

LA NOMINATION DES COMMISSAIRES SPECIAUX DU GOUVERNEMENT AU REGARD DU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA LIBRE ADMINISTRATION DES PROVINCES

■ **Dodo SULUBIKA ASHA**

Doctorant en droit

D.E.S. en droit public

Assistante à la Faculté de Droit/Université de Kinshasa

Avocate près la Cour d'appel de Kananga

INTRODUCTION

La République Démocratique du Congo (RDC) a opté pour la décentralisation comme technique d'organisation territoriale en vue d'assurer son développement à partir de la base. Le concept « décentralisation » a deux acceptions. Dans son acception plus large, il renvoie à tous les démembrements de l'État. Il s'agit des provinces et des entités territoriales décentralisées (ETD). Dans son acception stricte et consacrée par le constituant congolais de 2006, la décentralisation ne concerne que les entités territoriales qualifiées comme telles. Conformément à l'alinéa 2 de l'article 3 de la Constitution, les ETD sont les villes, les communes, les secteurs et les chefferies.

Le constituant de 2006 a octroyé aux provinces un statut d'entités politiques. En effet, la Constitution du 18 février 2006 a institué un nouveau découpage territorial de l'État consistant en l'augmentation du nombre des provinces de onze à vingt-six en ces termes :

« La République Démocratique du Congo est composée de la ville de Kinshasa et des 25 provinces dotées de la personnalité juridique et sont gérées par les organes locaux. Elles jouissent de la libre administration et de l'autonomie de gestion de leurs ressources économiques, humaines, financières et techniques.

Ces provinces sont : Bas-Uélé, Equateur, Haut-Lomami, Haut-Katanga, Haut-Uélé, Ituri, Kasai, Kasai Oriental, Kongo Central, Kwango, Kwilu, Lomami, Lualaba, Kasai Central, Mai-Ndombe, Maniema, Mongala, Nord-Kivu, Nord-Ubangi, Sankuru, Sud-Kivu, Sud-Ubangi, Tanganika, Tshopo, Tshuapa¹ ».

¹ Article 2 de la Constitution, *Journal Officiel de la RDC*, 52^{ème} année, Numéro spécial du 5 février 2011, pp.6-7.

Au moment de la promulgation de la Constitution, il n'existait que 10 provinces et la ville de Kinshasa. Suivant les prescrits constitutionnels, les autres provinces devaient être installées dans les trente-six mois à partir de l'installation de la dernière institution politique nationale, soit au plus tard en février 2010. Chose qui n'a pas été réalisée dans le délai constitutionnel et constituait une violation intentionnelle de la Constitution.

Pour couvrir cette violation et tenter de relancer le processus de l'installation de nouvelles provinces, l'article 1^{er} de la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution a prévu une loi de programmation fixant les modalités d'installation de nouvelles provinces.

Pour les autorités politiques tant nationales que provinciales, l'installation de nouvelles ne constituait pas une priorité. Car elles considéraient que la mise en place de nouvelles provinces conduirait à la dissolution des assemblées provinciales et à la démission de gouvernements provinciaux dans toutes les provinces sujettes au démembrement. La menace que présentait cette entreprise était redoutable tant pour le pouvoir central que pour les animateurs des institutions politiques provinciales existantes. Pour le régime en place, le risque de perdre les gouvernorats qu'il avait gagnés difficilement était grand eu égard à la gestion peu orthodoxe de nombreux gouverneurs².

C'est finalement le 28 février 2015, que la Loi n° 15/004 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces a été promulguée. Cette loi fixe l'ensemble des opérations à effectuer dans chaque province en déterminant le calendrier d'installation et les différentes actions à entreprendre en deux phases. La première phase concerne les provinces non démembrées qui sont installées dès l'entrée en vigueur de la loi c'est-à-dire à la date de sa promulgation³. Il s'agit des provinces du Kongo Central, du Maniema, du Nord-Kivu, du Sud-Kivu et la Ville de Kinshasa. La seconde, la plus complexe, concerne les provinces démembrées qui est ponctuée de quatre étapes à réaliser dans le délai fixé par ladite loi.

La première étape concerne la mise en place dans les quinze jours suivant la promulgation de la loi, des commissions chargées de l'établissement de l'état des lieux des provinces ainsi que leur actif et leur passif sans oublier la

² CIHUNDA HENGELELA, L'installation de nouvelles provinces en République démocratique du Congo : contraintes juridiques et politiques, *La décentralisation territoriale en République Démocratique du Congo sous le régime de la Constitution du 18 février 2006 Bilan et perspectives*, KUMBU KI NGIMBI, (dir.), *Aditions de la Campagne pour les droits de l'homme au Congo*, Kinshasa, 2014, p.12.

³ Article 4 de la Loi de programmation n°15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces, *JORDC*, 56^{ème} année, Numéro spécial du 5 mars 2015

répartition, entre les nouvelles provinces du patrimoine ainsi que des ressources humaines et financières⁴.

La présentation, dans les trente jours, de différents rapports des commissions aux assemblées provinciales existantes qui en prennent acte constitue la deuxième étape tandis que la troisième et la quatrième sont relatives respectivement à l'installation des bureaux de nouvelles assemblées provinciales ainsi que de l'élection de nouveaux gouverneurs et leurs vice-gouverneurs. Il importe de rappeler que la loi de programmation exige que l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs intervienne dans un délai maximum de 120 jours à dater de la mise en place des commissions⁵.

Se trouvant dans l'impossibilité de respecter les différents délais légaux, le processus d'installation de nouvelles provinces accusait malheureusement une certaine précipitation.

Cet état de chose est dû au fait que le coût des opérations d'installation de nouvelles provinces n'a pas été pris en compte dans le budget de l'État adopté avant la promulgation de la loi de programmation, aussi le calendrier électoral⁶ adopté deux semaines plus tôt devrait encore être réaménagé pour intégrer l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs des provinces.

Face à l'impossibilité d'organiser les élections des gouverneurs et vice-gouverneurs de nouvelles provinces démembrées dans le délai de 120 jours suivant la mise en place des commissions, la Commission Electorale Nationale Indépendante (CENI) s'est vu obligé de soumettre à la Cour constitutionnelle un recours en interprétation de l'article 10 de la loi de programmation n° 15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces et de l'article 168 de la loi électorale d'une part et d'autre part à demander un avis sur la suite du processus électoral.

En réponse au recours de la CENI, la Cour constitutionnelle a ordonné par son arrêt R.Const 0089 du 8 septembre 2015 au Gouvernement de prendre des mesures transitoires exceptionnelles pour pallier au blocage institutionnel dû au retard dans l'installation de nouvelles provinces, d'y maintenir l'ordre public et la sécurité, d'y assurer la régularité et la continuité des services publics, en attendant la mise en place des exécutifs provinciaux issues des élections. En exécution de cet arrêt de la Haute Cour, le gouvernement a opté pour la nomination, par ordonnance présidentielle n° 15/081 du 29 octobre 2015 des Commissaires spéciaux⁷ du Gouvernement chargés d'administrer les nouvelles provinces.

⁴ Article 5 de la loi de programmation, *op.cit.*, p.4.

⁵ Article 10 de la Loi de programmation, *op.cit.*, p.5.

⁶ Décision n°001/CENI/BUR/15 du 12 février 2015.

⁷ Chaque nouvelle province est administrée par un Commissaire spécial et deux commissaires spéciaux adjoints dont l'un est chargé des questions politiques, juridiques et administratives et l'autre, des questions économiques, financières et de développement.

Cette nomination des Commissaires spéciaux est-elle conforme au principe constitutionnel de la libre administration des provinces ? Est-elle conforme aux termes de l'arrêt R.Const. 0089 du 8 septembre 2015 ?

La présente réflexion a pour objet de s'interroger sur les véritables raisons, mobiles de cette nomination. Cette question est d'autant plus cruciale qu'elle avait fait objet d'un débat impitoyable entre scientifiques, acteurs socio-politiques, à côté des télé-juristes qui parlaient abondamment de la fraude à la Constitution ou même encore de la violation intentionnelle de la Constitution.

Après avoir revisité les controverses juridiques découlant de la nomination des Commissaires spéciaux, dans un premier point, il nous semble utile d'analyser les conditions de constitutionnalité de l'ordonnance présidentielle sus-vantée avant de procéder à la démonstration de la violation du principe constitutionnel de la libre administration. Telle est la charpente de la présente étude.

I. CONTROVERSES JURIDIQUES DECOULANT DE LA NOMINATION DES COMMISSAIRES SPECIAUX ET COMMISSAIRES SPECIAUX ADJOINTS DU GOUVERNEMENT CHARGES D'ADMINISTRER LES NOUVELLES PROVINCES

La recherche des motivations ou les raisons ayant conduit à la nomination des Commissaires spéciaux demeure à ce jour une préoccupation capitale aux yeux de plusieurs acteurs sociopolitiques qui n'ont d'ailleurs pas cessé de dénoncer jusqu'à leur dernière énergie la violation du principe du régionalisme politique tel qu'institué par les textes légaux ainsi que la Constitution de la République.

C'est dans le cadre de l'installation de nouvelles provinces que le Président de la République a pris sur injonction de la Cour constitutionnelle⁸ l'ordonnance n°15/081 du 29 octobre 2015 portant nomination des Commissaires spéciaux et Commissaires spéciaux adjoints du Gouvernement chargés d'administrer les nouvelles provinces en attendant l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs desdites provinces.

Cette ordonnance présidentielle a fait l'objet de beaucoup de critiques de la part non seulement des acteurs socio-politiques mais aussi des scientifiques. Certains ont même soutenu que le poste de « Commissaires spéciaux du gouvernement en province » n'existe nulle part dans la nomenclature des agents de l'État ni dans les institutions de la République⁹.

⁸ CC, 08 septembre 2015, R.Const. 089, septième feuillet, par. 3.

⁹ Lire à cet effet, CIHUNDA HENGELELA, J., « Droit d'un élu au retour dans une assemblée parlementaire. Etude critique des arrêts R.Const.189/TSR de la Cour suprême de Justice du 18 novembre 2013 et R.Const.126 de la Cour constitutionnelle du 21 novembre 2015 », *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, Vol.1, 2016, p.329.

D'autres par contre, comme Katako Babandoa Arnold, Liwanga Angelelani Grâce et Bolungu Ibula Elvis ont sollicité de la Cour constitutionnelle, l'annulation de cette ordonnance¹⁰. C'est dans cette catégorie que l'on peut ranger Eve Bazaiba qui avait saisi la Cour constitutionnelle en interprétation de son propre arrêt sur le sens à donner à son injonction tout en invitant le gouvernement de la RDC de prendre sans tarder les dispositions exceptionnelles transitoires pour faire régner l'ordre public, la sécurité ainsi que la continuité des services publics dans les provinces concernées en attendant l'élection des gouverneurs et des vice-gouverneurs¹¹.

Dans les deux arrêts R.Const.168 et R.Const.0143, la Cour s'est déclarée incompétente laissant ainsi sans réponse la question de savoir si la Cour a-t-elle donné ou non au gouvernement, à travers les dispositions exceptionnelles transitoires ordonnées dans son arrêt du 8 septembre 2015, l'autorisation de procéder à la nomination des Commissaires spéciaux en charge de la gestion de nouvelles provinces en attendant l'élection des exécutifs provinciaux ?

D'un côté, à travers l'arrêt R. Const. 168, la Cour tire son incompétence du fait qu'elle considère cette ordonnance présidentielle comme un acte administratif unilatéral individuel, générateur de situations personnelles et subjectives, ne relevant pas des matières susceptibles de censure par elle¹².

De l'autre, à travers l'arrêt R.Const.0143, la Cour fonde son incompétence sur le caractère ambigu du second chef de demande au point que la question qui se pose est celle de savoir si c'est le projet d'ordonnance ou l'interprétation que le gouvernement a faite de l'arrêt R. Const. 0089 que la requérante soumet au contrôle de la Cour. Dans tous les cas, ni l'un ni l'autre ne rentrent dans sa compétence, la Cour n'ayant pas pour mission de censurer un projet d'ordonnance en gestation, du reste non produit, ni de l'interpréter, encore moins d'en apprécier la conformité à la constitution, au regard des dispositions pertinentes des articles 160 et 161 de la Constitution¹³.

La réponse à la question évoquée ci-dessus est l'objet de cette partie de la présente étude. Elle tente d'apporter une contribution aux débats lancés par les juristes et acteurs politiques sur la question. Cette recherche est menée dans une période désintéressée caractérisée par le fait que ces Commissaires spéciaux du gouvernement ont été entretemps remplacés par les gouverneurs et vice-gouverneurs élus. Il nous paraît impérieux d'analyser le rôle joué par la CENI et la Cour constitutionnelle dans la validation de la nomination des Commissaires spéciaux du gouvernement mais, avant tout, l'analyse du

¹⁰ CC, 21 novembre 2015, R.Const.168, premier feuillet.

¹¹ CC, 08 septembre 2015, R.Const.0089, *op. cit.*

¹² CC, 21 novembre 2015, R.Const.168, septième feuillet, par.5.

¹³ CC, 21 novembre 2015, R.Const.0143, neuvième feuillet, par.6.

paysage politique au moment de la nomination de ces Commissaires spéciaux semble être d'une grande utilité.

A. Contexte politique de la nomination des Commissaires spéciaux

L'épineuse question de l'alternance politique en 2016 au sommet de l'État a divisé la classe politique au point que de l'avis de plusieurs observateurs de la situation politique, la stabilité du Congo passe nécessairement par le respect des délais d'organisation des élections et du nombre de mandats présidentiels tel que prévu par la Constitution du 18 février 2006.

Pendant que la RDC se préparait à vivre en 2016 une alternance démocratique à la tête de l'État, il a été observé une vague de turbulences au sein de la Majorité présidentielle due à la crainte de voir le Président de la République se représenter à l'élection présidentielle de novembre 2016. Bloqué par l'article 220 de la Constitution, le Président de la République en fonction avait l'obligation de respecter l'exigence constitutionnelle celle de ne pas se représenter pour un troisième mandat.

Cependant, la disqualification de Joseph Kabila à cette élection créait déjà des tensions très vives au sein de sa famille politique, la Majorité présidentielle (MP). Celle-ci était secouée par la gestion des ambitions. L'émergence d'un courant progressiste, le G7, en est une belle illustration. Charles Mwando Nsimba, Pierre Lumbi, Christophe Lutundula, Olivier Kamitatu, José Endundu et Dany Banza, leaders de sept partis politiques frondeurs de la coalition au pouvoir, avaient quitté la Majorité présidentielle après avoir envoyé (à trois reprises fin février, début mars et à la mi-septembre 2015) des courriers au Président Joseph Kabila dans lesquels ils s'opposaient à toute tentative de prolongement du deuxième mandat et dans lesquels ils insistaient sur l'alternance politique au sommet de l'État. Pour la MP, ces leaders étaient déclarés naturellement « auto-exclus » de la coalition au pouvoir.

Les leaders de sept partis MSR¹⁴, ARC¹⁵, ACO¹⁶, UNAFEC¹⁷, PDC¹⁸, UNADEF¹⁹, ADP²⁰, sont désormais passés à l'opposition. Entre le camp resté loyal à Joseph Kabila et ce nouveau regroupement politique qui prône l'alternance démocratique, la guerre est ouverte et tous les coups sont permis. Moïse Katumbi, très populaire au Katanga et dernier gouverneur de l'Ex-Katanga est un partenaire privilégié du G7 est, alors désigné candidat

¹⁴ Mouvement Social pour le Renouveau.

¹⁵ Alliance pour le renouveau du Congo

¹⁶ Avenir du Congo

¹⁷ Union Nationale des Fédéralistes du Congo

¹⁸ Parti des Démocrates Chrétiens

¹⁹ Union Nationale des Fédéralistes

²⁰ Alliance des démocrates pour les Progrès

commun des formations politiques composant la plateforme pour l'élection présidentielle de 2016.

La contestation anti Kabila menaçait de faire émerger un nouveau leadership. L'ancien gouverneur du Katanga, Moïse Katumbi, qui n'avait jamais caché son opposition au 3ème mandat de Joseph Kabila, semble avoir été le porte-étendard de ce nouveau leadership. Il avait même été parmi les premiers à le déclarer publiquement lors de son retour médiatique à Lubumbashi vers la fin 2014. Le passage de Moïse Katumbi à la gestion des affaires publiques est jugé plutôt positivement dans la province minière du Katanga. Cet écho favorable à l'ancien gouverneur du Katanga s'est répandu à travers tout le reste de l'étendue du territoire national.

Au sein du G7, Moïse Katumbi est originaire du Haut-Katanga, Muando et Kyungu sont originaires de Tanganika et Dany Banza est originaire du Haut-Lomami. Avec cette configuration, le G7 occupe trois sur quatre des provinces composant l'ex-Katanga, qui d'ailleurs est en même temps province du Président de la République en fonction. L'opposition s'installe au sein même de la province du Chef de l'État, avec comme risque d'entraîner une déstabilisation du pays à partir de cette province. Ce qui, du reste, paraissait intolérable aux yeux de ceux qui sont restés fidèles à Joseph Kabila.

La question relative à l'alternance politique en 2016, serait à la base de la nomination des Commissaires spéciaux. Cette option est apparue comme une solution pour tenter de stabiliser les provinces issues de l'ex-Katanga qui ne respiraient que sous les revendications portant sur la fin du mandat du Président de la République et son remplacement par un nouveau président élu. À la tête de tous ces opposants, figurait Moïse Katumbi Chapwe. Mais à côté du gouverneur de la province, il y avait aussi, l'ancien Président de l'Assemblée provinciale du Katanga, Gabriel Kyungu wa Kumwanza, qui est considéré aux yeux des natifs katangais, comme un grand mobilisateur des masses et personnalité historiquement respectée de la province.

Tel est le décor politique dans lequel se trouvait la République Démocratique du Congo au moment de la nomination des Commissaires spéciaux. Il résulte que la nomination des Commissaires spéciaux avait une motivation avant tout politique que sécuritaire comme l'on avait annoncé.

B. Rôles de la CENI et de la Cour constitutionnelle dans la validation de la nomination des Commissaires spéciaux

C'est dans un contexte de la recherche de l'alternance politique et par conséquent, de l'enclenchement du processus qui allait mettre fin au dernier mandat du Président de la République que le gouvernement a décidé d'engager les provinces dans un processus de démembrement aux contours peu clairs. Ayant pris vent de la nomination des gouverneurs de province, les

voix se sont élevées pour dénoncer cette intention du gouvernement de violer le texte constitutionnel. Visiblement le gouvernement s'était accroché cabré dans sa position fermant la porte à toute proposition constructive censée huiler la machine de la décentralisation. Du coup, la voie se trouvait être ouverte pour un forcing consistant à nommer les gouverneurs de provinces.

L'idée de procéder à la mise en œuvre, en mode d'urgence, le processus de démembrement des provinces était considérée par l'exécutif national comme un moyen par excellence de mettre en déroute les opposants de la province du Katanga qui réclamaient à tue-tête l'organisation de l'élection présidentielle dans le délai constitutionnel, soit au plus tard le 20 décembre 2016. Le démembrement du grand-Katanga en quatre provinces a constitué une bouée de sauvetage pour l'exécutif national. Chaque opposant katangais du G7 devait se retrouver dans sa nouvelle province. Ce qui a mis en mal la cohésion des opposants du grand Katanga composant principalement le G7.

La mise en œuvre de cette idée se matérialise par la promulgation par le Président de la République en date du 28 février 2015 de la loi de programmation déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces²¹, soit deux semaines après la publication du calendrier électoral par la Commission électorale nationale indépendante (CENI) (le 12 février 2015). Ce calendrier ne prévoyait pas l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs de nouvelles provinces. Cette loi de programmation avait bousculé sérieusement le calendrier fixé par CENI en ce qu'elle déterminait elle-même le délai d'organisation des élections des gouverneurs et vice-gouverneurs de nouvelles provinces. Ne disposant pas de moyen de sa politique, la CENI n'avait pas eu d'autres choix que d'annoncer le report de ces scrutins d'abord, au 31 août 2015, puis au 6 octobre 2015 et enfin à une date ultérieure.

Dans l'entretemps, il sied de signaler que dès le lancement du processus de découpage territorial, plusieurs couacs avaient été relevés par bon nombre d'observateurs. Parmi lesquels, il y a lieu de relever que dans les provinces démembrées, l'heure était à la démobilisation, notamment au niveau de principaux services publics. Les conflits de compétence ont fait jour entre les anciens exécutifs provinciaux et ceux, quoique provisoires, censés régenter les nouvelles provinces. Mbandaka, Kisangani, Lubumbashi, Kananga, Mbuji-Mayi, Bandundu-ville, anciens chefs-lieux des provinces, n'avaient plus d'autorité sur les territoires qui relevaient autrefois de leurs juridictions administratives.

En l'absence d'exécutifs provinciaux dans les 15 provinces issues du démembrement, le désordre aurait élu domicile dans tous les compartiments

²¹ La promulgation de cette loi de programmation intervient en 2015 alors que la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution l'a prévu depuis 2011.

des structures de l'État. La bataille était rude entre les chefs de division de différents services du Ministère de l'intérieur. Pire encore, les inspecteurs de la territoriale dépêchés par le gouvernement central dans les 21 nouvelles provinces semblaient régner en maîtres. À certains endroits, les envoyés spéciaux du gouvernement, se substituaient aux autorités provinciales, créant un imbroglio indescriptible²². Très vite, le pays se retrouvait en face d'une territoriale à double vitesse.

D'un côté, il y avait les cinq anciennes provinces qui ont maintenu le rythme parce que non concernées par le découpage territorial. Dans ce bloc figurent le Nord-Kivu, le Sud-Kivu, le Maniema, le Kongo Central et la ville de Kinshasa. De l'autre côté, les vingt-une nouvelles provinces démembrées qui assistaient à un dérèglement sans pareil aux allures très inquiétantes et qui a conduit d'ailleurs à une question orale adressée par l'Assemblée nationale à Evariste Boshab, alors, Ministre de l'Intérieur et Sécurité.

Prise de court par la loi de programmation, la CENI n'a pas trouvé d'autres issues que de saisir la Cour constitutionnelle par une requête²³ sollicitant entre autres son avis sur la poursuite du processus électoral, en présentant brièvement les faits en ces termes :

1. Considérant qu'en date du 28 février 2015, le Chef de l'État a promulgué la loi de programmation n°15/004 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces en accord avec les dispositions des articles 2 et 226 de la Constitution ;
2. Considérant que la loi de programmation susvisée fixe un calendrier d'installation des provinces, lequel prévoit notamment l'installation de nouvelles provinces démembrées dont la durée ne peut excéder cent vingt jours, à dater de la mise en place des Commissions ;
3. Que s'agissant du calendrier, l'article 5 de la loi précitée exige la mise en place, dans les quinze jours suivant la promulgation de la loi de programmation, d'une commission par province à démembrer, pour le besoin d'installation des provinces concernées ;
4. Considérant que chaque Commission doit présenter dans les trente jours de sa constitution, son rapport des travaux à l'Assemblée existante qui en prend acte. Cette présentation du rapport et sa prise d'acte enclenchent le processus d'éclatement de la Province ;
5. Considérant que l'Assemblée provinciale de la nouvelle province se réunit de plein droit en session extraordinaire le quinzième jour suivant la

²² Le Potentiel, Les nouvelles provinces paralysées, n°6514 du 26 août 2015, p. 2.

²³ CC, 08 septembre 2015, R. Const. 0089, *op.cit.*

présentation des rapports et prise d'acte pour procéder, entre autres à l'installation de leur bureau provisoire et à l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs conformément à l'article 168 de la loi électorale ;

6. Que la loi précitée dispose, en son article 10, que la durée de l'installation effective des institutions ne peut excéder cent vingt jours, à dater de la mise en place des Commissions provinciales ;
7. Considérant par ailleurs, que selon l'article 168, l'élection des gouverneur et vice-gouverneur a lieu, au plus tard, vingt un jour après l'installation du Bureau définitif de l'Assemblée provinciale ;
8. Considérant la lettre n°25/CAB/MININTERSEC/EB/2183/2015 du 18 juillet 2015 par laquelle le Vice-premier Ministre, Ministre de l'Intérieur et Sécurité a notifié à la Commission électorale Nationale Indépendante l'effectivité de l'installation de nouvelles provinces ;
9. Que suite à cette notification, la Commission Electorale Nationale Indépendante a lancé l'organisation des consultations électorales pour l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs des nouvelles provinces par sa décision n°013/CENI/BUR/15 du 23 juillet 2015 portant convocation du corps électoral et publication du calendrier de l'élection des gouverneurs et vice-gouverneur des 21 nouvelles provinces ;
10. Que le calendrier, publié en accord avec les dispositions de l'article 168 de la loi électorale, ne cadre pas avec certains délais institués par la loi de programmation.

La Cour constitutionnelle a répondu, en ordonnant :

d'une part à la Commission électorale nationale indépendante d'évaluer, en toute indépendance et impartialité, tout le processus électoral conduisant aux élections prévues dans son calendrier global du 12 février 2015 et notamment celle des gouverneurs et vice-gouverneurs avant la tenue des élections provinciales et d'autre part, au gouvernement de la République de prendre sans tarder les dispositions transitoires exceptionnelles pour faire régner l'ordre public, la sécurité et assurer la régularité, ainsi que la continuité des services publics dans les provinces concernées par la loi de programmation en attendant l'élection des gouverneurs et vice-Gouverneurs, ainsi que l'installation des gouvernements provinciaux issus des élections prévues par l'article 168 de la loi électorale²⁴.

Par son arrêt R. Const. 0089, la Cour constitutionnelle a conféré un caractère légal à l'option prise par l'exécutif national de procéder à la nomination des Commissaires spéciaux en violation manifeste des prescrits constitutionnels. Paul-Gaspard Ngondankoy a appelé, avec raison, dans un

²⁴ CC, 08 septembre 2015, R.Const.0089.

autre contexte, les décisions de la Cour, des arrêts sur « commande politique ».²⁵

Cette façon de faire a débouché non seulement sur « le juge de gouvernement », celui-utilisant le juge pour faire aboutir son bon vouloir, sous le couvert du droit mais également sur le spectre du « gouvernement des juges ». Le juge constitutionnel a, politiquement imposé sa volonté à tous, en ce compris aux représentants du peuple entraînant ainsi une certaine insécurité juridique.

Abordant dans le même sens, Marcel Wesh'Okonda Koso considère que :

cette attitude est plutôt dogmatique ou idéologique. Elle pêche par son caractère extrême dans la mesure où elle consiste à jeter le bébé de ses effets politiques et juridiques avec l'eau du bain du pouvoir normatif²⁶ alors des garde-fous plus acceptables peuvent être mobilisés, à cette fin, avec plus ou moins d'efficacité²⁷.

Cette nouvelle violation de la Constitution par l'exécutif est couverte par l'implication de la Cour constitutionnelle en passant par la Commission électorale nationale indépendante par sa requête du 29 juillet 2015 en interprétation des dispositions des articles 10 de la Loi de programmation n°15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces et 168 de la Loi n°06/006 du 9 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales, telle que modifiée par la Loi n°11/003 du 25 juin 2011 et la Loi n°15/001 du 15 février 2015.

Il convient d'affirmer que cet acte de nomination est apparu aux yeux de plusieurs observateurs comme un ballon d'essai qui a permis de faire un choix sur les futurs candidats gouverneurs parmi les trois Commissaires spéciaux nommés dans chacune de province. La suite des événements l'a confirmé.

Parmi, les trois Commissaires nommés par province, deux étaient désignés candidats gouverneur et vice-gouverneur et un poste ministériel était réservé au troisième. Ce choix se faisait suivant le soutien politique du gouvernement central, le poids et le rendement de chacun pendant les six mois d'exercice des fonctions de Commissaires spéciaux.

Mais qu'en est-il des aspects constitutionnels de l'acte pris par le Président de la République qui a suscité tant des débats juridiques ?

²⁵ NGONDANKOY NKOY ea LOONGYA, PG, *Le contrôle de constitutionnalité en République démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique*, Thèse de doctorat en droit public, Université catholique de Louvain, 2008.

²⁶ Il est reconnu à la cour constitutionnelle, le pouvoir normatif parce qu'elle remplit les critères des Cours suprêmes.

²⁷ WESH'OKONDA KOSO, M, « A propos du pouvoir de régulation de la vie politique par la cour constitutionnelle congolaise : une analyse l'arrêt R.Const.0089/2015 du 8 septembre 2015 », *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, Vol.1, 2016, pp. 239.

II. CONDITIONS DE CONSTITUTIONNALITE DE L'ACTE DE NOMINATION DES COMMISSAIRES SPECIAUX

Il importe d'abord d'analyser les conditions de constitutionnalité de l'ordonnance sous examen avant de se prononcer sur l'usage du pouvoir de régulation de la Cour constitutionnelle.

A. Examen du caractère constitutionnel ou non de l'ordonnance portant nomination des Commissaires spéciaux

Le contentieux d'interprétation des arrêts de la Cour constitutionnelle est une matière non seulement nouvelle mais contient en même temps multiples inconnues car les textes juridiques en vigueur sont muets sur tout²⁸. Au-delà du simple enjeu consistant à répondre à la demande du requérant, cet état de non-droit exige des juges constitutionnels un effort assidu de recherche et d'analyse profonde, d'imagination et d'audace jurisprudentielle, pour parvenir à identifier (non pas à créer) les règles juridiques applicables, et à les éclaircir, afin de couvrir les lacunes du droit positif²⁹. Dans le même élan, les juges constitutionnels auraient pu, à l'occasion de l'examen de la requête en inconstitutionnalité introduite par trois congolais³⁰ contre l'ordonnance présidentielle sous étude, développer d'autres pistes pour se déclarer compétente à connaître de la constitutionnalité de cette décision prise sur injonction de la Cour constitutionnelle elle-même suivant son arrêt R.Const. 0089 du 8 septembre 2015 en ordonnant au gouvernement de la RDC de prendre sans tarder les dispositions exceptionnelles transitoires pour faire régner l'ordre public, la sécurité ainsi que la continuité des services publics dans les provinces concernées en attendant l'élection des gouverneurs et des vice-gouverneurs...³¹.

Elle fixerait à mon avis définitivement l'opinion sur ce qu'elle entendait par les dispositions exceptionnelles transitoires à prendre par le gouvernement³² qui, en principe, ne devait pas violer les textes juridiques existants notamment la Constitution de la République.

²⁸ Il s'agit notamment de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la RDC, *JORDC*, 52^{ème} année, Numéro spécial du 5 février 2011 et de la Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *JORDC*, 54^{ème} année, Numéro spécial du 18 octobre 2015 et du Règlements intérieur de la Cour constitutionnelle.

²⁹ BALINGENE KAHOMBO, «Note juridique sur l'arrêt R. Const.143 de la Cour constitutionnelle du 21 novembre 2015 relatif à l'interprétation de l'arrêt R.Const.0089/2015 du 8 septembre 2015 », *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, Vol.1, 2016, pp. 355-356.

³⁰ CC, 21 novembre 2015, R.Const.168, premier feuillet.

³¹ CC, 08 septembre 2015, R. Const. 0089, septième feuillet, par 3.

³² La cour avait enjoint au Gouvernement de prendre des mesures exceptionnelles pour faire face à la situation dans les nouvelles provinces mais sans préciser ni la nature ni la portée de telles mesures.

À travers l'arrêt R. Const. 168, la Cour fonde son incompétence en se limitant à l'article 1^{er} de l'ordonnance présidentielle sous examen qui désigne nommément les personnes concernées. Ainsi, elle considère cette ordonnance présidentielle comme

Un acte administratif unilatéral individuel, générateur de situations personnelles et subjectives, un acte créateur des droits en faveur des personnes concernées, les femmes et hommes nommés Commissaires spéciaux et Commissaires spéciaux adjoints du gouvernement ; dès lors, s'agissant d'un acte administratif unilatéral non réglementaire, cette ordonnance présidentielle ne relève pas des matières susceptibles de censure par la cour constitutionnelle.³³.

Cette ordonnance ne porte pas des dispositions de portée générale, abstraite et impersonnelle, autrement dit, elle ne contient pas des normes de conduite obligatoire applicables à tous³⁴.

Parmi les pistes pour rechercher justement sa compétence, la Cour aurait pu exploiter le deuxième article de l'ordonnance présidentielle qui détermine le cadre juridique de l'action ou de l'intervention de ces personnes nommées Commissaires spéciaux du gouvernement et prévoit *in extensio* ce qui suit :

les Commissaires Spéciaux du Gouvernement sont chargés d'administrer provisoirement les nouvelles provinces conformément aux dispositions pertinentes de la Loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des Provinces.

Cet article 2 renferme en lui les dispositions de portée générale, abstraite et impersonnelle ou des normes de conduites obligatoires applicables à tous, citoyens ou agents de l'Etat se trouvant dans ces nouvelles provinces et vise en même tout homme ou femme qui se retrouverait nommés pour exercer les fonctions des Commissaires spéciaux. Aussi, il y a lieu de relever ici que le projet d'ordonnance présidentielle a été discuté à la réunion du conseil des Ministres du 18 septembre 2015. Le préambule de cette ordonnance va plus loin jusqu'à relever que le Conseil des Ministres a été entendu³⁵. C'est après débat en conseil des ministres que cette décision de nomination a été prise. Ce qui voudrait dire que le Président de la République a nommé les Commissaires spéciaux dans la cadre de l'exercice de son pouvoir réglementaire. C'est à ce niveau qu'apparaît le caractère réglementaire de l'ordonnance présidentielle attaquée.

Il convient de noter que pendant la période de transition, la Cour suprême de justice, siégeant comme Cour constitutionnelle, opérait déjà la

³³ CC, 21 novembre 2015, R.Const.168, septième feuillet, par.5.

³⁴ Idem

³⁵ Lire le Journal officiel numéro 21, 56^{ème} année du 1^{er} novembre 2015, p.9.

distinction entre les actes pris par le Président de la République dans l'exercice de son pouvoir réglementaire des décisions de nomination en ces termes ³⁶ :

*Le président de la République exerce le pouvoir réglementaire lorsqu'il édicte des règlements qui sont des actes à portée générale et impersonnelle. L'acte réglementaire est la loi au sens matériel du terme. C'est-à-dire l'acte qui crée une norme générale de conduite, une norme applicable à tous ceux qui se trouvent dans la situation visée par l'auteur de l'acte. Les décrets délibérés en conseil des ministres sont des actes réglementaires...*³⁷

Ainsi, la Cour aurait fait œuvre utile en se déclarant compétente, tout en se donnant en même temps la possibilité de se prononcer sur la constitutionnalité ou non de cette ordonnance surtout qu'elle est la conséquence logique de son injonction imposée au gouvernement par son arrêt 0089 sus dessus- évoqué.

En se déclarant incompétente dans un arrêt peu motivé, la Cour a manqué une occasion de renforcer sérieusement sa crédibilité sur le caractère constitutionnel ou non de cette ordonnance présidentielle présentée à son temps à tort ou à raison comme une remise en cause de l'option de régionalisme constitutionnel levée par la Constitution du 18 février 2006.

Très souvent l'incompétence de la Cour constitutionnelle est contournée par l'usage de son pouvoir régulateur de la vie politique. Qu'en est-il au juste ?

B. Pouvoir régulateur de la Cour constitutionnelle

La Cour recourt à son pouvoir de régulation pour proroger sa compétence en telle ou telle autre matière³⁸. La doctrine tout comme la jurisprudence utilise la notion de pouvoir de régulation du juge constitutionnel sans réellement s'interroger sur son sens. Selon Giles Badet, la fonction de régulation du juge constitutionnel remplit deux fonctions principales. D'abord, celle de « lubrifiant institutionnel » à travers le déblocage de la paralysie du fonctionnement des institutions et la prévention du vide institutionnel » lié à

³⁶ KAPINGA K. NKASHAMA, S., « Cour constitutionnelle face à l'ordonnance n°15/081 portant nomination des commissaires spéciaux du gouvernement dans les nouvelles provinces » *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, Vol.1, 2016, p.389.

³⁷ CSJ, 20 janvier 2004 RL.09 interprétation des articles 76 et 91 de la constitution de la transition, arrêt dont l'extrait est reproduit par Wets'okonda Koso M., *Les textes constitutionnels congolais annotés*, Kinshasa, Editions de la campagne pour les droits de l'homme au Congo, p. 396.

³⁸ Il existe plusieurs exemples d'interprétation extensive de la compétence des juges constitutionnels. Le cas le plus éloquent est celui de l'affaire Madison contre Marbury, la célèbre décision fondatrice du contrôle de la constitutionnalité des lois, et partant de la justice constitutionnelle, prononcée par la Cour suprême des Etats Unis en 1803 ne trouvent pas son fondement de la constitution de 1787. Aucune disposition constitutionnelle ne confère cette compétence à cette juridiction. C'est plutôt à l'audace du Chief justice John Marshall qu'on la doit. A cet effet, lire ROUX, A., « Contrôle de constitutionnalité. Organisation juridictionnelles », in TROPPER, M. et CHAGNOLLAUD, D., *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, *Suprématie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p.111 ; CONAC, G., « Etat de droit et démocratie », in CONAC, G., (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, p.484 ; Villiers M. et Thibaut de Berranger (dir.), *Droit public général*, Paris, Lexis Nexis, 2011, pp. 1289-1290.

la paralysie du processus électoral. Ensuite, celle de discipline des acteurs politiques et, dans l'hypothèse de la régulation mixte, celle de lubrifiant institutionnel en même temps que celle de discipline des acteurs politiques.³⁹

L'exercice de ce pouvoir suscite beaucoup de controverses entre scientifiques au sujet des attributions de la cour constitutionnelle qui pour certains les dispositions relatives à la compétence du juge constitutionnel doivent nécessairement être interprétées restrictivement⁴⁰. D'autres par contre, comme Ismaila Madior Fall pense que

toutes les juridictions constitutionnelles disposent simplement d'une compétence d'attribution. La différence entre ces juridictions réside dans les interprétations qu'elles font de cette compétence d'attribution. Certaines en font une interprétation stricte adossée à la lettre des textes l'organisant. D'autres en font une interprétation dynamique avec la possibilité d'élargissement dictée par l'ambiance démocratique⁴¹.

C'est en usant de son pouvoir de régulation de la vie politique, du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics que la cour constitutionnelle congolaise se déclarera compétente pour connaître du deuxième chef de demande de la Commission Electorale Nationale Indépendante, CENI, en sigle qui porte sur la poursuite du processus électoral tel que planifié par la décision de la CENI n°001/CENI/BUR/15 du 12 février 2015 portant publication du calendrier des élections provinciales, urbaines, municipales et locales 2015 et des élections présidentielles et législatives 2016 relativement à l'organisation dans le délai des élections provinciales prévues le 25 octobre 2015 et en conséquence elle ordonne à travers l'arrêt R. Const. 0089 une série des mesures dont :

d'une part à la Commission électorale nationale indépendante d'évaluer, en toute indépendance et impartialité, tout le processus électoral conduisant aux élections prévues dans son calendrier global du 12 février 2005 et notamment celle des Gouverneurs et Vice-gouverneurs avant la tenue des élections provinciales et d'autre part, au Gouvernement de la République de prendre sans tarder les dispositions transitoires exceptionnelles pour faire régner l'ordre public, la sécurité et assurer la régularité, ainsi que la continuité des services publics dans les provinces concernées par la loi de programmation en attendant l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs, ainsi que l'installation des gouvernements provinciaux issus des élections prévues par l'article 168 de la loi électorale⁴².

³⁹ BADET, G., *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, s.e, 2013, pp. 241

⁴⁰ KASHAMA TSHIKONDO, R., « Avec l'arrêt R.Const.089/2005 du 8 septembre 2015, la Cour constitutionnelle est mal partie », *Les Analyses juridiques*, n°34, 2016, pp.7-18.

⁴¹ MADIOR FALL, I., *Evolution constitutionnelle du Sénégal de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, CREDILA, CREPOS, Dakar, 2007, p.77.

⁴² CC, 08 septembre 2015, R.Const.0089.

Ces deux mesures prises est un exemple par excellence d'exercice par la cour constitutionnelle du pouvoir régulateur de la vie politique car il concerne tant le déblocage dans le fonctionnement des institutions que le déblocage du processus électoral. Cette œuvre jurisprudentielle de la cour constitutionnelle est très appréciée par bon nombre d'auteurs en ce qu'elle donne une voie de sortie à l'anarchie et au désordre qui régnaient dans certaines provinces et qu'il était nécessaire pour le pouvoir central de restaurer l'autorité de l'Etat sur l'ensemble du pays d'une part et d'autre part de permettre à la CENI d'évaluer en toute indépendance le calendrier électoral. La cour a joué son rôle de lubrifiant institutionnel.

Cependant les inquiétudes peuvent subsister quant à l'usage abusif de ce pouvoir de réguler la vie politique. Comment reconnaître que dans tel ou tel autre cas la cour doit user de son pouvoir de régulation pour se déclarer compétente afin de statuer sur telle ou telle autre chef de demande. Ou même encore la cour peut refuser d'utiliser son pouvoir de régulation et se déclarer incompétente dans une matière donnée simplement par manque de courage de répondre à un chef de demande au risque de s'attirer la foudre des autorités politiques.

C'est le cas de l'arrêt 168 ci-dessus évoqué portant sur la requête en inconstitutionnalité de l'ordonnance portant nomination des Commissaires spéciaux. Si la cour s'est déclaré incompétente c'est parce qu'elle considère que l'acte pris par le Président de la République est un acte administratif unilatéral mais elle aurait pu user de son pouvoir de régulation pour annuler ce même acte parce que non seulement qu'il viole la Constitution qui prévoit que les provinces sont gérées par les gouverneurs et vice gouverneurs qui sont élus pour un mandat de cinq ans, cet acte nomination crée un dysfonctionnement entre institutions provinciales et empêche en même temps à l'assemblée provinciale d'exercer en toute indépendance son pouvoir de contrôle sur l'exécutif provincial.

À ce propos, le Vice-Premier Ministre, Ministre de l'Intérieur et Sécurité à l'occasion de la question orale lui adressée par le député national Clément Kanku a apporté les précisions ci-dessous qui confirment cette violation des dispositions constitutionnelles :

...les Commissaires spéciaux du gouvernement rendront compte de leur gestion devant les assemblées provinciales. À la seule différence, qu'avant leur entrée en fonction, ils ne présentent pas un programme devant les assemblées provinciales et ils ne peuvent faire objet d'une motion de censure.

La question est de savoir pourquoi ? Et la réponse est simple : -primo, ils ne sont pas l'émanation des assemblées provinciales ainsi que le précise leur dénomination, ils sont délégués par le gouvernement central pour faire face à une situation exceptionnelle, éviter un vide, sinon vacuum institutionnel.

Secundo , la motion de censure n'est pas la seule sanction en démocratie, car il suffit de se référer à plusieurs autres Etats démocratiques qui fonctionnent, qui pourtant ne connaissent pas la pratique de la motion de censure ceci ne signifie pas que blanc-seing serait donné aux Commissaires spéciaux ouvrant la voie à l'impunité, point du tout, mais plutôt lorsqu'une assemblée provinciale constate la mégestion ou l'incompétence, il lui est loisible de s'adresser à l'autorité qui a nommé les Commissaires spéciaux pour lui demander de les retirer.

Et enfin, s'agissant d'une situation provisoire, et donc momentanée, le principe de précaution plaide pour la stabilité d'où la nécessité de ne pas soumettre ces délégués du gouvernement aux humeurs acariâtres, étant entendu l'impératif de l'effectivité de nouvelles provinces⁴³.

Toutes ces précisions fournies sont de nature à mettre en péril le principe de la libre administration des provinces et de l'autonomie de gestion de leurs ressources matérielles, humaines, techniques et financières reconnus par la Constitution. Ce qui signifie en même temps que la fonction de chef de l'exécutif du gouverneur de province est suspendue au profit seul de celle du représentant du gouvernement central en province alors que le constituant de 2006 a bien voulu que le gouverneur de province ait une double casquette celle chef de l'exécutif provincial⁴⁴ et celle du représentant du gouvernement central en provincial⁴⁵.

Par ailleurs, l'une des marques caractéristiques du régionalisme politique constitutionnel, c'est l'autonomie politique et la libre administration des provinces qui sont matérialisées par l'existence au niveau des provinces d'une assemblée délibérante et d'un exécutif. Juridiquement, la constitution congolaise du 18 février 2006 a affranchi celles-ci de toute emprise du pouvoir central, c'est-à-dire du président de la République, du gouvernement et du parlement, assemblée nationale tout comme le sénat, parce qu'elle a voulu créer ces centres d'impulsion des décisions en vue de promouvoir la démocratie et le développement à partir de la base.

⁴³ Extrait de la réponse le Vice-Premier Ministre, Ministre de l'Intérieur et Sécurité à l'occasion de la question orale lui adressée par le député national Clément Kanku.

⁴⁴ En agissant en tant que chef de l'Exécutif provincial, le gouverneur de province est censé, suivant le prescrit de la constitution, jouir de toute son autonomie et gérer la province en toute indépendance. Il représente la province en justice et auprès des tiers. Il jouit de l'autonomie de gestion de ses ressources humaines, économiques, financières et techniques.

⁴⁵ En sa qualité de représentant du gouvernement central, le gouverneur de province assure dans ce cadre, la sauvegarde de l'intérêt national, le respect des lois et règlements de la République et veille à la sécurité et à l'ordre public dans la province. À ce titre, le gouverneur de province, dans les matières relevant de la compétence exclusive du pouvoir central, coordonne et supervise les services qui relèvent de l'autorité du pouvoir central, il répond de ses actes devant le gouvernement central. Les actes posés par le gouverneur de province dans ces matières sont susceptibles d'annulation et en cas de nécessité, le pouvoir central peut reformer ou se substituer au gouverneur de province pour en décider. En cas de fautes graves commises par le gouverneur de province dans l'exercice des missions des services publics déconcentrés, le pouvoir central peut soit saisir l'assemblée provinciale pour mettre en cause la responsabilité du gouverneur de province, soit en matière pénale le déférer devant la cour de cassation soit déférer ses actes administratifs devant la cour administrative d'appel selon la procédure devant les juridictions administratives. Bien plus, pour les actes que le gouverneur de province pose en tant que représentant de l'État en province, il n'en répond pas naturellement devant l'assemblée provinciale.

Lors de la prise des dispositions transitoires et exceptionnelles, le gouvernement aurait pu veiller à ce que les mesures à prendre ne puissent violer en aucun cas la Constitution surtout qu'il agissait suivant les injonctions de la Cour constitutionnelle. Etant une mesure exceptionnelle qui viole sur toute la ligne les prescrits constitutionnels la Cour aurait pu justement utiliser son pouvoir de réguler la vie politique pour se déclarer compétente et annuler en conséquence l'ordonnance portant nomination des commissaires spéciaux qui bien au contraire à paralyser le fonctionnement régulier des institutions provinciales en ce que les Commissaires spéciaux ne pouvaient pas faire objet d'une motion de censure par l'assemblée provinciale et n'avaient aucune obligation de présenter le programme du gouvernement provincial.

Puisque l'ordonnance présidentielle a été prise en exécution d'un arrêt pris par la cour en usant de son pouvoir de régulation, elle aurait pu utiliser le même pouvoir de régulation pour se déclarer compétente est fixé ainsi l'opinion sur ce qu'elle entendait par disposition transitoire exceptionnelle qui ne devait d'ailleurs pas, violer en principe la Constitution et provoquer au même moment le dysfonctionnement institutionnel au niveau provincial . Cela pouvait constituer un exemple par excellence d'audace du juge constitutionnel congolais.

À voir de près les « Commissaires spéciaux du Gouvernement » comme le terme l'indique sont les représentants du gouvernement en province pour les matières relevant de la compétence exclusive du pouvoir central. Mais quel est le sort des matières relevant de la compétence exclusive des provinces qui découle du principe constitutionnel de la libre administration de province ?

III. ATTEINTE AU PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE LA LIBRE ADMINISTRATION DES PROVINCES

La Constituant de 2006 a prévu une série des limites constitutionnelles qui consacre le principe de la libre administration de province. Parmi lesquelles, on peut épingler le fait que les provinces jouissent de la libre administration et de l'autonomie de gestion de leurs ressources économiques, humaines, financières et techniques⁴⁶ dans un premier temps; Suivi de l'institution du gouvernement provincial comme organe exécutif de la province⁴⁷ animé par un Gouverneur et un Vice-gouverneur qui sont élus pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois par les députés provinciaux au sein ou en dehors de l'Assemblée provinciale et qui sont investis par

⁴⁶ Article 3 alinéa 3 de la Constitution, *Journal Officiel de la RDC, op.cit.*, p. 7.

⁴⁷ Article 22 de la loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, *Journal Officiel de la RDC*, 50^{ème} année, numéro spécial du 7 septembre 2009, p.11.

ordonnance du Président de la République⁴⁸. Enfin, la répartition des compétences entre le pouvoir central et les provinces⁴⁹. Ces dispositions constitutionnelles parmi tant d'autres, instituent le régionalisme politique en République Démocratique du Congo.

Compte tenu de la complexité des règles et mécanismes de fonctionnement entre le pouvoir central et la province d'une part et entre les institutions provinciales de l'autre, la Loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 fixe les principes fondamentaux devant régir la libre administration de la province ainsi que l'autonomie de ses ressources.

Cette loi fixe entre autres les modalités de collaboration entre les institutions provinciales et entre celles-ci et les institutions nationales. Ces modalités légales semblent être mises en déroute par le contenu de l'ordonnance sous examen.

En effet, en parcourant le préambule de l'ordonnance présidentielle portant nomination des Commissaires spéciaux, la prise de cet acte de nomination se fonde entre autres sur l'article 66 alinéa 2 de la loi sur la libre administration qui prévoit *in extensio* ce qui suit : « en cas de nécessité, le pouvoir central peut reformer ou se substituer au pouvoir du gouverneur de province ». Cette disposition légale concerne spécifiquement la question relative à la représentation de l'État en province.

Sommes-nous vraiment dans le cas de figure prévu par les dispositions de l'article 66 de la loi sous examen ?

La lecture combinée des dispositions des articles 63 à 66 renseigne qu'elles ne portent pas sur la gestion des provinces mais sur la « représentation de l'État en province » dans les matières relevant de la compétence exclusive du pouvoir central laissant de côté celles relevant de la compétence exclusive de province.

Dans l'esprit des dispositions ci-dessus évoquées, il existe des matières de la compétence exclusive du pouvoir central, et celle de la compétence exclusive des provinces et celles de compétence concurrente entre les deux niveaux d'exercice du pouvoir d'État⁵⁰.

L'État étant composé entièrement des provinces, il ne peut exercer ses compétences exclusives en dehors de ces dernières. D'où, il est évident qu'il soit représenté dans chaque province afin d'y exercer ses compétences exclusives en même temps que les provinces exerceraient les leurs.

⁴⁸ Article 198 de la Constitution, *Journal Officiel de la RDC, op.cit.*, p.62.

⁴⁹ Articles 202 à 208 de la Constitution, *Journal Officiel de la RDC, op.cit.*, pp. 63-70.

⁵⁰ Articles 202 à 206 de la Constitution, *Journal officiel, op.cit.*

Dicté par le souci d'éviter le surnombre de postes en province, le législateur de 2008 avait levé l'option de confier cette fonction de représentant du pouvoir central aux gouverneurs des provinces qui devaient désormais cumuler deux casquettes: celle de chef de l'exécutif provincial exerçant les compétences des provinces dotées d'autonomie et celle de représentant du pouvoir central exerçant les compétences exclusives de ce dernier.

Sous la casquette de représentant du pouvoir central, le gouverneur est placé sous le régime de tutelle alors que sous la casquette de chef de l'exécutif provincial, il jouit de l'autonomie et de la libre administration et répond de ses actes devant l'assemblée provinciale.

La conséquence de ces deux régimes est double. D'une part, le pouvoir central ne peut exercer sa tutelle et son contrôle que sur les actes posés par le gouverneur sous sa casquette de représentant du pouvoir central, dans une matière relevant de la compétence exclusive du pouvoir central et dans le cadre de la coordination des services publics déconcentrés en province et d'autre part, l'assemblée provinciale ne peut engager la responsabilité du gouverneur que pour les actes posés par ce dernier sous la deuxième casquette de chef de l'exécutif provincial et portant sur des matières de compétence exclusive des provinces.

Le cas de figure prévu par l'alinéa 2 de l'article 66 est celui où dans l'exercice de sa fonction de représentant du pouvoir central, le gouverneur viendrait à faillir. Dans ce cas, le pouvoir central peut reformer ses actes ou se substituer à lui en agissant lui-même à travers ses ministres et leurs administrations respectives.

Cependant, « se substituer » au gouverneur de province défaillant, aux termes de l'article 66 suppose : se substituer à lui dans les matières de la compétence exclusive du pouvoir central. « Se substituer » au gouverneur de province défaillant aux termes de l'article 66 ne suppose donc pas: se substituer à lui jusque dans les matières de compétence exclusive des provinces qui sont en dehors de portée du pouvoir central. Bref, le pouvoir de substitution du pouvoir central est exceptionnel et bien circonscrit aux matières de la compétence exclusive du pouvoir central et de la coordination des services déconcentrés en province.

Alors qu'à contrario, l'ordonnance sous examen en son article 2 précise que les Commissaires spéciaux du Gouvernement sont chargés d'administrer provisoirement les nouvelles provinces conformément aux dispositions pertinentes de la loi sur la libre administration des provinces. C'est-à-dire en ce compris les matières relevant de la compétence exclusive de province. C'est à ce niveau que le principe de la libre administration est intentionnellement violé.

Mais qu'en est-il des conséquences juridiques engendrées par l'ordonnance portant nomination des Commissaires spéciaux ?

Les Commissaires spéciaux du gouvernement sont chargés d'administrer les nouvelles provinces tout en exerçant toutes les fonctions dévolues aux gouverneurs par le constituant de 2006. N'étant pas une émanation de l'assemblée provinciale, ces Commissaires ne peuvent aucunement engager leur responsabilité politique devant l'assemblée. Seule l'autorité qui les a nommés peut les relever de leurs fonctions. Ce qui est une atteinte grave aux prescrits constitutionnels.

Permettre aux Commissaires de se substituer aux gouverneurs jusque dans les matières relevant de la province est inconstitutionnel et antithétique au régionalisme politique tel qu'instauré comme forme de l'État.

En laissant ces « Commissaires spéciaux » gérer les provinces en disposant chacun d'une double casquette celle de chef de l'exécutif et celle de représentant du pouvoir central, le pays s'est retrouvé entièrement dans un cas de "fraude à la constitution" puisque dans la réalité de leurs compétences, les Commissaires spéciaux sont des véritables gouverneurs de province.

Le caractère frauduleux de la manœuvre n'est plus à démontrer : afin de mieux camoufler la démarche, ils sont appelés Commissaires spéciaux. Cependant, juridiquement, le pays a assisté d'abord à un empiètement sur les matières de la compétence exclusive reconnues aux provinces par la constitution, et à une gestion centralisée et anticonstitutionnelle des provinces, ensuite, à une caporalisation de la fonction de gouverneur à travers leur détachement de toute responsabilité politique devant les assemblées provinciales, et enfin, à une mise en congé tacite des députés provinciaux de nouvelles provinces⁵¹.

⁵¹ En ce sens, MASCOTT, Kib, Nomination des Commissaires Spéciaux : Interprétation erronée de la loi sur la libre administration, www.lepotencialonline.com consulté le 25 janvier 2017.

CONCLUSION

Le fait de soumettre l'ordonnance présidentielle portant nomination des Commissaires spéciaux à l'appréciation du juge constitutionnel constitue une avancée de la justice constitutionnelle. C'est une manière de reconnaître le rôle de dernier rempart qu'il est censé jouer. Cependant, au lieu de se cacher derrière des arguments non pertinents d'incompétence, la Cour constitutionnelle aurait dû affirmer son indépendance vis-à-vis de l'exécutif qui d'ailleurs a tiré profit de l'ambiguïté de ses injonctions judiciaires et sous son silence coupable.

Cette attitude du juge, loin d'attirer les foudres de la critique, est symptomatique d'une volonté délibérée du juge de ne pas froisser le pouvoir exécutif encore maître de sa promotion et de sa rémunération.⁵²

La Cour constitutionnelle aurait pu user de son pouvoir de régulation la vie politique, du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics pour justement rétablir le fonctionnement régulier des institutions provinciales perturbées par l'ordonnance n° 15/081 du 21 octobre 2015 portant nomination des Commissaires spéciaux et Commissaires spéciaux adjoints du Gouvernement chargés d'administrer les nouvelles provinces en attendant l'élection des gouverneurs et vice gouverneurs des dites provinces.

Le pouvoir de régulation n'a de sens que lorsque le juge constitutionnel l'utilise aux fins d'assurer une meilleure applicabilité des textes constitutionnels et de contribuer ainsi au constitutionnalisme.

En vue de mettre rapidement un terme à ce débat juridique radiotélévisé qui rendait l'acte pris par le Président de la République annulable, cette violation de la Constitution a trouvé une issue heureuse par l'organisation très rapide des élections des gouverneurs et vice-gouverneurs dans les six mois qui suivaient la nomination des Commissaires spéciaux.

⁵² Voy en ce sens E. BOSHAB, « *La misère de la justice et justice de la misère en République démocratique du Congo* » *Revue de la Recherche Juridique*, n° XXIII-74, 23^{ème} année, 74^{ème} numéro, P.U.A.M., 1998-3, pp. 1163-1184 ; MATADI NENGA GAMANDA, « *La question du pouvoir judiciaire en République démocratique du Congo. Contribution à une théorie de réforme* », *Revue de Droit Africain*, n°15, juillet 2000, pp.368-377.

BIBLIOGRAPHIE

I. DOCUMENTS OFFICIELS

- Constitution de la République Démocratique du Congo, *Journal Officiel de la RDC*, 52^{ème} année, Numéro spécial du 5 février 2011.
- Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, *Journal Officiel de la RDC*, 50^{ème} année, numéro spécial du 7 septembre 2009.
- Loi de programmation n°15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces, *JORDC*, 56^{ème} année, Numéro spécial du 5 mars 2015.

II. OUVRAGES

- CONAC, G., (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993.
- MADIOR FALL, I., *Evolution constitutionnelle du Sénégal de la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, CREDILA, CREPOS, Dakar, 2007.
- TROPPER, M. et CHAGNOLLAUD, D., *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, *Suprématie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012.
- VILLIERS M. et Thibaut de Berranger (dir.), *Droit public général*, Paris, Lexis Nexis, 2011.

III. THESE

- NGONDANKOY NKOY ea LOONGYA, PG, *Le contrôle de constitutionnalité en République démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique*, Thèse de doctorat en droit public, Université catholique de Louvain, 2008.

IV. ARTICLES SCIENTIFIQUES

- BALINGENE KAHOMBO, « Note juridique sur l'arrêt R. Const.143 de la Cour constitutionnelle du 21 novembre 2015 relatif à l'interprétation de l'arrêt R.Const.0089/2015 du 8 septembre 2015 », *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, Vol.1, 2016.
- BOS HAB E., « La misère de la justice et justice de la misère en République démocratique du Congo », in *Revue de la Recherche Juridique*, n° XXIII-74, 23^{ème} année, 74^{ème} numéro, P.U.A.M., 1998-3, pp. 1163-1184.

- CIHUNDA HENGELELA, J., « Droit d'un élu au retour dans une assemblée parlementaire. Etude critique des arrêts R.Const.189/TSR de la Cour suprême de Justice du 18 novembre 2013 et R.Const.126 de la Cour constitutionnelle du 21 novembre 2015 », *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, Vol.1, 2016.
- CIHUNDA HENGELELA, *L'installation de nouvelles provinces en République démocratique du Congo : contraintes juridiques et politiques, La décentralisation territoriale en République Démocratique du Congo sous le régime de la Constitution du 18 février 2006 Bilan et perspectives.*
- KAPINGA K. NKASHAMA, S., « Cour constitutionnelle face à l'ordonnance n°15/081 portant nomination des commissaires spéciaux du gouvernement dans les nouvelles provinces » *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, Vol.1, 2016, p.389.
- KASHAMA TSHIKONDO, R., « Avec l'arrêt R.Const.089/2005 du 8 septembre 2015, la Cour constitutionnelle est mal partie », *Les Analyses juridiques*, n°34, 2016.
- KUMBU KI NGIMBI, (dir.), *aditions de la Campagne pour les droits de l'homme au Congo*, Kinshasa, 2014.
- MATADI NENGA GAMANDA, « La question du pouvoir judiciaire en République démocratique du Congo. Contribution à une théorie de réforme », *Revue de Droit Africain*, n°15, juillet 2000.
- WESH'OKONDA KOSO, M, « A propos du pouvoir de régulation de la vie politique par la cour constitutionnelle congolaise : une analyse l'arrêt R.Const.0089/2015 du 8 septembre 2015 », *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, Vol.1, 2016.

V. JURISPRUDENCES

- R.Const. 0089 du 8 septembre 2015.
- R. Const 168 du 21 novembre 2015.
- R. Const. 0143 du 21 novembre 2015.

VI. INTERNET

- MASCOTT, Kib, Nomination des Commissaires Spéciaux : Interprétation erronée de la loi sur la libre administration, www.lepotencielonline.com consulté le 25 janvier 2017.

VII. AUTRES DOCUMENTS

- Le Potentiel, Les nouvelles provinces paralysées, n°6514 du 26 août 2015.

ANNEXE

Tableau sur l'évolution du découpage territorial en RDC : de districts aux provinces

	1914	1933	1960	1962	1967	1987	2006
Districts	Provinces						
1. Moyen-Congo (4 secteurs)	1. Congo-Kasaï (Districts : Bas-Congo, Moyen-Congo, Kwango, Kasaï et Sankuru)	1. Léopoldville	1. Léopoldville	1. Kongo central 2. Kwango 3. Kwilu 4. Lac Léopold II	1. Kinshasa 2. Kongo central 3. Bandundu	1. Kinshasa 2. Bas-Zaïre 3. Bandundu	1. Kinshasa 2. Kongo central 3. Kwango 4. Kwilu 5. Mai-Ndombe
2. Equateur (3 zones et 9 secteurs)	2. Equateur (Districts : Equateur, Lac Léopold II, Bangala, Ubangi, et Lulonga)	2. Equateur	2. Equateur	5. Cuvette 6. Ubangi 7. Moyen-Congo	4. Equateur	4. Equateur	6. Equateur 7. Nord-Ubangi 8. Sud-Ubangi 9. Mongala 10. Tshuapa
3. Stanleyville	3. Province Orientale (Districts : Haut-Uélé, Bas-Uélé, Aruwimi, Stanleyville, Lowa, Maniema, Ituri, Kivu)	3. Province Orientale	3. Province Orientale	8. Haut-Congo 9. Uélé 10. Kibari-Ituri	5. Haut-Congo	5. Haut-Zaïre	11. Tshopo 12. Bas-Uélé 13. Haut-Uélé 14. Ituri
4. Ubangi (8 postes)	4. Katanga (Districts : Lomami, Tanganika-Moero, Haut-Luapula et Lulua)	4. Kivu	4. Kivu	11. Nord-Kivu 12. Kivu central 13. Maniema	6. Kivu	6. Nord-Kivu 7. Sud-Kivu 8. Maniema	15. Nord-Kivu 16. Sud-Kivu 17. Maniema
5. Kwango (4 secteurs)		5. Katanga	5. Katanga	14. Katanga Oriental 15. Lualaba 16. Nord-Katanga	7. Katanga	9. Shaba	18. Haut-Katanga 19. Haut-Lomami 20. Lualaba 21. Tanganyika 22. Lomami
		6. Kasaï	6. Kasaï	17. Unité Kasaienne 18. Luluabourg 19. Sankuru 20. Sud-Kasaï 21. Lomami	8. Kasaï Occidental 9. Kasaï Oriental	10. Kasaï Occidental 11. Kasaï Oriental	23. Kasaï 24. Kasaï central 25. Kasaï oriental 26. Sankuru

