

## **La décision n°30/CEI/BUR/10 du 09 août 2010 portant publication du calendrier du processus électoral 2010-2013 en RDC et la « para-constitutionnalité » au Congo-Kinshasa**

Le Congo-Kinshasa se trouve dans une situation d'inconstitutionnalité continue ayant engendré un état de fait à côté ou en marge de la Constitution. C'est cet état d'inconstitutionnalités accumulées en nombre impressionnant et sur lequel certaines autorités fondent la conduite des affaires étatiques que je qualifie de « para-constitutionnalité »<sup>1</sup>. En effet, plusieurs inconstitutionnalités peuvent être relevées notamment la violation du délai constitutionnel prévu par le premier alinéa de l'article 226 pour la mise en place des provinces énumérées à l'article 2 ; l'instauration de la rétrocession en lieu et place de la retenue à la source par les provinces de leur part de 40 % des recettes à caractère national (art. 175 al. 2 Cst), le caractère toujours facultatif et onéreux de l'enseignement primaire dans les établissements publics en violation de son caractère obligatoire et gratuit prescrit par la Constitution (art. 43 al. 4 Cst), la liste n'est pas exhaustive. À ces inconstitutionnalités qui ne sont toujours pas sanctionnées vient de s'ajouter une autre suite à l'adoption du calendrier du processus électoral par le Bureau de la Commission électorale indépendante (CEI en sigle), en vue de poursuivre l'opération de révision du fichier électoral et l'organisation des élections générales et locales (art.1 de la décision). Cette décision du Bureau de la CEI (ci-après : le Bureau) dont l'intitulé en titre est entrée en vigueur à la date de sa signature (art. 2 de la décision).

Ce calendrier a suscité un débat politico-juridique amplifié surtout par le fait que sa publication est intervenue 12 jours après la promulgation de la Loi organique n° 10/013 du 28 juillet 2010 portant organisation et fonctionnement de la Commission électorale nationale indépendante (ci-après : la Loi sur la CENI). Dans le domaine politique il est réclamé une concertation de la classe politique pour arriver à un calendrier consensuel<sup>2</sup>. Ce domaine est à laisser aux politiciens, aux politistes et aux

---

<sup>1</sup> Les actes adoptés sous le régime de « para-constitutionnalité » sont non seulement inconstitutionnels, mais peuvent également être qualifiés de « para-constitutionnels ». Ils ne sont exécutoires que dans cette « para-constitutionnalité » et cessent de l'être une fois celle-ci redressée, car la « para-constitutionnalité » pourrait, dans une certaine mesure, être considérée comme une sorte de régime parallèle au régime constitutionnel dans un même État.

<sup>2</sup> À préciser que le consensus de la Classe politique, en tant qu'acte des représentants des partis politiques, ne doit pas être

politologues. Sur le plan juridique, se pose la question de la constitutionnalité de ce calendrier. C'est cette question qui concerne mon propos. Le calendrier porte sur deux catégories des matières relatives respectivement à la révision du fichier électoral et à l'organisation des élections générales et locales. Aussi, en plus de la date de l'élection présidentielle, on peut citer la durée du mandat du Président actuel et celle de toute la législature, la configuration des circonscriptions électorales et des Provinces. La manière dont sont traitées ces matières conforte l'état de « para-constitutionnalité ». Toutes ces matières posent des questions constitutionnelles qui requièrent une étude sérieuse aboutissant à des propositions de solutions juridiques. En amont de ces questions se trouve celle de la légitimité même de la CEI qu'il sied de clarifier nécessairement et en priorité.

## **1. La légitimité de la CEI sous l'égide de la Constitution du 18 février 2006**

Dans les visas de la sa décision, le Bureau s'appuie sur plusieurs textes dont trois fonderaient la légitimité de la CEI, car la pertinence des autres en dépend. Il s'agit de la Constitution, d'un arrêt de la Cour Suprême Justice (en sigle : CSJ) et de la Loi organique sur la CENI. Je vais, dans les lignes qui suivent, examiner la validité de ce triple fondement. Elle est la condition nécessaire qui doit être réalisée pour la validité de la décision au regard des normes constitutionnelles pertinentes.

### **1.1. Un fondement constitutionnel imprécis équivalent à une absence de fondement**

Le Bureau cite la Constitution en premier « Vu la Constitution » sans en mentionner les dispositions topiques. La CEI étant une institution d'appui à la démocratie pour la période de Transition et fonctionnant sous le régime de la Constitution du 18 février 2006, le fondement constitutionnel de sa légitimité ne peut être recherché que dans les normes transitoires de cette Constitution. En l'espèce, il faut interroger son article 222 alinéa 2. Celui-ci dispose : « Les institutions d'appui à la démocratie sont dissoutes de plein droit dès installation du nouveau Parlement. ». L'installation du Parlement ayant déjà été réalisée, la CEI est réputée dissoute de plein droit. Par conséquent, elle est, du point de vue du cadre constitutionnel, une pseudo-institution dont les actes ne peuvent produire aucun effet juridique. Elle n'a donc plus de fondement constitutionnel. C'est sans doute pour contourner cette situation que la

---

confondu avec le contrat social qui lui, se veut une œuvre du Peuple ou de ses représentants. Le Consensus voulu est un arrangement ou un accord informel proche de l'unanimité entre politiciens ne représentant pas le Peuple aux négociations y conduisant (Sur le contrat social fondé par Hobbes, lire Philippe BÉNÉTON, *Introduction à la politique*, Quadrige / PUF, Paris 2010, p. 73).

CEI avait requis de la CSJ la prorogation de son mandat, en attendant l'installation de la CENI.

## 1.2. Un fondement jurisprudentiel para-constitutionnel

En date du 27 août 2007, la CSJ a, à la requête de la CEI sans existence juridique, rendu un arrêt dont la motivation est très discutable, dans lequel elle a reconnu à cette institution d'appui à la démocratie de la Transition la qualité pour agir en vue seulement de sauvegarder ses intérêts<sup>3</sup>. Or en l'espèce, il ne s'agissait pas de ses intérêts, mais bien davantage : de son existence juridique. La CSJ a permis à cette institution d'appui à la démocratie pour la période de la Transition de continuer à fonctionner alors qu'elle était déjà dissoute de plein droit en vertu de l'article 222 alinéa 2 de la Constitution. Sans fonder sa compétence en matière gracieuse, la CSJ a recouru au principe de la continuité des institutions pour motiver sa décision<sup>4</sup>. C'est pourquoi, j'estime notre haute cour a opéré une « résurrection juridique » de la CEI<sup>5</sup>. C'est sur cet arrêt rendu en violation de la Constitution que la CEI fonde, entre autres, sa décision. À strictement parler, il s'agirait d'un pseudo-fondement et, donc, d'un non fondement.

Il est vrai que la Cour constitutionnelle est la seule autorité habilitée à donner une interprétation officielle de la Constitution qui s'impose à tous (cf. art.161 al. 1 Cst). Mais, en l'espèce, il n'a pas été question d'interpréter une disposition constitutionnelle, mais de combler un vide constitutionnel. La CSJ a utilisé son pouvoir prétorien. Une question demeure pourtant : en avait-elle compétence ? Telle est la question qui reste ouverte et qui donne de la matière à la doctrine. Dans cet arrêt, la CSJ a examiné la recevabilité de la requête de la CEI, du seul point de vue de cette dernière. Aussi, en attendant de sa part une motivation solide sur sa compétence générale pour traiter de toute matière constitutionnelle, en dehors des compétences expresses que lui attribue la question, il est permis de douter de la constitutionnalité de cet arrêt qui fait déjà jurisprudence. Par ailleurs, en attendant soit le revirement de jurisprudence pour se conformer à la Constitution soit la révision de la Constitution dans le sens de la jurisprudence actuelle, cette dernière a créé un précédent<sup>6</sup>. On peut toujours s'y fonder pour soumettre à la Cour constitutionnelle toute question de constitutionnalité.

---

<sup>3</sup> Arrêt du 27 août 2007, R. Const. 055/TSR.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Cf. Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE, La « résurrection juridique » de la Commission électorale indépendante par la Cour suprême de justice, in [http://www.droitcongolais.info/etudes\\_particulieres.html](http://www.droitcongolais.info/etudes_particulieres.html)).

<sup>6</sup> Ce précédent se situe dans la droite ligne de l'arrêt de la CSJ qui avait autorisé, en 2006, la CEI d'organiser le second tour de l'élection présidentielle au-delà du délai constitutionnel de 15 jours (Arrêt du 1<sup>er</sup> septembre 2006, R. Const. 38/TSR).

### 1.3. Un fondement légal inconstitutionnel

Le Bureau fonde également sa décision sur l'article 55 de la Loi sur la CENI. Cette disposition autorise la CEI à exercer les compétences de la CENI avant l'installation effective de cette dernière. En dépit du fait que la CSJ a déclaré cette loi conforme à la Constitution, la norme dont il est fait référence viole manifestement l'article 222 alinéa 2 de la Constitution et ne peut donc pas être d'application. En somme, la CEI fonctionne dans une légalité inconstitutionnelle. Dès lors qu'elle n'a plus de fondement constitutionnel et que sa légitimité est légalisée par une norme transitoire violant la Constitution, la CEI ne peut opérer que dans la « para-constitutionnalité ».

Il est important de faire remarquer ici que la norme transitoire légale portant sur une matière déjà réglée par une disposition constitutionnelle ne peut déroger à celle-ci sous peine de nullité. Elle ne pourrait tout au plus que la reprendre, à défaut de la mettre en œuvre. Sur ce point, l'article 55 de la Loi sur la CENI viole l'article 222 alinéa 2 de la Constitution. Il peut être considéré comme un fondement légal inconstitutionnel de la légitimité de la CEI.

Ce ne peut être qu'une fraude au droit que sous l'égide de l'actuelle Constitution, la CEI tire sa légitimité de l'arrêt de la Cour Suprême de Justice et de l'article 55 de la Loi organique sur la CENI. Ce double fondement est inconstitutionnel, voire « para-constitutionnel », car il est vraiment à côté et en dehors du prescrit de l'article 222 alinéa 2 de la Constitution. Dès lors, on peut se poser la question de la légitimité d'une institution fonctionnant sur la base d'un arrêt et d'une loi violant la Constitution. Ainsi donc, du moment que la légitimité de la CEI est discutable, point n'est besoin *a priori* d'examiner la constitutionnalité matérielle de sa décision dépourvue de tout effet juridique ou mieux d'une non-décision. Toutefois, animé par le souci de contribuer à l'amélioration du droit congolais, et afin de prévenir d'éventuelles inconstitutionnalités du même genre, il m'a paru utile de relever la triple inconstitutionnalité, qui ne fait l'ombre d'aucun doute et qui est liée à l'unique matière relative à l'élection présidentielle, en laissant de côté d'autres matières manifestement aussi inconstitutionnelles<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La durée de la législature et l'organisation des élections provinciales et locales et l'effectif constitutionnel des Provinces, les circonscriptions électorales pour les élections des députés et des sénateurs...On peut aussi lire : Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE, La « résurrection juridique » de la Commission électorale indépendante par la Cour suprême de

## 2. La triple inconstitutionnalité matérielle de la décision du Bureau au regard de l'élection présidentielle

Au regard de l'élection présidentielle, la triple inconstitutionnalité matérielle est relative à la date prévue pour cette élection, au délai entre ses deux tours et à la durée du mandat présidentiel.

### 2.1. La date de l'élection présidentielle

En fixant la date pour le premier tour de l'élection présidentielle, le 27 novembre 2011, le Bureau viole l'article 73 de la Constitution. D'après cette norme, « le scrutin pour l'élection du Président de la République est convoqué par la Commission électorale nationale indépendante, quatre-vingt dix jours avant l'expiration du mandat du Président en exercice ». En l'espèce, cette expiration interviendra le 6 décembre 2011, jour du 5<sup>ème</sup> anniversaire de son investiture. En effet, l'emploi de l'indicatif, présent ou futur, dans une règle juridique souligne son caractère impératif qui ne souffre d'aucune exception, sauf si elle en est assortie elle-même ou si l'exception est prévue par une norme supérieure. Or il s'agit ici d'une norme constitutionnelle qui, sur le plan interne, n'a pas de normes au-dessus d'elle. Par conséquent, on est en face d'une norme absolument impérative qui doit être respectée dans l'élaboration du calendrier électoral. Aussi, faudrait-il fixer la date de l'élection présidentielle quatre-vingt dix jours avant le 6 décembre 2011, soit le 5 septembre de la même année, et non 10 jours avant comme l'a envisagé le Bureau. Le maintien de ce calendrier est contraire à la Constitution. Mais cette contrariété doit être déclarée par le Juge constitutionnel pour subir la conséquence de nullité prévue à l'article 168 de la Constitution. L'acte du Bureau n'ayant pas force de loi, il doit être soumis au Juge administratif qui en soulèvera l'exception d'inconstitutionnalité, laquelle sera soumise au Juge constitutionnel (cf. art. 162 Cst)<sup>8</sup>.

---

justice, in [http://www.droitcongolais.info/etudes\\_particulières.html](http://www.droitcongolais.info/etudes_particulières.html)); *Idem*, L'échéance du délai constitutionnel pour la mise en place des nouvelles provinces au Congo-Kinshasa, in [http://www.droitcongolais.info/etudes\\_particulières.html](http://www.droitcongolais.info/etudes_particulières.html).

<sup>8</sup> Cette lourdeur de la procédure justifie la nécessité d'instaurer un système juridictionnel dans lequel la constitutionnalité de tout acte doit être examinée en priorité par tout juge. En droit français dans lequel puise le droit congolais (cf. Félix VUNDUAWE te PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Larcier, Bruxelles 2007, p. 115), depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, la Constitution est devenue un moyen que toute personne, physique ou morale, peut invoquer à l'occasion de n'importe quel procès et à n'importe quel moment de la procédure. En d'autres termes, la possibilité est offerte à tout justiciable de soulever devant son juge la question de constitutionnalité de la loi applicable au litige dont il est partie, quelle qu'en soit la nature (Cf. Dominique ROUSSEAU (dir.), *La Question prioritaire de constitutionnalité*, L'extenso, Paris 2010).

## **2.2. Le délai entre les deux tours de l'élection présidentielle**

L'article 71 de la Constitution prévoit dit : « le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Si celle-ci n'est pas obtenue au premier tour du scrutin, il est procédé, dans un délai de quinze jours, à un second tour. » Conformément à cette disposition et sans tenir compte de l'inconstitutionnalité que pourrait générer la date non encore connue de la publication des résultats, au moins provisoires, du premier tour, le corps électoral devrait être convoqué pour le second tour 15 jours après la publication des résultats définitifs par la Juridiction compétente<sup>9</sup>. Tout bien considéré, le 26 février 2012, date prévue pour l'éventuel second tour est trop éloignée du 27 novembre 2011 pour qu'elle respecte le délai constitutionnel de 15 jours. De toutes les façons, on peut déjà présumer que cette décision viole l'article 71 de la Constitution et le second tour pourrait se dérouler, en dehors du délai constitutionnel, et donc dans la para-constitutionnalité.

## **2.3. La durée du mandat présidentiel**

En prévoyant la prestation de serment du Président de la République élu le 10 Janvier ou le 04 avril 2012, selon qu'il est élu au premier tour ou au second, le calendrier électoral proroge le mandat du Président de la République, respectivement d'un mois et quatre jours et de presque 5 mois, en violation de l'article 70 alinéa premier qui envisage un mandat présidentiel de 5 ans. La CEI n'ayant pas élu le président de la République, elle n'a pas compétence pour proroger son mandat. Ce serait se substituer frauduleusement au Peuple congolais dont elle ne dispose d'aucun mandat.

On pourrait défendre ce calendrier sur le point précis de l'élection présidentielle, en soutenant que de toutes les manières l'article 70 alinéa 2 de la Constitution prescrit que le Président actuel reste en fonction jusqu'à l'installation effective du Président élu, sans fixation d'un délai impératif. Mais il faut tout de suite préciser que cette disposition ne doit pas constituer un fait justificatif de la « para-constitutionnalité » dans laquelle plonge le retard de l'organisation de l'élection présidentielle au regard de l'article 73 de la Constitution.

---

<sup>9</sup> Sur la publication des résultats provisoires et la proclamation des définitifs, cf. art. 71 et 72 de la Loi n°6/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales.

Il faut relever ici que l'article 70 alinéa 2 de la Constitution voudrait éviter la vacance présidentielle en attendant l'investiture de l'élu qui doit se réaliser avant l'expiration du mandat du président en exercice au moment de l'élection. L'idée qui dicterait cette norme est celle-ci : le mandat du Président en exercice n'est pas suspendu par le dépôt de candidature, ni par l'élection présidentielle. C'est pourquoi, celle-ci doit se dérouler sous ce mandat. La clause « à la fin de son mandat » ne devrait pas servir d'alibi pour proroger subtilement, mais indûment, le mandat du Président actuel sans en préciser le terme, en fixant l'élection présidentielle à une date violant la Constitution. Elle devrait s'entendre dans ce sens : l'élection présidentielle doit être organisée dans le délai constitutionnel ; mais, si pour une autre raison subséquente (par ex. le contentieux électoral) le Président élu n'est pas investi avant la fin du mandat du précédent, celui-ci restera en fonction jusqu'à l'installation effective de celui-là. Il va de soi que cette fonction consistera davantage à expédier les affaires courantes qu'à prendre des décisions majeures<sup>10</sup>.

Organiser l'élection présidentielle conformément au calendrier du 09 août 2010 serait un abus de pouvoir et un coup d'État constitutionnel. Ce serait une application abusive de l'article 70 alinéa 2 et une violation de l'article 70 alinéa 1 de la Constitution. En effet, si l'alinéa 1 de l'article 70 doit s'interpréter à la lumière de l'alinéa 2, il me paraît judicieux d'interpréter pareillement celui-ci dans le respect de l'alinéa 1 et dans les limites des articles 73 et 74 alinéa 1. Ainsi donc, si on peut encore respecter la Constitution, tout en étant dans la « para-constitutionnalité » qui se crée au Congo-Kinshasa, le calendrier électoral risque de créer une période de vacance de la présidence de la République à partir du 6 décembre 2011 à minuit et le Président du Sénat devra assumer l'intérim dans le respect de son mandat de 5 ans (art. 105 al. 1 Cst et art. 19 al. 4 du Règlement intérieur du Sénat). Sinon, il faut recourir à une solution politique, à défaut de procéder à la révision constitutionnelle.

---

<sup>10</sup> À relever, toutefois que prévoir le maintien au pouvoir du président en exercice jusqu'à l'installation effective du Président élu est envisageable dans un État de droit où tout le monde est assujéti au droit et est conscient de l'être, et où l'on respecte le verdict des urnes à l'issue des élections libres et transparentes dont les résultats, du moins les estimatifs, sont connus le soir même du scrutin. Mais pareille disposition constitue un danger pour un État de droit en gestation dans un système où les élections sont presque toujours auréolées d'un flou créé pour le besoin de la cause, le dépouillement opaque avec la propension à la fraude et où le détenteur du pouvoir cherche à tout prix à s'y maintenir, si pas à l'étendre davantage. La disposition est davantage dangereuse si le président en exercice est candidat à sa propre succession et qu'il supervise les élections d'une manière ou d'une autre, en demeurant au surplus le commandant suprême des Forces armées (art. 83 al.1 Cst) et en ayant la mainmise sur la Police nationale. Dans un tel environnement, il faudrait prévoir la démission automatique du Président dès la publication de la liste des candidats à la Présidence. De cette façon, tous les candidats seraient traités de manière égale aussi bien par la CENI que par le corps électoral et la course à la Présidence ne se ferait pas entre un « Chef de l'État », utilisant éventuellement les moyens de l'État, et des simples citoyens ne comptant que sur leur avoir personnel ou l'aide des amis, mais entre des citoyens congolais n'ayant d'autre statut que celui de candidat.

Comme on peut le constater, le calendrier électoral viole la Constitution, en l'occurrence les articles 73 et 70 premier alinéa. S'il doit être exécuté, il le sera dans la « para-constitutionnalité ». La décision de la CEI portant sa publication devrait être déclarée contraire à la Constitution par le Juge constitutionnel à saisir régulièrement.

\*\*\*\*\*

Que retenir, en fin de compte ? Dans un État qui se veut de droit est inadmissible la violation à répétées reprises de la Constitution par les organes étatiques dont la légitimité s'y fonde et qui doivent la mettre en œuvre et en assurer le respect. Cette violation crée une situation d'inconstitutionnalité qui s'installe de manière tellement stable que, faute de son redressement, s'instaure déjà au Congo-Kinshasa un état fondé sur l'arbitraire que l'on peut qualifier de para-constitutionnalité. Tout s'y déroule comme si la Constitution n'était qu'un moyen pour asseoir un pouvoir qui s'en émancipe et qui n'obéit qu'à la seule volonté de ses détenteurs. Cette conception utilitariste de la Constitution conduit différentes autorités politiques à agir en dehors de tout cadre constitutionnel. Les raisons d'opportunité, voire d'opportunisme, auxquelles on peut recourir et qui, parfois, ont été créées pour le besoin de la cause sont loin d'être convaincantes. Une décision sans fondement valide, donc invalide de ce fait, et dont le contenu est de surcroît inconstitutionnel à plusieurs points de vue, ne peut être d'application. La CEI n'ayant rien fait, il faudrait que la CSJ déclare cette décision contraire à la Constitution, que la CENI soit mise rapidement en place et sorte un calendrier conforme à la Constitution. Ce calendrier fixera, entre autres, la date de l'élection du Président de la République de manière à ce que sa prestation de serment ait lieu dans tous les cas au plus tard le 6 décembre 2011. Si malgré tout, le retard est accusé de sorte qu'il soit impossible de conformer ce calendrier aux dispositions constitutionnelles en vigueur, la révision constitutionnelle s'avère alors indispensable pour préserver le constitutionnalisme dans lequel s'est engagé le Congo, en soumettant l'exercice du pouvoir politique aux normes constitutionnelles<sup>11</sup>.

Cette énième violation flagrante de la Constitution accule à se demander, enfin, s'il vaut la peine d'avoir

---

<sup>11</sup> Il faut entendre par constitutionnalisme la doctrine qui affirme la suprématie de la Constitution au sein d'un système politico-juridique et la considère comme la meilleure garantie contre l'arbitraire du pouvoir politique. Au fond, il s'agit d'un encadrement juridique de ce pouvoir, assorti de la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité des actes de celui-ci (Sur la notion de constitutionnalisme, ses sources et ses prolongements, voir : Pierre PACTET et Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 27<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris 2008, p. 61 s. ; Éric CARPANO et Emmanuelle MAZUYER, *Les grands systèmes juridiques*, Lextenso, Paris 2009, p. 25 et 127 ss).



au Congo-Kinshasa une Constitution que toute autorité peut violer à volonté. Pire encore, toutes les violations constatables de la Constitution actuelle demeurent impunies et se commettent devant un silence complice et coupable aussi bien du Président de la République, qui doit veiller au respect de la Constitution (art. 69 al. 2 de la Constitution), que de celui qui accomplit provisoirement l'office du Procureur général près la Cour constitutionnelle et qui devrait être l'Avocat de la Constitution. Jusques à quand ?

Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE  
Docteur en droit