

L'exception d'inconstitutionnalité soulevée lors du procès du prévenu vital kamerhe & consorts. L'inconstitutionnalité de la réponse du juge de céans?

Par Jean Jacques Kahunga Mapela*

Résumé

L'étude sur l'exception d'institutionnalité, soulevée lors du procès dit de cent jours ayant impliqué notamment Monsieur Vital Kamerhe, Directeur de Cabinet et allié du Président de la République, a démontré que la réponse du juge de céans a, autant par la procédure employée que par les arguments avancés, violé les dispositions de l'article 162 de la Constitution qui consacre ce moyen. En tant que moyen « d'ordre public », l'exception d'institutionnalité est à la fois un moyen de droit et un incident de procédure. Il s'agit d'un incident de constitutionnalité. La procédure qui lui est prescrite exige la surséance et la saisine de la Cour constitutionnelle « toutes affaires cessantes ». Par ailleurs, comme l'a jugé la Cour constitutionnelle elle-même, battant ainsi en brèche la procédure et l'argumentaire du juge de céans dudit procès, « (...) la question prioritaire préjudiciale est invoquée, non pas in limine litis, mais à toute hauteur de procédure, ce moyen étant d'ordre public, et qui, après surséance renvoie à la Cour constitutionnelle (...) ».

Introduction

Le procès, qu'il soit pénal, civil, administratif ou constitutionnel, constitue un moment dialectique très important où les parties se prévalent de différents moyens de fait ou de droit. C'est ce à quoi on a assisté lors du procès relatif au programme des cent premiers jours du Président de la République durant lequel les personnes mises en cause, accusées de détournement des deniers publics, de corruption et de blanchiment des capitaux, ont été condamnées à la peine de travaux forcés¹, assortie de sanctions supplémentaires².

* Licencié agrégé en philosophie des ex Facultés Catholique de Kinshasa, actuellement Université Catholique du Congo (UCC), l'auteur de la présente étude est aussi licencié en droit public de l'Université de Kinshasa (UNIKIN) et inscrit en DES en droit public à la même Université. Il est chercheur au Centre de Recherches et d'Etudes sur l'Etat de Droit en Afrique (CREEDA) dans le département démocratie et participation citoyenne.

1 Jugement RP 26.931, en cause : Ministère Public et partie civile la RD. Congo Contre les prévenus : Samih Jammal, en détention; Kamerhe Lwa Kanyigini Vital, en détention; Muhima Ndoole Jeannot, en liberté, pp. 59–60, <https://www.politico.cd/la-rdc-a-la-une/2020/06/20/rdc-vital-kamerhe-lourde-ment-condamne-voici-lintegralite-du-jugement-du-tribunal.html/63245/>, consulté le 20/03/2021.

2 Jugement RP 26.931, note 2.

Cette décision de condamnation a été consécutive à l'instruction publique menée et durant laquelle les personnes poursuivies ont eu à se défendre personnellement, mais assister de leur conseil respectif, ce droit leur étant garanti³ à tous les niveaux de la procédure pénale.

Ainsi, lors de cette instance, différents moyens ont été développés par la défense. A titre d'exemple, il y a lieu de citer le déclinatoire de compétence, la fin de non-recevoir tirée de l'obscurité de l'exploit de citation à prévenu⁴, le moyen de doute⁵. Il en est de même de l'exception d'inconstitutionnalité⁶ permettant à la défense des prévenus de solliciter non seulement la surséance, mais aussi la saisine de la Cour constitutionnelle pour disposition. En quoi consiste, précisément, le moyen de l'exception d'inconstitutionnalité et quelle est la procédure prescrite à cette fin? Procéder autrement n'est-il pas attenté à la Constitution?

L'hypothèse de cette étude est que ne pas faire droit à l'exception d'inconstitutionnalité qui est un moyen « d'ordre public », c'est violer la Constitution. Ainsi, tout juge devant lequel elle est soulevée qui procéderait autrement que la procédure exigée de surseoir et de saisir, toutes affaires cessantes, la Cour constitutionnelle ne contribuerait pas à la consolidation de l'Etat de droit en République Démocratique du Congo. Car, comme on le sait, l'Etat de droit caractérise entre autre par la possibilité de s'adresser à un juge indépendant pour faire valoir ses prétentions, même contre la personne de l'Etat⁷.

Pour ce faire, il paraît indispensable, premièrement, de rappeler la nature juridique de l'exception d'institutionnalité ainsi que la procédure prescrite lorsqu'elle est soulevée. C'est par la suite seulement qu'il sera procédé à l'appréciation de la procédure appliquée par le juge saisi dudit procès et au fondement de son argumentaire.

A. La double nature juridique de l'exception d'institutionnalité

L'exception d'institutionnalité a une double nature, celle d'être un moyen de droit et un incident de procédure. Elle est d'un genre nouveau eu égard à la procédure qu'elle impose pour son examen. C'est cette nature qui mérite d'être analysée en cette première partie.

3 Article 17, al.1 de la Constitution de la République Démocratique du Congo, modifiée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (textes coordonnés), JORDC, 52^e année, Numéro spécial, Kinshasa, 5 février 2011; article 14, point 2 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 décembre 1966; article 11, point 1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adopté par la résolution 217 A (III), Paris, le 10 décembre 1948.

4 Jugement RP 26.931, note 2.

5 Jugement RP 26.931, note 2.

6 Jugement RP 26.931, p. 4, note 2.

7 Ambroise Kamukuny Mukinay, Droit constitutionnel congolais, Editions Universitaires Africaines, Kinshasa, 2011, pp. 41–42.

I. Un moyen de droit

L'exception d'inconstitutionnalité a été soulevée comme un moyen par la défense des prévenus Vital Kamerhe et Jamal pour contester l'application de la peine de travaux forcés à leurs clients; peine qu'elles considèrent contraires aux dispositions des articles 17 et 19 de la Constitution⁸.

Consacrée par le législateur congolais⁹, la peine de travaux forcés qui est prononcée pour une durée d'un an au minimum et de vingt ans au maximum n'est pas assimilable à la peine de servitude pénale¹⁰. Les personnes susceptibles d'en être sanctionnées sont notamment le fonctionnaire ou l'officier public, celle chargée d'un service public ou para-statal ou celle représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte en qualité d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes ou à tout autre titre. Il en est de même de tout mandataire ou préposé des personnes énumérées ci-dessus¹¹.

Cette peine que ce législateur ne définit pas consiste en une prestation manuelle à remplir par le condamné pendant la période que détermine le juge¹². Il s'agit d'une peine de détention, assortie de travail obligatoire, infligée aux individus condamnés à l'emprisonnement pour des crimes ou des délits¹³.

Malgré cette appréhension de la peine des travaux forcés, elle est exécutée comme la peine de servitude pénale¹⁴ et, ce, en dépit de l'interdiction de l'assimiler et de la confondre à cette dernière¹⁵. Cette assimilation et cette confusion sont dues à l'inexistence des mesures relatives à son exécution¹⁶.

Ainsi, en décrivant son application à leur client, la défense de Samih Jammal met en exergue le fait que pour être poursuivi, arrêté, détenu ou condamné, il faut l'être « en vertu de la loi et dans les formes qu'elle prescrit ». Elle met ainsi en évidence le fait que « nul ne peut être ni soustrait ni distrait contre son gré du juge que la loi lui assigne ».

8 Jugement RP 26.931, p. 5, note 2.

9 Article 5 du Code pénal congolais, Livre Ier, *JORDC*, 45^e Année, Numéro Spécial, 30 novembre 2004.

10 Article 6 bis du Code pénal congolais, note 18.

11 Article 145, al.1 du Code pénal congolais, note 18.

12 *Eshimata Ngimni Kevin*, « La peine de travaux forcés en droit congolais et les controverses juridiques qu'elle soulève », <https://www.leganews.cd/index.php/analyses-et-opinions/2064-la-peine-de-travaux-forces-en-droit-congolais-et-les-controverses-juridiques-qu-elle-souleve>, consulté le 4/4/2021.

13 « Travaux forcés », https://fr.wikipedia.org/wiki/Travaux_forc%C3%A9s, consulté le 04/04/2021.

14 *Mwali Lumande*, « RDC : « La peine de travaux forcés est exécutée comme la peine de prison », <https://www.radiomoto.net/2020/04/06/rdc-la-peine-de-travaux-forces-est-executee-comme-la-peine-de-prison-mwali-lumande/>, consulté le 04/04/2021.

15 Article 6 bis du Code pénal congolais, note 18.

16 *Mwali Lumande*, « RDC : « La peine de travaux forcés est exécutée comme la peine de prison », note 23.

Pour cette défense donc, ces dispositions constitutionnelles n'ont pas été respectées dans la mesure où, ayant sa résidence dans la commune de la Gombe, le Parquet Général près la cour d'appel de Kinshasa/Matete qui a interpellé leur client et ouvert une instruction judiciaire à sa charge est territorialement incomptént pour saisir le Tribunal de céans. Il s'est seulement servi du Parquet Général de Kinshasa/Gombe pour ce faire, alors que ce dernier n'a posé aucun acte d'instruction, se contentant seulement des procès-verbaux dressés par les officiers ministériels du Parquet Général de Kinshasa/Matete. Ce qui lui fait dire que l'action entreprise est mue en violation de la Constitution¹⁷.

Tout en soutenant l'argument de l'inconstitutionnalité de l'application de la peine de travaux forcés pour l'infraction de détournement des deniers publics, la défense du prévenu Vital Kamerhe a indiqué que le droit de la défense est inhérent à la réponse que le tribunal est censé réserver à un tel moyen qui est « d'ordre public ». Dans le cas contraire, c'est le droit de la défense de leur client qui s'en trouverait violé. Il en est ainsi d'autant plus que la plaidoirie fait partie de l'instruction¹⁸. En l'espèce, le juge est tenu de répondre aux questions qu'il lui sont posées, au lieu de contraindre les parties à plaider, alors qu'elles sollicitent la remise afin de plaider à armes égales et pour discuter des pièces nouvelles qui n'ont fait l'objet d'aucune instruction. Elle a, à cet effet, produit le récépissé du greffe de la Cour constitutionnelle¹⁹.

En soulevant ce moyen d'exception d'inconstitutionnalité, instituée par le Constituant congolais²⁰ et organisé par législateur²¹, même s'ils ne l'ont pas non plus défini, cette défense sollicitait à la fois la surséance et la saisine de la Cour constitutionnelle. Ce qui s'explique par le fait qu'en tant que moyen de droit, cette exception permet à la partie qui

17 Jugement RP 26.931, p. 5, note 2.

18 Selon la disposition de l'article 74 du Code pénal, l'instruction à l'audience se fera dans l'ordre suivant : « les procès-verbaux de constat, s'il y en a, sont lus par le greffier; les témoins à charge et à décharge sont entendus s'il y a lieu et les reproches, proposés et jugés; le prévenu est interrogé; la partie civile, s'il en est une, prend ses conclusions; le tribunal ordonne toute mesure d'instruction complémentaire qu'il estime nécessaire à la manifestation de la vérité; le ministère public résume l'affaire et fait ses réquisitions; le prévenu et la personne civilement responsable, s'il y en a, proposent leur défense; les débats sont déclarés clos ».

19 La question de cette saisine avait soulevé une polémique entre le greffier en chef et le président de la Haute cour. En effet, à deux jours du prononcé du jugement, le greffier en chef de la Cour constitutionnelle a demandé au tribunal de céans de lui transmettre ledossier. Cette demande a suscité une vive polémique, surtout qu'à la suite de cette demande, le président de cette Haute juridiction a indiqué n'avoir pas été informé d'une telle initiative, situation d'autant plus confuse que le greffier fera son *mea culpa*. Ce qui a rajouté la confusion.

20 Article 162, al.3 de la Constitution de la République Démocratique du Congo, note 4.

21 Article 43 de la Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, JORDC, 54^e année, Numéro spécial du 18 octobre 2015; article 46, al.2 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle, JORDC, 56^e année, Numéro spécial du 22 mai 2015.

l'allégué de contester l'acte visé²². C'est en cela qu'elle est considérée comme une attaque indirecte²³ contre la disposition mise en cause, en l'occurrence l'application de la peine des travaux forcés pour l'infraction de détournement des deniers publics.

Et, en tant que moyen de droit, l'exception d'inconstitutionnalité est un fondement invoqué par les plaigneurs des personnes mises en cause pour justifier ou critiquer la prétention de l'accusation. Il constitue, pour elles, un moyen nécessaire à la défense de leur cause. C'est à ce titre et, ce, à la différence de la demande reconventionnelle qu'il ne vise pas à modifier l'objet du litige (c'est-à-dire le résultat économique attendu par les parties) mais à influencer le contenu du jugement qui tranchera le litige²⁴. Si en l'espèce, le moyen de l'exception d'inconstitutionnalité vise à anéantir l'application de la peine des travaux forcés prévue par le code pénal congolais, il est susceptible d'être soulevé à propos de n'importe quel grief d'inconstitutionnalité et, ce, au cours d'un litige qui ne peut être tranché indépendamment de la résolution de cette question de légitimité constitutionnelle²⁵. C'est en ce sens qu'elle est aussi un incident de procédure.

II. Un incident de procédure

L'exception d'institutionnalité, tout en étant un moyen de défense, est un incident de procédure. Ce dernier s'entend de « tout ce qui vient interrompre le déroulement continu de l'instance »²⁶ ou encore « tout événement qui vient modifier le déroulement de la procédure entre la demande et le jugement »²⁷. Ce qui en fait un incident de procédure, c'est le fait que cette exception tend à faire déclarer non pas la procédure irrégulière ou à en suspendre le cours, indépendamment de tout examen du fond²⁸, mais inconstitutionnelle une disposition légale ou réglementaire à appliquer dans le procès. Elle est, en cela, un contrôle de constitutionnalité, mais *a posteriori* d'une disposition légale ou réglementaire.

Ce qui la caractérise comme un incident, c'est le fait qu'elle fasse obstacle à ce que le tribunal fasse droit à une demande. Et, parmi les incidents, il y en a qui sont dits exceptions, ce concept d'exception ayant un sens très large²⁹. L'exception d'institutionnalité fait

22 *Mundala Lunda & Jean-Jacques Kahunga Mapela*, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'institutionnalité soulevée devant une juridiction », ACJC, vol.2 – 2017, p. 197.

23 *Syphorien Kapanga Nkashama*, « Cour constitutionnelle et contrôle de constitutionnalité en République Démocratique du Congo », ACJC, vol.1 – 2016, p.26.

24 *Serge Guichard & Thierry Debard*, Lexique des termes juridiques, 25^e édition 2017–2018.

25 *Mundala Lunda & Kahunga Mapela*, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'institutionnalité soulevée devant une juridiction », p. 197, note 31.

26

27 *Antoine Rubbens*, Le droit judiciaire zaïrois, Tome II, Presses universitaires du Zaïre, Kinshasa, 1978, p. 43.

28 *Mundala Lunda & Kahunga Mapela*, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'institutionnalité soulevée devant une juridiction », p. 199, note 31.

29 *Rubbens*, Le droit judiciaire zaïrois, pp. 43–44, note 37. Ce qui la différencie des exceptions de litispendance ou de connexité dont l'effet est de dessaisir le tribunal en renvoyant la cause à un

ainsi partie de l'exception dilatoire au regard de son effet qui consiste à paralyser momentanément le tribunal qui reste, cependant, saisi.

C'est pour en savoir un peu plus qu'il est nécessaire d'exposer la procédure de mise en mouvement de l'exception d'inconstitutionnalité. C'est de cette analyse qu'est subordonnée l'appréciation de la réponse du juge de céans lors du procès de cent jours à l'occasion duquel cette exception a été soulevée.

B. La procédure de l'exception d'institutionnalité

L'exception d'institutionnalité prescrit une double exigence constituant sa procédure. Il s'agit, comme l'ont sollicité la défense dedeux prévenus précités, d'une part, de la surséance de l'instance et de la nécessité, d'autre part, de saisir le juge constitutionnel. L'exposé de cette double exigence permet d'en ressortir le fondement et d'apprécier le comportement affiché par le juge de céans à qui ce moyen a été opposé.

I. Le double aspect de la procédure : surséance et le renvoi

La double exigence de la procédure qui a entouré l'évocation du moyen de l'exception d'institutionnalité est instituée en même temps que la compétence dévolue au juge constitutionnel de connaître de cette exception. Ainsi, en conférant à toute personne le droit de saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire, il lui en offre aussi celui de la saisir par la procédure de l'exception d'institutionnalité. Ce droit est aussi reconnu d'office à la juridiction saisie et au Ministère public³⁰. A cet effet, la juridiction devant laquelle elle est invoquée « sursoit de statuer et saisit, toutes affaires cessantes, la Cour constitutionnelle »³¹.

La surséance ainsi que la saisine de la Cour sont aussi mises en exergue par la circulaire du premier président de la Cour suprême de justice³². C'est ainsi que ce sont comportés non seulement le juge de paix de Lubumbashi dans l'affaire enrôlée sous RP 7371 relative au faux en écritures et usage de faux, mais aussi la Cour suprême de justice, toutes sections

tribunal déjà saisi de la même cause ou d'une cause connexe; les déclinatoires tendent d'obtenir un jugement par lequel le tribunal se dessaisit sans faire obstacle à ce que la cause soit réintroduite en bonne forme, bien dirigée et devant la juridiction compétente. Pour ce qui est des exceptions péremptoires, autrement dites fins de non recevoir, ne permettent plus de réassigner.

- 30 Article 162, al. 1 in fine de la Constitution de la République Démocratique du Congo, note 4; article 52, al.2 de la Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, note 30; article 47, al.2 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle, note 30.
- 31 Article 162, al.4 de la Constitution de la République Démocratique du Congo, note 4; Article 53, al.2 de la Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013, note 30; article 47, al.2 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle, note 30.
- 32 *Jérôme Kitoko Kimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 portant transmission des dossiers à la Cour constitutionnelle pour examen de l'exception d'institutionnalité après surséance », p. 2.

réunies, siégeant en matière de constitutionnalité dans la cause RP.003/CR opposant le Ministère public aux prévenus Honorable Martin Munkonkole et Monsieur Norbert Mutera. Si dans le premier cas, c'est par la lettre n°199/CAB/GT/TPL SHI-ND0/KM/L'SH/2016 du 09 mai 2016 du greffier titulaire du tribunal de paix de Lubumbashi/Kamalondo que le greffe de la Cour constitutionnelle réceptionne le dossier relatif à l'exception soulevée devant ce juge de paix, dans le deuxième, c'est par le mémoire sur incident du Conseil de ces deux prévenusque l'exception d'inconstitutionnalité est réceptionnée au greffe de la Cour de céans.

Cette exigence de surséance justifie l'incompétence du juge devant qui l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée de connaitre de cette dernière. N'ayant aucun pouvoir de décision en matière constitutionnelle³³, le juge qui en est saisi ne peut se permettre, en droit congolais, contrairement au droit français³⁴, d'apprécier, même sommairement, la nécessité de saisir le juge constitutionnel. Il ne peut procéder à aucune analyse de constitutionnalité de la disposition contestée comme inconstitutionnelle³⁵. L'expression « toutes affaires cessantes » illustre cet empressement de saisir le juge constitutionnel aux fins de l'examen de ce moyen.

En transmettant ainsi au juge constitutionnel le mémoire sur incident ou le dossier des pièces renfermant les éléments nécessaires relatifs à l'exception d'inconstitutionnalité, il ne s'agit pas de lui transmettre tout le dossier judiciaire du fond. Si aucune disposition ne le prescrit et qu'aucun prétexte ne le justifie, c'est simplement parce « le scénario procédural est semblable à celui de tous les autres cas qui requièrent la surséance »³⁶.

On peut en dire autant des questions non pas préalables que le tribunal saisi peut vider, mais de celles dites préjudicielles, en ce que le tribunal saisi de l'infraction n'a pas compétence pour en connaître. Elles nécessitent ainsi l'interruption de l'instance pénale qui ne peut reprendre que lorsque la juridiction saisie aura rendu un jugement³⁷. C'est pour dire qu'en plus des questions incidentielles qui peuvent advenir, l'exercice de poursuite peut se heurter à une contestation de droit dont la solution détermine un des éléments constitutifs de l'infraction.

33 Xavier P., « Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste-le juge a quo : juge du filtrage ou « juge constitutionnel négatif? » », Gay Laurence (dir), la question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, Bruxelles, Edition Bruylants, 2014, p. 107; Mundala Lunda & Kahunga Mapela, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant une juridiction », pp. 201–202, note 31.

34 Mundala Lunda & Kahunga Mapela, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant une juridiction », p. 203, note 31.

35 Mundala Lunda & Kahunga Mapela, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant une juridiction », p. 202, note 31.

36 Kitoko Kimpele, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », p.1, note 43.

37 Rubbens, Instruction criminelle et la procédure pénale, Léopoldville-Bruxelles, Université Lovanium-Larcier, pp. 156 et 199.

La surséance ainsi postulée fait de l'exception d'inconstitutionnalité une question préjudiciable de constitutionnalité³⁸, mieux celle de constitutionalité incidente soulevée au cours d'un litige³⁹ qui déroge non seulement au principe général selon lequel « le juge de l'action est le juge de l'exception »⁴⁰, mais aussi au régime procédural des incidents⁴¹. C'est ce qui justifie que la saisine de la Cour constitutionnelle pour apprécier ce moyen n'entraîne nullement le dessaisissement du dossier en sa faveur⁴².

Si sur le point de saisir le juge constitutionnel, qui est en l'espèce, juge de la conformité de la disposition législative attaquée à la Constitution et non celui du litige sur lequel il ne peut se prononcer parce qu'il ne le connaît pas⁴³, l'exception d'inconstitutionnalité ressemble à la question prioritaire de constitutionnalité greffée au procès principal qui fait l'objet d'écrits distincts⁴⁴, elle s'en distingue quant à la procédure⁴⁵.

38 *Mundala Lunda & Kahunga Mapela*, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant une juridiction », pp. 197 et 199, note 31; *Pierre Bon*, « les conditions de recevabilité de la question préjudiciable de constitutionnalité en droit comparé », *Gay Laurence* (dir), *la question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Edition Bruylant, 2014, p. 32.

39 *Laurence Gay*, « Introduction générale », *Gay Laurence* (dir), *la question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Edition Bruylant, 2014, p. 17.

40 *Rubbens*, Instruction criminelle et la procédure pénale, p. 199, note 48; *Guichard & Debard*, Lexique des termes juridiques, note 33.

41 *Rubbens*, Instruction criminelle et la procédure pénale, p. 199, note 48, rappelle, à ce sujet, que le tribunal vérifie d'office sa saisine, sa compétence et plus généralement la recevabilité de l'action avant d'ouvrir l'instruction à l'audience. Ainsi, si sa saisine irrégulière peut être couverte par une comparution volontaire du prévenu présent ou valablement représenté, notons que c'est *in limine litis* que le juge est appelé à vérifier cette régularité de l'instance, à moins que le fait qui devrait le dessaisir survienne en cours d'audience et même après la clôture des débats. En l'espèce, il suspend l'instance en prononçant un jugement motivé de dessaisissement qui constitue la réponse aux conclusions de la partie qui excepte, c'est-à-dire qui soulève l'incident. Il peut aussi, suivant la nature du moyen invoqué, joindre l'incident au fond. Ce qui lui permet de poursuivre l'instruction et les débats, de les clôturer et de rendre, en suite, son jugement.

42 *Kitoko Kimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », p.1, note 43.

43 *Mundala Lunda & Kahunga Mapela*, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'institutionnalité soulevée devant une juridiction », p. 202, note 31.

44 *Bon*, « les conditions de recevabilité de la question préjudiciable de constitutionnalité en République Démocratique du Congo, p. 48, note 49.

45 « Qu'est-ce que la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ? », <https://www.vie-publique.fr/fiches/19560-quest-ce-que-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc>, consulté le 05/09/2021.La procédure prescrite consiste à soulever la QPC au cours de tout litige devant un tribunal de l'ordre judiciaire (à l'exception de la cour d'assises) ou administratif, aussi bien en première instance qu'en appel ou en cassation. La juridiction saisie de la demande procède sans délai à un premier examen et vérifie trois critères : si la disposition législative critiquée est bien applicable au litige qu'elle doit trancher; si cette disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel; si la question présente « un caractère sérieux ». Dans l'hypothèse de la recevabilité de ladite question, la juridiction saisie la transmet au Conseil d'État ou à la Cour de cassation selon l'ordre juridictionnel ayant examiné la demande. Ces

Il faut noter qu'à l'issue de l'examen de cette exception d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle signifie son arrêt motivé à la juridiction concernée. Et, cet arrêt s'impose à elle. Ainsi, si l'acte est déclaré non conforme à la Constitution, il ne peut être appliqué dans le procès en cours⁴⁶. Dans le cas où elle se prononce en faveur de la disposition mise en cause, la juridiction du fond l'applique sans désemparer⁴⁷. Telle est la finalité pour laquelle le renvoi de cette exception est fait au juge constitutionnel. C'est en raison de l'influence que la réponse à cette exception a sur sa propre décision qu'il sursoit à statuer jusqu'à la solution à la question préjudiciale⁴⁸. Ce rappel de la procédure prescrite en matière permet d'appréhender la position du juge du tribunal de grande instance de Kinshasa/Gombe statuant sur l'affaire opposant le prévenu Vital Kamerhe et consorts.

II. La violation de la procédure prescrite

La procédure qui a consisté, pour le juge de céans saisi de l'exception d'institutionnalité, de la dire irrecevable et, conséquemment, de ne point surseoir ni saisir la Cour constitutionnelle, a été employée en violation de la Constitution, mais également des dispositions légales en la matière. Pour s'en rendre compte, il est indispensable d'en analyser l'argument développé et soutenu à cet effet. L'argumentation de ce juge peut être repartie en deux volets.

Il fait observer, dans un premier temps, que ces deux prévenus soulèvent l'exception d'institutionnalité au cours de l'audience de plaidoirie, alors qu'ils ont eu à se défendre lors des audiences d'instruction. Pour soutenir l'impertinence de ce moyen qui donne l'air d'un dilatoire, ce juge soutient que cette exception doit être soulevée *in limine litis*. Dans un second temps, il estime que la requête en institutionnalité introduite devant la Cour Constitutionnelle par une partie est inopérante devant le juge de fond qui ne peut donc pas surseoir à l'examen de la cause⁴⁹. C'est ce qui lui a permis de joindre cette exception au fond.

hautes juridictions ont alors trois mois pour l'examiner afin de décider de saisir ou non le Conseil constitutionnel.

S'il est saisi, le Conseil a alors trois mois pour se prononcer. Il peut déclarer la disposition conforme – le procès reprend alors devant le tribunal saisi en premier lieu – ou contraire à la Constitution – la disposition concernée est abrogée.

46 Article 53 de la Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, note 30; Article 47, al.3 et 4 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle, note 30.

47 *Mundala Lunda & Jean Jacques Kahunga Mapela*, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'institutionnalité soulevée devant une juridiction », p. 209, note 31.

48 Bon, « les conditions de recevabilité de la question préjudiciale de constitutionnalité en République Démocratique du Congo », p. 43, note 49; *Mundala Lunda & Kahunga Mapela*, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'institutionnalité soulevée devant une juridiction », p. 201, note 31.

49 Jugement RP 26.931, note 2.

En procédant ainsi, en lieu et place de surseoir pour saisir la Cour constitutionnelle, le juge a manifestement violé la Constitution et la loi organique portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle. L'argument qu'il a soutenu ne permet pas non plus d'apprécier autrement sa prise de position.

Notons qu'il est impertinent de soutenir indistinctement, comme ce juge l'a fait, qu'une requête en inconstitutionnalité introduite devant la Cour Constitutionnelle par une partie est inopérante devant le juge du fond qui ne peut donc pas surseoir à l'examen de la cause. La reprise de la position du premier président de la Cour Suprême⁵⁰ est non seulement dénaturée, mais surtout sortie du contexte de sa justification.

Pour rappel, le premier président fait observer que « beaucoup de justiciables s'empressent à tort ou à raison de saisir, par voie principale, la Cour constitutionnelle au sujet d'une inconstitutionnalité éventuelle d'un acte législatif ou réglementaire ou encore d'un édit provincial de nature à influencer l'issue de leur procès et, en même temps, sollicitent du juge du fond saisi de leur cause la surséance à statuer de celle-ci, se fondant sur le dépôt de leur requête auprès de cette Haute Cour »⁵¹.

Ainsi, non seulement que certaines institutions se croient en droit de demander aux chefs de juridictions ainsi saisies de requêtes en constitutionnalité de se dessaisir et de les transmettre, pour disposition et compétence, à la Cour constitutionnelle, mais ces chefs, placés sous pression, libèrent les dossiers judiciaires dans leur intégralité sous prétexte de faciliter la tâche à ceux qui les réclament⁵².

Ce contexte ayant été rappelé dans sa circulaire relative à la transmission des dossiers à la Cour constitutionnelle pour examen en cas d'exception d'institutionnalité après surséance, le premier président tire comme conclusion que toutes ces pratiques sont en marge de la loi, dont celle qui consiste à postuler, à répétition cette exception. Il en est de même lorsque par inadvertance, le justiciable saisit la Cour, par voie principale, d'une requête en inconstitutionnalité d'un acte législatif ou réglementaire ou encore d'un édit provincial. Une telle requête est inopérante pour produire, par son dépôt au greffe de la Cour constitutionnelle, l'effet de la surséance devant le juge du fond⁵³.

Comme on peut bien le constater, la conséquence de la non-surséance est liée à une requête introduite par voie principale. Cette précision a été camouflée à dessein dans l'argumentaire du juge de céans. Cette intention en dit long sur sa volonté délibérée de violer non seulement la Constitution, mais également le droit de la défense d'user, même de manière dilatoire, du droit de saisir le juge constitutionnel par cette voie indirecte. Mais, le comportement du juge du fond est autrement apprécié lorsqu'on se trouve dans l'hypothèse de cette exception, quelle qu'en soit la personne qui la soulève. En l'espèce, note le premier

50 *KitokoKimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », pp. 2–3, note 43.

51 *KitokoKimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », p. 1, note 43.

52 *KitokoKimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », p. 1, note 43.

53 *KitokoKimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », p. 2, note 43.

président, la juridiction du fond sursoit à statuer pour saisir toutes affaires cessantes la Cour constitutionnelle⁵⁴. Cette prise de position bat en brèche la position du juge de céans.

Pour ce qui est de l'argument selon lequel l'exception d'inconstitutionnalité doit être soulevée une seule fois et *in limine litis*, il y a lieu de noter que le juge de céans, tire cette position de l'arrêt de la Cour suprême de justice rendu sous R.Const. 310/311 TSR. Cette position a aussi été défendue par le premier président de la Cour suprême de justice qui s'y était fondé⁵⁵. Et, s'il est vrai que cet arrêt a préconisé cette pratique dans la mise en branle de cette exception⁵⁶, c'était sans compter sur le fait que l'exception d'institutionnalité est un moyen juridique d'ordre public. Cette nature est déduite du droit conféré à la fois aux parties, au Ministère public et au tribunal de céans de la soulever. Notons que si un tel moyen touche à un principe essentiel du droit⁵⁷, sa violation peut être invoquée par les deux plaideurs, soulevée d'office par le ministère public et relevée d'office par le tribunal saisi⁵⁸.

Cette évocation ne peut se limiter à un moment précis de la procédure, en l'occurrence une seule fois et *in limite litis*. Au contraire, il doit l'être à tout moment et à chaque étape de la procédure, comme l'ont allégué la défense de ces deux prévenus. Cette position est soutenable dans la mesure où une règle juridique d'ordre public est impérative. A ce titre, elle s'impose dans les rapports sociaux, pour des raisons de moralité ou de sécurité impératives et on ne peut y déroger au risque que la procédure ou l'accord conclu en marge ne soit frappé d'une nullité⁵⁹.

Allant dans le sens de ne pas limiter l'évocation de ce moyen, le juge constitutionnel, dans son arrêt de principe tendant à restituer la compréhension et le sens utilitaire de la disposition de l'article 162 de la Constitution, a jugé que « la saisine par voie d'exception d'institutionnalité ou renvoi préjudiciel n'est possible et réalisée que sur production d'un arrêt ou jugement avant dire droit rendu par la juridiction saisie de la cause lors de l'examen de laquelle cette question prioritaire préjudicelle est invoquée, non pas *in limine litis*, mais à toute hauteur de procédure, ce moyen étant d'ordre public, et qui, après surséance renvoie à la Cour constitutionnelle en précisant la disposition législative ou réglementaire déférée en institutionnalité ainsi que celle constitutionnelle dont la violation est vantée de sorte qu'en l'absence de l'indication devant cette juridiction des actes législatifs ou réglementaires à déférer à la Cour, ou lorsque les actes visés sont des actes de procédure judiciaire ou juridictionnels, notamment les exploits d'assignation ou de citation, les ordonnances de fixation de date d'audience ou d'abréviation des délais de

⁵⁴ *KitokoKimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », p. 3, note 43.

⁵⁵ *KitokoKimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », p. 3, note 43.

⁵⁶ *KitokoKimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 ... », p. 3, note 43.

⁵⁷ *Guichard &Debard*, Lexique des termes juridiques, note 33.

⁵⁸ *Guichard &Debard*, Lexique des termes juridiques, note 33; « Moyen », <https://www.jurisconsulte.net/fr/lexique/id-99-moyen>, consulté le 02/04/2021.

⁵⁹ *Guichard &Debard*, Lexique des termes juridiques, note 33; « Moyen », note 68.

comparution, les décisions judiciaires, les mandats, les réquisitions, l'exception manque en droit car sans objet et n'appelle pas surséance ni renvoi (...)⁶⁰.

Comme on peut ainsi le constater, le juge de céans dans l'affaire Vital Kamerhe et consorts a violé la disposition de l'article relatif à l'exception d'inconstitutionnalité autant par la procédure employée par lui qui a consisté à la joindre au fond autant par l'argumentation avancée, par lui, à cet effet.

Conclusion

Le moyen d'exception d'inconstitutionnalité est institué par le Constituant congolais. Il permet ainsi à la partie qui l'évoque d'obtenir de la juridiction devant laquelle elle est alléguée la surséance de l'instance et la saisine de la Cour constitutionnelle. Et, s'il est un moyen de droit, c'est parce qu'il permet à cette partie de contester l'acte visé. C'est de manière indirecte qu'elle s'attaque à la disposition mise en cause.

En l'espèce, il s'est agi de l'application, à leurs clients, de la peine des travaux forcés pour l'infraction de détournement des deniers publics. Pour cette défense, ce moyen leur a permis non seulement de justifier ou de critiquer la prétention de l'accusation, mais il a, surtout, constitué le nécessaire soutien et la voie de droit par laquelle elle a contesté le bien-fondé de l'application de la peine de travaux forcés. Ce moyen visait à influencer le contenu du jugement.

Au-delà de la mise en cause de l'application à leur client de cette peine, ce moyen est une question préjudicelle de constitutionnalité. Il s'agit d'un incident de procédure d'ordre constitutionnel, soulevé, comme c'est le cas, au cours d'un litige qui ne peut être tranché indépendamment de la résolution de cette question de légitimité constitutionnelle. C'est pour cette raison que ce moyen consacre, dans la procédure de son examen, le double aspect de surséance de l'instance et le renvoi préjudiciel. Cette procédure s'impose, au regard de la nature juridique d' « ordre public » de cette exception, justifiant son invocation par les parties, le Ministère public et d'office par la juridiction saisie, à cet effet.

Pour avoir procédé, autrement, c'est-à-dire joindre l'exception au fond et, ce, contrairement à la procédure prescrite, au motif qu'elle ne doit être évoquée qu'une seule fois et, ce, *in limine litis*, la position du juge de céans est considérée comme une violation de la Constitution et de la loi organique et des dispositions réglementaires en la matière.

Comme les juges de la Haute cour militaire⁶¹, celui qui a examiné l'affaire des maisons préfabriquées s'est arrogé le pouvoir du juge constitutionnel en procédant à l'appréciation de l'exception d'inconstitutionnalité, alors qu'il n'en a aucune compétence, au regard, de l'exigence de saisir « toutes affaires cessantes » le juge constitutionnel. Comme indiquer, le juge devant lequel cette exception est évoquée ne peut aucunement apprécier la nécessité de

60 R.Const 1272 du 04/12/2020 de la Cour constitutionnelle, siégeant en matière de contrôle de constitutionnalité, cinquième et sixième feuillet.

61 R.Const 1272 du 04/12/2020 de la Cour constitutionnelle, troisième feuillet, note 68.

saisir la Cour constitutionnelle. Il ne peut pas non plus, même sommairement, analyser la constitutionnalité de la disposition contestée comme inconstitutionnelle.

La nécessité du renvoi au juge constitutionnel, affirmée par lui-même dans son arrêt de principe comme aussi le fait que cette exception est soulevée non pas *in limine litis*, ainsi que l'a soutenu ce juge de céans, mais à toute hauteur de la procédure, constitue un démenti cinglant qui prouve à suffisance qu'il a violé la Constitution. Cela étant, il n'a pas contribué à conforter l'Etat de droit, à l'occasion dudit procès, le droit de la défense ayant aussi été violé.

Bibliographie indicative

Textes juridiques

- Constitution de la République Démocratique du Congo, telle que modifiée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (textes coordonnés), *JORDC*, 52^e année, Numéro spécial, Kinshasa, 5 février 2011;
- Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 19 décembre 1966;
- Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adopté par la réolution 217 A (III), Paris, le 10 décembre 1948;
- Code pénal congolais, Livre Ier, *JORDC*, 45^e Année, Numéro Spécial, 30 novembre 2004;
- Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *JORDC*, 54^e année, Numéro spécial du 18 octobre 2015;
- Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle, *JORDC*, 56^e année, Numéro spécial du 22 mai 2015.

Décisions judiciaires

- Jugement RP 26.931, en cause : Ministère Public et partie civile la RD. Congo Contre les prévenus : Samih Jammal, en détention; Kamerhe Lwa Kanyigini Vital, en détention; Muhima Ndoole Jeannot, en liberté,<https://www.politico.cd/la-rdc-a-la-une/2020/06/20/dc-vital-kamerhe-lourdement-condamne-voici-lintegralite-du-jugement-du-tribunal.html/63245/>, consulté le 20/03/2021;
- R.Const 1272 du 04/12/2020 de la Cour constitutionnelle, siégeant en matière de contrôle de constitutionnalité, cinquième et sixième feuillets.

Ouvrages

- *Ambroise Kamukuny Mukinay*, Droit constitutionnel congolais, Editions Universitaires Africaines, Kinshasa, 2011;
- *Serge Guichard & Thierry Debard*, Lexique des termes juridiques, 25^e édition 2017–2018;
- *Antoine Rubbens*, Le droit judiciaire zaïrois, Tome II, Presses universitaires du Zaïre, Kinshasa, 1978;
- *Rubbens*, Instruction criminelle et la procédure pénale, Léopoldville-Bruxelles, Université Lovanium-Larcier.

Sites internet

- *Eshimata Ngimni Kevin*, « La peine de travaux forcés en droit congolais et les controverses juridiques qu'elle soulève », <https://www.leganews.cd/index.php/analyses-et-opinions/2064-la-peine-de-travaux-forces-en-droit-congolais-et-les-controverses-juridiques-qu-elle-souleve>, consulté le 4/4/2021;
- « Travaux forcés », https://fr.wikipedia.org/wiki/Travaux_forc%C3%A9s, consulté le 04/04/2021.
- *Mwali Lumande*, « RDC : « La peine de travaux forcés est exécutée comme la peine de prison », <https://www.radiomoto.net/2020/04/06/rdc-la-peine-de-travaux-forces-est-executive-comme-la-peine-de-prison-mwali-lumande/>, consulté le 04/04/2021;
- « Qu'est-ce que la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)? », <https://www.vie-publique.fr/fiches/19560-quest-ce-que-la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc>, consulté le 05/09/2021;
- « Moyen », <https://www.jurisconsulte.net/fr/lexique/id-99-moyen>, consulté le 02/04/2021.

Articles

- *Mundala Lunda & Jean-Jacques Kahunga Mapela*, « la saisine de la Cour constitutionnelle en cas d'exception d'institutionnalité soulevée devant une juridiction », ACJC, vol.2 – 201;
- *Symphorien Kapinga Nkashama*, « Cour constitutionnelle et contrôle de constitutionnalité en République Démocratique du Congo », ACJC, vol.1 – 2016;
- *Jérôme Kitoko Kimpele*, « circulaire n°001 du 7/03/2017 portant transmission des dossiers à la Cour constitutionnelle pour examen de l'exception d'institutionnalité après surséance »;
- *Xavier P.*, « Brèves réflexions sur la question prioritaire de constitutionnalité dans une perspective comparatiste-le juge a quo : juge du filtrage ou « juge constitutionnel négatif? » », Gay Laurence (dir), la question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé, Bruxelles, Edition Bruylant, 2014;

- *Pierre Bon*, « les conditions de recevabilité de la question préjudicelle de constitutionnalité en droit comparé », Gay Laurence (dir), *la question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Edition Bruylant, 2014;
- *Laurence Gay*, « Introduction générale », Gay Laurence (dir), *la question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruxelles, Edition Bruylant, 2014.