par une demande en déguerpissement. C'est le cas de l'affaire de l'ancien Gouverneur du Kasai Oriental, Ngoy Kasanji, qui s'est vu déguerpi de sa résidence à la commune de la Gombe, à la suite d'une décision Judiciaire.

¹⁵ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8e éd., Paris, PUF, 2007, p.630.

2. Éléments constitutifs

L'occupation illégale est un acte infractionnel, c'est une infraction consommée, si et seulement si l'auteur de cet acte ait posé un acte matériel et un acte intentionnel (ou moral) et si ces actes sont simultanés.

a. Éléments matériels

Pour l'occupation illégale, les éléments matériels sont constitués par tout acte ou abstention qui forme la base de toute infraction et qui, en général, associé aux autres éléments constitutifs, suffit pour constituer une infraction c'est-à-dire une infraction dite matérielle¹⁶. Cependant, en ce qui concerne l'élément matériel, la loi foncière dans son article 207 sus examiné dispose que : « Tout acte d'usage ou de jouissance d'une terre quelconque qui ne trouve pas son titre dans la loi ou un contrat, constitue une infraction... ». De ce qui précède, l'élément matériel requiert donc en son sein l'association d'un acte positif (i) et aussi d'un acte matériel (ii).

i. Acte positif

L'agent ou l'auteur ou encore le constructeur doit nécessairement avoir posé de lui-même ou donner l'ordre de construire ou de réaliser n'importe quelle autre entreprise sur une terre. C'est ce qu'on peut entendre par acte positif *in specie casus*.

ii. Acte matériel

L'acte matériel est caractérisé par tout acte d'usage ou de jouissance d'une terre quelconque qui ne trouve pas son titre dans la loi ou dans un contrat selon l'article 207 de la loi sous examen. De ce qui précède, l'élément matériel n'est pas le seul moyen qui peut constituer une infraction, encore faudrait-il que l'intention du coupable soit aussi établit pour que l'acte soit valablement sanctionner.

b. L'élément intentionnel ou moral

L'élément intentionnel se dit d'un acte ou un fait juridique, lorsque l'intention qui les inspire, amène la personne à la commission d'une infraction, en l'occurrence celle de l'occupation illégale. Dans ce cas, il doit exister dans le chef de l'agent une intention frauduleuse qui se traduit toujours par une action consciente et par conséquent, caractérise cet élément moral. C'est dans cet élément intentionnel que nous rencontrons mieux la bonne ou la mauvaise foi du constructeur. Si ce dernier connaît que ce lieu où il prétend construire ne lui appartient pas légalement et qu'il n'ait ni droit ni titre pour se faire mais son intention frauduleuse la maintienne quand même, il sera considéré comme responsable d'une occupation illégale. Mais s'il ne le savait pas ou s'il ignorait tout vice qui pourrait contraindre sa jouissance en ce moment-là, il sera considéré comme un constructeur de bonne foi, à l'occurrence, la bonne foi est toujours présumée et l'auteur va courir moins des peines que s'il était un constructeur de mauvaise foi¹⁷.

¹⁶ *Idem*, p. 579.

¹⁷ Articles 21 à 23 de la loi sous examen.

Les notions générales et les éléments constitutifs de l'infraction d'occupation illégale sus analysés, nous pousse à passer en revue quelques décisions prononcées par les tribunaux de Kisangani en la matière.

3. Quelques cas jurisprudentiels de l'infraction de l'occupation illégale

Logiquement, le législateur foncier congolais ne reconnaît pas aux particuliers, personnes physiques et morales, le droit de propriété d'une portion de son sol (terrain) sur toute l'étendue de la République Démocratique du Congo. En effet, aux termes de l'article 9 alinéa 1 de la *Constitution de la RDC du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution du 18 février 2006*, « L'Etat exerce une souveraineté permanente, notamment sur les sols, sous-sols, les eaux et les forêts, sur les espaces aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais ainsi que sur la mer territoriale congolaise et sur le plateau continental ». Cette disposition constitutionnelle est renforcée par l'article 53 de la *loi n°80/008 du 18 juillet 1980 modifiant et complétant la loi n°73/021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés* qui renchérit que « le sol est la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat ».

Dans ce sens, en date du 25 mars 1987, la Cour Suprême de justice avait tranché sagement sous RC 373 que, le sol appartient au seul Etat zaïrois¹⁸. Elle poursuit qu'aux termes de l'article 53 de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973, le sol est la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat, un juge ne peut en reconnaître la propriété à une personne privée¹⁹. Elle tranche encore qu'encourt cassation partielle avec renvoi, un arrêt d'une Cour d'Appel qui reconnaît à un particulier le droit de propriété sur une parcelle de terre, étant donné que depuis l'entrée en vigueur de la loi n°73-021 du 20 juillet 1973 telle que modifiée et complétée à ce jour, la propriété du sol appartient exclusivement à l'Etat zaïrois [lisez congolais] seul²⁰.

Eu égard à tout ce qui précède, il faut noter que l'État ne cède pas sa propriété à des particuliers mais il fait des concessions pour un droit de jouissance. C'est qui est affirmé à l'article 61 de la loi dite foncière qui dispose que la concession est le contrat par lequel l'État reconnaît à une collectivité, à une personne physique ou à une personne morale de droit privé ou public, un droit de jouissance sur un fonds aux conditions et modalités prévues par la présente loi et ses mesures d'exécution. A cet effet, le droit de jouir d'un terrain est conditionné par la signature d'un contrat de location avec la République démocratique du Congo par le biais de son préposé, en la personne du Conservateur des Titres immobiliers.

S'agissant des cent mètres de rive, biens du domaine public de l'État, pour son occupation légale, il faut que la partie à occuper soit préalablement et régulièrement désaffectée, c'est-à-dire une décision officielle prouvant sa désaffectation. Tant qu'ils ne sont pas encore régulièrement désactivés du domaine public de l'État, les particuliers ne pourront en aucun cas avoir de titres de propriété sous peine de l'application des dispositions des articles 204 à 207 de la loi foncière et normes impératives d'urbanisme.

¹⁸ CSJ, RC 373 du 25/03/1987.

¹⁹ CSJ, RC 1867 du 29/08/1996, dans KALONGO MBIKAYI, *Code civil et commercial congolais*, Kinshasa, Service de documentation et d'études du Ministère de la justice, 1997, p.179.

²⁰ CSJ, RC 2819, 23/06/1982, dans DIBUNDA KABUINJI, *Répertoire général de jurisprudence de la Cour suprême de justice*, Kinshasa. CSJ, 1985, p.186.

B. Causes et conséquences de l'aliénation du domaine public

Avant de placer un mot sur quelques facteurs causant l'aliénation du domaine public et les conséquences qui pourront en découler en République démocratique du Congo, rappelons d'abord les différentes conséquences du principe d'inaliénabilité du domaine public de l'Etat.

1. Conséquences d'inaliénabilité du domaine public de l'Etat

En principe, les biens du domaine public sont inaliénables pour la simple raison qu'ils sont affectés à l'usage du public ou des services publics, et que pendant la durée de cette affectation, il est fonctionnement nécessaire qu'ils soient maintenus à la disposition du public ou des services publics. C'est pourquoi l'inaliénabilité est limitée à la durée de l'affectation. Par exemple, l'eau d'un lavoir public appartient au domaine public lorsqu'elle est utilisée dans le lavoir pour laver, mais sortie du lavoir l'eau n'appartient plus au domaine public car elle cesse alors d'être affectée et devient, en conséquence, aliénable. Autrement dit, le principe d'inaliénabilité a comme conséquence, les interdictions de vendre, l'exclusion des actes possessoires sur le domaine public, etc.

2. Causes d'aliénabilité du domaine public de l'Etat

Dans la recherche du leadership en RD Congo, une grande partie de la richesse de ce pays et pendant de longs temps, ont été consacrés dans des guerres, certaines sont dites de « libération » et, d'autres, sont qualifiées de « rebellions ». Tel est le cas par exemple pour certaines villes de la RDC qui, pendant la période de transition, ont été victimes d'une spoliation des parcelles, par un gouvernement rebelle, et qui est à la base des érosions et autres calamités naturelles.

Aujourd'hui, plus de 45% de la population congolaise est chômeur et 37% est constitué des fonctionnaires dans des services publics et privés. Des multiples causes sont à la base de cette aliénabilité du domaine public et les plus majeures sont :

- L'insuffisance du salaire des fonctionnaires de l'Etat qui les pousse à la corruption et à l'aliénation des biens du domaine public de l'Etat à leur intérêt sous prétexte de la recherche de moyens pour survivre, le SMIG n'étant pas garanti ;
- Le manque des responsabilités politiques de l'Etat car c'est ce dernier qui doit réglementer et organiser ce domaine et dans le cas échéant sanctionner les récalcitrants ;
- L'activité de l'Etat n'étant pas effectif dans l'ensemble du territoire national, les fonctionnaires de l'Etat gèrent d'une manière illégale les biens du domaine public de l'Etat.

Les terres qui font partie du domaine public de l'Etat sont régies par les dispositions particulières aux biens affectés à un usage ou à un service public²¹. Ainsi, en République démocratique du Congo en général et dans la ville de Kisangani en particulier, les cent mètres de rive, biens du domaine public de l'Etat, hors commerce, méritent une protection particulière (par la loi foncière et la loi relative à l'eau).

La Division provinciale des transports et voies de communications a dans ses attributions la ou les compétences de protéger, gérer, garder, surveiller, contrôler,... les cent mètres de rive

²¹ KANGULUMBA MBAMBI, préc., note 10, p. 130.

comme biens du domaine public de l'Etat contre les occupations irrégulières, les empiètements, les usurpations, dommages, dégradations, de toutes sortes occasionnés par les tiers et ceci au regard de l'intérêt général qu'ils présentent.

Malheureusement, selon le constat, il existe beaucoup de faiblesses sur l'utilisation et la gestion de ces biens du domaine public de l'Etat. Ce qui revient à dire que, c'est l'Etat congolais lui-même qui est au cœur de toutes violations (manque d'autorité administrative) sur les cent mètres de rive et sur d'autres biens de son domaine à cause de manque d'une décision officielle sur la désaffectation régulière et rigoureuse correspondant à l'infraction de l'occupation illégale car la condamnation de 2 à 6 mois de servitude pénale ne suffit pas, à notre avis, pour la protection d'un bien de si grande importance que le sol de l'Etat. Nous pouvons également ajouter l'absence d'une punition sévère sur le Conservateur des titres immobiliers qui, souvent, agit en complicité avec les hommes politiques. Au-delà de toutes ces considérations, nous avons constaté qu'à la base de ces violations décrites, il y a également le manque de connaissance par les services étatiques et la population de la loi du 31 décembre 2015 sur la protection de l'eau. La loi n'est donc pas connue tant des autorités que de la population.

CONCLUSION

La gestion du domaine public est toujours garantie par les lois du pays qui déterminent les modes d'acquisition, d'appropriation et d'utilisation et garantissent la protection de dépendances domaniales. Les autorités publiques sont censées appliquer et faire respecter les lois régissant le domaine public et prendre de mesures décisionnelles, dans les limites de leurs attributions, efficaces et raisonnables, qui doivent permettre une exécution saine de la loi contre toute appropriation privative sans que le domaine public ne soit régulièrement désaffecté.

Situation paradoxale avec ce que nous avons pu observer sur terrain, les décisions des autorités sur la gestion et l'utilisation du domaine public a une incidence non cohérente avec les principes juridiques garantissant la protection des biens du domaine public de l'Etat. Par conséquent, certaines autorités prennent des décisions qui contribuent à leur dilapidation en favorisant leurs intérêts égoïstes. Et d'autres personnalités interviennent sans y être compétentes en la matière. On a donc affaire à une dysfonction dans les services de l'Etat, des perturbations conflictuelles opposant l'administration aux administrés. Ainsi, avons-nous proposé, de *lege ferenda*, au législateur d'ajouter des dispositions dans la loi dite foncière qui détaillent les modalités d'octroi des concessions de ce domaine public, la durée, et la redevance à payer à l'Etat ; de modifier le code pénal congolais pour insérer en son sein l'infraction de l'occupation illégale.

Étant donné que l'application de la loi n°15/026 du 31 décembre 2015 est source de tensions au regard de son caractère rétroactif, si l'Etat congolais éprouve des difficultés économiques de démolir et d'indemniser en même temps les personnes ayant obtenu des concessions sous l'empire de l'ancienne loi, il serait alors souhaitable que le législateur modifie le caractère rétroactif de la nouvelle loi sur les acquéreurs de bonne foi (ancienne loi). Mais si l'Etat estime que pareil urbanisme a redoré une belle image en RDC, en général et particulièrement à Kisangani, il pourrait alors désaffecter, d'une manière régulière, les cent mètres de rive déjà occupés et laisser les acquéreurs de leurs risques et périls en tenant également compte des constructions ayant respecté les normes impératives d'urbanisme (Prendre des décisions officielles prouvant la désaffectation des biens du domaine public de l'Etat). Après la désaffectation des cent mètres déjà occupés, tout

celui qui (particulier ou agent de l'Etat) osera d'attribuer et d'exercer des activités sur les cent mètres de rive en violations des normes impératives d'urbanisme et des lois du pays sera sévèrement puni.

Pour ce faire, l'Etat pourrait se limiter à sanctionner sévèrement les récalcitrants (les acquéreurs en violation de la nouvelle loi et les agents de l'Etat ayant violés intentionnellement la loi sans respect d'une procédure normale, surtout nos hommes politiques par leur influence à des manœuvres frauduleuses et dilatoires) à verser des dommages et intérêts colossaux sans la démolition de leurs constructions (acquéreurs) et faire subir aux agents des sanctions disciplinaires. Quant à la peine de servitude pénale, nous souhaiterions que son taux soit augmenté de 1 à 5 ans au lieu de 2 à 6 mois car, selon nous, cette dernière mesure ne correspond pas à la protection d'un bien comme la parcelle ou le sol de l'Etat et ne fait aucunement peur aux récalcitrants. Quant à la population, avant de s'engager à une matière quelconque devant n'importe quel service, elle est invitée à solliciter la preuve ou la décision officielle d'un espace sur la désaffectation ou l'affectation d'un bien du domaine public et privé ; d'éviter de solliciter un terrain au bord des rives à ses risques et périls ; de s'approprier et prendre connaissance des lois ou normes impératives d'urbanisme ; à défaut, consulter un avocat au préalable afin d'échapper aux dispositions des articles 204 à 207 de la loi foncière et d'autres dispositions de la loi relative à l'eau.

Enfin, il serait impérieux d'appliquer la loi sans discrimination, car il n'est pas rare de constater que parfois il est octroyé des dérogations pour certains et l'application stricte de la loi pour les autres. Et de mettre à la disposition du public les décisions relatives à la désaffectation et affectation des biens du domaine public et privé de l'Etat. Ainsi, par l'application de nos suggestions, nous pensons réveiller toute personne qui reste encore dans son état de somnambule mais ayant le souci de se procurer une portion de terre de l'Etat non encore désaffectée régulièrement ou un immeuble des mains d'un particulier sur la connaissance de ses droits et devoirs en matière d'occupation illégale. La présente réflexion tend également à réveiller les autorités de rester sérieuse dans leurs fonctions pour ne pas mettre en vente un bien du domaine public de l'Etat sans y être préalablement et régulièrement désaffecté ou un immeuble pour deux ou plusieurs acheteurs.

Étant d'avis avec d'autres chercheurs devanciers, pour une bonne administration du domaine foncier, nous osons combattre et réduire, à travers cette étude, la commission de l'infraction d'occupation illégale dans la ville de Kisangani en particulier et dans toute l'étendue de la RDC en général.

*

* *

Spécification des infractions contre les biens culturels « meubles classés » et criminalité connexe : Commentaires et critiques de l'Ordonnance-Loi du 15 mars 1971 portant protection des biens culturels en République démocratique du Congo

Hur ASANI M.*

RÉSUMÉ

La question de la protection des biens culturels est davantage au centre des échanges internationaux depuis la première Convention de l'Unesco prise en la matière, datant du 14 novembre 1970. En outre, c'est aux termes de l'Ordonnance-Loi du 15 mars 1971 que le législateur congolais a défini des mesures administratives et coercitives pour la sauvegarde des biens culturels « matériels classés », meubles et immeubles, formant le patrimoine culturel national congolais. Cette Loi abroge, à son article 52, le Décret du 16 août 1939 dans toutes ses dispositions, sauf en ce qui concerne les sites naturels. Cependant, elle prévoit un régime juridique transitoire pour les biens classés suivant ce Décret. Elle crée par ailleurs des incriminations spéciales qu'il conviendrait d'analyser minutieusement. En effet, un bien classé rentre dans le régime de protection de Droit public et est encadré par le Droit pénal interne et parfois le Droit international pénal selon que l'on est en situation de paix ou de conflit armé.

Mots-clés : Classement – Biens culturels – Patrimoine – Infraction – Unesco

ABSTRACT

The question of the protection of cultural property has been at the center of international exchanges since the first UNESCO Convention on the subject, dated November 14, 1970. Moreover, it is under the terms of the Ordinance-Law of 15 March 1971 that the Congolese legislator defined administrative and coercive measures for the safeguarding of classified tangible cultural property, movable and immovable, forming the Congolese national cultural heritage. Article 52 of this law repeals all the provisions of the Decree of August 16, 1939, except as regards natural sites. However, it provides for a transitional legal regime for property classified under this Decree. It also creates special incriminations that should be carefully analyzed. In fact, a classified property comes under the protection of public law and is governed by domestic criminal law and sometimes international criminal law, depending on whether the situation is one of peace or armed conflict.

Keywords : Classification – Cultural property – Heritage – Infringement – Unesco

|||||

* Licence (Bac+5) en Droit de l'Université de Kinshasa ; Candidat-apprenant au Diplôme d'Etudes Supérieures en Droit, Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa ; Candidat-assistant à l'enseignement dans la même Université ; Expert et consultant juridique en droit du patrimoine culturel congolais, droit de la propriété intellectuelle et droit pénal des biens culturels ; membre et Directeur de la recherche de la Société Civile d'Avocats MAK spécialisée en Droit des affaires et Droit OHADA. Pour contacter l'auteur : Tél. : +243 82 34 29 052 – hurasani6@gmail.com.

1970 et de Paris du 16 novembre 1972⁴ ainsi que celle de l'UNIDROIT du 24 juin 1995⁵ jusqu'au Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale⁶, les fondements pour la spécification des infractions contre les collections publiques muséales ont été posés.

Les législations nationales sur le patrimoine culturel ont davantage réprimé les atteintes contre l'intégrité matérielle et la propriété sur les biens culturels classés. Cela dit, il est clairement établi l'existence d'un droit pénal spécial des biens culturels publics exposés ou conservés dans les musées. C'est ainsi, comme nous allons le voir, elles ont prévu des sanctions pénales contre les violations des dispositions protégeant les biens culturels en vue de dissuader les agents infracteurs. Par ailleurs, contrairement au droit pénal congolais, certains codes pénaux ordinaires, comme c'est le cas en France, ont aggravé les sanctions pénales de certaines infractions de droit commun lorsqu'elles touchent aux biens culturels⁷. Par ailleurs, l'intérêt de la spécification des infractions contre l'intégrité des biens culturels publics ou privés non conservés dans les musées se résume dans la valeur que le législateur interne et les conventions internationales accordent aux biens d'une importance pour l'archéologie, l'histoire, la préhistoire, l'art ou la littérature.

C'est ainsi, pour assurer leur protection, ces textes enjoignent aux parties de prendre des mesures administratives ou pénales contre les infractions contre les biens culturels et leur commerce illicite. En effet, l'Article 7 de la Convention de l'Unesco de 1970 dispose⁸ :

« Les Etats parties à la présente Convention s'engagent :

(a) à prendre toutes les mesures nécessaires, conformes à la législation nationale, pour empêcher l'acquisition, par les musées et autres institutions similaires situés sur leur territoire, de biens culturels en provenance d'un autre Etat partie à la Convention, biens qui auraient été exportés illicitement après l'entrée en vigueur de la Convention ; dans la mesure du possible, à informer l'Etat d'origine, partie à la présente Convention, des offres de tels biens culturels sortis illicitement du territoire de cet Etat après l'entrée en vigueur de la présente Convention, à l'égard des deux Etats en cause... »

L'article 8 du même texte proclame : « Les Etats parties à la présente Convention s'engagent à frapper de sanctions pénales ou administratives toute personne responsable d'une infraction aux interdictions prévues aux articles 6 (b) et 7 (b) ci-dessus. ». Il en appert que c'est au législateur interne que revient la lourde charge de réprimer les atteintes aux objets culturels afin d'assurer leur protection aussi bien en temps de paix qu'en situation de conflit armé. C'est ainsi que l'article 28 de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé dispose :

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre, dans le cadre de leur système de droit pénal, toutes mesures nécessaires pour que soient recherchées et

⁴ *Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel* adoptée par la conférence générale à sa dix-septième session paris, 16 novembre 1972.

⁵ *Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels voles ou illicitement exportés* adoptée à Rome le 24 juin 1995 et entrée en vigueur le 1^{er} Juillet 1998.

⁶ Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté le 17 juillet 1998 et entré en vigueur 1^{er} juillet 2002, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, No. 38544, Dépositaire Secrétaire général des Nations Unies, <http://treaties.un.org>.

⁷ Lecture complémentaire des dispositions des articles 311-4-2 (vol qualifié) ; et 322-3-1 (destruction ou dégradation) du code pénal français.

⁸ *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicite*. En ligne : <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13039&URL_DO=DO_PRINTPAGE&URL_SECTION=201.html3/8> (consultée le 28 Avril 2022 à 19 heures 50').

frappées de sanctions pénales ou disciplinaires les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont commis ou donné l'ordre de commettre une infraction à la présente Convention⁹ ».

C'est dans cet environnement répressif que le législateur congolais de 1971 a prévu des dispositions pénales réprimant un certain nombre de comportements. Par voie de conséquence, il sera porté, dans le cadre de cette analyse juridique, un accent sur la criminalité connexe que nous entendons comme l'ensemble des actes criminels ayant facilité les incriminations spéciales contre les biens culturels classés. Il s'agit des infractions-moyens.

Nous allons tour à tour examiner la procédure de classement d'un Bien culture ainsi que les effets juridiques y attachés (III), les infractions pénales réprimées par le législateur congolais en vue de protéger leur intégrité (IV) ainsi que les contours du contentieux du droit du patrimoine culturel (V) après avoir épinglé quelques notions théoriques (I) et présenter les sources du droit du patrimoine culturel congolais (II)

I. GENERALITES ET NOTIONS THEORIQUES

Pour cette recherche, certains termes doivent être expliqués compte tenu de leur usage dans le langage courant. Il s'agit des termes tels que biens culturels, collections publiques, classement et expropriation pour cause d'intérêt public.

A. Biens culturels

Aux fins de l'article 1^{er} de la Convention de l'Unesco, sont considérés comme biens culturels les biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque Etat comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, et qui appartiennent à l'une des quinze catégories prévues au même article. Cette Convention restreint le cadre conceptuel des biens culturels. Ils sont tout d'abord désignés par l'Etat au regard de leur importance pour certaines disciplines et appartenant à des catégories précises. Il faut préciser également que les biens culturels sont soit matériels ou immatériels, soit publics, soit privés ; mobiliers ou immobiliers. Ce sont, concrètement, des biens de consommation qui véhiculent des idées, des valeurs symboliques et des modes de vue, qui informent ou distraient, contribuant à forger et à diffuser l'identité collective tout comme à influencer les pratiques culturelles¹⁰.

Par ailleurs, le lexique des termes juridiques les définit, tels qu'appréhendés en droit français, comme des biens soumis à des règles particulières et dont l'exportation requiert l'obtention d'un certificat administratif¹¹. Les biens culturels renvoient traditionnellement aux œuvres d'art, objets d'antiquité et les objets de collection¹².

⁹ *Convention de la Haye de 1954 sur la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, à laquelle la République Démocratique du Congo a adhéré en date du 18 avril 1961.

¹⁰ UNESCO, *Culture, commerce et mondialisation, Questions et réponses*, note 1, Paris, Unesco, 2000, p. 14.

¹¹ Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 25^e édition 2017-2018, Paris, Dalloz, 2018, p. 129.

¹² *Idem*, v^o « Biens culturels ».

B. Collections publiques

L'article 3 point 7 de la Convention de l'UNIDROIT dispose:

- « Par "collection publique", au sens de la présente Convention, on entend tout ensemble de biens culturels inventoriés ou autrement identifiés appartenant à :
- a) un Etat contractant;
 - b) une collectivité régionale ou locale d'un Etat contractant;
 - c) une institution religieuse située dans un Etat contractant; ou
 - d) une institution établie à des fins essentiellement culturelles, pédagogiques ou scientifiques dans un Etat contractant et reconnue dans cet Etat comme étant d'intérêt public. »

Cette définition ne se distingue pas, dans le fond, d'avec celle d'un bien culturel. Mais encore, le fait pour la Convention de ne pas préciser la nature du bien démontre qu'il peut être un bien meuble ou immeuble. Cependant, il faut tout de même noter que la collection, comme le nom l'indique, est un tout, un ensemble des biens affectés à un usage culturel. Deux préalables guident en effet la composition de la collection publique. Les biens culturels doivent faire l'objet d'un inventaire (acte matériel d'identification) et appartenir à une personne morale de droit public.

1. Inventaire

En droit patrimonial, l'inventaire est une opération consistant à décrire les éléments actifs et passifs d'une masse de biens¹³. Par contre, en droit civil, il est défini comme le dénombrement et évaluation des biens d'une personne¹⁴. Il s'agit en clair d'une opération administrative tendant à enregistrer, recenser ou identifier les biens culturels mobiliers ou immobiliers faisant partie du domaine public du patrimoine culturel. L'article 6 de la Loi du 15 mars 1971 parle en effet du dressement d'une liste par les soins du Directeur Général de l'Institut des musées nationaux du Congo. C'est un acte de portée administratif.

L'article 8 de la *Loi n° 8-2010 du 26 juillet 2010 portant protection du patrimoine national culturel et naturel*¹⁵ dispose :

- « L'inscription à l'inventaire du patrimoine national consiste en l'enregistrement des biens culturels et naturels (meubles ou immeubles) appartenant à l'Etat, aux collectivités locales, aux associations ou à des personnes physiques ou morales qui, sans justifier d'une nécessité de classement immédiat, présentent un intérêt du point de vue de l'histoire, de l'art, de la science et de la technique pour exiger la préservation ».

Cette définition, comme nous l'avons relevé, ne s'écarte pas largement de ce qu'on entend par classement en droit congolais.

2. Affectation

Il s'agit, en effet, de la détermination d'une finalité particulière en vue de laquelle un bien sera utilisé¹⁶. L'affectation résulte d'un acte administratif formel destinant le bien à l'usage du public ou à

¹³ *Idem*, v° « Inventaire ».

¹⁴ *Ibidem*, v° « Inventaire », p. 1172.

¹⁵ Il s'agit d'un acte législatif de la République du Congo.

¹⁶ Gérard CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition mise à jour, Collection « Quadriges », Paris, PUF, 2018, v° « Affectation ».

un service public ou d'un fait impliquant le même résultat¹⁷. L'affectation, en droit public général, est le moyen par lequel une autorité administrative, investie des pouvoirs propres à cet effet, rentre un bien dans le domaine public de l'état pour un usage spécifique d'intérêt général.

C. Classement

L'ordonnance-Loi du 15 mars 1971 ne définit pas ce qu'il faut entendre par classement. Elle n'en prévoit que la procédure et les effets et parallèlement les modalités de déclassement. C'est en effet, l'action de classer ou une mise en ordre alphabétique, chronologique, logique (ou selon divers autres critères) des éléments d'un ensemble, soit pour la seule commodité de leur consultation ou de leur utilisation, soit afin d'introduire entre eux un ordre de mérite, de valeur, de priorité qui confère plus d'avantage à l'élément qui précède qu'à celui qui le suit¹⁸. Certaines législations, comme c'est le cas au Congo-Brazza, ont pris le soin de distinguer le classement d'avec l'inscription à l'inventaire. Le législateur congolais ne connaît l'inventaire ou mieux a créé un régime de confusion entre les deux notions, au point de le désigner par le seul classement. De façon plus claire, le classement renvoie à la fois à l'acte matériel d'identification ou d'inscription à l'inventaire mais encore à un acte juridique d'affectation à un usage d'intérêt communautaire.

D. Expropriation pour cause d'utilité publique

L'expropriation est toute opération tendant à priver contre son gré de sa propriété un propriétaire foncier, plus généralement à dépouiller le titulaire d'un droit réel immobilier de son droit¹⁹. Elle est dite pour cause d'utilité publique lorsqu'elle désigne une cession forcée, pour des motifs d'utilité publique, de tout ou partie d'immeubles ou de droits réels immobiliers²⁰. Nous allons, après ce contour sémantique, préciser de façon énumérative les sources principales du droit des biens culturels.

II. SOURCES DU DROIT DES BIENS CULTURELS

A. Conventions internationales protégeant le patrimoine culturel

1. Convention universelle sur le droit d'auteur adoptée le 06 septembre 1952 (elle a été révisée à Paris le 24 juillet 1971);
2. Convention de la Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et ses deux Protocoles (1954 et 1999) ;
3. Convention de l'UNESCO adoptée le 14 novembre 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels ;
4. Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972 ;
5. Convention d'UNIDROIT du 24 juin 1995, commanditée par l'UNESCO, sur les biens culturels volés ou illicitement exportés ;
6. Code international de déontologie pour les négociants en biens culturels publié en 1999 par l'UNESCO;

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ *Idem*, v° « Classement ».

¹⁹ *Idem*, v° « Expropriation ».

²⁰ *Ibidem*, p.954-955.

7. Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique adoptée en 2001 (elle concerne les épaves de navire, ruines et cités enfouies sous les mers) ;
8. Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel adoptée en 2003 ;
9. Convention pour la promotion sur la diversité des expressions culturelles adoptée en 2005.

B. Législation nationale sur le patrimoine national culturel

1. Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles ;
2. Ordonnance-loi n°71-016 du 15 mars 1971 relative à la protection des biens culturels ;
3. Décret n° 09/52 du 03 décembre 2009 fixant les statuts d'un établissement public dénommé Institut des Musées Nationaux du Congo en sigle « IMNC » ;
4. Décret n°13/014 du 19 avril 2013 portant création, composition et fonctionnement de la Commission de classement des biens culturels ;
5. Arrête ministériel n°021/CAB/MIN/CA/2015 du 19 mai 2015 portant classement des biens culturels.

III. DE LA PROCÉDURE DE CLASSEMENT DES BIENS CULTURELS MATÉRIELS MEUBLES ET SES EFFETS

L'article 1^{er} de la Convention de l'Unesco, comme nous l'avons relevé, souligne que ce sont les États qui désignent les biens culturels. L'article 3 de la Convention de Paris de 1972 dispose en ces termes : « Il appartient à chaque État partie à la présente Convention d'identifier et de délimiter les différents biens situés sur son territoire et visés aux articles 1 et 2 ci-dessus. ». L'identification et la délimitation sont les deux opérations matérielles du classement.

Cependant, avant d'aborder la procédure prévue à cet effet, il faut faire remarquer que les biens culturels, dans leur répartition bipartite, sont soit des biens matériels soit des biens immatériels. Chaque nature correspond à un régime juridique. Cette étude s'est centrée sur les biens culturels matériels. Ceux-ci, à leur tour, sont soit des biens mobiliers soit des immobiliers. Les conventions n'ont pas abordé clairement cette sous-catégorisation intégrée dans les législations internes. L'ordonnance-loi de 1971 n'en donne pas le contenu, les règles de droit commun s'appliquent pour couvrir cette carence. Malheureusement, la *loi du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés*, à son tour ne donne pas des définitions claires. Ces définitions sont peu précises et usuelles. Les articles 2, 3 et 4 qui abordent la distinction se basent sur le caractère résiduel et sont plutôt énumératifs. Le législateur ne donne aucune précision sur la nature du bien immobilier. En effet, d'après l'article 6 de la même loi, le sol et les mines sont immeubles par leur nature. Nous pensons que le législateur aurait fait œuvre utile en soustrayant clairement les biens immeubles par nature des biens susceptibles d'acquisition.

Les biens culturels « publics classés » sont soit du domaine du patrimoine culturel national, dans ce cas ils sont gérés par l'Institut des musées nationaux du Congo. C'est le principe de la gestion absolue avec comme principe corolaire la domanialité publique. Soit ils sont des biens privés classés, dans ce cas ils obéissent au régime de collaboration ou consultation entre l'Institut des musées nationaux du Congo et les propriétaires desdits biens. Mais encore, le classement est soit total soit partiel. En ce qui est du champ d'application de l'ordonnance-loi du 15 mars, elle est applicable aux immeubles et objets mobiliers classés en vertu du décret du 16 août 1939, sauf aux sites naturels.

A. Procédure de classement d'un bien culturel matériel

1. Procédure de classement des biens culturels matériels meubles

L'Ordonnance-Loi de 1971, à son article 18, commence par distinguer les biens meubles proprement dits, les immeubles par destination, dont la conservation présente un intérêt public au point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science, comme biens culturels mobiliers. Par ailleurs, comme cela été dit haut, la loi ne dit pas ce qu'il faut entendre ni par biens meubles ni biens immeubles par destination. Cependant, dans l'un comme l'autre cas, elle relève qu'ils doivent avoir un intérêt public dans les matières limitativement énumérées. Lorsque des biens immeubles par destination classés redeviennent des meubles proprement dits, les effets du classement subsistent à leur égard.

a. Acte juridique

L'article 19 de l'O.-L. de 1971 distingue deux actes juridiques de classement. L'intérêt de distinction de ces deux types se justifie dans la nature même des biens à classer, en ce qu'ils peuvent être du domaine public de l'État ou appartenir aux particuliers. Ainsi, les objets mobiliers appartenant à l'État sont classés par un arrêté ministériel, après avis du Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo et de la commission de classement, s'il y a accord du ministre de qui relève l'objet.

Le législateur consacre un pouvoir lié, à l'opposé du pouvoir discrétionnaire, en matière de classement et/ou de gestion des biens du domaine patrimonial culturel. En effet, le classement est opéré après avis du Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo. Cet avis est purement technique en ce que c'est l'établissement public culturel qui gère le patrimoine national culturel et administratif, pour autant que c'est la commission de classement qui soumet les biens à classer. Mais encore, le classement d'un appartenant à l'État es soumis à l'accord préalable du ministre de qui il relève. Nous pensons que c'est pour éviter un concours d'intérêt général et pour juger de l'opportunité et inopportunité d'un tel classement au regard de ses effets.

À défaut de cet accord, l'objet est classé par ordonnance du président de la République. Cependant, les objets mobiliers appartenant à toute personne autre que l'Etat sont classés par arrêté du ministre de la culture, après avis du Directeur Général de l'Institut des musées nationaux du Congo et de la commission déclasserment.

b. Étapes de classement proprement dites

1. le Directeur Général de l'institut des musées nationaux du Congo, sur invitation du ministre de la Culture, arts et patrimoines notifie au propriétaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une proposition de classement de l'objet. En outre, les effets du classement s'appliquent de plein droit au bien visé, à dater de cette proposition. Cependant, si l'arrêté de classement n'intervient pas dans l'année de la notification, ces effets deviennent caducs ;
2. Le propriétaire peut formuler ses observations sur la proposition de classement de son objet et/ou bien. Lorsqu'elles sont présentées, aucun classement ne pourra intervenir endéans cette période.

L'article 21 de l'O.-L. de 1971 crée une dérogation en ce qui sont des objets conservés dans un musée national au sens de l'Ordonnance n°70-089 du 11 mars 1970 portant création d'un Institut des musées nationaux; les objets conservés dans un musée qui appartient soit à une personne publique autre que l'Etat, soit à une personne physique ou morale de droit privé, et qui est classé par une ordonnance du président de la République sont classés d'office. Ils doivent être inscrits à un inventaire établi par le musée qui les conserve.

3. Le classement est prononcé soit par voie d'un arrêté, soit par voie d'une ordonnance, est notifié au ministre de qui relève l'objet ou au propriétaire ;
4. Publication au Journal officiel de la République démocratique du Congo
5. La notification de la décision au ministre duquel dépend le bien par une lettre recommandée envoyée par le Directeur Général de l'Institut des musées nationaux du Congo.

Le Directeur général de l'Institut des musées nationaux du Congo dresse une liste générale des biens culturels mobiliers classés. Un exemplaire de cette liste, tenu à jour, doit être déposé à l'Institut des musées nationaux du Congo, où il peut être consulté gratuitement par toute personne. Nous pensons que c'est pour éviter le trafic sinon le commerce illicite qu'elle est rendue publique à toute consultation. Mais également pour assurer la traçabilité et surtout pour assurer la publicité des servitudes éventuelles qui peuvent entacher ces biens.

c. Effets du classement des biens culturels meubles

Ils sont prévus par les articles 24 à 32 de l'O.-L. du 15 mars 1971. Les biens ayant fait l'objet d'un classement produisent les effets suivant :

- Les objets classés sont imprescriptibles. Cette imprescriptibilité tire son fondement de leur appartenance au domaine public de l'Etat. Elle s'étend à toutes les actions judiciaires à mener pour recouvrer le droit réel sur ces biens. Ainsi, les actions en nullité ou en revendication peuvent être exercées à toute époque, tant par le ministre de la Culture que par le propriétaire originaire. Parallèlement, en cas de perte ou de vol, le propriétaire ou détenteur de l'objet est tenu d'en informer dans les vingt-quatre heures le directeur général de l'institut des musées nationaux. Il s'agit là des biens culturels privés régis par le principe de la gestion concertée. Cette obligation d'information se justifie d'abord en ce que l'Institut des Musées Nationaux congolais est l'organe qui gère le patrimoine national culturel mais encore, qui en dresse l'inventaire, enfin le Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo, est désigné comme Officier de police judiciaire à compétence matérielle restreinte en ce qu'il est chargé en cette qualité, de rechercher et de constater les infractions à ladite Ordonnance-Loi et à ses mesures d'exécutions ;
- Ils sont inaliénables du fait de leur classement, donc non susceptibles d'acquisition. Ils ne peuvent être aliénés qu'avec l'autorisation du ministre de la Culture, arts et patrimoine donnée après avis du Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo. Même dans ce cas, la propriété ne peut en être transférée qu'à l'Etat ou à une autre personne publique. Elle est prescrite à peine de nullité. En cas d'une action en revendication d'un bien culturel illicitement acquis, l'acquéreur ou le sous-acquéreur de bonne foi, entre les mains duquel l'objet est revendiqué, a droit au remboursement de son prix d'acquisition. Si la revendication est exercée par le Ministre de la Culture, arts et patrimoine, celui-ci aura recours contre le vendeur originaire pour le montant intégral de l'indemnité qu'il aura dû payer à l'acquéreur ou sous-acquéreur ;
- Tout particulier qui aliène un objet culturel privé classé est tenu de faire connaître à l'acquéreur l'existence du classement ;

- L'Etat peut exercer, sur toute vente publique d'un objet classé, un droit de préemption par l'effet duquel il se trouve subrogé à l'adjudicataire. Si le ministre entend se réserver la faculté d'user du droit de préemption, son représentant doit, aussitôt prononcé l'adjudication de l'objet, en faire à l'agent des ventes publiques une déclaration dont il est fait mention au procès-verbal de la vente. La décision du ministre doit intervenir dans le délai de quinze jours ;
- L'exportation hors du Congo d'un objet classé est interdite. Toutefois, le ministre de la Culture peut, après avoir pris l'avis du Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo, autoriser l'exportation temporaire d'un objet classé. L'exportation temporaire se justifie par les missions éducatives et culturelles des œuvres. C'est ainsi que des biens culturels peuvent être momentanément exposés à l'étranger ;
- Aucun objet classé ne peut être détruit, mutilé ou dégradé, ni être modifié, réparé ou restauré, sans autorisation du Ministre de la Culture donnée après avis du Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo. L'intégrité du bien culturel est prise à cœur par le législateur de 1971 en ce que les objets culturels occupent une place culturelle de choix en société.

Les effets du classement suivent l'objet classé en quelque main qu'il passe. Il s'agit du droit de suite qui consiste pour un titulaire droit de poursuivre l'exercice ou le recouvrement de leurs droits en quelque main qu'elle soit.

d. Procédure de classement des biens culturels immeubles

1. Acte juridique de classement

L'article premier distingue à ses deux alinéas deux types de classement des biens culturels. Le classement principal d'un bien culturel dont la conservation présente un intérêt public au point de vue de l'histoire, de l'art ou de l'archéologie (article 1^{er}). C'est celui qui est prévu également dans la convention de l'Unesco de 1970 et dans la convention de l'UNIDROIT. Mais également, à son alinéa 2, il évoque la scénario du classement des immeubles dont le classement est nécessaire pour isoler, dégager, assainir ou mettre en valeur un immeuble classé ou proposé pour le classement. Il s'agit, de notre point de vue, d'un classement-accessoire.

Aux termes de l'article 2, l'immeuble appartenant à l'État est classé par arrêté du Ministre de la Culture, arts et patrimoine après avis du Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo et de la commission de classements des biens culturels prévue à l'article 42, s'il y a accord du Ministre dans les attributions duquel l'immeuble est placé. A défaut de cet accord, l'immeuble est classé par ordonnance du Président de la République.

A contrario, l'immeuble appartenant à un particulier est classé par arrêté du Ministre de la culture, après avis préalable du Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo et de la commission de classement.

2. Classement proprement dit

Le Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo, sur invitation du Ministre de la Culture, notifie au propriétaire, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, une proposition de classement de l'immeuble. Il fait la même notification au conservateur des titres immobiliers et fonciers dans le ressort duquel l'immeuble est situé. A compter du jour de la notification au propriétaire de la proposition de classement, tous les effets du classement s'appliquent

de plein droit à l'immeuble visé. Ils cessent de s'appliquer si l'arrêté de classement n'intervient pas dans l'année de la notification ;

- Le propriétaire peut présenter ses observations, par lettre recommandée adressée au Ministre de la Culture, dans un délai de six mois à partir de la notification. Pendant cette période, le classement ne peut être prononcé ;

- Ensuite, le classement est notifié au Ministre dans les attributions duquel l'immeuble est placé ou au propriétaire, suivant le cas, ainsi qu'au conservateur des titres immobiliers et fonciers, par une lettre recommandée envoyée par le Directeur Général de l'Institut des Musées Nationaux du Congo ;

- Enfin, l'Arrêté ministériel ou l'Ordonnance de classement est publié au Journal officiel de la République démocratique du Congo afin d'assurer son opposabilité *erga omnes*.

Les biens immeubles privés peuvent être classés. Dans ces conditions, le classement peut donner lieu au paiement d'une indemnité représentative du préjudice découlant des effets du classement. La demande est adressée par lettre recommandée dans un délai de six mois à compter le classement au ministre de la culture. Le ministre fixe le montant après avis du Directeur Général de l'IMNC. En cas de désaccord, le propriétaire peut, dans les deux mois, à dater de la notification, exercer un recours devant les tribunaux.

3. Effets juridiques du classement

- a. Obligation de notifier le classement de l'immeuble aliéné au nouvel acquéreur ;
- b. L'immeuble ne peut être détruit, déplacé ou être l'objet de restauration, de réparation sans l'autorisation du ministre de la culture après avis de l'IMNC ;
- c. L'Etat peut poursuivre l'expropriation pour cause d'utilité publique d'un immeuble classé ;
- d. Aucune apposition d'affiche, aucun dispositif d'affiche de réclame ou de publicités visuelles ne peut être placé sur un immeuble classé. Ni, le cas échéant, sur les immeubles voisins situés dans un périmètre à déterminer ;
- e. Aucune construction neuve ne peut être adossée à un immeuble classé sans une autorisation du ministre donnée après avis de l'IMNC ;
- f. Aucune acquisition de droit par prescription sur un immeuble classé ;
- g. Les servitudes légales qui peuvent causer la dégradation des immeubles ne sont applicables ; Aucune servitude conventionnelle sans autorisation du ministre après avis de l'IMNC.

IV. LES INCRIMINATIONS EN RAPPORT AVEC LES BIENS CULTURELS EN DROIT INTERNE ET DROIT INTERNATIONAL

L'Ordonnance-loi du 15 mars 1971 prévoit en son sein des dispositions pénales. Elle organise en effet la répression des infractions à certaines dispositions. Cependant, il arrive que des actes infractionnels de droit commun soient posés contre des objets culturels comme c'est le cas du vol ou de la destruction méchante d'un bien culturel ou même le faux et usage de faux en écriture. Nous allons d'abord examiner les infractions particulières, puis enfin les quelques infractions types de droit commun.

A. Infractions réprimées dans la Convention de 1954 et le Statut de Rome

1. Dans la Convention de 1954 et dans le deuxième Protocole à la Convention de la Haye de 1954 du 26 mars 1999

L'Article 28 de la Convention dispose en son sein que : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre, dans le cadre de leur système de droit pénal, toutes mesures nécessaires pour que soient recherchées et frappées de sanctions pénales ou disciplinaires les personnes, quelle que soit leur nationalité, qui ont commis ou donné l'ordre de commettre une infraction à la présente Convention. » C'est à l'Etat à prendre, dans sa Loi pénale, de réprimer les différentes atteintes aux biens culturels. Il faut rappeler utilement que cette convention inscrit son champ d'application au conflit armé. C'est à bon escient que les militaires, principaux protagonistes des conflits armés, sont considérés comme étant les destinataires de ce texte juridique. En temps de conflit armé, la qualification matérielle d'une infraction est lié à celui-ci en ce que toute infraction commise en temps de conflit armé est qualifiée de crime de guerre. Ainsi, le Code pénal militaire congolais considère à son article 166, point 18, le fait de diriger des attaques contre les monuments historiques, les archives, les œuvres d'art ou les lieux de culte clairement reconnus qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et auxquels une protection spéciale a été accordée en vertu d'un arrangement particulier alors qu'il n'existe aucune preuve de violation par la partie adverse de l'interdiction d'utiliser ces biens à l'appui de l'effort militaire, et que ces biens ne sont pas situés à proximité immédiate des objectifs militaires comme un élément constitutif du crime contre l'humanité.

Par ailleurs, l'article 15 du deuxième Protocole à la Convention de la Haye de 1954 dispose :

Commets une infraction au sens du présent Protocole toute personne qui, intentionnellement et en violation de la Convention ou du présent Protocole, accomplit l'un des actes ci-après :

- (a) **faire** d'un bien culturel sous protection renforcée **l'objet d'une attaque** ;
- (b) **utiliser** un bien culturel sous protection renforcée ou ses abords immédiats à l'appui d'une action militaire ;
- (c) **détruire ou s'approprier** sur une grande échelle des biens culturels protégés par la Convention et le présent Protocole ;
- (d) faire d'un bien culturel couvert par la Convention et le présent Protocole l'objet d'une attaque ;
- (e) **le vol, le pillage** ou le **détournement** de biens culturels protégés par la Convention, et les actes de vandalisme dirigés contre des biens culturels protégés par la Convention. 2. Chaque Partie adopte les mesures qui pourraient être nécessaires pour incriminer dans son droit interne les infractions visées au présent article et réprimer de telles infractions par des peines appropriées. Ce faisant, les Parties se conforment aux principes généraux du droit et au droit international, notamment aux règles qui étendent la responsabilité pénale individuelle à des personnes autres que les auteurs directs de l'acte.

Concernant leur justiciabilité, le normateur du premier Protocole à la Convention de la Haye de 1954, à son article 16, dispose que chaque Partie adopte les mesures législatives nécessaires pour établir sa compétence à l'égard des infractions visées à l'article 15, dans les cas suivants : (a) lorsqu'une telle infraction a été commise sur le territoire de cet Etat ; (b) lorsque l'auteur présumé est un ressortissant de cet Etat ; (c) s'agissant des infractions visées aux alinéas a) à c) du paragraphe premier de l'article 15, lorsque l'auteur présumé est présent sur le territoire de cet Etat.

L'article 21 du même texte, par ailleurs, renvoie aux Etats la responsabilité de réprimer les autres infractions touchant aux biens culturels. Notamment, toute utilisation de biens culturels en violation

de la Convention ou du présent Protocole et toute exportation, autre déplacement ou transfert de propriété illicites de biens culturels depuis un territoire occupé, en violation de la Convention ou du présent Protocole.

2. Dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale

L'article 8, point 2, iv) du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale entend, entre autres, par « crimes de guerre », la **destruction** et l'**appropriation** de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire.

C'est dans ce sens d'ailleurs que la Cour pénale internationale a condamné Ahmad Al Faqi Al Mahdi²¹, reconnu coupable le 27 septembre 2016 du crime de guerre consistant à avoir dirigé intentionnellement des attaques contre des bâtiments à caractère religieux et historiques à Tombouctou, au Mali, en juin et juillet 2012 et condamné à neuf ans d'emprisonnement, peine réduite de deux ans le 25 novembre 2021.

B. Infractions réprimées dans l'Ordonnance-loi du 15 mars 1970

1. Destruction, mutilation ou dégradation modification, réparation ou restauration de l'objet classé

Ces faits sont réprimés sous le coup des articles 30 et 44 de l'O.-L. du 15 mars 1971. Leurs éléments matériels sont : Un objet classé et Un fait matériel de destruction, mutilation ou dégradation, modification, réparation ou restauration. Les mots « détruire et renverser » emportent l'idée d'une démolition et donc d'un attentat considérable à la propriété d'autrui. Tandis que le mot « dégrader » implique l'idée d'un simple dommage, même facile à réparer²².

Les éléments moraux sont constitués par la volonté de détériorer et l'intention frauduleuse traduite par l'absence de l'autorisation du ministre de la culture.

2. Sanction pénale

Cette infraction est punie d'une amende de vingt à deux cents zaires (francs congolais), sans addition de décimes. A noter par ailleurs que l'agent est justifié lorsque la destruction est fortuite. Cependant, le législateur ne définit pas les conditions dans lesquelles une destruction peut être qualifiée fortuite.

3. Exportation à l'étranger d'un objet classé

Cette infraction est prévue par les articles 29 et 44 de l'O.-L. du 15 mars 1971. Elle est punie d'une amende de vingt à deux cents zaires (francs congolais), sans addition de décimes.

4. Exportation illégale d'un objet d'antiquité

Prévue par les articles 35 et 45 de l'O.-L. du 15 mars 1971, cette infraction est constituée matériellement d'un objet d'antiquité non classé et d'origine congolaise et moralement par la

²¹ COUR PÉNALE INTERNATIONALE, *Le Procureur c. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* (Situation au Mali), ICC-01/12-01/15

²² Georges MINEUR, « Commentaire du Code pénal congolais », Bruxelles, Larcier, 1953, p. 264, dans NGOTO Ngoie NGALINGI, *L'Essentiel du Droit pénal congolais*, Kinshasa, Presses Universitaires du Congo, 2018, p. 330.

connaissance de son origine et de l'absence du classement et l'intention frauduleuse caractérisée par l'absence de l'autorisation du ministre de la culture donnée après avis du directeur général de l'Institut des musées nationaux congolais. Elle est punie d'une amende de dix à cent zaïres (francs congolais), sans addition de décimes.

5. Aliénation d'un bien classé en contravention aux dispositions de l'O.-L.

Elle est règlementée par les articles 25, 27, 43 et 46 (point 2) de l'O.-L. du 15 mars 1971. Le fait pour le législateur de faire référence à « tout particulier », à l'article 27 de l'O.-L., renvoie aux objets culturels appartenant aux personnes privées. Mais aussi, ces deux dispositions prescrivent deux obligations. L'une à charge de la personne qui l'aliène (obligation de faire connaître l'existence du classement) et l'autre à charge de la personne l'ayant consentie (obligation de notifier l'aliénation au directeur général de l'IMNC dans le mois de la date de son accomplissement). Par ailleurs, les biens culturels classés appartenant à une personne publique autre que l'Etat ne peuvent être aliénés qu'avec l'autorisation du ministre de la culture après avis du directeur général de l'institut des musées nationaux congolais et qu'à l'Etat ou à une autre personne publique. Elle est punie d'une amende de dix à cinquante zaïres (francs congolais), sans addition de décimes.

5. Obstacle à l'exercice du droit de visite et d'inspection

Ces faits sont prévus par les articles 31 et 46 de l'O.-L. du 15 mars 1971. Ce droit de visite et d'inspection implique le droit de procéder au récolement ainsi que l'obligation de prendre toutes dispositions utiles en vue de la conservation. Il faut cependant faire remarquer que le législateur ne donne pas une indication sur la nature des dispositions à prendre. Par ailleurs, il est un principe que les musées qui détiennent les collections les conservent dans l'intérêt de la société et de son développement²³.

La précision est donnée à la règle 2.24 du code de déontologie de l'ICOM pour les musées. En effet, il en ressort que « le musée doit suivre avec attention l'état des collections pour déterminer quand un objet ou spécimen requiert l'intervention ou les services d'un conservateur-restaurateur qualifié. Le but principal d'une intervention doit être la stabilisation de l'objet ou du spécimen. Toute procédure de conservation doit être documentée et aussi réversible que possible ; toute transformation de l'objet ou spécimen original doit être clairement identifiable. » Elle est punie d'une amende de dix à cinquante zaïres (francs congolais), sans addition de décimes.

6. Collecte des objets d'antiquité d'origine congolaise

De l'analyse des articles 34 et 48 de l'O.-L. Du 15 mars 1971, pour que cette infraction soit retenue à charge du coupable, il faut, des objets d'antiquité et/ou d'origine congolaise (qu'ils soient classés ou non) ; l'agent doit être résidant étranger et un acte matériel de collecte. Comme éléments moraux, l'on retient : la connaissance de l'origine congolaise des objets culturels et l'agent doit habituellement ou occasionnellement les acheter pour les revendre.

²³ Code de déontologie de l'ICOM pour les musées, adopté à l'unanimité par la 15e Assemblée générale de l'ICOM, réunie à Buenos Aires (Argentine) le 4 novembre 1986, modifié par la 20^{ème} Assemblée générale à Barcelone (Espagne) le 6 juillet 2001 sous le titre Code de déontologie de l'ICOM pour les musées et révisé par la 21^{ème} Assemblée générale à Séoul (République de Corée) le 8 octobre 2004, Paris, Maison de l'UNESCO, 2017, p.8.

Elle est punie d'une amende de vingt à cent zaïres (francs congolais), sans addition de centimes. Et de l'expulsion du territoire congolais si le coupable est étranger. Le fait pour le législateur d'étendre la même interdiction à quiconque agit pour le compte de l'agent infracteur ayant une résidence au Congo traduit son intention de protéger davantage les objets d'antiquité congolais mais aussi de soumettre les complices et co-auteurs au même régime répressif.

7. Omission de déclaration des objets culturels mobiliers issus des découvertes

Les articles 40 et 49 de l'O.-L. du 15 mars 1971 prévoient cette infraction. Les découvertes des objets mobiliers pouvant intéresser l'art, l'histoire ou l'archéologie, qu'elles soient faites au cours de fouilles ou qu'elles soient fortuites, doivent être déclarées immédiatement par l'inventeur et le propriétaire à l'administrateur de territoire ou au premier bourgmestre. Elle est punie d'une amende de dix à cent zaïres, sans addition de décimes.

V. ESSAI DE CONCLUSION

Après cette brève étude de cette branche du droit du patrimoine culturel, le droit pénal spécialisé des biens culturels, à l'occasion de laquelle nous avons relevé les infractions spécifiques prévues dans l'un ou l'autre instrument juridique. Il a été démontré que le législateur, en sanctionnant pénalement les violations aux textes protégeant le patrimoine culturel, visait de dissuader à attenter aux biens désignés comme ayant une importance d'intérêt général pour l'histoire, la civilisation, l'archéologie, la préhistoire ou les arts. Cependant, ces textes, pour la plupart contraignant, ont invité les Etats à prendre des mesures draconiennes sinon répressives. C'est en cela que l'article 7 de la Convention de la Haye enjoint les Etats parties à introduire dès le temps de paix dans les règlements ou instructions à l'usage de leurs troupes des dispositions de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé propres à assurer l'observation de la présente Convention, et à inculquer dès le temps de paix au personnel de leurs forces armées un esprit de respect à l'égard des cultures et des biens culturels de tous les peuples, mais encore à préparer ou à établir, dès le temps de paix, au sein de leurs forces armées, des services ou un personnel spécialisé dont la mission sera de veiller au respect des biens culturels et de collaborer avec les autorités civiles chargées de la sauvegarde de ces biens.

Cependant, cette entreprise ambitieuse n'a pas toujours rencontré la synchronie des législations internes, malgré le fait que la Convention de l'Unesco de 1970, à son article 5, enjoint les Etats d'adopter des mesures de protection sur leur territoire. Cela sous-entend la mise en place d'un cadre juridique adapté et de former les services nationaux pour la protection du patrimoine culturel mais encore elle rappelle que les Etats s'engagent à frapper de sanctions pénales toute personne passant outre ces interdictions. Nous allons soulever quelques critiques et proposer par la même occasion des pistes de solution non exhaustives.

Cette réflexion relève néanmoins quelques critiques contre l'ordonnance du 14 mars 1971. En effet, nous avons constaté de faiblesses au niveau des sanctions pénales qui sont moindres par rapport à la gravité des faits relevés ; des tendances civilistes et patrimonialistes dans la fixation des peines ; un cadre juridique dépassé ; pas de catégorisation des infractions et une absence des mesures d'application. Pour cela, quelques perspectives de réforme du droit du patrimoine congolais sont faites. Constituées en préalables et aux pistes de résolution sont retenues.

Comme préalables, nous pouvons retenir :

1. Élaborer une loi portant principes fondamentaux relatifs à la protection et la promotion du patrimoine culturel matériel et immatériel qui intègre les principes internationaux édictés par la Convention de 1970 et suivants ;
2. Identification générale du patrimoine spolié en vue de leur reconstitution et créer une base des données numérique accessible à toutes les parties prenantes ;
3. Renforcer les politiques publiques culturelles de lutte contre le trafic illicite des biens culturels;
4. Renforcer les capacités des agents et cadres des musées et structures parallèles et l'attachement du peuple congolais au patrimoine culturel.

Quelques résolutions à prendre pour promouvoir et protéger le patrimoine sont proposées comme suit :

1. Ratifier la Convention de l'UNIDROIT de 1995 et prioriser la coopération bilatérale et l'entraide judiciaire entre Etats pour poursuivre tous les trafiquants d'arts et les produits du trafic ;
2. Elargissement des incriminations, alourdissement des peines et renforcement des accords bilatéraux sur l'extradition ;
3. Créer une école supérieure de gestion du patrimoine culturel ;
4. Créer des marchés légaux d'arts et des salles d'exposition publiques ;
5. Prise en compte du tandem ressources naturelles protégées-biens culturels ;
6. Outiller les agents de la Police douanière et ceux de la police des frontières ;
7. Mettre des Mécanismes nationaux de mise en œuvre de la convention de 1970 ;
8. Internaliser les règles du code de déontologie du conseil international des musées.

*

* *

Conflits armés et responsabilité étatique de protéger les populations civiles en République démocratique du Congo

Régis KATUALA GIZE*

RESUME

En République Démocratique du Congo les conflits armés intermittents menacent les populations civiles et ne font que s'empirer entraînant des massacres, des prises d'otages, d'actes terroristes, de crime de guerre, des violations des règles du Droit International Humanitaire au point qu'on se pose la question où est la responsabilité de l'État à protéger les populations civiles précisément au Nord-Kivu et en Ituri et le problème de la souveraineté matérielle se pose avec acuité dans sa partie orientale. Le Conseil de sécurité des Nations Unies dans ses différentes résolutions a qualifié la situation sécuritaire à l'Est de la RDC comme menace à la paix et à la sécurité internationale et a confié à la MONUSCO le mandat de protéger les populations civiles. La protection des civils au Congo par l'ONU s'est souvent déroulée dans le cadre d'opérations conjointes avec les FARDC. Bien que les casques bleus et les FARDC soient présents sur le terrain les massacres des populations par les groupes rebelles continuent. Cette asymétrie flagrante entre responsabilité étatique et responsabilité de la communauté internationale à réagir contre les tueries a donné lieu à un principe général de droit traduit par l'ensemble de la communauté internationale en Responsabilité de protéger. L'adoption par la commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États de la responsabilité de protéger dont le premier pilier porte sur les responsabilités de l'État en matière de protection. La commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États a posé le principe que la souveraineté des États implique une responsabilité. Si l'État est souverain c'est parce qu'il est responsable. Du point de vue épistémologique on revient sur l'État souverain, s'il y a besoin d'intervention c'est parce qu'il y a défaut de responsabilité. Nous nous retrouvons face à la responsabilité de protéger à l'aune des conflits armés.

Mots-clés : Conflits armés – Population civile – Responsabilité étatique – Paix – Souveraineté matérielle.

ABSTRACT

In the Democratic Republic of the Congo, intermittent armed conflicts threaten the civilian population and are only getting worse, leading to massacres, hostage-taking, terrorist acts, war crimes, violations of the rules of international humanitarian law to the point that one asks the question where is the responsibility of the state to protect the civil populations precisely in North-Kivu and in Ituri and the problem of the material sovereignty arises with acuity in its Eastern part. The United Nations Security Council in its various resolutions has qualified the security situation in eastern DRC as a threat to international peace and security and has given MONUSCO the mandate to protect civil populations. The protection of civilians in the Congo by the UN has often taken place in the context of joint operations with the FARDC. Although the blue helmets and the FARDC are present on the ground, the massacres of the populations by the rebel groups continue. This flagrant asymmetry between state responsibility and the responsibility of the international community to react against the killings has given rise to a general principle of law translates by the entire international community into the Responsibility to protect. The adoption by the international commission of intervention and state sovereignty implies responsibility. We find ourselves faced with the responsibility to protect in the light of armed conflict.

* Diplômé d'Études Supérieures (DES) en Droit International Public, Faculté de Droit de l'Université de Kisangani, Doctorant à la même Université où il prépare sa thèse sur les Conflits armés à l'Est de la RDC sous la direction des Professeurs MWAYILA TSHIYEMBE, MUMBALA ABELUNGU et CHOMBE UYINDU, Assistant à l'Université Libre de Kisangani, membre de la Société québécoise de droit international (SQDI) et du Centre d'informations sur le désarmement et la sécurité (CRIDS). Il est Coordonnateur de l'ASBL Renouveau Pour la Paix et l'Ordre Social dans la province de la Tshopo et Avocat au Barreau du Haut-Uélé.

avec leurs proches, pillages, exactions, blessures ou mort violente⁴. Ces dernières décennies, des millions de civils ont vu leur existence brisée par des conflits armés. Ces conflits s'accompagnent bien souvent de violations graves du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, lesquelles peuvent aller jusqu'au génocide, aux crimes de guerre ou aux crimes contre l'humanité⁵. Plus de cinq millions de personnes ont été déracinées par le conflit à l'intérieur des frontières de la RDC, soit la plus vaste population de déplacés internes en Afrique⁶. De nombreuses parties de l'Est de la RDC continuent d'être déchirées en raison des activités des groupes armés et des conflits intercommunautaires. La situation dans certaines parties de l'Ituri, en particulier, s'est gravement détériorée au cours des dernières années. Une intensification des attaques contre les civils et les forces de sécurité par des assaillants ont suscité des préoccupations en ce qui concerne la protection des civils et les déplacements des populations locales⁷.

Depuis décembre 2017, des violences dans la province de l'Ituri, dans le Nord-Est de la République Démocratique du Congo (RDC), ont fait près de 1000 morts et un demi-million de déplacés. Des acteurs externes, y compris de la province du Nord-Kivu et des pays avoisinants, sont également impliqués dans ce conflit. Contrairement au conflit précédent en Ituri, les assaillants sont réunis, pour la plupart, au sein d'une association de milices, la Coopérative pour le développement du Congo (CODECO). Les revendications officiellement exprimées par les dirigeants de cette mouvance armée sont de « lutter contre le harcèlement de la population congolaise par la police et les FARDC », « défendre le peuple congolais face à toute agression et occupation jugée étrangère, garantir la liberté et la prospérité du peuple congolais sur son territoire, et lutter pour la libération et l'instauration d'un État de droit en RD Congo », et plus particulièrement la fin des « barrières » et rackets instaurés par les FARDC, le rétablissement de chefs Lendu suspendus et la libération des « personnes faites prisonnières au nom de CODECO et d'anciens seigneurs de guerre de l'Ituri encore en détention »⁸. Cependant, la réponse militaire du gouvernement a montré ses limites et le scénario d'une escalade plus généralisée ne peut être écarté⁹.

Le conflit en Ituri pourrait avoir de multiples répercussions. Les violences qui ont frappé la province ont déjà attiré certains acteurs violents du Nord-Kivu voisin, épice de l'insécurité dans l'Est du Congo. Les membres d'anciens mouvements rebelles, y compris quelques cohortes du M23, basés en grande partie en Ouganda, auraient également cherché à profiter des tensions ethniques en Ituri et au Nord-Kivu pour se mêler au conflit. Cette dynamique exacerbe en outre les tensions entre

⁴ LE CICR EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, « Nouvelle flambée d'Ebola en RDC : lutte contre le virus sur fond de conflit armé », *Rapport* du 14 août 2018, p.38.

⁵ HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DE L'HOMME, *La protection juridique internationale des droits de l'homme dans les conflits armés*, Genève, CICR, 2011, p.1.

⁶ HAUT-COMMISSARIAT AUX RÉFUGIÉS, « RDC: L'insécurité persistante dans l'Est risque de faire dérailler l'endigement du Covid-19 », en ligne : <<https://reliefweb.int/report/democratic-republic-congo/rdc-l-ins-curit-persistante-dans-l-est-risque-de-faire-d-railler-l>> (consulté le 01septembre 2020 à 16h46').

⁷ MONUSCO, « L'est de la RDC toujours déchiré par les violences des groupes armés et intercommunautaires », en ligne : <<https://news.un.org/fr/story/2020/06/1071802>> (consulté le 30/09/2020 à 14h4').

⁸ Adolphe AGENONGA CHOBER et Georges BERGHEZAN, « La CODECO au cœur de l'insécurité en Ituri », en ligne : <<https://grip.org/rdc-la-codeco-au-coeur-des-dynamiques-securitaires-en-ituri>> (consulté le 26 Novembre 2021 à 8h13').

⁹ INTERNATIONAL CRISIS GROUP, « République Démocratique du Congo : en finir avec la violence en Ituri », en ligne : <<https://www.crisisgroup.org/fr/africa/central-africa/democratic-republic-congo/292-republique-democratique-du-congo-en-finir-avec-la-violence-cyclique-en-ituri>> (consulté le 30 sept. 20 à 14h38').

l'Ouganda et le Rwanda, qui ont tous deux joué un rôle important dans la guerre de l'Ituri de 1999-2003 et s'accusent aujourd'hui mutuellement de soutenir les groupes armés dans l'Est du Congo.¹⁰

Dans la province du Nord-Kivu, l'inquiétude porte sur le groupe armé ADF dont les attaques ont entraîné une augmentation du nombre de victimes civiles. Les violations commises par des combattants des ADF ont été systématiques et d'une extrême brutalité. Les exécutions sommaires et les atteintes à l'intégrité corporelle ont été essentiellement perpétrées à l'aide de machettes, de haches, de marteaux, de couteaux, de grosses pierres et de gourdins. Plusieurs civils ont été ligotés, mutilés ou égorgés, d'autres ont été brûlés vifs dans leur habitation. Certains civils¹¹ ont été tués par balles alors qu'ils tentaient de fuir. Au regard du droit international, ces violations massives du droit international humanitaire commises par des combattants des ADF pourraient constituer, de par leur type et leur nature, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, lesquels sont imprescriptibles. Les attaques contre les populations civiles, ciblant de manière indiscriminée hommes, femmes et enfants, ont connu une intensification et une brutalité sans précédent¹².

Le paragraphe 138 de la résolution A/RES/60/1¹³, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies rappelle qu'il incombe d'abord aux États de protéger leurs populations contre quatre crimes de masse, à savoir le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité. La communauté internationale a la responsabilité résiduelle d'aider les États à s'acquitter de cette responsabilité. Le premier pilier de la responsabilité de protéger oblige aux États de protéger leurs populations civiles du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. La responsabilité de protéger incombe d'abord et avant tout à l'État dont la population est directement touchée. Elle met en avant une acception renouvelée de la souveraineté de l'État. Celle-là ne peut plus reposer seulement sur un principe de liberté et d'immunité, mais comporte des obligations à l'égard des populations vivant sur son territoire, que l'État doit respecter et dont il doit répondre¹⁴. Il est de la responsabilité du Gouvernement de la RDC d'assurer la sécurité et la protection de la population civile. Le gouvernement a ratifié la plupart des lois internationales et les principes des Droits de l'Homme sont inclus dans la constitution du 18 février 2006 et plusieurs nouvelles lois¹⁵.

Parlant de la responsabilité de l'État pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux, Lino-Alexandre Sicilianos retrace le contexte ambiant d'un mouvement insurrectionnel dans le contexte d'un conflit armé interne plus ou moins généralisé. Dans ce genre des situations, de plus en plus fréquentes ces dernières années, explique-t-il, les autorités étatiques ou bien n'existent pas – et dans ce cas on parle souvent « d'États en faillite » ou bien elles se trouvent

¹⁰ INTERNATIONAL CRISIS GROUP, préc., note 9.

¹¹ MONUSCO, préc., note 7.

¹² Rapport du Bureau conjoint des Nations Unies aux droits de l'homme sur les violations du droit international humanitaire commises par des combattants des Forces alliées démocratiques (ADF) dans le territoire de Beni, province du Nord-Kivu, entre le 1er octobre et le 31 décembre 2014.

¹³ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Grandes lignes du Sommet mondial de 2005 », en ligne : <<http://www.un.org/french/ga/document/overview2005summit.pdf>> (consulté le 12 novembre 2021 à 13h10').

¹⁴ Serge SUR, « Responsabilité de protéger et crise du droit humanitaire », dans SFDI, *La Responsabilité de protéger*, Actes d'un colloque organisé à Nanterre par la Société française de Droit international, Paris, Pedone, 2008, p. 301.

¹⁵ CLUSTER PROTECTION, *Manuel de bonnes pratiques pour la protection humanitaire et le Cluster Protection en RDC*, s.l, s.e., 2010, p.36, en ligne : <https://www.globalprotectioncluster.org/_assets/files/field_protection_clusters/Democratic_Republic_Congo/files/Manuel_des_Outils_RDC_2011_FR.pdf> (consulté le 5 juin 2022).

dans l'incapacité de contrôler des parties importantes du territoire de l'Etat et d'agir conformément à leurs obligations de prévention et de répression¹⁶.

La protection civile témoigne de l'effort entrepris par le droit international humanitaire (DIH) pour atténuer les pertes, dommages et souffrances engendrés, au sein de la population civile, par l'évolution dramatique des méthodes et moyens de guerre¹⁷. Cet effort s'inscrit également dans le cadre général, prévu par le Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 (Protocole I), des précautions à prendre contre les effets des attaques en vue de protéger la population civile.

La personne humaine est sacrée. L'État a l'obligation de la respecter et de la protéger¹⁸. Conformément à ses prérogatives, l'État exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, sur l'espace aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais ainsi que sur la mer territoriale congolaise et sur le plateau continental¹⁹. L'État et ses représentants doivent protéger les citoyens, assurer leur sécurité, leur bien-être psychologique et leur intégrité physique. Dans le cadre du processus d'assurer à la population une meilleure sécurité, les forces armées doivent être l'élément manifeste de dispositif de l'état, leur mission principale étant la défense de la société contre toute agression externe. Elles ont un rôle de renfort dans la sécurité intérieure.

L'inflation des conflits armés à l'est du Congo, du fait notamment de la rébellion de CODECO en Ituri, de ADF au Nord Kivu, des agissements de nombreux autres groupes armés ainsi que des massacres des populations à Beni, prouve à suffisance à quel point la refondation des stratégies reste capitale pour la sécurisation et la protection des populations civiles à l'Est de la RDC précisément dans les provinces du Nord-Kivu et de l'Ituri. En dépit de l'État de siège instauré par le gouvernement, les populations civiles continuent à être tuées, c'est le cas de 60 personnes qui ont été tuées dans le camps des déplacés à Djugu en Ituri par la milice CODECO. Force est de constater que certains coins de la République Démocratique du Congo, précisément dans sa partie Est, la souveraineté de l'Etat est en concurrence avec d'autres acteurs informels qui tuent les populations civiles et occupent illégalement d'une manière intermittente certaines étendues du territoire national notamment les villages sur les axes de Ngadi, Eringeti, Oicha, Mbau, Ahili, Mazanza, Masulukwede, Mayi-Moya, Ndalia et Tepiomba dans la province du Nord-Kivu²⁰ et Ngiti, Lodjo (secteur de Walendu Pitsi du territoire de Djugu)²¹ en Ituri.

Il est important que le pouvoir public s'y implique car il y va de l'avenir de la RDC, il n'y a pas de progrès ni de stabilité, moins encore le développement durable dans un environnement où règne l'insécurité. L'Etat congolais est tenu de prendre des mesures nécessaires, une réponse adaptée à la crise de sécurité à l'Est de la RDC car on ne peut plus refaire les mêmes stratégies qui ont échouées

¹⁶ Hervé ASCENCIO, Emmanuel DECHAUX et Alain PELLET, *Droit International pénal*, Paris, Ed. A.Pedone, CEDIN, 2000, p.125 à 128.

¹⁷ SERVICES CONSULTATIFS EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE, *La protection civile dans le droit international humanitaire*, en ligne : <<http://www.icdo.org/>> (consulté le 12 novembre 2021).

¹⁸ Article 16 de la constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que révisée en 2011.

¹⁹ Article 9 de la Constitution de la République Démocratique du 18 février 2006 telle que révisée en 2011.

²⁰ Rapport du Bureau conjoint des Nations Unies aux droits de l'homme sur les violations du droit international humanitaire commises par des combattants des Forces alliées démocratiques (ADF) dans le territoire de Beni, province du Nord-Kivu, entre le 1er octobre et le 31 décembre 2014.

²¹ Adolphe AGENONGA CHOBER et Georges BERGHEZAN, *La CODECO au cœur de l'insécurité en Ituri*, les rapports du grip 2021/3, en ligne : <<https://grip.org/rdc-la-codeco-au-coeur-des-dynamiques-securitaires-en-ituri>> (consulté le 01 septembre 2021 à 18 : 21').

depuis plus de deux décennies et une protection générale de la population civile s'impose, restaurer la paix et la sécurité sur l'étendue de son territoire national et protéger sa population civile. Ainsi, nous nous sommes posé quelques questions ci-après : en principal, en cas de la défaillance de la souveraineté matérielle de l'Etat, la responsabilité de protéger peut-elle s'imposer avec ou sans l'accord de l'Etat souverain pour assurer la protection des populations civiles victimes des conflits armés au Nord-Kivu et en Ituri ? Pourquoi la RDC n'assure-t-elle pas efficacement une protection à la population civile victime de conflits armés tel qu'institué par la Constitution du 18 février 2006 et les instruments juridiques internationaux du DIP et du DIH ?

En cas de la défaillance de la souveraineté matérielle le Droit international accorderait à la communauté internationale une obligation résiduelle d'intervenir pour protéger les populations civiles victimes des conflits armés. La RDC n'assurerait pas efficacement une protection à la population civile victime des conflits armés parce que la persistance de la conflictualité armée serait l'expression métastatique du déficit de gouvernance de l'Etat congolais sur l'effectivité de sa compétence matérielle.

II. LES CONFLITS ARMES ET LA PROTECTION DE LA POPULATION CIVILE

Au cœur des conflits armés internes et internationaux²², le droit international humanitaire est fondé sur le principe de la protection de la population civile : les civils qui ne prennent pas part aux combats ne doivent en aucun cas faire l'objet d'attaques, et ils doivent être épargnés et protégés²³. La répression des violations graves du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme est l'un des plus grands défis à relever pour renforcer la protection des civils²⁴. C'est ainsi que le Protocole additionnel 1 aux Conventions de Genève, dans son article 57.1, stipule que « les opérations militaires doivent être conduites en veillant constamment à épargner la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil »²⁵.

Le principe de la distinction est, en tout cas, finalement stipulé : aux termes des articles 51 § 1 et 2 P.A. I et 13 § 1 et 2 P.A. II²⁶, « la population civile et les personnes civiles jouissent d'une protection générale contre les dangers résultant d'opérations militaires » de sorte que « ni la population civile en tant que telle ni les personnes civiles ne doivent être l'objet d'attaques », quelle que soit les circonstances et la nécessité militaire invoquées.

La dimension des conflits armés internes ou internationaux constituent aujourd'hui un élément central pour comprendre leur déclenchement, leur durée, et leur possible résolution. La complexité de ces types de conflits armés et l'augmentation exponentielle du nombre de victimes civiles ont ainsi inspiré de nouvelles approches pour les analyser.²⁷ En un temps relativement court, les conflits ont changé de nature. On est passé du paradigme de la guerre industrielle entre Etats à celui de la guerre

²² Nils MELZER, *Le Droit International Humanitaire. Introduction détaillée*, Genève, CICR, avril 2018, p.63,

²³ CICR, « Le concept de protection englobe les principes du droit international humanitaire qui assurent la protection de tous ceux qui ne prennent pas une part active aux combats », en ligne : <<https://www.icrc.org/fr/doc/resources/documents/misc/sfzhpr.htm>> (consulté le 15/01/2022 à 07h12').

²⁴ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, *Protection des civils en période des conflits armés*, Rapport du Secrétaire général de l'ONU du 3 mai 2021

²⁵ Protocole Additionnel I, article. 57, par. 1 ; DIHC, règle 15.

²⁶ Protocole Additionnel I, articles 51 § 1 et 2 et 13 § 1 et 2 P.A. II.

²⁷ Guillaïn MATHE, *Sécurité, gouvernance rebelle et formation de l'État au Kivu, République Démocratique du Congo*, Thèse de doctorat en sciences politiques, Lausanne, Université de Lausanne, 2018, p.27.

au sein des populations.²⁸ La seule observation est que 90 pourcent des victimes des conflits depuis la fin de la deuxième guerre Mondiale sont des civils, force est de constater le changement de la nature de la guerre. Plus important encore, 65 des 79 conflits répertoriés pendant les années 1990 se sont produits au sein des pays au bas de l'index du développement humain (IDH), au nombre desquels la RDC²⁹.

Depuis l'origine, guerre et Etat entretiennent des rapports nécessaires et réciproques. D'une part, parce que le renforcement de l'Etat a profondément modifié la stratégie militaire et les formes de la guerre en accroissant les moyens et méthodes de combat disponibles³⁰. Le terme de « *conflit armés* » se veut à la fois plus objectif et plus large que celui de « *guerre* » dont il prend la suite³¹. La Déclaration de Saint-Petersbourg atteste que « *le seul but légitime que les Etats doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi* »³². Il existe bien en droit international une obligation pour chaque Etat de réagir à des violations des droits fondamentaux de la personne³³. La base en est d'abord fournie par le préambule et l'article 1 de la Charte des Nations Unies, un des buts proclamés de l'O.N.U. étant de « *réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». L'article 55, alinéa c de la Charte précise que « *les Nations Unies favoriseront le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ...* ». On pourrait encore citer la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, et en particulier son article 28, qui semble instaurer un « *ordre international des droits de l'homme* » en disposant : « *Toute personne a le droit à ce que règne sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet* ».

Ce ne sont certes là que des principes généraux, mais qui démontrent bien que ces objectifs, qui s'imposent à l'ensemble des Etats en vertu de l'article 56 de cet instrument, requièrent des actions concrètes³⁴. Nul ne saurait disconvenir, en effet, de l'importance exceptionnelle et de la valeur anticipatrice du principe consacré à l'Article 1^{er} commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, proclamant l'obligation pour les Parties contractantes d'en « *respecter et faire respecter* » les prescriptions. Il suffit de souligner comment la Cour internationale de Justice (C.I.J), dans son Avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification du mur dans les territoires palestiniens*, l'a pris en considération et mis en exergue, en avalisant l'interprétation la plus large et la plus progressiste parmi celles qui avaient été proposées jusque-là. La C.I.J. a d'abord rappelé que l'Article 1^{er} commun aux quatre Conventions s'adresse à tous les Etats, qu'ils soient ou non parties à un conflit déterminé et qu'ils soient ou non liés formellement par les conventions en question, et leur impose de faire respecter les prescriptions des instruments concernés (ce qui présuppose évidemment

²⁸ General Sir RUPERT SMITH, *L'utilité de la force. L'art de la guerre aujourd'hui*, Paris, Economica, 2007, p. 257.

²⁹ Marc JEANNOTTE, « Sécurité humaine », en ligne : <<http://www.operationspaix.net/105-detaills-lexique-sécurité-humaine.html>> (consulté le 12 janvier 2022 à 12h22').

³⁰ Philippe BRETTON, « Le problème des "méthodes et moyens de guerre" dans les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 », *R.G.D.I.P.*, 1978, p. 36.

³¹ Eric DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 5^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2012, p.115-117.

³² *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*, Saint-Petersbourg, 11 décembre 1868

³³ Olivier CORTEN et Pierre KLEIN, *Droit d'ingérence ou obligation de réaction ? Les possibilités d'action visant à assurer le respect des droits de la personne face au principe de non-intervention*, Bruxelles, Editions Bruylant, Editions de l'Université de Bruxelles, 1992, p.4.

³⁴ , *Idem*, p.44.

qu'il y ait eu violation de l'obligation de «respecter» de la part d'un ou des Etats directement concernés)³⁵.

A. L'obligation de faire respecter les règles de DIH

La plupart des conflits contemporains sont simultanément la cause et la conséquence de la faiblesse de certains États au point, dans les cas extrêmes, d'en provoquer la déliquescence. La violence armée moderne met plus souvent aux prises des groupes armés non étatiques qui poursuivent des objectifs variés, où le contrôle des populations civiles est parfois plus important que la conquête de territoires³⁶. Face à une guerre qui s'impose dans le hasard ou la nécessité, l'homme veut en limiter les conséquences par une réglementation de son exercice³⁷, la guerre, à l'instar de toute activité humaine, peut donner lieu à une réglementation³⁸.

La CIJ a rappelée aux Etats dans son arrêt sur les Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, qu'ils sont tenus de « respecter et de faire respecter » les Conventions de Genève.³⁹ L'essentiel reste toutefois le « *sentiment de l'obligation* » qu'ont les destinataires de la règle et qui les conduit à justifier de leur comportement au regard de cette dernière⁴⁰. L'article 1er commun aux Conventions de Genève et l'article 1^{er} § 1 du PA I imposent aux États non seulement de respecter ces instruments internationaux mais aussi de les faire respecter en toutes circonstances.

Le Conseil de sécurité est l'organe exécutif de l'ONU. L'article 24 de la Charte des Nations Unies lui confère la responsabilité principale, et non exclusive, du maintien de la paix et de la sécurité internationale⁴¹. Il est l'organe exécutif de l'ONU.

La République Démocratique du Congo, Ex-Zaïre, a donc connue une longue période de guerre, presque ininterrompue depuis 1959, entrecoupée de quelques périodes d'accalmie bien-sûr. Les séquelles de ce conflit sont toujours aussi présentes et les différentes résolutions n'arrivent pas à mettre un point final au conflit, malgré les différentes médiations de l'ONU et des instances internationales comme l'U.A.⁴².

B. Le droit international et la protection des populations civiles

Conscient de ses devoirs et de ses responsabilités en vertu de la Charte des Nations Unies en ce qui concerne le maintien de la paix et la sécurité internationale, rappelant les dispositions de l'article 2, paragraphe 7 de la charte des Nations Unies, le Conseil de sécurité a condamné la répression des

³⁵ Laurence BOISSON DE CHAZOURNES et Luigi CONDORELLI, « De la "responsabilité de protéger", ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie », (2006) 1 *Revue générale de droit international public*, p. 11-18.

³⁶ Michel LIEGÉONS, *Appréhender les défis de la protection des civils*, Publication n°2 de l'observatoire Boutros-Ghali du Maintien de la paix, DGRIS, Février 2018, p. 3.

³⁷ Marie-Françoise FURET, Jean-Claude MARTINEZ et Henri DORANDEU, *La guerre et le droit*, Paris, éd. A. Pedone, 1979, p. 5.

³⁸ E. DAVID, préc., note 31, p. 38.

³⁹ C.I.J., Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 160.

⁴⁰ Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 85.

⁴¹ Charte des Nations Unies de 1945, article 24

⁴² Sosthène BOUNDA, *Le Comité international de la Croix-Rouge en Afrique centrale à la fin du XXe siècle Cas du Cameroun, du Congo Brazzaville, du Congo Kinshasa et du Gabon de 1960 à 1999*, Thèse de doctorat en Histoire Contemporaine, Université Bordeaux Montaigne, 2015, p.21.

populations civiles Iraquienne dans des nombreuses parties de l'Irak⁴³. Lors de l'invasion du Koweït par l'Irak, le Conseil de sécurité des Nations Unies, par sa Résolution 688 a affirmé que « la répression des populations civiles en Irak constitue une menace à la paix et à la sécurité internationale de la région »⁴⁴. Il en a résulté un débat sur la nécessité de réformer le droit qui a rapidement été relayé au sein de l'Organisation des Nations unies. On s'est alors demandé s'il n'y aurait pas lieu de tempérer l'exigence de l'obtention d'une autorisation du Conseil de sécurité dans des cas exceptionnels de répression et de violation grave du droit humanitaire. C'est dans ce contexte qu'émerge la formule « responsabilité de protéger »⁴⁵. C'est ainsi que Emer De Vattel atteste que « toute puissance étrangère était en droit de soutenir un peuple opprimé qui lui demande son assistance »⁴⁶. Dans la même veine, Hajer Gueldich affirme que les États et les organisations internationales seraient fondés à apporter une aide d'urgence à des populations qui se trouvent en état de détresse⁴⁷. Dans ce sens, Mario Bettati retrace que :

« [...] pour la première fois dans l'histoire des Nations Unies, des actions coercitives ont été entreprises dans des situations de conflits internes considérées comme des menaces pour la paix et la sécurité internationales, par référence au chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Elles ont permis d'abord de fonder la compétence du Conseil de sécurité et de justifier ses décisions exécutoires sur le plan humanitaire »⁴⁸.

Le Conseil de sécurité peut demander aux États membres d'engager des poursuites pénales contre les personnes présumées coupables de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire⁴⁹. On peut mentionner à titre d'exemple la Résolution 1291(2000) relative à la situation en RDC, dans laquelle le Conseil de sécurité s'est adressé aux parties belligérantes, y compris les États membres impliqués dans la guerre, pour leur demander de :

« [...] protéger les droits de l'homme et de respecter le droit international humanitaire et la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, ainsi que de s'abstenir ou de cesser d'appuyer ceux que l'on soupçonne d'être impliqués dans le crime de génocide, dans des crimes contre l'humanité ou dans des crimes de guerre, ou de s'associer avec eux, de quelque manière que ce soit, ainsi que de traduire en justice les responsables et de permettre que des mesures soient prises conformément au droit international pour engager la responsabilité de ceux qui auraient commis des violations du droit international humanitaire »⁵⁰.

Au cours de la guerre en ex-Yougoslavie, le Conseil de sécurité avait adopté plusieurs résolutions par lesquelles il n'avait cessé d'exiger de la part des individus et des groupes armés le

⁴³ Sandra SZUREK, « La responsabilité de protéger : Mauvaises querelles et vraies questions », (2011) 4 *Anuario colombiano de Derecho Internacional*, p.47-69.

⁴⁴ Résolution 688 du Conseil de sécurité de l'O.N.U., La situation en Irak, 5 avril 1991.

⁴⁵ Denis ROY et Nabil HAJJAMI, *La responsabilité de protéger*, Bruxelles, Bruylant, 2013. Voir le même thème par les mêmes auteurs, (2014) 27:2 *Revue Québécoise de droit international*, p. 209-212, en ligne : <https://www.persee.fr/doc/rqdi_0828-9999_2014_num_27_2_1491> (consulté le 22/01/2022 à 09h5').

⁴⁶ Emer De VATTEL, *Droit des gens ou principes de la Loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des Nations Unies et des souverains*, Washington, D.C, livre III, chap. III, Vol. II, 1916, p. 298.

⁴⁷ Hajer GUELDICH, *Droit d'ingérence et interventions humanitaires : Etat de la pratique et du droit international*, Thèse de doctorat en Droit Public défendue à la FSJPST, 2008, p.11.

⁴⁸ Mario BETTATI, « *Intervention, ingérence ou assistance?* », in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1994, page 333.

⁴⁹ TSHIBANGU KALALA, *Les résolutions de l'ONU et les destinataires non étatiques*, Bruxelles, Larcier, 2009, p.175.

⁵⁰ Résolution 1291 du Conseil de sécurité des Nations Unies relative à la situation en République Démocratique du Congo, du 24 février 2000.

respect absolu des droits de l'homme et du droit international humanitaire. On peut révéler la Résolution 1034(1995) relative à la situation en Bosnie-Herzégovine, par laquelle le Conseil de sécurité⁵¹ :

« [...] condamne vivement toutes les violations du droit international humanitaire et des droits de l'homme sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, exige que toutes les parties intéressées respectent pleinement leurs obligations en la matière, réaffirme que tous ceux qui commettent des violations du droit international humanitaire seront tenus personnellement pour responsables de tels actes et condamne le pillage et la destruction systématique de maisons et autres biens et exige que toutes les parties mettent fin immédiatement à de tels actes, mènent des enquêtes à ce sujet et veillent à ce que ceux qui ont violé soient tenus personnellement pour responsables de tels actes »⁵².

C'est ainsi que Olivier Corten souligne que : le Kosovo a constitué la première occasion conférée aux États de se positionner sur la possibilité de reconnaître un droit d'intervention, et cette possibilité a été fermement écartée, tant *de lege lata* que de *lege ferenda*.⁵³

Dans *l'affaire Strugar*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (T.P.I.Y.) souligne dans son jugement que :

« L'interdiction des attaques contre des civils est l'une des règles élémentaires régissant la conduite de la guerre et elle protège indubitablement des "valeurs importantes". La Chambre considère que toute violation de cette interdiction porte atteinte au principe fondamental qui suppose de faire la distinction entre combattants et non-combattants. Ce principe a évolué tout au long de l'histoire des conflits armés dans le but de préserver les civils des dangers découlant des hostilités. La Chambre souligne que les attaques contre des civils mettent en péril la vie ou la santé de personnes qui ne participent pas directement aux combats. Elle estime que le risque imminent d'être victime d'une attaque illégale constitue en soi une expérience traumatisante pour des civils qui, sans armes et sans défense, se retrouvent face à une armée qui les a choisis pour cible. La Chambre ne souligne que l'interdiction absolue de telles attaques et la place imminente qu'elle occupe dans les règles du droit international humanitaire montrent clairement que son but n'est pas seulement de sauver la vie des civils, mais aussi de leur épargner le risque d'être victimes des atrocités de la guerre. La Chambre est d'avis que, pour un civil, ce risque est par nature une grave conséquence d'une attaque illégale, et ce, même si le civil en question a la chance d'en réchapper sans dommage physique »⁵⁴.

Dans *l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, la Cour internationale de Justice a condamné les États-Unis pour violation de l'obligation de « faire respecter le droit humanitaire », qui par ailleurs s'est vue attribuer un statut de « principe général du droit humanitaire » qui dépasse le simple cadre conventionnel⁵⁵. Dans son avis sur les *Réserves à la convention sur le génocide*, la Cour a déclaré que « les principes sous-tendant la convention sont reconnus par les nations civilisées comme liant les États même sans obligation conventionnelle »⁵⁶.

⁵¹ TSHIBANGU KALALA, préc., note 49, p.180.

⁵² Résolution 1034 du Conseil de Sécurité des Nations Unies relative à la situation en Bosnie-Herzégovine § 1 et 15, du 19 décembre 1995.

⁵³ Olivier CORTEN, *Le droit contre la guerre : l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, Paris, Pedone, 2014, p. 866.

⁵⁴ T.P.I.Y., Chambre de première instance II, *le Procureur c. Pavle Strugar*, affaire n° IT-01-42-T, 31 janvier 2005, § 221.

⁵⁵ O. CORTEN et P. KLEIN, préc., note 33, p.18.

⁵⁶ Cour Internationale de Justice, *Recueil 1951*, p. 23.

Rappelant les revers de la communauté internationale sur le génocide au Rwanda et le massacre de milliers de civils réfugiés dans les « zones de sécurité » de l'ONU en Srebrenica et Zepa ex-Yougoslavie, l'ancien Secrétaire Général de l'ONU Kofi Annan, a lancé à l'Assemblée générale des Nations Unies, en 1999 puis en 2000, des appels éloquentes invitant la communauté internationale à parvenir une fois pour toutes à un consensus sur ces problèmes, et à forger une nouvelle unité sur les questions fondamentales de principe et de procédure.

III. LA RESPONSABILITÉ ÉTATIQUE DE PROTÉGER A L'AUNE DES CONFLITS ARMES

Le Secrétaire général a posé directement la question incontournable en ces termes :

« Si l'intervention humanitaire constitue effectivement une atteinte inadmissible à la souveraineté, comment devons-nous réagir face à des situations comme celles dont nous avons été témoins au Rwanda ou à Srebrenica et devant des violations flagrantes, massives et systématiques des droits de l'homme, qui vont à l'encontre de tous les principes sur lesquels est fondée notre condition d'êtres humains? »⁵⁷.

En réponse à cet appel de Kofi Annan, Secrétaire général de l'ONU, le Gouvernement du Canada et un groupe de grandes fondations, annonçaient, en septembre 2000, la création d'une Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (CIISE), chargée de trouver une manière de concilier l'intervention à des fins de protection humaine et la souveraineté et de faire émerger un consensus politique mondial sur la question afin d'éviter l'inaction ou le blocage des actions dans le cadre du système international, en particulier par l'entremise des Nations Unies⁵⁸.

Le rapport de la Commission internationale de l'intervention de la souveraineté des États (CIISE), intitulé *La responsabilité de protéger*, énonce pour la première fois le concept de la responsabilité de protéger⁵⁹. Le concept de la « responsabilité de protéger » est donc plus large que ceux du droit d'ingérence⁶⁰. Il se distingue du droit d'ingérence par l'affirmation d'un devoir d'intervention, et non plus seulement d'un droit, sous certaines conditions bien précises. De la sorte que la souveraineté ne peut plus être invoquée par un Etat pour refuser toute ingérence extérieure à l'intérieur de son territoire national et qu'il est de la responsabilité de la communauté internationale de protéger une population contre des catastrophes ou des violences lorsque l'Etat dont elle relève n'est pas disposé à le faire ou en est incapable. Celui-ci établit que si la souveraineté donne le droit à un Etat de « contrôler » ses affaires intérieures, elle lui confère également la « responsabilité » principale de protéger sa population civile à l'intérieure de ses frontières⁶¹. Comme nous l'avons précisé ci-dessus, « le principe de l'interdiction du recours à la force et la responsabilité de protéger entretiennent des rapports si complexes, si nombreux et si tendus, qu'il est à peu près impossible d'évoquer l'une sans avoir l'autre à l'esprit et réciproquement »⁶².

⁵⁷ COMMISSION INTERNATIONALE DE L'INTERVENTION ET DE LA SOUVERAINETE DES ÉTATS, *La responsabilité de protéger*, Ottawa, Centre de recherche pour le développement international, 2001 [CIISE].

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Jean-Baptiste JEANGÈNE VILMER, « De la mythologie française du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger— Une clarification terminologique », (2012) 13 *A.F.R.I.*, p. 81-89.

⁶¹ Jean-Jacques WONDO OMANYUDU, « Les armes au Congo-Kinshasa. Radioscopie de la force publique aux FARDC, Enjeux et défis de la refondation d'une armée nationale et républicaine », (2013) *Monde nouveau / Afrique nouvelle*, p.205-206.

⁶² Alain PELLET, « Introduction de la table ronde », *La responsabilité de protéger : colloque de Nanterre*, Paris, Pedone, 2008, p. 297.

Dans son rapport consacré à la mise en œuvre de la responsabilité de protéger, le Secrétaire général de l'O.N.U. a tracé les grandes lignes d'une stratégie fondée sur trois piliers :

« [...] l'affirmation que l'Etat est tenu de l'obligation juridique fondamentale et permanente de protéger sa population du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité, ou de l'incitation à commettre ces crimes; la consécration de l'obligation faite à tout Etat Membre d'agir promptement et de manière résolue, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies, pour protéger ces populations des quatre catégories de crimes susmentionnées; et l'engagement du système des Nations Unies à aider tout Etat à s'acquitter de ces obligations »⁶³.

Le premier pilier porte sur les responsabilités de l'Etat en matière de protection; le deuxième pilier sur l'assistance internationale et le renforcement des capacités; le troisième pilier sur "la réaction résolue en temps voulu", en cas d'échec de l'ensemble des autres mesures⁶⁴.

Les Nations Unies ont reconnu ce principe dans le document final du sommet mondial de septembre 2005⁶⁵. Les chefs d'Etats et de gouvernement réunis à New-York ont affirmé qu'il incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre des moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés, conformément aux chapitres VI et VII de la charte des Nations Unies afin d'aider à protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, de nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité. Le 14 septembre 2009, la communauté internationale a réaffirmé ce principe par la résolution 63/108 de l'Assemblée Générale des Nations Unies, après avoir renouvelé le consensus de 2005 lors du débat organisé par le président de l'Assemblée générale en juillet 2009. Dans sa résolution 1894 du 11 novembre 2009 sur la protection des civils dans les conflits armés, le Conseil de sécurité établi pour la première fois un lien entre son action en faveur de la protection des civils et sa protection au titre de la responsabilité⁶⁶.

La première résolution du Conseil de sécurité à réaffirmer la responsabilité de protéger est la résolution 1674, votée à l'unanimité le 28 avril 2006⁶⁷. Il faudra attendre trois ans après l'échec de la résolution 1706 pour voir la responsabilité de protéger de nouveau mentionnée au CSNU. Cette mention figure dans la résolution 1894, résolution thématique sur la protection des civils en période de conflit armé⁶⁸. La responsabilité de protéger a été mise en œuvre en Libye et en Côte d'Ivoire par l'adoption des résolutions 1970 et 1973 concernant la situation en Libye et la résolution 1975 concernant la situation en Côte d'Ivoire, alors que le Conseil de sécurité a autorisé des mesures coercitives en vertu du chapitre VII de la Charte sur la base de la responsabilité de protéger⁶⁹. Ces

⁶³ Rapport du Secrétaire général sur l'activité de l'Organisation, A.G.O.N.U., *Doc.off.* 63^{ème} Session, Sup. n.° 1(A/63/1), p.17-74.

⁶⁴ O.N.U., A.G., *La mise en œuvre de la responsabilité de protéger*, Rapport du Secrétaire général, Doc. A/63/677, 12 janvier 2009, p. 2.

⁶⁵ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES NATIONS UNIES, *La mise en œuvre de la responsabilité de protéger*, Rapport du secrétaire général, Doc. N.U. A/63/677 (12 janvier 2009), en ligne :

<http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/63/677> (consulté le 15 Janvier 2022 à 11h53').

⁶⁶ J.-J. WONDO OMANYUDU, préc., note 61, p.206.

⁶⁷ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, Doc. N.U. S/RES/1674 (2006), en ligne : <[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674%20\(2006\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674%20(2006))> (consulté le 15 janvier 2022 à 12h50').

⁶⁸ CONSEIL DE SÉCURITÉ DES NATIONS UNIES, Doc. N.U. S/RES/1894 (2009), en ligne :

<[http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1894%20\(2009\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1894%20(2009))> (consulté le 12 janvier 2022 à 9h45').

⁶⁹ Jean-Baptiste JEANGÈNE VILMER, *La responsabilité de protéger*, Paris, PUF., 2015, p.69.

deux interventions ont permis de voir comment le Conseil utilise le concept afin de s'acquitter de sa responsabilité principale de maintien de la paix et de la sécurité internationale.

Quant à la République Démocratique du Congo, bien que le Conseil de Sécurité des Nations Unies a qualifié la situation qui se vit à l'Est comme menace à la paix et à la sécurité internationale, il n'a jusqu'à présent pris des mesures plaçant la RDC sur la base de la Responsabilité de protéger au sens du paragraphe 138 de la résolution A/RES/60/1⁷⁰, du document instituant la responsabilité de protéger bien que les différentes résolutions de l'ONU confèrent le mandat à la MONUSCO de protéger les populations civiles victimes des conflits armés.

La Responsabilité de protéger est conçue comme un devoir incombant en premier lieu et au premier chef à l'Etat sur le territoire duquel un risque de cette nature peut survenir, mais aussi subsidiairement aux autres Etats et à la communauté internationale, soit pour aider l'Etat territorial à s'acquitter de ce devoir, soit pour le suppléer au cas où il manquerait, volontairement ou involontairement à le faire. Cela peut tenir aussi à l'existence d'un conflit armé, qu'il soit purement interne ou qu'il présente un caractère internationalisé. La mise en œuvre de la responsabilité de protéger dans cette hypothèse soulève des questions délicates. L'Etat territorial, comme les autres parties au conflit, est tenu au respect des règles du droit international humanitaire et au respect des droits de l'homme indéléguables⁷¹.

A. Les actes terroristes comme mode opératoire des groupes armés en RDC

La République Démocratique du Congo, deuxième plus grand pays d'Afrique⁷², est confrontée depuis plus de 20 ans à des conflits armés et d'autres situations de violence causant d'immenses souffrances humaines. Selon El Mahoya Kiwonghi, ancien officier des forces armées zaïroises et de la garde civile : « depuis 1960, la forme des guerres la plus en action au Congo est la guérilla où les techniques ou tout simplement la philosophie de la guerre asymétrique est employée ». Depuis les rebellions des années 1960 en passant par les deux guerres du Shaba, les invasions des années 1990 et les rebellions actuelles, les armées de la RDC font face à l'asymétrie⁷³. Les rebelles de la CODECO ont dernièrement attaqué le camp ou le site des déplacés de Savo dans le territoire de Djugu. Cinquante Quatre personnes ont été prises en otage par rebelles des ADF dans le village de Manzobe. Le constat est que l'armée congolaise est en face des groupes armés qui n'ont pas vraiment des objectifs bien déterminés ou des objectifs pour prendre le pouvoir à Kinshasa, mais agissent par la terreur, les prises d'otages, les tueries ou massacres. Ces groupes rebelles ne respectent pas les différentes conventions de Genève de 1949 et leurs protocoles additionnels ainsi que les conventions de la Haye.

L'Etat Congolais, qui est censé avoir le contrôle effectif de toute l'étendue de son territoire national, a montré son inefficacité à assumer ses fonctions régaliennes. Des villages entiers dans la partie orientale de la RDC se retrouve souvent sans un élément de la police ou de l'armée

⁷⁰ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, « Grandes lignes du Sommet mondial de 2005 », en ligne : <<http://www.un.org/french/ga/document/overview2005summit.pdf>> (consulté le 12 novembre 2021 à 13h10').

⁷¹ J.-B. JEANGÈNE VILMER, préc., note 61, p.81-89.

⁷² « La République Démocratique du Congo un géant à l'état défaillant », en ligne : <<https://www.francetvinfo.fr/monde/afrique/republique-democratique-du-congo/la-republique-democratique-du-congo-un-geant-a-l-etat-defaillant>> (consulté le 09/01/2022 à 10h52').

⁷³ Jean-Jacques WONDO OMANYUNDU, *Les forces armées de la RD Congo : Une armée irréfutable ? Bilan-Autopsie de la défaite du M23- Prospective*, Desc, 2015, p. 227-228.

représentant de l'État pour mettre de l'ordre. La sécurité est laissée entre les mains des groupes rebelles qui font souvent la loi.

B. La souveraineté comme responsabilité en droit international

Sur un plan théorique, le principe de souveraineté implique la reconnaissance de l'égalité souveraine des États, du droit à l'autodétermination des peuples et de la règle de non-intervention dans les affaires intérieures.⁷⁴ La théorie de la souveraineté des États intervient dans cette dissertation doctorale dans la mesure où il n'y a pas de souveraineté sans responsabilité. Le problème de la responsabilité est lié à la souveraineté. L'État doit être apte à mettre fin aux conflits armés. La protection de la population civile relève de sa compétence exclusive. Puisqu'il y a des conflits armés et que l'État est face au problème de la responsabilité cette théorie nous permettra de nous positionner si l'État congolais assume avec efficacité ses compétences, souveraineté affirmée ou si l'État n'assume pas ses responsabilités, souveraineté défaillante. Ici, il n'y a que deux alternatives, les conflits armés menacent les populations civiles alors que l'État a le pouvoir de protéger ses populations, la souveraineté est-elle affirmée ou défaillante pour pouvoir assumer cette protection des populations civiles. Ça nous permettra aussi, de situer le niveau de la défaillance de l'État, l'État peut être défaillant du fait de son incapacité ou du fait des actes terroristes perpétrés sur son territoire national. Ainsi, nous allons situer d'où vient le dilemme.

Les États souverains sont censés réaliser un certain nombre de fonctions fondamentales pour assurer la sécurité et le bien-être de leurs citoyens⁷⁵. Le droit international classique repose sur la souveraineté des États et la Charte des Nations Unies mentionne en premier lieu parmi les principes qui gouvernent l'Organisation mondiale le principe de l'égalité souveraine,⁷⁶ tel qu'institué à l'article 2 § 4 de la Charte : « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ». « Le principe de souveraineté a eu pour conséquence directe l'énoncé de son corollaire, le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États »⁷⁷.

Le discours moderne de la souveraineté est lié à deux évolutions : la naissance de la monarchie absolue et la formation de l'état moderne. De ces deux points de vue, affirmer la souveraineté revient à revendiquer l'autorité suprême et le contrôle sur un territoire donné.⁷⁸ L'état ne se définit pas seulement par des éléments sociologiques, constitutifs. Il possède, en outre, un attribut juridique unique : la souveraineté. En tant qu'élément de la société internationale, l'État est un acteur qui possède de personnalité juridique. En sa qualité de sujet de droit, il est une personne juridique souveraine qui exerce des compétences (droits et devoirs) conformément au droit international.⁷⁹ La souveraineté confère à son titulaire le commandement supérieur sur les sujets qui lui sont soumis, la

⁷⁴ Barbara DELCOURT, « Le Principe de Souveraineté à l'épreuve des nouvelles formes d'administration internationale de territoires », en ligne : <<https://journals.openedition.org/pyramides/349>> (consulté le 12 février 2022 à 12h33').

⁷⁵ Jonathan DI JOHN, *Conceptualisation des causes et des conséquences des États défaillants : Analyse critique de la documentation*, School of Oriental and African Studies, Londres, Crisis States Research Centre, 2008, p.3.

⁷⁶ Paul TAVERNIER, « Souveraineté de l'état et qualité de membre de l'Otan et de l'union européenne », *Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale*, en ligne : <www.ridi.org/adi> (consulté le 11/01/2022 à 16h32').

⁷⁷ Mario BETTATI, *Le droit d'ingérence: mutation de l'ordre international*, Paris, Editions Odile Jacob, 1996, p. 9.

⁷⁸ Jean COHEN, *Les transformations contemporaines de la souveraineté, raison publique*, 2012.

⁷⁹ Justice FERDINAND, *Droit International Public : sujet, relations diplomatiques et consulaires*, Paris, Ed.PAC, 2003, p.112.

plénitude de compétences. C'est la souveraineté interne qui se prolonge dans l'ordre international pour devenir le pouvoir exclusif de l'État d'être maître de son destin⁸⁰.

La plénitude de compétence : l'État a la compétence de sa compétence, il décide de l'étendue de ses prérogatives sur son territoire et des limites qu'il va y accepter ; Cette plénitude de sa compétence n'implique toute fois nullement que l'état peut s'affranchir des règles du droit international. Au contraire, l'état n'est souverain que s'il est soumis directement, immédiatement au droit international⁸¹. Dans la société internationale contemporaine, largement interétatique, la souveraineté de chaque état se heurte à celles, concurrentes et égales, de tous les autres États. Dès lors, contrairement à ce qu'écrivent les auteurs volontaristes, la limitation de la souveraineté ne découle pas de la volonté de l'état mais des nécessités de la coexistence des sujets du droit international »⁸².

L'autonomie de la compétence : les autorités de l'État ne peuvent pas être soumises à des directives ou ordres provenant d'autorités extérieures ; l'exclusivité de la compétence : seules les autorités nationales peuvent engager l'État pour exercer au plan internationale les compétences qui lui sont reconnues. L'État a sur son territoire le monopole de la législation, de la contrainte, et de juridiction⁸³. La souveraineté extérieure de l'état implique une indépendance politique et la protection juridique du corps politique vis-à-vis des pouvoirs étrangers. C'est la souveraineté matérielle ou la capacité de faire, de faire faire, d'interdire de faire.

Tout comme la souveraineté intérieure, elle a également été conçue au départ en termes de volonté et de droit unifiés, sujette à nul autre volonté ou législateur plus haut placé. Cette volonté était attribuée à l'état comme tel, et personnifiée par son souverain.⁸⁴

C. Du droit d'ingérence humanitaire à la responsabilité de protéger

À la suite des critiques contre le droit d'ingérence humanitaire, la doctrine s'est penchée sur le fait qu'il fallait apaiser le débat ou les esprits au sein de la communauté internationale. On a condamné une certaine brutalité d'imposer l'ingérence humanitaire comme un droit et ce droit serait réservé à qui ? Soit au Conseil de Sécurité des Nations Unies et certaines nations qui avaient les moyens, c'était conçu comme une discrimination entre les Nations. La commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États a posé le principe que la souveraineté des États implique une responsabilité. Si l'État est souverain, il est souverain parce qu'il est responsable. Du point de vue épistémologique on revient sur l'État souverain, s'il y a besoin d'intervention c'est parce qu'il a défaut de responsabilité. Ici, ce n'est pas une substitution à l'État mais c'est à l'État lui-même souverain qu'il incombe cette responsabilité. Face à la défaillance de l'État souverain la communauté internationale peut assumer cette responsabilité, c'est une responsabilité résiduelle. Ainsi, nous nous retrouvons face à la responsabilité de protéger à l'aune des conflits armés.

Koffi Annan affirmait que la souveraineté ne peut plus être un bouclier pour protéger ceux qui violent les droits en toute impunité. Quand un état échoue à protéger sa population, la communauté

⁸⁰ Jean CHARPENTIER, *Institutions internationales*, 15 éditions, Paris, Dalloz, 2002, p.29.

⁸¹ P. DAILLIER et A. PELLET, préc., note 40, p.421- 425.

⁸² *Idem*, p.424

⁸³ Georges STANLEY, *Souveraineté des Etats en Droit International Public*, Paris, IDI, 2007, p.52.

⁸⁴ Bernier IVAN, « Souveraineté et interdépendance dans le nouvel ordre économique international », (1978) *Etudes Internationales*, p.19.

internationale doit intervenir et ceux qui sont menacés de génocide, nettoyage ethnique, crimes de guerre ou crimes contre l'humanité ont le droit de compter sur cette aide.⁸⁵ Dire que la souveraineté comporte de la responsabilité, c'est affirmé qu'un Etat souverain est non seulement responsable de ses engagements devant la communauté internationale, mais aussi et surtout responsable de la protection des droits de ses propres citoyens. Cela implique qu'il ne doit pas non seulement porter atteinte à ces droits mais qu'il doit également agir dans le sens d'éviter que ces mêmes droits ne soient violés par quiconque.⁸⁶ La responsabilité de protéger est l'allié et non l'adversaire de la souveraineté. Elle relève avant tout de la souveraineté de l'Etat, car la prévention commence sur le territoire national et la protection des populations est un attribut constitutif de la souveraineté et du statut de l'Etat au XXI^e siècle. L'Etat reste donc l'interface exclusive entre les sphères interne et internationale en la matière.⁸⁷ La responsabilité première de protéger une population incombe à l'Etat. L'Etat est le premier garant de la protection des droits de la personne humaine.⁸⁸

D. La fragilité de l'état comme facteur favorisant les conflits armes à l'Est de la RDC

Pour Mélanie Dubuy⁸⁹, le concept d'Etat fragile a été porté à l'attention de la communauté internationale particulièrement après les attentats du 11 septembre 2001, jusqu'à cette date, les États faibles, incapables de faire régner l'Etat de droit comme de conserver le monopole de la violence légitime, étaient une menace pour leurs propres populations mais ne l'étaient pas pour les autres États. Les suites des attentats du 11 septembre ont charrié avec elles l'idée selon laquelle l'instabilité, la fragilité d'un État pouvait permettre le développement d'activités terroristes et la prolifération des armes de destruction massive (couple développement-sécurité). Autant il est facile de concevoir que le fait qu'un État soit trop faible pour faire respecter l'ordre sur tout le territoire représente une menace directe pour la paix et la sécurité internationales (sanctuaires offerts aux groupes terroristes, absence de poursuite des pirates), autant il est difficile de concevoir que le non-respect par un État des standards internationaux protégeant les droits de l'homme puisse avoir un impact sur la sécurité des autres États. La violation des droits de l'homme par l'État est une conséquence de la fragilité étatique et de son incapacité à imposer son autorité. L'État fragilisé est alors amené à violer les garanties fondamentales des droits de l'homme.

Selon l'USAID, les États défaillants se caractérisent par leur incapacité ou leur réticence grandissante à assurer la prestation de services élémentaires et la protection de leurs populations. « La stratégie des États fragiles » propose trois définitions pertinentes d'un point de vue opérationnel des États défaillants, des États « faillis » et des États en phase de redressement. L'approche visant à évaluer la fragilité de l'État examine l'efficacité de l'État (c'est-à-dire les capacités administratives et les ressources étatiques) et sa légitimité en fonction de quatre perspectives clés, à savoir l'aspect politique, l'aspect économique, l'aspect social et la sécurité. Si cette approche offre une explication dynamique, elle se concentre essentiellement sur la sécurité, la gestion des conflits et le

⁸⁵ Koffi ANNAN, « « Foreword », Global Responsibility to Protect », 3, 2011 dans Jean-Baptiste JEANGÈNE VILME, préc., note 61, p.382.

⁸⁶ Ousmane FAMAGAN KONNATE, « Le Droit international public et la responsabilité de protéger », en ligne : <<https://juriafrique.com/blog/2020/03/27/le-droit-international-public-et-la-responsabilite-de-protoger/>> (consulté le 07 Octobre 2020 à 11h57').

⁸⁷ Gareth EVANS, dans Hajer GUELDICH, « Souveraineté des Etats et protection internationale des droits de l'homme : quel compromis aujourd'hui ? », dans *Panel Unité et Diversité dans la connaissance des sociétés contemporaines*, Conférence internationale organisée du 27 au 30 septembre 2012 par l'Académie roumaine- ICES- Iasi, à Iasi (Roumanie).

⁸⁸ Samia AGGAR, *La responsabilité de protéger : un nouveau concept ?*, Thèse de doctorat en Droit Public, Bordeaux, Université de Bordeaux, 2016.

⁸⁹ Mélanie DUBUY, « États fragiles et droits de l'homme », (2012)1 : 28 *Civitas europa*, p.35-54.

développement des capacités étatiques. De plus, si les questions liées à l'égalité et à l'inclusion sont également identifiées cette approche n'offre pas une analyse suffisamment détaillée de l'efficacité pour permettre de comprendre la différence entre la volonté et la capacité⁹⁰.

Parlant de la responsabilité de l'Etat pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux, Lino-Alexandre Sicilianos, agrégé à l'Université d'Athènes, retrace comme suit le contexte ambiant d'un mouvement insurrectionnel dans le contexte d'un conflit armé interne plus ou moins généralisé. Or, dans ce genre des situations, de plus en plus fréquentes ces dernières années, les autorités étatiques ou bien n'existent pas- et dans ce cas on parle souvent « d'Etats en faillite » ou bien elles se trouvent dans l'incapacité de contrôler des parties importantes du territoire de l'Etat et d'agir conformément à leurs obligations de prévention et de répression⁹¹.

La crise multidimensionnelle que connaît de nombreux États africains depuis le début des années 90 trouve l'une de ses expressions théoriques dans le concept « d'Etat failli » ou « d'Etat fragile ». Ces termes désignent généralement l'incapacité de l'État à assumer les missions principales que l'on attend de lui.⁹² Les principaux éléments permettant de définir la fragilité étatique peuvent être résumés, selon la définition suggérée par l'OCDE, comme suit : « Un État est fragile lorsque le gouvernement et les instances étatiques n'ont pas les moyens et/ou la volonté politique d'assurer la sécurité et la protection des citoyens, de gérer efficacement les affaires publiques et de lutter contre la pauvreté au sein de la population ». Les Nations Unies considèrent ce phénomène comme une érosion de la capacité d'un État à fournir à ses citoyens des services sociaux, un gouvernement efficace et/ou des perspectives économiques viables.⁹³

La République Démocratique du Congo est un État fragile, est la fragilité de l'Etat se démontre dans l'absence de la réaction spontanée, anticipative du gouvernement à mater les groupes rebelles et les terroristes. L'Etat congolais censé protéger les populations civiles lors des conflits armés semble ne pas avoir les moyens matériels pour réagir d'une manière efficace sur le champs de bataille. Situation qui occasionne les tueries des populations civiles par les groupes armés.

CONCLUSION

La République Démocratique du Congo devrait changer de vision et paradigme pour une stratégie nationale de sécurité globale en adoptant des mécanismes efficaces et des politiques nationales rigoureuses en matière de sécurité avec pour objectif d'anticiper, prévenir les massacres, éradiquer les groupes armés qui alimentent les conflits et tuent les populations civiles à l'Est de la RDC précisément dans les provinces de l'Ituri et du Nord-Kivu.

Notre étude s'est inscrite dans la logique de la fragilité de l'État congolais qui peine à prendre ses responsabilités en vue de protéger la population civile durant des décennies. L'État et ses représentants doivent protéger les citoyens, assurer leur sécurité, leur bien-être psychologique et leur intégrité physique. Dans le cadre du processus d'assurer à la population une meilleure sécurité, les forces armées doivent être l'élément manifeste de dispositif de l'État, leur mission principale étant la

⁹⁰ Mélanie DUBUY, préc., note 89, p.35-54.

⁹¹ H. ASCENCION, E. DECHAUX et A. PELLET, préc., note 14, p.125- 128.

⁹² Rapport de conférence Didimala Lodge, *Les états fragiles en Afrique: un paradigme utile pour l'action ?*, Afrique du Sud-12 et 13 mai 2008, en ligne : <http://www.guillaumenicaise.com/wp-content/uploads/2014/12/Fragile_Statehood-French_version.pdf> (consulté le 18Mai 2021 à 19h27').

⁹³ Idem.

défense de la société contre toute agression externe. Elles ont un rôle de renfort dans la sécurité intérieure en prélude de rendre effectif le contrôle de la souveraineté matérielle. Les conflits armés fragilisent l'état et l'état fragile favorise les conflits armés. En dépit de l'état de siège instauré par le gouvernement, les populations civiles continuent à être tuées, c'est le cas de 60 personnes qui ont été tuées dans le camp des déplacés à Djugu en Ituri par la milice CODECO.

Si le gouvernement devient incapable d'exercer son autorité sur l'ensemble du territoire. Cela ouvre généralement la voie à des interactions antagonistes avec l'extérieur et donc à l'internationalisation du conflit. Et la communauté internationale peut intervenir au nom de la responsabilité de protéger. À l'instar de l'opération Artemis menée en 2003 lors des précédents conflits, le Conseil de sécurité peut imaginer une mission dans le cadre du Chapitre VII au nom de la responsabilité de protéger. Faire intervenir militairement une armée régionale ou une armée d'un Etat puissant comme l'Angleterre ou la France à l'Est de la RDC avec comme mandat la protection des populations civiles. Cela peut favoriser le retour à la paix sur cette étendue du territoire nationale congolais.

*

* *

La décentralisation empêtrée par le politique : défis pour les provinces en République démocratique du Congo

MONGA BANZA TUTU*
 BANZE KALOLO Didier**
 BANZA KANYANGWA Nestor***
 KALOMBO KAYEMBE KIMWANGA Fidèle****
 UMBA KASONGO Ivon*****

RESUME

Décentraliser pour l'exercice de la politique de proximité à travers une gouvernance sobre et la politique de la territoriale de développement est une volonté politique qui hantait le législateur depuis belle lurette. Ce mode de gestion politico-administrative en R.D. Congo a été remémoré dans plusieurs textes légaux et exploité depuis l'époque coloniale, mais sans produire des attentes réelles suite au mépris des convenances. La décentralisation de la troisième république est aussi désorientée par plusieurs irrégularités d'ordre juridique et politique. Pour se résoudre, les provinces et les Entités Territoriales Décentralisées doivent relever le défi de développement à travers des stratégies de convenance politique et juridique pour voir la politique de la territoriale de développement produire ses effets positifs.

Mots-clés :

Décentralisation – politique de proximité – gestion autonome – développement – entités territoriales

ABSTRACT :

Decentralize for the exercise of the policy of proximity through a sober governance and the policy of the territorial development. This political will haunted the legislator for a long time. This mode of politico-administrative management in DR Congo has been recalled in several legal texts and exploited since the colonial era, but without producing real expectations following disregard for convenience. The decentralization of the Third Republic is also disoriented by several legal and political irregularities. To resolve themselves, the provinces and the Decentralized Territorial Entities must meet these challenges through strategies of political and legal convenience in order to see the territorial development policy produce its positive effects.

Keywords :

Decentralization – proximity policy – autonomous management – development – territorial entities

|||||

SOMMAIRE

* Professeur à la Faculté de droit, Université de Kamina

** Assistant à la Faculté des sciences sociales, politiques et administratives, Université de Kamina

*** Assistant à la Faculté de droit, Université de Kamina

**** Assistant à la Faculté de droit, Université de Kamina

***** Assistant à la Faculté de droit, Université de Kamina

rationalisation ainsi que sa mise en œuvre sont, en R.D. Congo, un fil à retordre. En plus, l'ambivalence toutefois asymétrique des principes de la décentralisation, la politisation croissante de la gouvernance des entités autonomes, l'ingérence du pouvoir central dans les affaires domestiques des provinces, l'intrusion tendancieuse des élites politiques originaires, la culture spontanée du clivage tribal et sectoriel, la culture politique mitigée, le cynisme politique, ainsi que l'incivisme fiscal, constituent des dérives qui obstruent considérablement l'optimisation et la maximisation de la décentralisation en R.D. Congo. Dès lors, est-on en train de penser que la décentralisation est une meilleure stratégie politique pour développer les entités locales ? Alors, sur quel type d'homme que cela peut être possible ? Sur quelle base stratégique peut-on ériger cette politique de la territoriale de développement ? Autant de questions qui essaient de trouver des réponses dans le développement ci-dessous.

Pour se réaliser, la R.D. Congo doit développer, prioriser et même apologiser une gouvernance sobre, respectueuse des lois et des principes de la décentralisation qui autonomisent véritablement les provinces. Le gouvernement, la classe politique et la société civile doivent également redresser un homme politique authentique ayant la vocation politique, la sagesse, la connaissance, les vertus, qui respectent le bien commun et qui défend l'intérêt général. Pour cela, Il n'y a ni utopie à réaliser ni une forme idéale de gouvernance à proposer, seule la raison républicaine peut, à travers l'amélioration de l'homme et le travail rémunérateur, rentabiliser la territoriale.

À travers l'observation et la documentation subsumées sous l'empirisme de la méthode systémique, cette réflexion se développe sur quatre substrats essentiels qui sont : cadre théorique, une décentralisation issue d'un consensus politique, tumultueuse application de la décentralisation et décentraliser pour une territoriale efficiente.

I. CADRE THEORIQUE DE LA DÉCENTRALISATION

La configuration territoriale d'une communauté politique est fonction des fins que l'État s'assigne ou qu'on lui assigne. Elle dépend également de la mission que ce dernier attribue à la territoriale pour répondre à certaines exigences d'ordre politique, économique, sociologique et culturel, le mode de gestion devient alors le moyen par lequel s'objective cette mission. L'histoire politique et administrative du Congo atteste que, depuis l'époque coloniale, l'organisation politico-administrative a subi des changements considérables, tant sur le plan de découpage territorial que sur celui des modes de gestion : la centralisation (A), la décentralisation (B) et le régionalisme (C).

A. La centralisation

La centralisation est un mode de gestion politique et administrative caractérisé par le fait que la gouvernance de l'État appartient seulement aux organes centraux. Dans cette perspective, toutes les décisions politiques et administratives relèvent de la compétence du pouvoir central qui représente l'État, seule personne juridique reconnue et habilitée à gérer les affaires publiques, à coordonner les activités politiques et à prendre des décisions administratives sur toute l'étendue du territoire national.

Du point de vue politique, la centralisation se caractérise par le fait qu'il existe une seule instance politique, le reste est « administration »¹ : il y a une centralisation des compétences, une hiérarchie stricte, et un lien de tutelle. La souveraineté de l'État est affirmée une et indivisible et la

¹ Célestin KABUYA LUMUNA SANDO, *Introduction à la science politique*, Kinshasa, Edition CEDIS, 2019, p.154.

communauté nationale est proclamée une et homogène². Elle suppose également que le gouvernement unique peut adapter son action à chaque subdivision du territoire national, ce qui ne peut toujours pas être possible suite à certaines irrégularités d'ordre pratique qui engendrent des frustrations au niveau des entités locales et des services publics.

La centralisation peut être faite avec concentration, ce qui suppose que la direction de toutes les affaires publiques est unique pour l'administration de tout le territoire national et les autres entités ne sont que subalternes n'ayant qu'un rôle de préparation et d'exécution des décisions ; la centralisation est présentée comme un moyen de consolider et de maintenir l'autorité de l'État, en évitant la dispersion du pouvoir de réaliser et de sauvegarder l'unité nationale³.

Les irrégularités administratives consécutives à la centralisation excessive peuvent être atténuées ou palliées par la déconcentration, ce qui implique l'État unitaire centralisée avec déconcentration. Celle-ci suppose que le centre délègue certaines prérogatives du pouvoir aux organes et organismes locaux sans qu'ils ne jouissent d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État et de l'autonomie. De peur de compromettre l'unité de vues dans la gestion des affaires, les organes centraux exercent sur les fonctionnaires bénéficiaires de la délégation du pouvoir central un contrôle qui permet, le cas échéant, la révision, la reformulation ou l'annulation de la décision⁴. Il se crée ainsi des velléités antidémocratiques susceptibles de provoquer la paralysie et pour ce faire, la tendance salvatrice a toujours été de remplacer la centralisation par la décentralisation.

B. La décentralisation

La décentralisation, loin d'être une forme de l'État, reste un mode et technique de gestion politique et administrative qui consiste à octroyer aux organismes ou aux organes régionaux ou locaux dépendant du pouvoir central un certain nombre des prérogatives, jouissant de la personnalité juridique et de l'autonomie de gestion, ayant un patrimoine propre et des compétences bien déterminées par la *lex scripta* et élucidées par les lois y afférentes. La décentralisation repose alors sur l'idée démocratique d'une gestion par les administrés des affaires qui les concernent le plus directement. Elle se caractérise par l'autoreprésentation : élection des organes locaux de décisions, l'autodétermination : on reconnaît la compétence de définir et de conduire la politique sur les affaires de l'Entité, l'autogestion : l'entité peut disposer de ses propres ressources financières, il y a rupture du lien hiérarchique avec le pouvoir central, la tutelle du pouvoir central demeure et la personnalité juridique est reconnue aux entités composantes⁵.

La décentralisation implique qu'il y ait des affaires régionales et locales qui soient déterminées par la loi comme étant propres aux entités régionales ou locales (...). Elle implique en deuxième lieu que la décision concernant la gestion de ces affaires appartienne aux autorités placées à la tête des entités (...) et qui soient des représentants de la région ou de la localité et non du pouvoir central. La décentralisation implique en troisième lieu que les autorités régionales ou locales ne soient pas soumises à un contrôle trop étroit du pouvoir central ou de ses représentants⁶.

² *Idem*, p.156.

³ NTUMBA LUABA LUMU, *Droit constitutionnel général*, Kinshasa, Éditions Universitaires Africaines, 2007, p.61.

⁴ MULUMBATINGASHA, *Sociologie politique*, Lubumbashi, Éditions AFRICA, 1988, p.83.

⁵ C. KABUYA-LUMUNA C., préc., note 1, p.156.

⁶ MULUMBATINGASHA, préc., note 4, p.83.

C. Le régionalisme

La décentralisation territoriale est en principe organisée et garantie par la loi. Jusque-là, on est en face de la décentralisation administrative simplement. Mais lorsque la garantie de l'autonomie devient constitutionnelle, on arrive au régionalisme constitutionnel (État régional, État autonome ou État des autonomies)⁷. Le régionalisme devient alors cette tendance à promouvoir le développement de la vie du peuple dans leurs milieux respectifs et de l'organisation régionale efficace. C'est un modèle que la doctrine a dégagé à partir du système italien, espagnol, portugais et belge (avant la transformation de la Belgique en État fédéral en 1997)⁸. Le régionalisme implique que les collectivités régionales disposent des privilèges plus étendus et plus affirmés que ceux des entités décentralisées, se fondant sur le principe de l'exercice politique de proximité. Selon ce mode de gestion, les collectivités régionalisées peuvent être définies sur une base culturelle, sinon tribale comme en Espagne et les attributions touchent généralement au domaine économique comme en Italie⁹. Le régionalisme se caractérise ainsi, par l'existence des assemblées législatives élues au suffrage universel, mais assujetties au contrôle central ; la région a le pouvoir d'édicter des normes équivalentes aux lois ; le pouvoir exécutif régional est responsable devant l'assemblée régionale, les compétences sont plus amples et plus variées que celles des collectivités décentralisées, il n'y a pas de pouvoir d'auto-organisation institutionnelle, l'autonomie régionale est garantie par une juridiction constitutionnelle compétente (Cour constitutionnelle) pour trancher les conflits de compétence entre les régions et le pouvoir central et ce dernier ne participe pas au processus décisionnel touchant aux intérêts régionaux. Le régionalisme devient alors une structure intermédiaire entre le fédéralisme et l'unitarisme. Toutefois, le caractère unitaire de l'État demeure affirmé bien que la région soit dotée des larges compétences.

II. UNE DECENTRALISATION ISSUE D'UN CONCENSUS POLITIQUE

A. Le régionalisme constitutionnel expressément muet

La décentralisation est constitutionnelle, mais la *lex scripta* congolaise ne détermine pas expressément le statut de la province. Qu'est-ce qu'une province en R.D. Congo ?

La lecture de l'article 3 de la *Constitution du 18 février 2006* la présente dans une configuration confuse ; elle n'est ni État fédéré, ni une entité territoriale décentralisée. Pourtant, elle est assise sur les principes fondamentaux du fédéralisme tels que l'autonomie, la subsidiarité, la participation etc. Si la province congolaise est une entité fédérée, ceci impliquerait qu'elle eût une Constitution, une police, des cours et tribunaux, un gouvernement et une administration.

Peut-on considérer la province comme une entité décentralisée ? Non ! Elle n'est pas non plus une entité décentralisée au même titre que les Entités Territoriales Décentralisées (ETD) comme l'indique l'article 5, alinéa 2 de la *Loi organique n° 08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec l'État et les provinces*. La vraie nature juridique de la province en R.D. Congo est, selon la littérature de

⁷ Félix VUNDWAWE te PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2012, p.41.

⁸ *Idem*, p.415.

⁹ C. KABUYA-LUMUNA C., préc., note 1, p.156

Vundwawe te Pemako et d'une abondante doctrine, comme une entité politique autonome¹⁰. En principe, le régionalisme constitutionnel implique que la Constitution elle-même consacre l'existence de circonscriptions régionales et les dote d'une organisation propre à l'exercice de certaines compétences touchant aux intérêts spécifiquement régionaux (art. 195, 203 et 204 de la *Constitution du 18 février 2006*).

L'absence de la consécration juridique claire du statut de la province ou le silence de la Constitution congolaise ne suffit en aucune manière de douter de l'authenticité fondamentale de la province. Qu'il nous soit ainsi permis d'affirmer que le silence constitutionnel sur le statut des provinces est, en analysant la littérature de Kabuya Lumuna Sando, le résultat d'un compromis dans un long débat qui a divisé, depuis les luttes de l'indépendance, les partisans d'un État fédéral et les partisans d'un État unitaire centralisé¹¹.

Le régionalisme constitutionnel bien qu'expressément absent dans la *lex scripta* est, selon l'organisation et le fonctionnement de la province, affirmé. Du point de vue institutionnel, la province avoisine l'État fédéré et est octroyée des larges compétences par rapport aux ETD. Ces compétences de proximité définies par la *Constitution* et par la *loi n° 08/012 du 31 juillet 2008* sont exercées selon le principe de subsidiarité, selon lequel une autorité centrale ne peut effectuer que les tâches qui ne peuvent pas être réalisées à l'échelon inférieur.

B. Décentraliser pour une politique de proximité

Le politique congolais a pris conscience des affres de l'autoritarisme et du totalitarisme vécues pendant la deuxième république et pour se résoudre, l'État démocratique ne pourrait se réaliser que par la participation de tous à la prise de décision.

La décentralisation devient un mode de gestion idéal pour approcher le peuple à la gestion des affaires publiques, car celle-ci joue un rôle fondamental dans l'augmentation de la participation et de l'éveil politique des citoyens au niveau local. Elle est strictement liée à l'idée démocratique en conférant aux citoyens plus d'influences dans la conception, la formulation et l'exécution de la politique de l'État. Elle envisage de conférer aux citoyens plus de décisions et de contrôles politiques. Elle part du postulat tel que les décisions prises avec une plus grande participation des administrés sont plus légitimes et répondent mieux à la diversité des besoins de la communauté locale que celles prises unilatéralement par les autorités centrales. Elle permet aussi de bien faire le choix du personnel politique local et pour ce dernier de bien connaître les besoins et les aspirations des citoyens. Cette politique démocratique de proximité sera plus payante si les conditions sont bonnes et quand elle fonctionne efficacement. Sur le plan administratif, elle réduit la procrastination administrative et d'autres procédures bureaucratiques complexes par le fait qu'elle accroît l'attention des autorités sur les conditions, les besoins et les initiatives de la population et sur le plan politique, la décentralisation permet à l'exécutif d'élaborer une politique participative et des programmes plus créatifs, plus innovateurs et plus sensibles aux besoins de la population. Elle accroît alors la stabilité politique et l'unité nationale en donnant la possibilité aux citoyens de mieux contrôler les programmes publics au niveau local.

¹⁰ MONGA BANZA TUTU, *Les réformes administratives en vue de la promotion et protection des droits fondamentaux en République Démocratique du Congo, État des lieux dans la province du Haut-Lomami*, Thèse de doctorat en droit, Lubumbashi, Université de Lubumbashi, juillet 2018-2019, Inédit, p. 86.

¹¹ C. KABUYA-LUMUNA SANDO, préc., note 1, p.12.

III. TUMULTUEUSE APPLICATION DE LA DECENTRALISATION

En R.D. Congo, l'administration des provinces repose sur un principe d'autonomie toujours remise en cause. La province, désormais, heurte de front les processus confus, les *in put* encombrants et des faits politiques superfétatoires suite à plusieurs irrégularités d'ordre politique, éthique et civique, d'ordre financier et culturel.

A. Une décentralisation historiquement moins productive

L'histoire politique et institutionnelle de la R.D. Congo témoigne que l'organisation politique et administrative a subi des changements importants, tant en ce qui concerne le découpage territorial qu'au niveau des modes de gestion des entités locales.

L'organisation territoriale s'est assignée des diverses missions, depuis l'EIC jusqu'à la troisième République, à remplir en fonction des aspirations et des besoins du peuple qu'elle n'a malheureusement jamais rempli avec brio. En 1885, lorsque les puissances européennes à Berlin déclarèrent le bassin du fleuve Congo comme une région de libre commerce et le contrôle de cette *terra incognita* est confié au monarque des Belges, la R.D. Congo n'était qu'un conglomerat des communautés traditionnelles indépendantes meurtries par la méchanceté des esclavagistes. La vocation de la territoriale de l'EIC était en principe philanthropique : libérer les nouvelles terres de cette voracité esclavagiste par la conquête et la protection des terres conquises. La centralisation était l'unique mode de gestion qui sera assoupli plus tard par le *Décret du 6 octobre 1891* qui reconnaissait les chefs coutumiers et celui de 1906 qui accorda une autonomie apparente aux chefferies¹². À cette autonomie jugée apparente, s'ajoute une économique qui se solda affreusement par la domination esclavagiste organisée et l'exploitation dégradante des autochtones.

L'annexion du Congo à la Belgique, bien que soutenue par plusieurs raisons altruistes, a été en effet une velléité philanthropique pour couvrir la volonté de rentabiliser cette méga-entreprise au profit des Belges. L'administration territoriale, à côté de la mission d'occupation du territoire s'ajoute celle d'exploitation en faisant recours à la potentialité productive des autochtones. L'administration territoriale était couplée : l'administration directe et l'administration indirecte, lesquelles d'ailleurs ont connu une application inégale, suivant les lieux et en fonction des intérêts des Belges. La décentralisation du Congo-Belge était opportuniste et de façade malgré les législations y relatives sur les sous-chefferies en 1910, les centres extra-coutumiers en 1931 et sur les secteurs en 1933. Elle ne concernait que les chefs traditionnels, en tant qu'individus pouvant mobiliser et diriger les énergies des colonisés vers cette méga-entreprise au profit de l'administration coloniale.

Dans les milieux urbains, la décentralisation était effectuée avec timidité et lenteur. Il fallait pour cela attendre le décret du 12 janvier 1923 sur les districts urbains au profit des blancs puis le 26 mars 1957 au bénéfice des autochtones¹³. La décentralisation, qu'elle soit sous l'EIC ou sous le Congo Belge, n'était qu'une pure mise en scène, organisée dans des entités dépourvues d'organes délibérants et sans programmes spécifiques ni projets de développement au profit des autochtones jusqu'en 1957, année où existèrent des conseils délibératifs à coup-sûr selon le décret du 10 mai 1957.¹⁴

¹² LOTOY ILANGO BANGA et Abiemar Ebiendi MUKIKA, « Pour un nouveau type d'homme adapté à la décentralisation. Contribution à l'analyse de l'efficacité de la territoriale au Zaïre », (1989) 239 *Zaïre-Afrique*, p.482-485.

¹³ Idem, p.484.

¹⁴ L'EIC et le Congo-belge furent les périodes de la colonisation ayant une même réalité : l'exploitation du Congo par la Belgique. Car après le transfert de l'EIC au Congo-belge, les méthodes d'exploitation analogue à celles qualifiées

Après l'indépendance on assista à un chaos administratif occasionné par une évolution subversive de l'administration au niveau des provinces et sans coordination au niveau national de juillet 1960 à novembre 1965 et par conséquent, le système administratif devenait confus. L'avènement de la prise du pouvoir par l'armée en novembre 1965 va changer la donne, une centralisation radicale et excessive sera mise sur pied en raison de la nécessité de restaurer l'autorité de l'État, l'unité nationale, l'ordre et la discipline dans l'administration voire dans les rangs sécuritaires. Jusqu'en 1977, les agents territoriaux de la deuxième république agissaient avec force dans leur vocation unificatrice (*autoritarisme*).

Il fallait en effet attendre le 1^{er} janvier 1977 pour voir le déclenchement du processus de décentralisation en guise de réponse aux innombrables critiques formulées contre l'administration excessive du Zaïre, lequel processus culminera dans l'*Ordonnance-loi n° 82/006 du 25 février 1982 portant organisation territoriale, administrative et politique de la république du Zaïre* qui sera quasiment stérile¹⁵.

Après la traversée d'une longue période de transition caractérisée par la multiplicité des textes légaux toutefois contradictoires, la mission de l'administration publique était confuse et désarçonnée, il fallait attendre l'avènement de la *Constitution du 18 février 2006* pour voir le législateur octroyer au peuple congolais une réforme spectaculaire de l'État dont la vocation est de rattraper le retard sur le plan de développement par le génie propre de la population locale. Hélas ! Imbue de plusieurs superflus, la décentralisation de la troisième république reflète une image déconcertante et par conséquent, les rêves de développement deviennent hypothétiques.

B. Une territoriale confuse par les dérives politiques

En R.D. Congo, les irrégularités politiques demeurent toujours, surtout que sa vie politique se libère péniblement des carcans de la tyrannie pendant qu'il s'introduit dans son circuit politique des idées démocratiques. La politique de la territoriale de développement évolue par conséquent dans un sens dessus-dessous. Cette ambivalence politique entraîne, dans des entités autonomes (*provinces*), des attitudes et des comportements politiques ambigus qui dénaturent l'art politique, qui torturent l'idée républicaine et qui altèrent la politique de la territoriale de développement. Évoquons certains faits politiques prépondérants tels que la politisation croissante qui fait du pouvoir provincial l'enjeu de combat des forces politiques nationales, l'ingérence des institutions centrales dans les affaires domestiques des provinces, l'intrusion croissante et tendancieuse de certaines élites politiques originaires dans l'organisation et le fonctionnement des provinces, le raz du clivage tribal et sectoriel entretenu par les politiques. Ces dérives politiques obstruent l'évolution rationnelle de la décentralisation.

Il n'y a plus guère de véritable décentralisation en R.D. Congo face à la robustesse des tendances politiques et à ce panorama d'influences déstabilisatrices qui influent sur la formation et le fonctionnement des institutions politiques des entités autonomes. Le libéralisme politique est mis en péril, le fanatisme et le clientélisme politique deviennent, par-dessus le marché, un paradoxe.

d'inhumaines de Léopold II refirent surface. Pour en savoir plus, on peut lire les observations de M.H. LECLERCQ, dans « Un mode de mobilisation des ressources : Le système fiscal. Le cas du Congo pendant la période coloniale », (1965) III : 2 *Cahiers Économiques et sociaux*, 1965, pp.106-108. Voir aussi LOTOY ILANGO BANGA et A.E. MUKIKA, préc., note 12, p.484.

¹⁵ LOTOY ILANGO BANGA et A.E. MUKIKA, préc., note 12, p.486.

En définitive, les attitudes, les compétitions ainsi que les opinions politiques, dans les entités régionalisées et décentralisées, deviennent garnies des superflus et des faits déstabilisateurs. La territoriale laisse l'impression telle qu'elle est plus affectée par cette avalanche d'influences négatives, car la gouvernance territoriale est torpillée par ces attitudes et ces orientations politiques subversives. Par conséquent, la mise en application de la décentralisation efficiente et productive, par les gouvernants locaux, devient un fil à retordre et la politique de la territoriale de développement bascule dans l'hypothétique.

C. Une décentralisation financièrement circonvenue

La centralisation et la décentralisation ne sont pas mutuellement exclusives, elles sont souvent couplées dans plusieurs systèmes de gestion démocratique de l'État, car ce ne sont pas toutes les fonctions publiques qui doivent être financées et gérées d'une manière décentralisée. Les finances jouent un rôle déterminant dans l'équation du développement des entités décentralisées, tant qu'elles sont souvent considérées comme l'épine dorsale, la colonne vertébrale, le nerf, les poumons, le thermomètre, la toile de fond, la pierre angulaire ou mieux l'âme de la décentralisation. L'importance des finances publiques doit recevoir, à côté du problème de l'homme, une priorité absolue dans le cadre de l'autonomie de l'indépendance économique des entités territoriales décentralisées qui constituent des forces motrices indispensables pour animer l'action du développement et procéder aux investissements en capitaux et en hommes. À cet effet, l'expérience atteste que le pouvoir central se réserve plus habituellement les fonctions publiques prépondérantes et la supervision, en plus il joue souvent des rôles cruciaux dans l'élaboration et l'accomplissement des projets les plus prestigieux.

En R.D. Congo, la Constitution détermine les compétences concurrentes et celles exercées d'une manière exclusive (art. 201 à 204). Les dispositions de la répartition des compétences et les principes de la décentralisation ne sont pas pratiquement en majorité respectés et plusieurs textes portant sur la décentralisation se trouvent être en contradiction entre eux et avec les principes de l'autonomie de gestion et même de la libre administration qui constituent le soubassement de la responsabilité des entités territoriales décentralisées. À ce sujet, Monga Banza Tutu soutient qu'il y a lieu de relever également que l'article 218 de la loi relative aux finances confirme cette contradiction des textes législatifs lorsqu'il dispose : "[...] conformément aux dispositions de l'article 175 de la Constitution, les provinces ont quarante pourcents des recettes à caractère national retenus à la source. Les modalités de cette retenue sont décrites aux articles 219 à 222 de la présente loi. Toutefois, l'allocation des recettes au profit des provinces, fixée par la Constitution, tient compte du transfert effectif des compétences et des responsabilités en matière des dépenses. Le pouvoir central peut retenir de la quote-part provinciale le coût des compétences et responsabilités non transférées, dans les conditions définies par une loi de finance"¹⁶.

Cet *hiatus* ne permet nullement aux entités décentralisées d'accéder avec aisance aux ressources financières de leur politique, il ouvre, au contraire, une brèche au profit du pouvoir central qui, contre toute attente et en marge de la Constitution (articles 201 à 204), a pu mettre sur pied un système de rétrocession dont les mécanismes de nivellement ne favorisent nullement l'accès aisé aux recettes, d'où l'accumulation des mois des recettes non rétrocédées avec comme conséquence, la perturbation de programme de développement en province.

¹⁶ MONGA BANZA TUTU, préc., note 10.

Le principe de la retenue à la source (art. 175 de la Constitution), bien que constitutionnel, est pratiquement vidé de son contenu et remplacé *ipso facto* par la rétrocession en raison du respect strict du principe de l'universalité budgétaire. Les 25 provinces et la capitale exercent les compétences de proximité et se partagent les recettes à caractère national avec le pouvoir central à raison de 60% pour le centre et 40% pour les provinces. Ces 40% de recettes allouées aux provinces sont, en principe, à retirer à la source (art.175 de la Constitution), ce qui crée des controverses et des conflits institutionnels entre le centre et les provinces.

Le pouvoir central se réserve les grandes recettes perçues par les régies et offices déconcentrées. Ces régies et offices ne peuvent rendre compte qu'à leurs directions générales et verser leurs recettes au trésor public qui effectue à son tour la répartition à travers les antennes de la banque centrale dans les provinces (art.54) après autorisation du gouvernement central.

D. Inadéquation des finances publiques et les attentes locales

La précarité des finances publiques dans les provinces résulte, pour plusieurs études et recherches sur la gestion des finances publiques en R.D. Congo, de l'insuffisance des ressources réelles, de l'incivisme fiscal et de l'opacité de la gestion financière et par conséquent, les provinces deviennent impuissantes devant l'accroissement effréné des charges publiques. En plus, l'administration fiscale en province heurte de front la crise de légitimité sociologique et de rentabilité suite à une série de stéréotypes, de préjugés et de critiques négatives des contribuables, des citoyens en général sur la gestion des finances publiques, sur la répartition des richesses nationales, sur l'affectation des fonds publics, sur la gestion des ressources locales et suite aux innombrables irrégularités éthiques et civiques manifestes. En outre, les prélèvements que les provinces et les ETD opèrent, prennent place dans le prélèvement global affecté aux collectivités publiques et que, dans la mesure où la part de l'État y est toujours importante, en valeur absolue et en pourcentage, la croissance de celle qui reste pour les provinces et les ETD est vraiment limitée. Ce faible financement ou le financement tardif ou inégal déconcertent les provinces et déséquilibrent leurs projets de développement d'une part, d'autre part occasionnent la mauvaise fourniture ou la fourniture tardive des services publics. Les provinces en R.D. Congo ne savent pas, à cause de ces irrégularités financières, maîtriser les charges publiques locales quelle que soit la liberté dont elles disposent pour lever les impôts, recourir à l'emprunt et percevoir les produits des services et des domaines qu'elles gèrent.

E. Une décentralisation alanguie par une culture politique mitigée

La décentralisation d'une manière universelle exige la participation rationnelle, libre et active, directe ou indirecte de chacun à l'élaboration et à la prise de décision politique ; ce qui évoque la culture politique de participation et la culture du consensus afin d'atteindre, d'une manière asymptotique, l'efficacité et l'efficacités. Mais, hélas ! les provinces en R.D. Congo sont dominées par la culture politique paroissiale par le fait que la conception et l'exercice politique sont, pour les populations locales, fondés sur des attitudes et des orientations politiques motivées par une mosaïque d'influences subversives dues à la tradition, aux croyances, au clivage tribal ou sectoriel et à la faible érudition politique moderne et républicaine. En fait, les populations locales se tournent, pour l'essentiel, vers les sous-systèmes politiques plus limités tels que le village, le clan, la tribu, l'ethnie¹⁷ la mutualité tribale et sectorielle afin d'optimiser et de participer aux actions politiques et

¹⁷ MULUMBATI NGASHA, préc., note 4, p.41.

par conséquent, la conception politique, l'analyse politique, la docilité et la légitimité font référence aux structures et aux croyances traditionnelles ainsi qu'à l'origine tribale ou sectorielle du gouvernant. L'adhésion au pouvoir politique établi est motivée, pour beaucoup, par des raisons superfétatoires et non républicaines reflétant une espèce de clientélisme et de fanatisme politique. Le pouvoir public est, pour les politiques locaux, obtenu, exercé et organisé, en dehors de ce qui est *de facto*, par des moyens et des stratégies relatives aux impulsions tendancieuses et de rétractation tribale ou sectorielle.

En définitive, dans le cadre de l'analyse épistémologique, la décentralisation politique en R.D. Congo est souillée par la conception contrefaite du pouvoir politique amplifiée par la culture politique paroissiale et la faible érudition politique.

IV. DECENTRALISER POUR UNE TERRITORIALE EFFICIENTE

Le législateur congolais a jugé bon, par le transfert d'autorité et de responsabilité de fonctions politiques, du gouvernement central vers les entités politiques constitutionnellement autonomes, réaliser le rêve de développement de l'État par le génie propre de chaque entité. En R.D. Congo, trois échelons entrent en jeu : le centre, la province et les entités territoriales décentralisées (art.3 de la Constitution). Pour se réaliser, un équilibre ingénieux doit être établi par un formalisme judicieux entre les institutions centrales, les institutions provinciales, les institutions décentralisées ainsi que les institutions déconcentrées. Ceci implique le conformisme strict aux lois et à d'autres enjeux politiques relatifs à l'éthique et au civisme démocratiques. Ce transfert des compétences et des responsabilités pour la fourniture des services publics au niveau local octroie aux citoyens la gestion des affaires publiques à travers ses propres initiatives et ses propres stratégies, le contrôle et la sanction des politiques (*Élections locales et municipales*).

A. Émergence d'un nouvel homme politique authentique

La décentralisation a besoin des hommes et des femmes politiques non seulement bourrés des connaissances comme le veut Platon¹⁸ mais aussi emplis des caractères, de sens de responsabilité et de noblesse. Un homme politique idéal dans la conception d'Aristote est l'homme de bien, vertueux, sage, respectueux de lois, observant l'équité, se comportant en parfait ami, *kalos ka'gathos (beau et bon)* et choisissant le juste milieu des choses, tout extrême étant nuisible¹⁹ ..., décidément, un homme ayant la volonté républicaine et empli des vertus.

Actuellement, en R.D. Congo, pour savoir si quelqu'un est performant en politique, la population cherche à identifier les types d'action qu'il produit, le gain que le peuple en tire et leurs effets en termes de climat démocratique, de respect des droits ainsi que d'actions développementalistes que la collectivité politique bénéficie en compensation. Sans vocation, sans volonté, sans vertu et sans érudition politiques, l'homme politique congolais ne serait qu'un faux-semblant. Seuls donc les érudits, les sages et les vertueux ayant la volonté républicaine et les valeurs produites par la raison humaine peuvent gouverner et promouvoir la politique de la territoriale de développement. L'absence ou l'insuffisance des hommes politiques authentiques obstruent le positivisme et l'efficacité de la décentralisation.

¹⁸ PLATON cité par C. KABUYA-LUMUNA SANDO, préc., note 1, p.35-36.

¹⁹ ARISTOTE cité par C. KABUYA-LUMUNA, préc., note 1, p.37.

B. Une décentralisation surveillée par l'éthique et le civisme

Des nombreuses expériences prouvent que dans un système décentralisé ou régionalisé, le risque évident pour les élites politiques est que dans la mesure où il y a absence de la coordination ingénieuse des politiques, du respect strict des institutions et de leurs limites aussi bien du respect des lois de la république, soit les élites locales s'emparent des fonctions de l'État et deviennent des électrons libres (*sécession, balkanisation*) soit, les autorités et les élites politiques au niveau central interfèrent dans l'organisation politique, dans l'élaboration des programmes des provinces tout en ignorant sciemment le principe d'autonomie et de la libre administration. Mais il est évident que seule l'éthique peut surveiller l'homme politique et peut le rendre authentique. L'éthique de conviction influencera sa conduite et son agir dans la mesure où elle s'appuie sur des grands principes et des lois universelles sur bases desquelles tout homme honorable doit agir. Et l'éthique de responsabilité l'amènera à scruter les conséquences de décisions prises dans l'exercice de ses fonctions publiques. L'ambition de l'éthique en politique est d'évaluer le statut social, le rôle social et le sens de responsabilité de l'homme politique dans la société. Éric Weil (1904-1977) croit que seul l'individu qui s'est moralisé pourra agir moralement en politique²⁰ et pour Florent Gagné, homme politique Québécois, la conduite éthique est d'abord une attitude de sensibilité et de respect envers les valeurs de la société de référence, auxquelles s'ajoutent des conditions personnelles de droiture, d'intégrité, guidées par le jugement, la mesure, la prudence, la sagesse. Toute personne qui exerce une charge publique doit disposer d'une compétence éthique élevée qui sera critiquée dans les situations difficiles²¹.

La décentralisation en R.D. Congo aura bel et bien besoin d'un nouveau type d'homme politique qui incarne les valeurs morales. Quant au civisme, l'homme politique sera replacé dans sa mission primordiale d'homme d'État et de citoyen de premier rang. Le patriotisme est l'une des conditions de la survie de l'État et l'un des piliers du succès de la décentralisation. Il est défensif, vecteur de cohésion et d'unité et un meilleur booster de l'organisation et du fonctionnement de la décentralisation. Les provinces sans moyen de bord remarquable, leur espoir de développement repose sur la mobilisation du potentiel humain, politique et financier afin d'exercer l'art politique sur une base productive. Cela ne peut être possible que si cette potentialité est surveillée par des valeurs éthiques et civiques.

C. Une territoriale centrée sur le travail

Que le lecteur ne trouve pas en nous une certaine dose d'amateurisme de prémonition, le constat fondamental est que le mérite d'un pays se mesure au coefficient intellectuel de l'ensemble de sa population, aussi bien à la capacité de celle-ci de promouvoir le développement. La décentralisation, quelle qu'elle soit, est productive quand il y a mobilisation des énergies potentielles nécessaires pour sortir les entités décentralisées des incertitudes politiques et des carcans de l'improductivité.

Pourquoi travailler ? Est-on en train de penser que le travail échafaude la décentralisation ? Est-il impératif de subordonner la décentralisation au travail ?

²⁰ E. WEIL cité par Olivier NKULU KABAMBA, *La démocratie surveillée par la morale. Observations philosophiques*, Bruxelles, Academia-L'Harmattan, 2018, p.6.

²¹ F. GAGNE cité par O. NKULU KABAMBA, préc., note 20, p.26.

La décentralisation, par son objectif, cherche à faire exercer le pouvoir politique de proximité sur base de la potentialité intellectuelle et énergique (laborieuse) de la population locale sur base de ses initiatives et de ses stratégies propres. Comme le pensait déjà le sociologue Kazadi Kimbu, pour répondre à la question « Pourquoi travailler ? » lors des premières journées philosophiques Théophile Rayn organisée du 7 au 9 novembre 2002, sous le thème général « Le travail en Afrique Noire : Servitude ou libération ? », le travail est lié à la vie (...), il joue un rôle très important dans l'existence sociale et répond à deux nécessités : la consommation et la production. Il permet, grâce à la production collective des richesses, de libérer aussi bien l'individu-travailleur que sa collectivité des entraves créées par les besoins. Toutefois, pour que la libération par le travail soit effective, il faut de l'organisation, une bonne gestion, une définition des objectifs et des priorités, et un planning rationnel et opérationnel²².

Le travail est une sublime initiation au fondement même de la vie. Il n'a jamais été une malédiction comme le présentent ceux qui rêvent vivre à profusion de la nature sans pouvoir travailler. Il est plutôt une voie qui mène au bien-être. Faut-il travailler pour devenir noble ? « Le travail anoblit l'homme », dit-on. Comme le peuple congolais envisage bâtir un État développé par la décentralisation, il n'y a plus donc de place pour les nobles paresseux et les serfs laborieux. Faut-il croire ceux qui pensent que la politique anoblit l'homme ? Cette question n'est pas seulement agressive, mais aussi déconcertante, provocante et révoltante, car seule la politique sans éthique anoblit l'homme d'une manière exponentielle et spectaculaire. Le gain facile ayant le sens de s'anoblir sans peine et sans éthique, à ce genre de gain, on lui jette l'anathème, car l'approche éthique s'en prend avec véhémence à ce genre de gain.

Le travail, sans être une panacée, est réellement le piédestal de la décentralisation au Congo. Alors le décideur doit, par une politique persuasive et par la justice distributive, encourager le travail productif et rentable dans tous les secteurs économiques en mettant plus de moyens dans le secteur primaire et le secteur secondaire.

Pour rendre la décentralisation plus rentable, la population, au niveau local, doit se lancer au travail, car l'âge d'or au cours duquel les gens vivaient à profusion de la nature sans devoir travailler, est un âge qui fut ou peut être mythique ou utopique. Cela peut être encore un âge à venir, à construire progressivement de manière asymptotique, car chaque forme ou style de travail a ses formes ou styles de peines, d'exigences et de contraintes. Il appartient alors à chaque province de définir le profil des emplois, d'établir des stratégies et de créer des conditions favorables afin de rentabiliser le travail au niveau local.

Peut-on alors croire que la réussite de la décentralisation dans les provinces congolaises sera en effet fonction de ces paramètres ? A l'heure actuelle en R.D Congo, le travail productif doit devenir une activité insérée dans le circuit d'activités fondamentales pour maximiser la territoriale de développement. Si la nécessité sociale du travail est à comprendre comme l'inhérence du travail en tant qu'activité vitale de toute société humaine, l'obligation morale de travailler est alors la nécessaire participation de chacun à la construction de la vie commune

²² KAZADI KIMBU cité par INSTITUT FACULTAIRE THEOPHILE REYN, « Le travail en Afrique noire : Servitude ou libération ? », dans *Cahiers de Philosophie et des Sciences du travail*, Collection « Actes de Journées 1 », Lubumbashi, Editions CIRIADA, 2004, p.4.

CONCLUSION

La décentralisation, en R.D. Congo, est une vieille expérience politique, car elle a été reprise, depuis l'époque coloniale, dans plusieurs textes légaux. Mais hélas! Elle n'a jamais été féconde dans son cours de chemin suite à plusieurs irrégularités d'ordre pratique. Quant à la décentralisation soulignée dans la *Constitution du 18 février 2006*, celle-ci a été le résultat d'un consensus politique et est érigée sur une base légale qui accorde aux entités constitutionnellement décentralisées des larges pouvoirs de gestion avec une libre administration. Elles sont octroyées d'une personnalité juridique et elles jouissent de l'autonomie de gestion de ressources humaines, économiques, financières et techniques.

Cette large autonomie répond à la volonté de redynamiser la territorialement raison de promouvoir le développement des entités locales par le génie et l'énergie propres de la population locale. Pour se réaliser, l'autorité de l'État s'exerce d'une manière ingénieuse à trois niveaux complémentaires et indissolubles : le centre, la province et les entités territoriales décentralisées. Par-dessus le marché, le pouvoir politique s'exerce sur base du principe de subsidiarité. Les provinces sont octroyées des larges compétences, mais leur statut n'est pas expressément et clairement défini dans la *lex scripta*. Cela n'exclut pas pratiquement la constitutionnalité des provinces, elles sont par la doctrine, le régionalisme constitutionnel.

Au revers de la médaille, la décentralisation est désorientée par plusieurs irrégularités pratiques dues au non-respect strict des principes légaux aux cynismes politiques, à la politisation croissante des provinces et aux innombrables influences négatives des élites politiques originaires des provinces. Alors, la reconversion des mentalités, à travers l'éthique et le civisme, doit être une obligation pour toute personnalité qui exercerait le pouvoir public ou qui ambitionnerait l'art politique afin de libérer la décentralisation des carcans de l'inefficacité.

La rentabilité de la décentralisation sera certes, fonction de lutte contre le cynisme politique et pour l'intensification de la production. Elle sera également fonction de l'émergence de type d'hommes politiques vertueux capables de travailler dans le sens patriotique et républicain. Elle sera en outre fonction de la mobilisation des potentialités énergiques et intellectuelles nécessaires, au niveau local, pour promouvoir le développement des provinces. Pour y arriver, chaque province doit monter [avec l'appui du pouvoir central et des partenaires de développement...] des stratégies pour promouvoir et encourager les emplois productifs qu'il faut afin de relever les défis de développement au niveau local. La bonne application de la décentralisation doit aussi pour se réaliser, avoir une meilleure administration fiscale et disposer d'un arsenal d'instruments, des mécanismes et d'approche pour relancer le civisme fiscal. L'État congolais doit jouer des rôles cruciaux dans le soutien et la promotion de la décentralisation en élaborant des politiques et des lois appropriées tout en renforçant la capacité des institutions décentralisées.

*

* *



INTRODUCTION

Aborder la question où l'on a d'une part la vie privée du salarié garantie par les dispositions constitutionnelles et, de l'autre part, les risques professionnels réalisés par le biais du télétravail n'est pas du tout un moindre exercice surtout dans le climat d'un pays en développement comme la RDC où les préalables techniques et juridiques posent encore problème. En effet, les droits fondamentaux des travailleurs sont garantis dans le code du travail congolais dans le sens que ces derniers jouissent le droit à la dignité, le droit à la protection de la santé dans l'entreprise... lesquels droits s'imposent aussi dans la vie privée, dans la vie personnelle et familiale du salarié en cas du télétravail. Si le salarié peut exercer ses fonctions en dehors du lieu convenu d'exécution de ses obligations, cette délocalisation ne le soustrait pas des risques sociaux qui jalonnent la vie des humains¹. L'utile serait alors à chacun de se mettre à l'abri des risques. En plus, il y a lieu de comprendre que la vie privée du salarié peut être affectée par la relation du travail. Dans ce cas, le législateur congolais a défini les situations à travers lesquelles l'on puisse parvenir à déterminer qu'il s'agit d'un risque professionnel ou pas. Le télétravail n'est pas régulé *expressis verbis* par le droit positif congolais du travail et, pourtant, aujourd'hui, les réalités contemporaines liées à la crise de covid-19 ont imposé soit le licenciement de masse reconnu à l'article 62 du code du travail², soit une alternative contraire que le télétravail. Le droit congolais de la sécurité n'a pas prévu, par rapport au télétravail, la trajectoire à tenir compte en vue d'apprécier un accident de travail ni moins les maladies auxquelles on devra classer comme faisant partie des maladies professionnelles.

En vue de baliser ce problème, nous allons donc répondre à la question que voici comment apprécier les risques professionnels en droit congolais en cas du télétravail ? Pour arriver à des éventuels réponses à la question principale, nous scruterons hors mis l'introduction et la conclusion quatre points que sont : - la vie privée en droit du travail, - le télétravail, - le régime juridique des risques professionnels en droit positif congolais, - la mise au point des risques professionnels issus du télétravail.

I. LA VIE PRIVEE EN DROIT DU TRAVAIL

Dans l'accomplissement du travail, l'employeur est tenu d'observer une nette distinction entre la vie professionnelle et celle privée du salarié. Ainsi, l'employeur ne devra pas par exemple mettre les caméras dans les locaux du travail sans que le salarié ne soit au courant aux fins de surveiller ses faits et gestes. Il doit s'abstenir d'un certain nombre d'actes afin d'éviter d'interférer dans la vie privée de son salarié. La jurisprudence congolaise est encore moins équipée sur la question de la vie privée du salarié.

Il sied de noter qu'en droit comparé français, il a été jugé que l'occupation à la demande de l'employeur, du domicile du salarié à des fins professionnelles constitue une immixtion dans la vie

¹ Jean-Pierre KALOMBO BONGALA, *Introduction au droit congolais de la sécurité sociale*, Kinshasa, PUK., 2020, p. 13.

² L'Article 62 de la *loi n°16/010 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°015-2002 portant Code du travail*, le lien de travail peut être rompu à l'initiative de l'une des parties au contrat de travail. Mais, au-delà de l'initiative personnelle, il y a des situations qui peuvent permettre l'employeur d'imposer le chômage aux salariés. Le licenciement en droit congolais du travail étant autorisé pour plusieurs causes, celui de masse est permis pour des raisons économiques.

privée de celui-ci et n'entre pas dans l'économie générale du contrat de travail. En effet, lorsque l'employeur se sert du domicile de son salarié pour pouvoir exercer le lien de travail, celui-ci est tenu d'indemniser le salarié. Toutefois, l'utile ici n'est pas de passer en revue tous les droits afférents à la vie privée du salarié mais rappeler qu'en tout état de cause, le salarié peut être amené à travailler depuis son domicile où il mène au quotidien une vie privée qui devra être respectée. Dans cette occurrence, il peut arriver que le salarié exécute ses obligations contractuelles loin d'endroit convenu initialement et sans la présence physique de son employeur. Il s'agit ici de l'exécution du contrat de travail au domicile ou résidence de l'employeur selon le cas.

II. TELETRAVAIL

Le télétravail renvoie à l'exécution des obligations du travail à distance, c'est-à-dire que le salarié est appelé, sans être dans un lieu habituel où il réalise du travail, à arriver à répondre aux tâches qui lui sont confiées par son employeur tout en n'étant pas sur place. Le télétravail peut prendre plusieurs formes, mais, seule la forme où le salarié accomplit ses tâches à son domicile nous concerne dans le cadre de cet article.

Il convient de rappeler que le droit congolais des relations du travail n'a pas jusqu'ici prévu les conditions à travers lesquelles les parties au contrat de travail peuvent parvenir à exécuter les tâches ou les obligations qui les concernent en télétravail. Cependant, certaines circonstances amènent très souvent les parties à procéder au télétravail ; ce qui nous pousse à dire que le droit congolais est en retard par rapport à la question sous revue.

À l'aune du covid-19, plusieurs sociétés ont recouru au télétravail en vue d'extirper le personnel de tout risque possible de contamination. Néanmoins, si certains travaux peuvent être exécutés facilement en télétravail, il n'en est pas le cas pour d'autres qui nécessitent la présence. Il s'agit de considérer le télétravail comme une forme d'exécution des obligations contractuelles à distance plus précisément à son domicile. Mais quel est le régime juridique qui peut être appliqué pour prévenir les risques professionnels ? Et qu'advient-il si un risque survient lors de l'exécution du travail au domicile du travailleur ?

III. LE REGIME JURIDIQUE DES RISQUES PROFESSIONNELS

La sécurité sociale repose sur quelques principes simples, mais elle s'organise et prend des formes qui varient d'un pays à l'autre³. En droit positif congolais par exemple, il est organisé trois branches : la branche des prestations des familles, la branche de pension retraite et la branche des risques professionnels. Dans le cadre de cette réflexion, seule la branche des risques professionnels nous intéresse. Il faut préciser que, contrairement aux autres systèmes organisés dans le monde, la branche des risques professionnels contient deux sous-composantes qui sont, d'une part, *la maladie professionnelle* et, de l'autre part, *les accidents du travail*.

Le législateur congolais a voulu mettre un même tas la maladie professionnelle et les accidents de travail en vue de répondre au but assigné aux systèmes dits de sécurité sociale qui est celui de garantir la sécurité économique de leurs bénéficiaires⁴. Aussi, d'aucuns pensent que les accidents du travail, les maladies professionnelles, d'origine professionnelle, sont considérés comme des risques

³ Georges DORION et André GUIONNET, *Droit de la Sécurité Sociale*, 8^{ème} éd., Paris, PUF, 2003, p. 1.

⁴ Jean-Jacques DUPEYROUX, *Droit de la sécurité sociale*, 8^{ème} éd., Paris, Dalloz, p. 19.

professionnels. En fait le constat, une fois survenu, l'accident du travail pose des problèmes de même nature que la maladie⁵.

Pour une bonne lecture, il nous convient de procéder tour à tour par analyser les accidents du travail(a), et ensuite, la maladie professionnelle(b).

A. Accident du travail

La question des accidents du travail a évolué dans le temps en passant par la responsabilité basée sur la faute. Ainsi dit, la responsabilité civile se présente comme une technique d'individualisation de certains risques. Mais, à certaines conditions, le préjudice subi par la personne à raison du risque causé par le comportement d'une autre ou par l'exercice d'une activité professionnelle, peut justifier une indemnisation. L'efficacité de la responsabilité civile suppose toutefois la solvabilité de l'auteur du dommage. Patrick Morvan note que la responsabilité civile est plus contraignante mais elle suppose l'identification d'un responsable potentiel, qui plus solvable, et que soient réunies des conditions juridiques⁶.

Il sied de rappeler que, pour autant que ladite technique soit efficace, la responsabilité civile suppose la solvabilité de l'auteur du dommage, d'une part et, d'autre part, la responsabilité civile qui est conditionnée par la faute de l'auteur du dommage selon le triptyque : faute-dommage-lien de causalité (l'article 258 CCCLIII)⁷.

L'évolution qui consacre une responsabilité de l'employeur fondée sur le risque professionnel garantit en quelque sorte la sécurité économique du salarié contre les incertitudes de la responsabilité de la droite commune fondée traditionnellement sur la faute. Aujourd'hui, la réparation n'est plus fondée sur la faute et, il n'incombe plus à l'employeur d'en réparer en cas d'accident car, désormais, il revient à la sécurité sociale de s'en charger.

Aux termes de l'article 58 de la *loi n°16/009 du 15 juillet 2016 fixant les règles relatives au régime général de la sécurité sociale*⁸, il convient de considérer l'accident du travail comme étant « l'accident, quelle qu'en soit la cause, survenu à un travailleur par le fait ou à l'occasion du travail, qu'il y ait ou non faute de sa part ». À ce sujet, un nombre important d'auteurs dont Kalombo Bongala, estime que la définition de la loi au sujet d'accident dit « professionnel » n'explique pas ce qu'il faut entendre par la notion d'accident et se limite à démontrer les circonstances de sa production. La jurisprudence congolaise se limite à désigner les obligations de l'employeur en cas d'accident et dans quelle circonstance il faille faire impliquer l'institution chargée de la couverture dudit risque. On peut noter que la déclaration d'un accident de travail à la CNSS est une obligation dans le chef de l'employeur et une faculté pour le travailleur⁹.

De par la jurisprudence, l'accident professionnel devra être déclaré uniquement s'il a causé une incapacité pérennante totale ou partielle¹⁰. Ainsi, lorsque l'employeur ne déclare pas à la CNSS un

⁵ Paul DURAND, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Paris, Ed. Dalloz, 2005, p. 208.

⁶ Patrick MORVAN, *Manuel de droit de la protection sociale*, 7^{ème} éd., Paris, LeisNexis, 2015, p. 2.

⁷ KALOMBO BONGALA, préc., note 23, p. 25.

⁸ Article 58 de la loi n°16/009 du 15 juillet 2018 fixant les règles relatives au régime général de la sécurité sociale.

⁹ C.A. Kin., RTA 1340, 15 dec.1986, inédit.

¹⁰ C.A. Kin., RTA1371/1434, 16 juin 1988, inédit.

accident survenu au travail, il commet une faute car il viole l'article 2 de *l'Arrêté départemental n°0025 du 2 novembre 1970*¹¹.

Dans la jurisprudence française comme le rappelle Kalombo, le juge s'est efforcé de définir la notion d'accident en cherchant sa différence avec celle de la maladie. Ceci étant, on admet que les critères de soudaineté permettraient de distinguer l'accident de la maladie. Celle-ci étant définie comme l'ensemble de troubles, lésions et affection qui n'ont pas une origine, ni plus encore une date certaine, mais sont liés à l'exposition durable à un agent, à l'emploi d'un instrument ou encore à un mode de travail ne saurait relever de la catégorie d'accident¹².

De ce qui précède, l'accident du travail peut survenir dans un lieu où l'employé est censé être sous l'autorité de l'employeur. La jurisprudence considère actuellement comme faisant partie de l'accident du travail l'évènement survenu dans le trajet. Toutefois, dans les conditions limitées et le délai raisonnable, il s'agit dans ce cas du temps où le salarié se met en route vers le lieu d'exécution de ses obligations contractuelles et le temps où il rentre du travail vers chez lui. Mais lorsque le salarié se soustrait de son chemin pour faire des achats, *pressing* et commet un accident entre-temps, il s'agit évidemment d'un accident du travail. Néanmoins, lorsque le salarié s'écarte de son chemin et réalise plusieurs heures après celles du travail et commet un accident, celui-ci n'entre pas dans le compte des accidents du travail. Il existe également les accidents dits de mission, c'est-à-dire pendant que le salarié est en mission de service et celui-ci connaît un accident, il s'agit évidemment d'un accident de travail.

B. Maladie professionnelle

Aux termes de l'article 59 de la loi 16/009, une maladie professionnelle se définit comme « toute maladie désignée dans le tableau des maladies professionnelles et contractées dans les conditions y mentionnées ». En réalité, le premier ministre devrait prendre un décret désignant ainsi, conformément à l'article 59 supra cité, les maladies professionnelles. Mais en attendant, l'*Ordonnance n°66/370 du 09 juin 1960 relative à la liste des maladies professionnelles à l'usage de la sécurité sociale* est encore en vigueur.

Il sied de noter qu'au départ, toute maladie ou une maladie n'est pas une maladie nécessairement professionnelle. Il faudra que celle-ci soit une cause déterminante à l'incapacité ou de la mort. Une liste est prévue pour déterminer les seules maladies qualifiées de professionnelles 16 maladies au total dont nous n'aurons pas à développer malheureusement. Selon le terme de l'ordonnance précitée, les affections d'origine dont la liste est annexée donne lieu à la réparation autant qu'elles aient été contractées par les travailleurs occupés dans les travaux énumérés à ladite annexe.

Quant aux maladies professionnelles qui se déclarent à la date à laquelle le travailleur a cessé d'être exposé aux risques de contracter ces maladies, elles sont prises en charge par la Caisse nationale de sécurité sociale (CNSS) lorsque la constatation médicale se situe entre :

¹¹ Alexis TAKIZALA MASOSO, *Recueil de jurisprudence des cours et tribunaux du Congo*, Lubumbashi, Presses universitaires de Lubumbashi, s.a., p.235.

¹² KALOMBO BONGALA, préc., note 23, p.109.

- En cas d'incapacité temporaire, au cours de celle-ci et dans le délai d'un an ou plus. Au-delà d'une année lorsque les travailleurs ne déclarent, ce n'est pas la responsabilité de la caisse nationale de sécurité sociale ;
- En cas de récurrence d'une maladie professionnelle entraînant une incapacité temporaire ayant donné lieu à l'indemnisation au cours de la rechute et dans un délai de trois mois au plus ;
- En cas de mort ou d'incapacité permanente dans le délai de cinq ans sauf en cas de silicose où le délai est porté à dix ans. Le certificat médical de la constatation de l'affection doit être adressé à la caisse nationale de sécurité sociale dans le 15 jour à compter de la date de la constatation médicale.

Actuellement, la liste des maladies professionnelles semble être dépassée d'autant plus le salarié se trouve exposé à d'autres types de maladies qui, initialement, ne figuraient nulle part. Le cas pertinent s'illustre avec la Covid-19. Si pour un cuisinier la covid-19 n'est pas une maladie professionnelle, il n'en est pas le cas pour un médecin ou un infirmier selon le cas lorsqu'il est appelé à apporter le soulagement à un patient atteint de covid-19.

Comme nous l'avons dit précédemment, les risques professionnels font appel à l'incapacité permanente totale. Lorsqu'un salarié est victime de ce type d'incapacité, la CNSS devra le désintéresser en tenant compte de la forme que voici :

$$R = 30 \times R_{jm} \times 0,85.$$

Lorsque l'incapacité est partielle, l'on tiendra compte de la formule que voici :

$$R = (30 \times R_{jm} \times 0,85) \times \text{degré d'incapacité ex } 50 \%$$

Si le degré de l'incapacité permanente partielle est inférieur à 15%, la rente est remplacée par une allocation d'incapacité donnée une fois, c'est-à-dire une allocation unique.

$$\text{Allocation d'incapacité} = 3(30 \times R_{jm} \times 0,85) \times \text{degré d'incapacité inférieur à } 15\%.$$

Les risques professionnels départ l'analyse précédente relève du régime de droit privé d'autant plus que cette branche ne concerne que les salariés exerçant dans le secteur privé.

IV. TELETRAVAIL ET LES RISQUES PROFESSIONNELS

En réalité, le télétravail réduit le taux des risques sociaux dans le milieu du travail. Mais, il ne s'agit pas pourtant de la soustraction totale aux risques sociaux car, nonobstant le fait que le salarié est appelé à répondre à ses obligations à son domicile, il est également exposé aux risques professionnels. Lorsqu'on analyse l'article 58 qui donne la portée dans laquelle se produit l'accident du travail, on se rend compte que la cause ayant provoqué l'accident importe peu et, il suffit que l'accident survienne dans le travail ou à l'occasion du travail.

Bien que le droit du travail congolais n'a pas pu réguler les circonstances du télétravail, il y a lieu d'imaginer que lors que les parties conviennent sur un lieu autre que celui initial pour exécuter le travail et qu'en effet, il y a un accident qui survienne, il s'agira de l'accident du travail. Aussi, lorsque le salarié a été autorisé de réaliser ses obligations à partir de chez lui et qu'il advient un accident, il y a en effet lieu de nous interroger sur le caractère privé ou professionnel de l'accident. Ceci va de même pour la maladie professionnelle.

En vue de réduire le taux de contamination dans une entreprise, l'employeur décide de faire travailler ses salariés à partir de leurs domiciles. Qu'advient-il si un des salariés en exécutant le travail à partir de chez lui lorsque son employeur lui a confié une machine ordinaire pour des fins du travail et qu'un mois plus tard, il connaît un problème des yeux. Peut-on qualifier cette maladie comme « professionnelle »? La réponse à cette question démontre la difficulté qu'on éprouve dans l'appréciation, avec exactitude, des risques professionnels dans le cas de télétravail. Lorsque l'on prend par exemple le cas où la personne, à l'occasion du travail, décide de se déplacer pour se procurer un élément nécessaire pour la réalisation du travail, il est pratiquement impossible de qualifier cet accident comme survenu dans le trajet du travail ni moins lors d'une mission de travail. Pourtant et à notre avis, il s'agit bel et bien d'un accident de travail car si le travail ne l'exige pas la connexion, le travailleur aurait une vie sauve.

CONCLUSION

Sommaires toute, la réflexion que nous avons menée a essentiellement porté sur quatre points notamment : la vie privée, le télétravail, le régime juridique des risques professionnels et le télétravail et les risques professionnels.

Sans vouloir revenir sur les contenus déjà amplement développés, notre démarche a consisté à démontrer la difficulté d'appréciation des risques professionnels en cas du télétravail. Ainsi, la question principale consistait à savoir comment parvenir à déterminer les risques professionnels lorsqu'il y a la dichotomie entre la vie privée et celle professionnelle lorsque le travail est exécuté au domicile du travailleur?

Nous avons rappelé que le télétravail n'est pas expressément organisé par le droit congolais du travail, ni moins l'appréciation des risques professionnels en cas du télétravail par le droit de la sécurité sociale. Mais cela n'empêche à rien les parties de convenir sur le lieu d'exécution de leur contrat. Il peut s'agir notamment à la résidence du salarié pourvu que cela soit convenu. Aussi, à l'aune du Covid-19, plusieurs sociétés étaient appelées à monter les mécanismes d'exécution du travail et, parmi les voies escomptées, on a recouru au télétravail.

Les risques professionnels tels qu'organisés aujourd'hui par le droit congolais de la sécurité sociale ne sont pas adaptés aux réalités du télétravail lorsque celui-ci est réalisé au domicile ou à la résidence du salarié. Le législateur se limite à déterminer comment peut se produire l'accident du travail et la liste des maladies professionnelles. En effet, apprécier les risques professionnels suppose, dans un premier temps, limiter le champ d'application de la vie privée et le début de la vie professionnelle. Ainsi, pour y parvenir, le législateur devra, avant tout, mettre en place les règles régissant le télétravail car il s'agit d'une situation qui s'impose de plus en plus dans les circonstances des crises. Toutefois, lorsque les parties au contrat de travail décident d'exécuter leurs obligations en télétravail, nous pensons que seront considérées comme risques professionnels uniquement les maladies qui peuvent survenir du fait d'exécution de manière régulière le travail assigné par l'employeur. Aussi, sera considéré comme accident du travail celui qui se réalise pendant les heures du travail quel que soit le lieu assigné par l'employeur et pendant que le salarié se déplace pour des fins du travail.

*

* *

Exploitation des ressources minières en République démocratique du Congo : un leurre pour les populations locales

Willy MBONZILA BITIBA *

RESUMÉ

Sous cette étude, nous allons mettre en exergue l'exploitation du pétrole dans la cité côtière de Muanda en RDC par la société PERENCO. Cette cité qui génère des grandes ressources en gisement pétrolier et à un positionnement unique au regard de son ouverture à l'océan atlantique, devrait être une des plus prestigieuses villes mais elle est considérée comme une cité parmi les plus pauvres du pays et de la province. Cet écart criant entre activités d'exploitation pétrolière générant des perceptions des taxes par le gouvernement, le bénéfice réalisé par l'exploitant d'une part, et la pauvreté vitale des populations locales exposées à des graves dangers de santé et à une sous-alimentation légendaire d'autre part, ont attiré notre attention. L'état de la question insinue donc le *hiatus* entre le niveau très bas de la population par rapport aux revenus estimés très haut de la province. Notre analyse veut *in fine* être un plaidoyer pour rétablir ces populations dans leurs droits et ouvrir des pistes de solutions pour que les ressources minières ou, du moins, leur exploitation entrent dans la vision de la déclaration sur le droit au développement qui « suppose la pleine réalisation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes..., comprenant l'exercice de leur droit inaliénable à la pleine souveraineté sur toutes leurs richesses et leurs ressources naturelles »¹. On pourrait se poser la question de savoir quel serait l'intérêt d'un projet de développement si la population locale n'en tire point profit, si cette population n'est pas au centre?

Mots-clés : Pencorep – Hydrocarbure – pétrole – développement – exploitation – population – Muanda

ABSTRACT:

Under this study, we will highlight the exploitation of oil in the coastal city of Muanda in the DRC by the company PERENCO. This city which generates great resources in oil field and in a unique position with regard to its opening to the Atlantic Ocean, should be one of the most prestigious cities but it is considered as one of the poorest cities of the country and the province. . This glaring gap between oil exploitation activities generating tax collections by the government, the profit made by the operator on the one hand, and the vital poverty of the local populations exposed to serious health risks and undernourishment. legendary on the other hand, caught our

* Membre du Centre de recherche en droits de l'homme de l'Université Kongo.

¹ Articles 1 et 2 de la Déclaration sur le droit au développement, In *codes essentiels* 20/19, Droit international des droits humains.

vrai qu'il doit viser l'amélioration du niveau de vie de la population de tout le pays et permettre que tous y participent³.

À la suite du récent engouement de l'Afrique pour les hydrocarbures, l'exploitation des gisements potentiels de gaz et de pétrole identifiés en RDC au cours des dernières décennies est devenue une priorité à l'agenda de ses dirigeants⁴. Vu sous cet angle, selon une vision générale du développement mondial, l'exploitation des ressources minières devrait être génératrice des moyens pouvant porter haut le niveau économique, financier et social d'un pays. Fort malheureusement dans plusieurs pays d'Afrique cette exploitation des ressources ne reste qu'un leurre surtout pour ces populations locales autochtones qui n'en profitent presque pas alors qu'elles devraient être prioritaires.

Pour le développement de cette recherche, la thématique retenue va s'articuler en deux volets : d'abord une description du contexte de l'exploitation pétrolière de Muanda, et à qui profite-t-elle (I) ; ensuite ressortir les impacts environnementaux et conséquences de cette exploitation sur les populations locales (II) et enfin une petite conclusion pour ramasser et broser quelques pistes de solutions.

I. LE CONTEXTE DE L'EXPLOITATION PÉTROLIÈRE DE MUANDA, ENJEUX ET ACTEURS

La ville de Muanda située dans la province du Kongo-central (ex Bas-congo) en RDC a un décor particulier du fait de son positionnement et ses ressources minières. Située au sud-Ouest du pays et s'ouvrant sur l'embouchure du grand fleuve Congo sur l'océan atlantique ; cette ville au grand soleil, avec ses paysages de savane à perte, ses plages paradisiaques bordées sur une mer chaude, un vent qui souffle à temps plein de nuit et de jour, est une des cités les plus visitées du pays. Du fait de ses puits de pétrole omniprésents, parfois presque devant les cases des habitants, la silhouette des plates formes à l'horizon, ses torchères qui rejettent dans l'air un poison invisible et insidieux, ses pipe-lines dans les champs des populations, la diversité culturelle renforcée par le biais du trafic de l'Angola voisin, devrait être une cité où il ferait beau et bon vivre avec un standing de hauteur.

Mais hélas, quelle horreur de vivre un contraste hideux lorsqu'on constate que « la richesse qui jaillit de son sous - sol ne profite visiblement qu'à quelques-uns au détriment du plus grand nombre... Muanda assise sur l'or

³ Charles NTAMPAKA, *Droits de l'homme et développement*, Université de Namur, notes de cours, année académique 2020-2021, p. 6.

⁴ Bernard RESPAUT, « Les ressources d'hydrocarbures : Une source potentielle de la stabilisation du pays », (2016) *Conjonctures congolaises*, p. 154.

noir est potentiellement riche, très riche même, mais une misère sous nom y est aussi noire que l'huile extraite de ses sous-sol. Si bien qu'au regard de certains observateurs, elle paraît être une des cités pétrolières les plus pauvres du monde⁵. Devant un tel drame, qui accuse-t-on de responsables ou coresponsables ?

A. PERENCO et l'exploitation « cache misère »

La RDC produit aujourd'hui quelques 20.000 barils de pétrole par jour, ce qui la place au 70 -ème rang mondial, loin derrière ses voisins proches tels l'Angola, le Congo Brazzaville ou le sud Soudan. Il sied de signaler que la quasi-totalité de la production pétrolière est localisée dans le Kongo-Central, principalement sur les gisements *offshore* et *onshore* du bassin de Muanda⁶. Le bassin sédimentaire côtier est le seul bassin pétrolier en exploitation en RDC à ce jour. Bien que l'activité pétrolière en RDC ait débuté à la fin des années 1960, il reste à préciser que l'exploitation sur le littoral de Muanda n'a visiblement commencé qu'en 1975 en *offshore* (mer) et en 1981 en *onshore* (terre). La principale compagnie opératrice, d'abord était l'américaine chevron⁷. Cette dernière cède ses activités à la société Anglo-française PERENCO en 2000. Relançant une activité en perte de vitesse, PERENCO même seule ses activités avec ses sous-traitants. Elle s'occupe de toutes les opérations à savoir forage, extraction, construction et conduite des puits.

La société produit 450.000 barils par jour au départ de ses concessions réparties en 13 pays. Seul opérateur pétrolier présent en RDC, PERENCO exporte tout le pétrole brut extrait depuis son terminal flottant de Kalamu. Il est curieux de constater qu'aucun baril extrait n'est traité en RDC et ce, malgré la présence de la raffinerie de Muanda propriété de SOCIR (Société Commerciale et Industrielle de Raffinage) construite depuis 1963⁸.

Depuis 1975, la RDC produit au moins 500 millions de barils. Avec ses nombreux puits de pétrole. Une fois pompé le brut tant terrestre que maritime, est stocké sur terminal flottant (Kalamu avec une capacité de stockage de 1.000.000 de barils) aux fins d'être exporté sur des navires pour un acheminement vers des raffineries à l'étranger⁹.

Cette situation laisse perplexes les chercheurs et analystes sur l'état de la question liée à l'exploitation du pétrole dans cette zone. Surtout lorsqu'on sait

⁵ COMITÉ C.F.D-TERRE SOLIDAIRE, « Régulation de multinational, pétrole à MUANDA », p. 13, en ligne : <<https://ccfd-terresolidaire.org/nos-combats/partage-des-richesses/rse/pétrole-a-muanda-la/>> (consulté le 01/08 2021).

⁶ B. RESPAUT B., préc., note 4, p. 154.

⁷ C.C.F.D, préc., note 5, p. 15.

⁸ B. RESPAUT, préc., note 4, p. 154.

⁹ Ibid.

que le comptage des productions nécessaires à l'établissement de redevances fiscales est censé se faire en mer où l'accès est non seulement difficile mais très opaque quant à la traçabilité. Comment et pourquoi n'a-t-on pas obtenu de raffiner le brut de Muanda extrait sur place en RDC et depuis 1963 ? Quel mystère voile ce secteur, s'interrogent les chercheurs ? Cela va sans dire que la production actuelle d'hydrocarbures échappe au contrôle transparent. Bien que représentant une part non négligeable des revenus du gouvernement central, cette production est plus au service des prédateurs du pouvoir et au profit de l'entreprise d'exploitation que de la province Kongo-Central et les populations locales sont délaissées à leur triste sort. Cet état des choses révèle à suffisance que les premiers bénéficiaires de cette exploitation sont avant tout PERENCO et ses complices, le gouvernement congolais et quelques privilégiés de la société.

B. PERENCO : société opaque qui a pignon sur rue

D'après certaines sources, la contribution fiscale de la société pétrolière s'élèverait à hauteur de 28% du budget national. Données contestées par certains compte tenu des écarts et grandes fluctuations dans les déclarations budgétaires annuelles. En plus, il est très difficile d'admettre pareilles affirmations en l'absence des publications officielles des comptes de l'entreprise. La question de fond demeure celle de savoir, comment sans connaître les résultats du groupe s'assurer que PERENCO paie ses impôts justes à hauteur des richesses que l'entreprise produit en RDC¹⁰. En plus au sein de la société même eu égard au niveau de vie, les écarts sont très criants entre les cadres étrangers, qui habitent la ville baignant dans un luxe et confort, et les petits ouvriers recrutés dans la classe des autochtones. Ces écarts de vie sont souvent cause de « tensions sociales, conséquences de la discrimination au sein de la population »¹¹.

La question devient plus brûlante et opaque lorsqu'on constate qu'on ne connaît pas précisément les termes du contrat liant PERENCO à l'Etat congolais. En effet, les conditions fiscales applicables semblent varier selon ce type d'activités d'extraction. (*Onshore* ou *offshore*). Le doute est renforcé par le fait que tous les contrats liant l'Etat congolais aux sociétés d'exploitation minières sont consultables par le site du ministère Congolais des hydrocarbures excepté celui de PERENCO¹² et ce, malgré le décret du premier ministre du 20 mai 2011 prévoyant la publication de tous les contrats miniers.

De ce qui précède, tous les ingrédients pour placer PERENCO au rang des sociétés opaques et floues semblent être réunis. Cette entreprise est à

¹⁰ C.C.F.D, préc., note 5, p. 15.

¹¹ C. NTAMPAKA, préc., note 3, p. 6.

¹² C.C.F.D, préc., note 5, p. 17.

l'école du voile du secret et sous la protection du pouvoir politique. Si bien que devant les revendications des communautés locales et devant la pauvreté extrême des populations locales détentrices des terres exploitables, la société gagne tous les procès toutes les fois qu'il y a eu des litiges devant les cours et tribunaux.

C. PERENCO : une entreprise riche dans la cité pétrolière la plus pauvre du monde

Alors que le pétrole tout comme les investissements qu'il suscite devrait être le levier du décollage d'un développement durable pour la RDC en général et pour la province de Kongo-central en particulier. La cité côtière de Muanda est miséreuse et misérable. Elle est pour ainsi dire le témoignage vivant d'une ville théoriquement riche mais dont les habitants sont très pauvres. Sans eau, ni électricité, routes défoncées, la cité pétrolière présente un tableau noir d'un sous-développement indéniable¹³.

Si cette ville située dans la province du kongo-central est si pauvre, elle ne mérite pas cet habit au regard de ce qu'elle fournit par son sous-sol. A l'échelle nationale, en termes de développement, la situation de Muanda l'*eldorado* pétrolier, ne semble pas différer beaucoup de celle des autres cités de la province. Cette situation discriminatoire devient une pilule amère à avaler lorsqu'on sait qu'en RDC, cette province est la seule qui dispose de la cour navigable du grand fleuve Congo. A cet effet, c'est par Muanda que le fleuve se déverse dans l'atlantique ; et la province compte plusieurs autres petits fleuves et grandes rivières. C'est cette province qui dispose du plus grand barrage hydro - électrique alimentant tout le pays et certains pays voisins. Comme il est inconcevable d'admettre qu'en plein 21ème siècle, plus de 90% de ménage de cette province ne disposent d'un robinet d'eau traitée dans leurs parcelles et près de 85% ne soient raccordés à l'électricité¹⁴.

Tout pousse à croire que pareille situation ne peut se justifier et perdurer sans mauvaise foi due à la complicité des gouvernants. En effet, les acteurs gouvernementaux, souvent très tribalistes et ethniques sont très complices et de mèche avec la société d'exploitation. Dans le souci de s'enrichir seuls et les leurs, ils sont souvent du côté de l'exploitant, encouragent la non-transparence et empêchent la bonne gouvernance et la distribution équitable des ressources. On constate un manque de programme de développement durable de la part du gouvernement et la réalisation des projets ne répondant pas aux besoins de la population locale. Ci-dessous, qu'il nous soit loisible d'en détailler les faits saillants et les considérations y afférentes.

¹³ Idem., p. 19.

¹⁴ Idem, p. 21.

D. La complicité étatique

Que le développement soit défini comme un processus qui conduit au bien-être de tous cela est un principe mondialement admis à ce jour. Ce développement devrait a priori concourir à augmenter et à accroître les richesses et le standing économique d'un pays en vue d'une distribution équitable des richesses au profit de tous. Si les pays développés ont dû comprendre cela et se soumettre à des principes de contrôle et de suivi des mécanismes et facteurs favorisant le développement, il n'en est pas le cas pour ceux en voie de développement, principalement dans les pays africains.

Dans ces pays les droits dits de la deuxième génération (économiques - socioculturels), ces droits ne sont que des droits programmés et non encore applicables. Dans ces pays, il se pose encore de sérieux problèmes de législation et de réglementation intérieure des États.

En effet, dans ces pays faisant face à la des économies non structurées, plusieurs facteurs freinent le développement pour tous. Au registre de ces facteurs on peut citer le manque de programme adapté au milieu local en suivant des schémas étrangers de développement, en tablant sur des modèles préconçus, Les prix des matières premières sont fixés par des agences extérieures sans tenir compte des producteurs locaux, mais aussi et surtout la corruption qui ruine ces pays en développement doubler la mauvaise gouvernance, sacrifiant ainsi la sécurité des personnes et des institutions étatiques¹⁵ au profit d'une recherche d'intérêts égoïstes.

La RDC est, du fait de ses dirigeants, très mal réputée en matière de corruption et fraude fiscale. Il suffit pour s'en rendre compte de voir comment chaque gouvernement fonctionne. On nomme non selon les compétences mais selon les appartenances tribales et les centres d'intérêts. Aussi l'administration centrale ne laisse aucune marge d'implication à l'administration provinciale alors qu'on prône un système de gestion décentralisée.

S'agissant des ressources pétrolières alors que tout est concentré dans la province du Kongo Central, toute la gestion est assurée par l'administration centrale de Kinshasa. L'administration provinciale n'a aucune parcelle d'intervention. Son rôle se limite à exécuter les ordres de l'administration centrale et à recevoir les rapports des directives d'exploitation et de production pétrolière prévus dans les contrats signés entre l'Etat et les sociétés pétrolières basées dans sa province¹⁶. En sus, alors que la nouvelle loi du 1er Août 2015 portant régime général des hydrocarbures, donne la possibilité aux provinces de participer à la gestion et à l'exploitation des ressources liées à leurs

¹⁵ C. NTAMPAKA, préc., note 3, pp. 9 -10.

¹⁶ C.C.F.D, préc., note 5, p31.

provinces et de recevoir une rétrocession au profit du développement de la province, ses dispositions ne sont jamais d'application dans la pratique. De la sorte, non seulement que cette loi est constamment violée, mais aussi et surtout il faut relever qu'elle présente plusieurs zones d'ombres voire des clauses contraires à la bonne gouvernance. En matière fiscale, elle est même cause d'un conflit d'intérêts flagrant quant à la détermination des redevances, bonus et première production¹⁷.

Dans un système où la corruption est presque institutionnalisée on pourrait conclure qu'il n'y a pas à attendre que les gouvernants se rangent du côté de la société. Les dirigeants travaillent plus pour le profit personnel et luttent pour la maintenance et la conservation de leur pouvoir. Si bien qu'au lieu de contribuer au développement du pays et au bien-être des populations locales, le pétrole et la forêt sont devenus causes des malheurs. En effet, depuis 1996, ces ressources ont été et sont encore un moteur de violences et de guerres¹⁸. Plus qu'une opportunité pour le développement, la ruée vers l'or noir et son exploitation constitue une politique « cache misère » pour le peuple. L'État congolais est complice de par sa législation floue, contradictoire et lacunaire¹⁹ et par ses dirigeants rompus dans la corruption.

De ce qui précède, plutôt que de participer au développement économique de la province et des populations locales, l'exploitation du pétrole conduit au contraire à l'affaiblissement des droits de l'homme dans la cité côtière.

II. IMPACTS ENVIRONNEMENTAUX ET ATTEINTES AUX DROITS HUMAINS

Plutôt qu'être bénéficiaire d'avantages liés au développement et accéder à un mieux-être généré par l'exploitation de ses ressources, la cité de MUANDA bien au contraire se voit exposée à un danger sans précédent au regard des conséquences néfastes sur la vie de la population locale. En effet, la pollution et les dommages environnementaux de l'industrie pétrolière ont des impacts sur les droits humains. Il s'agit principalement des droits dits de la deuxième et troisième génération à savoir les droits économiques, sociaux et culturels et aussi les droits de solidarités dont les titulaires ne sont non pas des individus comme tels, mais des collectivités ou des peuples. Parmi eux le droit au développement, le droit à la paix, le droit à l'assistance humanitaire et le droit de la propriété sur le patrimoine commun de l'humanité²⁰.

¹⁷ B. RESPAUT, préc., note 4, p. 163.

¹⁸ C.C.F.D, préc., note 5, p. 25.

¹⁹ Idem, p. 29.

²⁰ Q. LANDEMNE Q., *Philosophie de droits de l'homme*, Notes de cours, Bruxelles, Université Saint-Louis, 2020-2021, p. 19.

A. Le droit à la santé sous les fourches caudines de l'exploitation pétrolière

Alors que la constitution de l'OMS du 22 juillet inscrit la santé pour tous au registre du développement et énonçant dans son préambule que la bonne santé physique, mentale et sociale est un droit fondamental pour tout être humain, l'exploitation pétrolière de Muanda vient mettre les populations en insécurité sanitaire.

Dans cette cité, l'extraction du brut engendre la sortie de gaz associé au gisement. Ce gaz est séparé et brûlé au moyen des torchères. Le torchage des gaz entraîne des graves problèmes de santé, nuit à l'environnement, provoque des pluies toxiques et une forte émission des composés organiques volatiles provoquant des gaz à effet de serre²¹.

Au regard de certains chercheurs, les populations vivant dans les zones d'exploitation pétrolière ont développé plusieurs pathologies et allergies. Parmi ces pathologies les plus virulentes figurent les infections respiratoires aiguës et ophtalmologiques. Pour la cité de Muanda outre le paludisme considéré comme première maladie en Afrique, les infections respiratoires constituent la seconde la plus présente dans la région. Il n'y a point de doute possible pour autant que le torchage des gaz diffuse dans l'air du dioxyde de soufre, du monoxyde de carbone et d'azote, du fluor, du plomb des particules volatiles qui polluent l'atmosphère et affectent les poumons, la peau et les yeux²². La population n'a ni les moyens matériels ni la possibilité d'accéder à une vraie connaissance des conséquences probables générées par la pollution et encore moins les moyens de prévention.

B. Le droit à un environnement sain à la lumière de l'exploitation pétrolière à Muanda, une protection désavouée et clouée sur la croix du capitalisme

L'environnement sain est un préalable à la réalisation de tous les autres droits humains dont le droit à la vie, à l'alimentation, à la santé et au niveau de vie suffisant.

Pour le cas de Muanda les études ont démontré que la pollution des cours d'eau, les dommages à la faune halieutique, les dommages à l'agriculture et aux ressources naturelles portent énormément atteinte à l'environnement et mettent de plus en plus des vies humaines en danger. Du fait de son positionnement, situé sur l'estuaire du fleuve Congo, Muanda et ses populations sont inextricablement liées à la santé hydrique. Il se fait malheureusement que des cours d'eau sont gravement pollués par des

²¹ C.C.F.D, préc., note 5, p. 43.

²² Idem, p. 45.

déversements de brut et d'huile²³. Le plus marrant est que ces populations sont dans l'incapacité de détecter quel type de polluant touche terriblement leur monde environnemental, les normes internationales en la matière n'étant pas respectées.

La faune halieutique de la cité est également en danger. De fait, pour se nourrir, une partie importante de la population dépend de la pêche dans l'océan, le fleuve et les différents cours d'eau. A en croire les pêcheurs, les pollutions générées par les plates-formes pétrolières sont une cause de la disparition de poissons dans le littoral proche. Ils doivent aller plus loin en profondeur pour avoir du poisson, ce qui les expose à de graves dangers de noyade.

Une étude environnementale des recherches effectuée par une équipe de l'université de Lubumbashi a révélé que les poissons pêchés sur la côte de Muanda présentent des taches noires au niveau de leurs bronches, ce qui proviendraient des résidus de la pollution d'hydrocarbures²⁴. La menace de l'agriculture dans la zone n'est pas à négliger. Avec la traversée des pipe-lines dans la plupart des champs de plantation, la production agricole d'après 1980 est très précaire. Ce qui touche directement le problème alimentaire de base et la violation de droit.

C. Le droit à la sécurité alimentaire : entre aveu d'échec de sa réalisation et mise parenthèse de sa protection

L'article 11 du Pacte International relatif aux droits économiques sociaux et Culturels dispose « *toute personne a droit à un niveau de vie suffisant pour elle - même et sa famille, y compris une nourriture suffisante* ». Ceci veut dire que les États doivent assurer la disponibilité et l'accessibilité à la nourriture. Ils doivent tout faire pour protéger la population contre tout désagrément dans ce domaine. Il est presque évident que la pollution de l'environnement par l'industrie pétrolière a endommagé les ressources vitales des populations autochtones. Le gouvernement Congolais se soucie très peu de ses obligations d'enquêter sur les causes de pollution et de protéger sa population.

CONCLUSION

De ce qui précède, le constat qui s'impose est celui de dire que l'exploitation pétrolière de Muanda est loin de concourir au bien-être des populations ; au contraire, elle vient les dépouiller de peu de droits fondamentaux inhérents en les exposant à des graves dangers. Au demeurant et

²³ Idem, p. 47.

²⁴ Idem, p. 48.

eu égard aux considérations ci-haut émargées, certaines questions s'imposent : Que faudra-t-il dire en guise de conclusion ? Quelles peuvent être des perspectives d'avenir ? Que faut-il envisager ?

L'article 2 de la Déclaration sur le droit au développement du 4 décembre 1986 proclame que l'être humain est le sujet central du développement et doit être le participant actif et premier bénéficiaire du développement.

Nous appuyant sur les considérations précédentes et nous référant à l'exploitation du pétrole dans la ville Muanda en RDC par la société PERENCO, il est clairement démontré que l'être humain, notamment la population locale, est loin d'être le centre d'intérêt et de préoccupation. En effet, cette exploitation qui génère des grandes entrées dans les caisses de l'État ne profite point au petit peuple et au milieu local. Il est très révoltant de voir les écarts existants entre les cadres étrangers engagés par PERENCO et ces ouvriers locaux. Les taxes perçus et grossis ne reflètent pas le niveau misérable de la population locale. Tout revient à conclure que la première responsabilité est à imputer au gouvernement congolais qui, en dehors d'être complice avec PERENCO, ne dispose pas du programme d'un développement durable et approprié pour la population locale de Muanda. La société qui, profitant de ce flou et tirant profit de pêcher dans l'eau trouble, porterait la responsabilité seconde. Cela étant, quelles sont les voies de sortie envisageables ?

Futurs chercheurs en droits humains, notre exposé se veut un plaidoyer pour la prise en compte de l'intérêt des populations locales dans la régulation des multinationales. Il faut donc pousser les autorités congolaises et les sociétés d'exploitation à respecter : 1° les principes de l'OCDE ; 2° pousser les autorités politico-administratives à respecter les règles de la bonne gestion des entreprises et de la bonne gouvernance ; 3° l'établissement d'une réglementation rigoureuse, saine et transparente ; 4° diligenter, dans un délai raisonnable, une étude sur le programme durable à intérêt général ; 5° chercher à faire appliquer les droits de la seconde génération et de la troisième en quittant le niveau purement théorique faisant d'eux des droits programme.

*

* *

DERNIÈRES PUBLICATIONS DE LA FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE LIKASI

En vue de faire connaître les publications faites par les chercheur.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.***

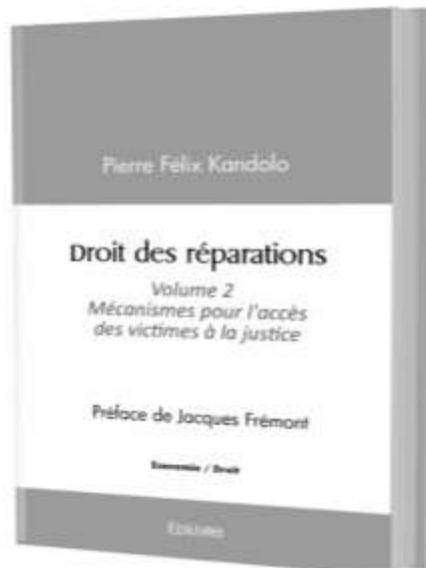
Les deux volumes, préfacés par le Professeur Émérite Jacques Frémont, Recteur de l'Université d'Ottawa (Canada), ont été publiés dans les Éditions Édilivre à Paris (France).

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*.

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 !

LMD à L'UNILI

LMD DANS NOTRE UNIVERSITÉ

(Imprimé)

© *Revue générale de droit et interdisciplinaire*
Likasi 2022

Dépôt légal : 7.20.2022.67 III^{ème} trimestre 2022

Presses universitaires de Likasi