

**UN NECESSAIRE COUP D'ECLAIRAGE SUR LE CONTENTIEUX ELECTORAL
EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.
REPONSE A L'OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE Corneille WASENDA**

par

*Maître Oscar MUBIAYI NKASHAMA,
Avocat au barreau de Lille et Chercheur indépendant en Droit public.*

Depuis la promulgation de la constitution congolaise le 18 février 2006, la lutte pour la conquête du pouvoir politique en République démocratique du Congo (RDC) s'est transposée du champ de batailles de guerres de rébellions¹ au terrain des urnes. Et c'est fort heureux !

Désormais, le pouvoir s'obtient en RDC non pas par le kalachnikov mais par le bulletin de vote. L'article 5 de la constitution congolaise dispose que « (...) Tout pouvoir émane du peuple qui l'exerce directement par voie de référendum ou d'élections (...) ». Il s'agit là de la consécration de la légitimité démocratique comme fondement du pouvoir en RDC. Dominique ROUSSEAU a fait observer à juste titre que l'élection est, dans un Etat démocratique, un « fondement démocratique de la légitimité². »

Mais, parfois loin de résoudre la crise de légitimité, l'élection, par le billet de la question de sincérité et vérité des résultats, peut replonger un pays dans une nouvelle crise souvent appelée post-électorale. Car, « après l'élection, le verdict des urnes, loin d'apaiser les passions, peut les attiser³. »

L'élection présidentielle du 30 décembre 2018, qui vient de se dérouler en RDC, continue d'attiser les passions. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du 20 janvier 2019, qui a proclamé Monsieur Felix Antoine TSHILOMBO TSHISEKEDI président définitivement élu, s'il a définitivement clos les débats du prétoire, il n'en demeure pas moins qu'il a ouvert place au débat doctrinal, ce qui est bien pour la science et l'avenir de notre jeune démocratie en marche.

Dans ce contexte, l'élite, dont la position doctrinale est susceptible d'influencer l'opinion publique⁴, n'a-t-elle pas une grande responsabilité ? Le juge, l'avocat et le scientifique ne deviennent-ils pas, par leurs œuvres, les acteurs nécessaires pour bâtir, au cœur de l'Afrique et au centre du monde, un état de droit et une nation puissante et prospère tant rêvés dans notre pays ?

¹ Ces rebellions ont causé plus de 6 millions des morts.

² ROUSSEAU Dominique, cité par DELPERE Francis, *Le contentieux électoral*, Paris, Puf, 1998, p.86.

³ *Ibid.*, p.8.

⁴ A ce sujet, Edward BERNAYS affirme que « la manipulation consciente, intelligente, des opinions et des habitudes organisées des masses joue un rôle important dans une société démocratique. Ceux qui manipulent ce mécanisme social imperceptible forment un gouvernement invisible qui dirige véritablement le pays. » v. MARTINACHE Igor, « Edward Bernays, *Propaganda. Comment manipuler l'opinion en démocratie* », *Lectures* [En ligne], Les comptes rendus, 2007, mis en ligne le 16 octobre 2007, consulté le 24 février 2019. URL : <http://journals.openedition.org/lectures/451>.

Il nous a donc semblé utile, après la fameuse opinion individuelle du juge constitutionnel congolais, Corneille WASENDA, qui vient de semer plus de doute que d'ajouter de lumière dans un débat qui souffre déjà d'une crise manifeste due au manque de spécialiste en contentieux électoral dans notre pays, de remettre les pendules à l'heure.

Pour critiquer l'arrêt de la Cour constitutionnelle congolaise, notre fameux juge a appuyé son raisonnement sur trois moyens :

- la violation de l'article 70 de la loi électorale par la CENI ;
- le non-respect du principe du contradictoire ;
- l'absence de cas de force majeure.

Nous nous proposons de rencontrer ces trois moyens.

I. Sur la prétendue violation de l'article 70 de la loi électorale

Selon l'article 70 de la loi électorale congolaise, alinéa 2, « (...) **le président du centre de compilation rend publics, en affichant au centre, les résultats du vote pour les élections législatives et provinciales, et les résultats partiels des élections présidentielles au niveau de la ville ou du territoire (...)** ».

Pour notre haut magistrat, la CENI aurait violé ces dispositions puisqu'elle (la CENI) aurait, dans son mémoire, affirmé que « **la compilation et l'agrégation des suffrages valablement exprimés ont été effectuées au secrétariat exécutif national situé au siège national de la CENI (...)** » Et ceci, sans donc afficher les résultats partiels au niveau de la ville ou du territoire, comme l'exige l'article 70 al 2 de la loi électorale.

En conséquence, la Haute cour, en ne retenant pas ce moyen, estime notre haut magistrat, aurait mal dit le droit.

A supposer établi que la CENI aurait, en l'espèce, violé le fameux article 70 al 2 pour avoir publié le résultat provisoire sans passer par l'affichage au niveau des villes et territoires, la véritable question est de savoir quelle conséquence juridique le juge électoral devrait-il tirer de cette supposée violation?

A cette question, il y a d'abord à faire remarquer à notre haut magistrat que saisie comme juge électoral, la cour constitutionnelle n'est pas un juge de la légalité mais plutôt juge de la régularité des résultats des élections présidentielle, législatives nationales⁵. La question de la violation de la loi relève du juge administratif⁶.

⁵ Article 161, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour ; Article 81, alinéa 2 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle.

⁶ Article 155, alinéa 1 de la constitution du 18 février 2006, *Op.cit.* ; Article 85, alinéa 2 de la loi organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif.

A cet égard, la Cour si elle devait examiner ce moyen, elle se déclarerait incompétente. Dans l'hypothèse où la Haute Cour se serait arrogée la compétence de statuer sur ce moyen, même pris sous l'angle du contentieux électoral, le moyen soulevé par le juge WASENDA n'aurait pas prospéré.

Si l'on peut regarder la prétendue violation de l'article 70 al 2, comme une irrégularité dans la proclamation du résultat, la réponse à la question posée supra se trouve à l'analyse de l'article 75 de la loi électorale.

En effet, selon les dispositions très claires et précises de l'article 75, alinéa 2 de la loi électorale, **« si la juridiction compétente (en l'espèce la cour constitutionnelle) admet un recours pour erreur matérielle, elle rectifie le résultat erroné (...). Dans tous les autres cas, elle peut annuler le vote en tout ou en partie lorsque les irrégularités retenues ont pu avoir une influence déterminante sur le résultat du scrutin. »**

Il convient de souligner que la requête de Monsieur Martin FAYULU doit être examinée à la lumière des dispositions de cet article.

Ainsi, il s'en dégage que la loi électorale distingue, en droit du contentieux électoral congolais, deux types de recours : *le recours pour irrégularité du résultat* et *le recours pour irrégularité du scrutin*. Le premier conduit à la rectification du résultat et le second à l'annulation partielle ou totale du scrutin.

Dès lors, eu égard à ces deux types de recours, il y a lieu de savoir, de quel type de recours, a entendu exercer M. FAYULU devant la Cour ?

Visiblement, « le soldat du peuple⁷ », par sa double requête dont l'une aurait été signée par le Professeur KALELE et l'autre par lui-même, a entendu à la fois obtenir l'annulation du scrutin et sa proclamation comme élu avec environ 61 % .

Cette confusion aurait dû conduire, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner le fond, à l'irrecevabilité de la requête, la Cour n'étant, en l'espèce, saisie d'aucune demande.

L'article 74 de la loi électorale précise les éléments que doit contenir une requête. L'objet de la demande doit indiquer clairement qu'elle est faite **soit** en rectification d'erreur matérielle ou des résultats erronés, **soit** en annulation du scrutin. L'emploi de l'adverbe « soit » marque une alternativité et non pas une cumulativité.

Mais, sûrement par sagesse, compte tenu de l'enjeu politique, la Cour a estimé ne pas faire preuve d'un rigorisme excessif et recevoir la requête ambiguë du candidat de la Dynamique de l'opposition pour son examen au fond. S'il faut parler de faveur, c'est M. FAYULU qui en bénéficie ici.

⁷ Sobriquet de Monsieur Martin FAYULU.

En tout état de cause, si l'on considère que la requête du candidat malheureux, tendait à l'annulation du scrutin, il appartenait à celui-ci d'apporter la preuve que l'irrégularité déplorée, en l'espèce la prétendue violation de l'article 70 al. 2 de la loi électorale, a « **pu avoir une influence déterminante sur le résultat du scrutin.** »

Or, force est de constater que cette question n'a pas été soulevée ni la preuve que si le résultat aurait été affiché dans les villes et/ou territoire, cet affichage aurait changé le résultat provisoire proclamé par la CENI. Par ailleurs, d'autant plus qu'au regard de l'article 71 de la même loi électorale, la CENI « **dispose d'un pouvoir de redressement des procès-verbaux** », ceci signifie que la CENI dispose du pouvoir de rectifier le résultat partiel affiché par un centre de compilation et qu'au final, seul le résultat provisoire l'emporte sur le résultat partiel.

Notre fameux juge ne démontre pas, en dehors de son raisonnement en apparence logique mais vide juridiquement, en quoi le résultat aurait dû changer s'il était affiché en respect de l'article 70 al. 2 de la loi électorale ou, encore, en quoi ce non affichage aurait pu influencer de manière déterminante le résultat.

La bonne approche juridique aurait été que M.Martin FAYULU apporte les PV détenus par « ses témoins » pour non seulement permettre au juge électoral d'avoir des éléments de preuve suffisants qui lui permettraient de statuer sur le moyen tiré de l'annulation du scrutin mais aussi renforcer le caractère sérieux de ce moyen.

Or, les avocats de FAYULU se sont contentés d'appeler en intervention la CENCO. Il sied de souligner que la CENCO, étant observatrice et non témoin, l'article 45 de la loi électorale lui fait interdiction de « **s'immiscer ni directement ni indirectement dans les opérations électorales** ».

A cet égard, nous affirmons, avec plus de force de droit, que les PV supposés et/ ou le résultat de la CENCO ne revêtent aucune valeur juridique.

Toutefois, sur le terrain du contentieux électoral, l'autre véritable question est de savoir si la Haute Cour devrait recevoir les PV contenus dans les valises du candidat malheureux.

Il s'agit de la question du principe du contradictoire.

II. Sur le principe du contradictoire

En droit, le principe du contradictoire signifie que les parties doivent se communiquer mutuellement entre elles et au juge les pièces qui sont les éléments de preuve. Dans le cas sous examen, il faut entendre par là, les procès-verbaux.

Contrairement à ce que laisse comprendre notre haut magistrat, soumettre les pièces au débat n'est qu'une conséquence de leur communication. Si la communication des pièces est la résultante du principe du contradictoire, ce dernier est, à son tour, le bras séculier du droit à un

procès équitable, respectueux de l'égalité des armes et des droits de la défense. Pussions-nous rappeler que la constitution congolaise garantit, en son article 19, le droit à la défense ? Ainsi, la sanction contre la non communication des pièces par une partie au procès est le rejet par le juge de la pièce non communiquée. Et c'est ce qu' a fait, à bon droit, la Haute Cour.

En tout état de cause, les pièces doivent être communiquées à toutes les parties⁸ et y compris à la CENI, sous peine de leur irrecevabilité. Ce qui signifie que les pièces non communiquées doivent être écartées, par le juge, des débats pour violation du principe du contradictoire. C'est ce qu'en l'espèce a fait la Haute Cour.

Il sied d'indiquer que la procédure en contentieux électoral congolais est principalement écrite et non pas orale puisque la Cour statue sur pièces. La comparution des parties n'est pas obligatoire, la décision étant rendue même si les parties ne comparaissent pas.

Mais, notre haut magistrat semble manifestement entretenir une confusion entre la procédure orale et écrite.

D'une part, en estimant que « **dans le cas sous examen, les procès-verbaux ont été déposés avant la clôture des débats si bien que si la défenderesse avait voulu en prendre connaissance, elle en aurait demandé le temps** » et, d'autre part, en concluant que « **les pièces en question ne pourraient (pouvaient) être rejetées étant donné que la production faisait parties de l'instruction. Il en aurait été autrement si la cour n'avait pas donné aux parties l'occasion de s'exprimer. En permettant aux parties de se faire entendre, la cour a enlevé au procès le caractère scripturaire** », le juge WASENDA laisse entendre que le dépôt des pièces au greffe exonérait les avocats de M. FAYULU de communiquer à leurs confrères de l'UDPS les pièces. Au travers ces extraits, non seulement notre haut magistrat fait des affirmations ineptes mais prêche des hérésies, pendant une période pourtant très cruciale, susceptibles de mettre la société qu'il est censé servir, en tant que juge, en mal.

Notre cher magistrat fait une interprétation erronée du principe du contradictoire qu'il semble tiré de l'article 74 de la loi électorale.

Le principe du contradictoire s'applique en toute matière, même orale, de sorte que l'article 74 précité vient en préciser simplement les modalités et non pas déroger aux règles déontologiques des avocats qui restent soumis au respect du contradictoire, sous peine des sanctions disciplinaires.

⁸ Par parties, il nous faut ici ouvrir une parenthèse sur le cas du Ministère public (MP) et de la CENI. La présence du MP, comme partie au procès, nous semble non nécessaire en matière électorale et, surtout, dangereuse pour le caractère équitable du procès. Car, la révision constitutionnelle de 2011 en RDC a eu pour conséquence malheureuse de soumettre le magistrat du parquet au pouvoir exécutif. Or, le contentieux électoral étant un procès à intérêt éminemment politique, il y a lieu de s'interroger sur le caractère indépendant du MP et sur l'impartialité de son avis alors que le contentieux met en cause non seulement les parties dont risque être le ministre de la justice de qui relève hiérarchiquement le MP mais aussi et surtout, l'élection étant l'heure du bilan, forcément l'exécutif sortant est en cause. En revanche, la CENI, comme organe dont la décision est contestée, doit être partie principale au procès et non pas « l'expert ». Le droit électoral congolais admet étonnamment que la CENI n'est pas une partie au procès. Dès lors, qui juge-t-on si ce n'est plus l'auteur de la décision ?

Cependant, en exigeant le dépôt des pièces au greffe, l'article 74 de la loi électorale n'a pas entendu soustraire les avocats de leur obligation déontologique de se communiquer les pièces.

Rappelons avec fermeté à notre cher magistrat que si un avocat produit au débat une pièce qui n'a pas été communiquée à son contradicteur⁹, cela constitue une faute déontologique et s'expose aux sanctions disciplinaires. Car, « le principe du contradictoire qui implique la loyauté dans les débats, fait obligation aux avocats de ne produire que des pièces et conclusions préalablement communiquées¹⁰. »

Et quant au juge, notre haut magistrat devrait savoir que le juge ne peut rendre une décision en s'appuyant sur une pièce qui n'a pas été communiquée ni soumise au débat.

En conséquence, en rejetant les P.V non communiqués, même débattus, la Haute cour a bien dit le droit. La circonstance que ces PV auraient été discutés n'enlève rien à la règle.

L'oralité des débats ne déroge pas au principe du contradictoire, de sorte qu'il ne peut être prétendu qu'en acceptant qu'il soit débattu sur les fameux PV, la Cour aurait, pour notre haut magistrat, dérogé au « caractère scripturaire » (écrit).

Les règles de procédure relevant du domaine de la loi, le juge ne peut en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, y déroger. De même, aucun principe de droit n'admet *la renonciation implicite* à un droit. Etant donné que le droit congolais ne précise pas cette notion, le recours au droit comparé s'impose pour en connaître le contour. En effet, la Cour de cassation française a précisé que « la renonciation à un droit ou à une action ne peut se présumer et que, pour être utilement opposée par celui qui s'en prévaut, elle doit être certaine, expresse et non équivoque¹¹. »

Il est inadmissible que le juge WASENDA puisse prétendre que, dans le cas sous examen, la partie UDPS aurait renoncé à son droit de communication par le fait d'avoir admis de se défendre. Comme si notre juge voudrait laisser penser qu'en droit, si un voleur vous prend la voiture, vous y aurez renoncé pour n'avoir pas crié!

Par ailleurs, il faut souligner avec fermeté que ni la procédure d'intervention forcée ni la possibilité de laisser le temps aux parties de prendre connaissance de pièces non communiquées, eu égard au respect du calendrier procédural prévu par la loi électorale auquel le juge est soumis, ne sont prévues en procédure du contentieux électoral congolais.

⁹ Ainsi, on peut lire dans la décision de principe relative à l'exercice de la profession d'avocat adoptée par le Conseil national de l'Ordre le 2 août 1979 :

13. Les avocats se doivent la communication des pièces et des moyens, cette communication doit être complète, préalable et spontanée.

14. La communication des pièces et moyens doit se faire dans un délai suffisant pour permettre la préparation d'un loyal débat contradictoire à la date des plaidoiries.

15. L'avocat du demandeur communique ses pièces et moyens le premier tant au premier degré qu'en appel.

¹⁰ WENGA ILOMBE Willy, *Devenir un bon avocat. Quelques repères éthiques*, Kinshasa, Edition de l'Observatoire Congolais de la Vie Judiciaire, 2018, p.48.

¹¹ Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 20 janvier 2015, 13-12.127, Inédit.

Selon la loi électorale congolaise, la Cour constitutionnelle, saisie comme juge électoral, a 7 jours pour se prononcer. A supposer qu'il fallait laisser le temps à l'UDPS pour préparer sa défense, quel temps notre magistrat aurait laissé pour l'examen des valises de PV équivalent à 61% de voix ?

Ainsi, pour être recevables, les PV du '' soldat du peuple '' devraient être, en tout état de cause, communiqués en temps utile, c'est-à-dire 3 jours avant l'audience, aux avocats du candidat de l'UDPS.

Si l'article 74 de la loi électorale parle du dépôt au greffe, il faut simplement comprendre par-là que ce mode de signification concerne les parties qui n'ont pas d'avocat et qui doivent prendre connaissance du dossier au greffe.

III. Sur le cas de force majeure

En s'appuyant sur l'article 153 de la constitution, notre haut magistrat estime que tout juge en droit congolais est juge de la légalité.

Sans qu'il ne soit nécessaire de suivre notre juge dans ses égarements de peur d'égarer davantage l'opinion, il nous semble qu'il faut simplement dire avec insistance que les théories du droit administratif sur les actes détachables manifestement sont ici invoquées hors espèce.

La preuve en est que notre juge, en affirmant que l'article 153 de la constitution fait de tout juge congolais, le juge de la légalité, méconnaît simplement mais très dangereusement que le système juridique congolais repose sur un double ordre juridictionnel. Ce qui signifie que dans notre organisation judiciaire, l'on distingue les juridictions de l'ordre judiciaire et celles de l'ordre administratif¹² qui ont été très récemment installées.

Le principe de la séparation des pouvoirs interdit en conséquence que le juge judiciaire puissent connaître des actes administratifs ou décisions administratives.

Il est inepte et aberrant que notre juge, s'appuyant sur une disposition générale de la constitution, puisse soutenir que tout juge congolais est juge de légalité. Alors pourquoi la constitution a-t-elle créé des juridictions administratives qu'elle différencie des juridictions judiciaires ?

La CENI tire son pouvoir de l'article 211 de la Constitution qui l'institue comme pouvoir organisateur d'élection.

Ainsi, si à supposer établi que sa décision violerait la constitution ou la loi, le juge électoral n'était pas, en l'espèce, compétent pour connaître de la constitutionnalité ou de la légalité de cette décision puisque la décision de la CENI reste à la surface, pour emprunter l'expression à M. Francis DELPERE, du contentieux électoral proprement dit.

¹² Titre III, section 4, paragraphes 2 et 3 de la constitution du 18 février 2006, *Op.cit.*

Notre juge constitutionnel devrait savoir que l'élection étant un processus, le contentieux ne naît pas le même jour. Dès lors, il y a lieu de distinguer ses périodes et ses actes car, le juge n'est toujours pas le même pour les connaître.

L'article 153 de la constitution ne détermine donc pas la compétence d'un juge mais fait simplement exigence à tout juge de respecter, comme fondement de son œuvre, la loi au sens large¹³ en restant dans les limites de sa compétence.

En l'espèce, c'est donc à bon droit que la Cour constitutionnelle a estimé qu'il était sage de se déclarer incompétente sur le moyen tiré de la violation de la loi par la décision de la CENI de reporter les élections dans certaines circonscriptions électorales.

En conséquence, eu égard de ce qui précède, la Cour a bien dit le droit en déclarant la requête de Monsieur FAYULU recevable et non fondée.

Il faut donc saluer, pour une fois, le courage de la Cour en espérant que dans cette nouvelle ère qui s'ouvre, elle restera sage.

Quant à la force majeure proprement dite, elle n'est pas établie dans les cas des circonscriptions concernées. La force majeure, nous convenons au moins sur ce point avec notre cher magistrat, reste, pour être pris en compte par le juge, soumis à trois conditions qui ont été dégagées par la jurisprudence:

- l'irrésistibilité¹⁴
- l'imprévisibilité¹⁵
- l'absence de faute de celui qui l'invoque (extériorité de l'événement)¹⁶.

Gouverner étant prévoir, un gouvernement responsable ne peut soutenir n'avoir pas vu venir une épidémie qui n'est pas, par ailleurs, nouvelle et encore moins considérer que les violences ethniques, ayant conduit aux tueries regrettables, ne pouvaient être prévues. S'il faut se défendre de l'imprévisibilité de ces cas, le gouvernement admet en même temps sa faute dans le même raisonnement.

Il nous semble que la CENI pouvait reporter le scrutin sans invoquer la force majeure mais les contraintes politiques et sécuritaires ayant perturbé le processus électoral¹⁷. Mais, probablement

¹³ Au sens large, la loi englobe *la constitution*, toutes les règles émises par une autorité qualifiée (y compris les règlements) et les règles assimilées (principes généraux du Droit, coutume). v. CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 12^e édition, Paris, Puf, 2018, p.625.

¹⁴ Cour de Cassation française, Chambre civile 1, du 9 mars 1994, 91-17.459 91-17.464, Publié au bulletin ; Cour de Cassation française, Assemblée plénière, du 14 avril 2006, 02-11.168, Publié au bulletin.

¹⁵ Conseil d'Etat français, du 16 décembre 1970, 76980, publié au recueil Lebon.

¹⁶ Cour de cassation française, Chambre civile 2, du 18 décembre 1964, Publié au bulletin ; Cour de Cassation française, Chambre civile 3, du 2 avril 2003, 01-17.724, Publié au bulletin.

¹⁷ Dans l'annexe à la décision n°65/CENI/BUR/17 du 05 novembre 2017 portant publication du calendrier des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales, la CENI avait précisé que les contraintes politiques et sécuritaires sont constituées des troubles éventuels généralisés ou localisés susceptibles de perturber le processus électoral dont la responsabilité de prévention revient au gouvernement. A notre avis, la CENI pouvait utiliser ce motif qui est à différencier de la force majeure.

la carence d'expertise a conduit un juriste expert de la CENI à confondre une contrainte sécuritaire avec la notion de force majeure, des notions distinctes en droit.