



La Cour constitutionnelle congolaise face au statut pénal d'un ancien Premier ministre devenu sénateur

Jacques B. Mbokani

DANS **REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PÉNAL COMPARÉ** 2023/1 N° 1 , PAGES 53 À 80
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-1733

ISBN 9782995523016

DOI 10.3917/rsc.2301.0053

Date de mise en ligne : 21/04/2023

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2023-1-page-53?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Dans son arrêt du 15 novembre 2021, la Cour constitutionnelle congolaise, juridiction pénale pour juger le président de la République et le Premier ministre (PM), a jugé qu'un ancien PM, suspecté d'infractions commises dans l'exercice de ses anciennes fonctions, ne bénéficie plus d'un privilège de juridiction devant elle. Elle a en conséquence décliné sa compétence. Sa motivation repose essentiellement sur les raisons qui justifient pareil privilège pour le PM en fonction et qui, selon elle, manquent à l'endroit d'un ancien PM. La Cour s'écarte ainsi de l'approche des juridictions de l'ordre judiciaire, pour qui pareil privilège doit être maintenu dès lors qu'il s'agit d'un acte de la fonction même lorsque l'auteur ne l'exerce plus. Cette différence d'approches entre la Cour constitutionnelle et les juridictions de l'ordre judiciaire ouvre la voie à une tour de Babel judiciaire susceptible de conduire à un conflit négatif de compétence et à une impunité des crimes dont serait suspecté un ancien PM lorsqu'il était en fonction. Le présent article se propose de dégager les principaux enseignements de cet arrêt ; et, pour articuler les deux approches, il propose une clé de sortie permettant de ne pas sombrer dans un conflit négatif de compétence.

La Cour constitutionnelle congolaise face au statut pénal d'un ancien Premier ministre devenu sénateur ¹

Jacques B. Mbokani

Professeur à l'Université de Goma (RDC)

In its judgment of 15 November 2021, the Congolese Constitutional Court, vested with the criminal jurisdiction to try the President of the Republic and the Prime Minister (PM), ruled that a former PM, suspected of offences committed in the exercise of his former function, does not benefit from a privilege of jurisdiction before it. Its reasoning is based primarily on the reasons that justify such privilege for the incumbent PM and which,

(1) Le présent article est le fruit d'une polémique très fertile, née à la suite de l'arrêt commenté, entre l'auteur et M. David M. Bamlango, membre du Barreau de New York et de Chicago (USA), sous le sage arbitrage de M. Pascal K. Kambale, Conseiller principal de programme au Bureau régional pour l'Afrique d'*Open Society Foundations*. L'auteur remercie sincèrement ses deux frères et amis pour les observations et commentaires apportés aux premières versions de cet article. Les opinions exprimées demeurent celles de l'auteur qui, d'ailleurs, assume seul, l'entière responsabilité des éventuelles erreurs de forme et de fond. L'auteur remercie par ailleurs les lecteurs anonymes de cette *Revue* pour les observations formulées à la première version de cet article.

according to the Court, are lacking in respect of a former PM. The Court's approach thus departs from that of the Congolese Court of cassation, which considers that such a privilege must be maintained for an offense committed when the author was in office even if, in the meantime, he/she has left it. This difference of approach paves the way for a judicial Tower of Babel that could lead to a negative conflict of jurisdiction and to an impunity for crimes allegedly committed by a former PM when he was in office. The purpose of this article is to draw out the main lessons of the judgment of the Constitutional Court; and, in order to articulate the two approaches, it proposes a way out of avoiding such a negative conflict of jurisdiction.

I - Introduction

L'une des particularités de la Constitution de la République démocratique du Congo (RDC) promulguée le 18 février 2006² est d'avoir aligné le statut pénal du Premier ministre (PM), non pas sur celui des membres du gouvernement dont il est le chef, mais sur celui du président de la République (ci-après, le « président ») qui le nomme. En effet, en matière pénale, cette Constitution prévoit, en faveur de ces deux hautes personnalités, un privilège de juridiction devant la Cour constitutionnelle³. Elle prévoit aussi que les poursuites et la mise en accusation contre elles doivent être « décidées » par un vote des deux tiers des membres du Parlement réuni en Congrès (Assemblée nationale et le

Sénat)⁴. La question qui se pose alors est celle de savoir si ce régime spécial est aussi applicable à un *ancien* PM pour des infractions qu'il aurait commises dans l'exercice de sa fonction (actes de la fonction) alors même qu'il a déjà cessé d'exercer ladite fonction.

Cette question était, parmi d'autres, au cœur de l'arrêt rendu le 15 novembre 2021 par la Cour constitutionnelle dans le cadre de l'affaire *Matata et consorts* (ci-après, l'« arrêt *Matata et consorts* »). L'affaire tire son origine des allégations de détournement des fonds publics imputés à un ancien PM, Monsieur Matata Ponyo, dans l'exercice de ses fonctions de PM⁵. La qualité de M. Matata au

(2) Constitution de la République démocratique du Congo (RDC) telle que modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janv. 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la [RDC] du 18 février 2006, *Journal officiel de la République démocratique du Congo (JORDC)*, 52^e année, Numéro spécial, 5 févr. 2011 (ci-après, la « Constitution congolaise »).

(3) Art. 163 de la Constitution congolaise.

(4) Art. 166 de la Constitution congolaise.

(5) Cour constitutionnelle, *Ministère public (MP) c/ Matata, Kitebi et Grobler*, « Arrêt », affaire n° 0001, 15 nov. 2021 (ci-après, « Arrêt *Matata et consorts* »), p. 2 à 3, disponible en ligne sur <https://bit.ly/3ZAs7bk> (visité le 24 janv. 2022). Il est reproché à M. Matata d'avoir commis dans l'exercice de sa fonction de Premier ministre les trois actes suivants : (i) détournement par surfacturation de la somme globale équivalente à 204 903 042 dollars américains remise à la société Africom Commodities [...] pour la gestion du parc agro industriel de Bukanga Lonzo, projet mis en place par le gouvernement de la RDC ; (ii) détournement de la somme globale de 890 702,80 dollars américains par paiement indu des parts sociales de la société Africom Commodities dans la constitution des sociétés d'économie mixte PARCAGI, SEPAGRI et MARKIN, sociétés issues de la convention d'actionnaires entre l'État congolais et la société Africom Commodities, alors que cette dernière devait elle-même apporter ses parts sociales ; et (iii) détournement des sommes globales de 122 652,83 dollars américains et de 3 789 000 dollars américains destinés respectivement au bornage de la concession du parc agro-industriel de Bukanga Lonzo et l'aménagement de la route qui relie ce parc à la nationale n° 1.

moment des poursuites et celle qu'il avait au moment de faits allégués n'étaient pas de nature à faciliter la procédure. En effet, au moment des poursuites, M. Matata est sénateur. En cette qualité, il est justiciable de la Cour de cassation⁶. Par ailleurs, lorsque le Sénat est en session, il bénéficie d'une immunité des poursuites qui ne peut être levée que par l'assemblée plénière du Sénat⁷. En revanche, au moment des faits allégués, M. Matata était PM. Cette qualité le rendait justiciable de Cour constitutionnelle⁸ et lui faisait bénéficier d'un régime spécial des poursuites puisque celles-ci devaient être décidées par un vote des deux tiers des membres du Parlement réunis en Congrès (Assemblée nationale et Sénat)⁹. Il se posait alors la question de savoir quelle était la juridiction compétente pour poursuivre un ancien PM devenu sénateur pour des infractions qu'il aurait commises en tant que PM. La détermination de la juridiction compétente soulevait à son tour la question de savoir quel organe était habilité à décider de telles poursuites : était-ce le ministre public sur autorisation du Sénat ou le Parlement réuni en congrès ?

Face à cette double difficulté, le ministre public a adopté une approche empreinte d'une certaine ambiguïté : il a retenu le critère de la qualité de l'accusé *au moment des faits* (PM) pour déterminer la juridiction compétente (Cour constitutionnelle). Tandis que, concernant le régime des poursuites, il a retenu la qualité de l'accusé *au moment des poursuites* et s'est adressé, en conséquence, au Sénat pour en obtenir l'autorisation.

Dans l'arrêt commenté ici, la Cour constitutionnelle n'a finalement tran-

ché que la question de la compétence en déclinant sa propre compétence à l'égard d'un *ancien* PM. Son raisonnement s'appuie principalement sur le fait que, pour elle, le privilège de juridiction *devant elle* se justifie « tout simplement parce qu'il s'agit d'une question présentant un caractère politique trop accentué pour être examiné par une juridiction de l'ordre judiciaire » ; et qu'« il est nécessaire que [...] le Premier ministre soit à l'abri des poursuites, comme tout citoyen, qui empêcheraient l'exercice des pouvoirs que [lui] confère la Constitution »¹⁰. En conséquence, a-t-elle soutenu, « pendant la durée de ses fonctions, le Premier ministre ne peut voir sa responsabilité pénale engagée que devant la Cour constitutionnelle ; pour tous ses actes, y compris ceux accomplis en dehors de ses fonctions, il bénéficie d'un privilège de juridiction le mettant largement à l'abri puisque les particuliers ne peuvent saisir celle-ci ». Pour la Cour, « ce privilège de juridiction prend cependant fin avec les fonctions de Premier ministre, lequel redevient à la fin de son mandat justiciable des tribunaux ordinaires »¹¹.

L'analyse attentive du raisonnement de la Cour constitutionnelle permet de mettre en évidence certains enseignements à tirer de cet arrêt concernant la justification des privilèges de juridiction devant elle (II). Elle permet par ailleurs de s'interroger sur l'articulation entre cette approche et celle des juridictions de l'ordre judiciaire concernant les anciens bénéficiaires de tels privilèges lorsqu'ils sont suspectés d'infractions qu'ils auraient commises dans l'exercice des fonctions qui leur conféraient pareils privilèges (III).

(6) Art. 153, al. 3, de la Constitution congolaise.

(7) Art. 107, al. 2, de la Constitution congolaise.

(8) Art. 163 de la Constitution congolaise.

(9) Art. 166, al. 1^{er}, de la Constitution congolaise.

(10) Arrêt *Matata et consorts*, p. 13.

(11) *Idem*, p. 14.

II - L'approche de la Cour constitutionnelle quant à la justification d'un privilège de juridiction devant elle

Pour dénier à un *ancien* PM un privilège de juridiction devant elle, la Cour constitutionnelle a invoqué un raisonnement qui part de la justification même de ce privilège pour celle/celui qui est encore en fonction. L'objectif de cette démarche consiste à démontrer que si pareil privilège ne peut correspondre qu'à celui qui est en fonction, il ne pourra pas, *a fortiori*, se justifier à l'égard de celui qui n'est plus en fonction. Cette démarche s'explique par le silence quasi total de la Constitution congolaise sur le statut pénal de l'ancien président et de l'ancien PM. En outre, puisqu'en RDC, le statut pénal du PM est aligné sur celui du président plutôt que sur celui des autres membres du gouvernement, choix correspondant par ailleurs au caractère bicéphale du pouvoir exécutif institué par ladite Constitution dans le cadre d'un régime politique souvent qualifié de semi-présidentiel¹², l'on s'intéressera, dans une perspective de droit comparé, beaucoup plus au statut pénal du président qu'à celui du PM. Il serait, en effet, méthodologiquement problématique de comparer, comme l'ont fait certains¹³, le statut pénal du PM congolais à celui des PM d'autres États où le statut pénal du PM est aligné beaucoup plus sur celui des membres du gouvernement que sur celui du président. C'est donc en gardant à l'esprit ces remarques préliminaires que l'on analysera les deux principaux arguments invoqués par la

Cour, à savoir l'argument politique (A) et la justification fonctionnelle du privilège de juridiction devant elle (B).

A - L'argument politique et ses limites

Suivant l'argument politique invoqué par la Cour constitutionnelle, le privilège de juridiction devant elle en faveur du président et du PM est justifié parce que le procès de ces deux personnalités est une « question présentant un caractère politique trop accentué ». En le disant, la Cour ne précise toutefois pas ce qu'elle entend exactement par cette expression. Il faudra néanmoins noter, comme l'avait dit le commentaire d'une ancienne Constitution congolaise de 1967, qu'en confiant cette compétence à la Cour constitutionnelle, il était question (i) de « tenir [...] les juridictions de l'ordre judiciaire en dehors des répercussions politiques que pourrait avoir une action pénale intentée contre [ces deux personnages les plus importants] de l'État » ; et (ii) de confier à la Cour une compétence sur une question (le procès du président ou du PM) dont le poids politique était jugé, par le constituant lui-même, comme étant équivalent à celui que représentent les autres matières relevant de la compétence de cette même Cour, à savoir le problème

(12) D. Pollet-Panoussis, La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française, RFDC 2008. 484 ; J. Wasso Misona, *Droit constitutionnel II : La Constitution de l'État de droit en République démocratique du Congo*, Goma, Publications de l'Université libre des pays des Grands Lacs (PULPGL), 2020, p. 475.

(13) B. Eca Wa Lwenga, *Affaire Matata et consorts* : incompétence de la Cour ou incompétence des juges de la Cour constitutionnelle ?, *Revue de droit africain : doctrine & jurisprudence*, n° 101, janv. 2022, p. 91-92.

de la constitutionnalité des actes législatifs et de celui de l'interprétation de la Constitution ¹⁴.

En réalité, le caractère politique du procès du président ou du PM repose d'abord sur la nature de certaines infractions relevant de la compétence de la Cour constitutionnelle, infractions qualifiées de « politiques » ¹⁵ par la Constitution elle-même. Il faudra néanmoins garder à l'esprit que, par respect au principe de la légalité des délits et des peines, la Constitution elle-même et la loi sur la Cour constitutionnelle définissent précisément ces infractions et les peines qui leur sont attachées. Ces définitions permettent ainsi de réduire la *dimension politique* de la qualification des faits par la Cour et le choix des peines applicables. Le caractère politique du procès précité repose ensuite sur la qualité des accusés. Ceux-ci sont en effet « les plus hautes autorités de l'État considérées comme les plus politiques » ¹⁶.

L'analyse de la signification d'une « question présentant un caractère politique trop accentué » pousse à se demander si l'institution d'un privilège de juridiction devant un organe juridictionnel est une réponse appropriée à une question présentant pareil caractère. En effet, sur ce point, la Constitution de 2006 diffère fondamentalement, par exemple,

de celle de 1974 qui confiait la charge de juger le Président, non pas à un organe juridictionnel, mais à un organe politique qu'était le Bureau politique ¹⁷. C'était par ailleurs cet organe qui était investi de la compétence de prononcer la « destitution » du président lorsqu'il constatait dans son chef l'infraction de « déviationnisme », c'est-à-dire « tout acte de nature à porter atteinte à la doctrine du [Parti-État de l'époque] », ladite doctrine étant le « Mobutisme ». Dans ces conditions, la nature de « l'infraction » et le choix de l'organe habilité à la constater montraient bien qu'il s'agissait d'une « question présentant un caractère politique trop accentué ». Dans la Constitution actuelle cela n'apparaît pas. Il est alors légitime de se demander si le choix d'un organe juridictionnel reflète effectivement le caractère politique du procès.

Cette question se pose d'abord au regard de la composition même de cette juridiction. La Cour constitutionnelle congolaise comprend « neuf membres nommés par le président de la République, dont trois sur sa propre initiative, trois désignés par le Parlement réuni en Congrès et trois désignés par le Conseil supérieur de la magistrature » ¹⁸. La Constitution précise par ailleurs que « les deux tiers des membres de la Cour constitutionnelle doivent être des juristes provenant de la magistrature,

(14) V. le Commentaire officiel de l'art. 71 de la Constitution de la République du Zaïre de 1967 : « [en choisissant la Cour constitutionnelle comme juridiction pénale du président], on a voulu tenir la Cour suprême de justice (et par ricochet, les autres juridictions de l'ordre judiciaire au sommet desquelles se trouve la Cour suprême de justice) en dehors des répercussions politiques que pourrait avoir une action pénale intentée contre le personnage le plus important de l'État » (Mémoire explicatif du projet de Constitution établi sur la base du texte de l'avant-projet présenté au président de la République et sur la base des discussions de la Commission politique du gouvernement, in *Journal officiel de la République du Zaïre (Moniteur congolais* n° 14, 15 juill. 1967), p. 556, disponible en ligne sur <https://bit.ly/3SzyYZS> (visité le 5 janv. 2022). Plus loin encore (p. 562), sur la question de la compétence matérielle de la Cour constitutionnelle, le même commentaire laissait entendre : « le problème de la constitutionnalité des actes législatifs, celui de l'interprétation de la Constitution et celui du jugement du président de la République [sont des] questions [qui] présentent un caractère politique trop accentué pour qu'une juridiction de l'ordre judiciaire puisse en connaître. C'est pourquoi on a prévu une juridiction spéciale dénommée Cour constitutionnelle ».

(15) J. Wasso Misona, *op. cit.*, p. 457-460 ; P.-G. Ngondankoy Nkoy-ea-Loongya, Répression du président de la République et du Premier ministre en droit congolais : esquisse de formation d'un droit constitutionnel pénal de fond, in J.-P. Segihobe et I. Mingashang (dir.), *Le droit pénal entre douleur et enchantement dans le contexte contemporain : Liber amicorum Doyen Raphaël Nyabirungu mwene Songa*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 998.

(16) V. P.-G. Ngondankoy Nkoy-ea-Loongya, *op. cit.*, p. 1048.

(17) Art. 46 de la Constitution de la RDC (République du Zaïre) du 15 août 1974.

(18) Art. 158 de la Constitution congolaise.

du barreau ou de l'enseignement universitaire »¹⁹. Cette composition, comprenant beaucoup plus de techniciens du droit que d'acteurs politiques, soulève un doute quant à la capacité de cet organe juridictionnel d'être un mécanisme le plus approprié pour faire face à une question « présentant un caractère politique trop accentué »²⁰.

La même question se pose ensuite par rapport à la procédure qui conduit à ce procès. Il convient d'observer que la RDC fait partie de ces États d'Afrique francophone subsaharienne où, concernant le président, il est prévu d'une part un privilège de juridiction devant l'organe juridictionnel suprême et, d'autre part, un régime spécial des poursuites du président soumis à une décision d'un organe politique, généralement le Parlement, lequel doit se prononcer à une majorité qualifiée variant entre les deux tiers et les quatre cinquièmes de ses membres²¹. En RDC en particulier, cette décision doit être votée « à la majorité des deux tiers des membres du Parlement composant le Congrès [...] »²². En

outre, la procédure mise en place par le Règlement du Congrès ajoute d'autres exigences procédurales qui ont pour effet de compliquer davantage la procédure²³. Dans ce contexte, justifier le privilège de juridiction par le caractère politique du procès pose question : lorsque l'organe politique décide des poursuites avec de telles majorités spéciales, l'affaire présente-t-elle encore « un caractère politique trop accentué » pour ne pas être laissé à une juridiction de l'ordre judiciaire ? En d'autres termes, cette procédure n'a-t-elle finalement pas pour effet de vider ou de dépouiller l'affaire de toute sa substance politique ? La procédure n'est-elle pas de nature à militer contre ledit privilège ?

Un tour d'horizon de certaines solutions adoptées dans les États d'Afrique anglophone (Ouganda²⁴, Kenya²⁵ et Tanzanie²⁶) aux États-Unis d'Amérique²⁷ permet de mieux comprendre la question et les solutions qui répondent mieux au problème posé. Dans ces États en effet, le procès et la destitution ou la déchéance du président ont lieu devant

(19) Art. 158 de la Constitution congolaise.

(20) M. Wetsch'Okonda Koso, La prépondérance des magistrats de carrière, juges constitutionnels : facteur d'efficacité ou d'inefficacité de la Cour constitutionnelle en République démocratique du Congo ?, *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, vol. 2, 2017, p. 95-115.

(21) V. par ex., les art. 100 et 101 de la Constitution du Sénégal ; l'art. 78 de la Constitution du Gabon ; les art. 127 et 129 de la Constitution du Togo ; l'art. 105 de la Constitution du Rwanda ; l'art. 53(2) de la Constitution du Cameroun ; l'art. 95 de la Constitution du Congo (Brazzaville) ; les art. 108 et 111 de la Constitution de la Côte d'Ivoire.

(22) Art. 166, al. 1^{er}, de la Constitution congolaise.

(23) V. J.-L. Esambo Kangashe, *Traité de droit constitutionnel congolais*, Tome I, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 96-97. Selon ce règlement en effet, la décision autorisant les poursuites est prise à l'initiative de la moitié des membres de chaque chambre parlementaire. Ensuite, le bien-fondé de cette initiative est discuté par chaque chambre et voté à la majorité absolue des membres, mais lorsque l'une des chambres la juge non fondée, l'initiative est considérée comme rejetée. Si les deux chambres votent le bien-fondé de l'initiative, leurs présidents convoquent conjointement le Congrès, en vue de son examen et de l'adoption de la résolution autorisant les poursuites. Ils constituent en même temps une Commission chargée d'entendre le président de la République ou le Premier ministre. En vue de l'adoption de la résolution autorisant les poursuites, la Commission établit un rapport qu'elle distribue aux membres du Congrès quarante-huit heures, au moins, avant la tenue de la séance plénière au cours de laquelle ce rapport sera débattu. Une fois approuvée à la majorité de deux tiers des membres composant le Congrès, la résolution autorisant les poursuites est communiquée au procureur général près la Cour constitutionnelle par le président du Congrès.

(24) Art. 107 de la Constitution ougandaise (2005).

(25) Art 143-145 de la Constitution du Kenya de 2010.

(26) V. l'art. 46 de la Constitution de la Tanzanie de 1977, telle que révisée en 2005.

(27) Art. I, Section 3, de la Constitution des États-Unis d'Amérique, disponible en ligne sur <https://bit.ly/3ZMp53V> (visité le 10 juill. 2022), *in fine*, p. 20-21 : « le Sénat aura seul le pouvoir de juger les personnes mises en accusation par la Chambre des représentants. [...] En cas de jugement du président des États-Unis, le président de la Cour suprême présidera. Nul ne pourra être déclaré coupable que par un vote des deux tiers des membres présents. Les condamnations prononcées en cas d'impeachment ne pourront excéder la destitution et l'interdiction d'occuper tout poste de confiance ou d'exercer toute fonction honorifique ou rémunérée des États-Unis ; mais la partie condamnée sera néanmoins responsable et sujette à accusation, procès, jugement et condamnation suivant le droit commun ».

un organe politique, généralement le Parlement, selon une procédure qui varie d'un État à l'autre et suivant que le Parlement est monocaméral ou bicaméral. En Ouganda par exemple, l'article 107 de la Constitution prévoit une procédure en trois étapes : (i) la demande de destitution doit être approuvée par au moins un tiers des membres du Parlement²⁸ ; (ii) la demande est ensuite examinée par un collège de trois juges de la Cour suprême de justice constitué par le président de cette Cour²⁹, la tâche de ce collège consistant simplement à vérifier la recevabilité la demande, c'est-à-dire s'assurer qu'elle repose sur une base raisonnable ; et (iii) la demande jugée recevable est enfin soumise au vote du Parlement. Il suffit qu'elle recueille les deux tiers des voix des membres du Parlement pour que le président soit démis de ses fonctions³⁰. Cette procédure est quasi identique à celle que prévoient l'article 46 A de la Constitution de la Tanzanie et l'article 145 de la Constitution du Kenya. Une fois déchu ou destitué par cet organe politique, le président redevient un citoyen ordinaire. Les poursuites contre l'*ancien* président sont alors possibles selon la procédure ordinaire (sans aucun pri-

vilège de juridiction). Cette possibilité est normalement limitée aux infractions commises *en dehors* de l'exercice des fonctions présidentielles³¹. Toutefois, d'autres systèmes l'étendent aussi aux infractions commises *dans l'exercice* desdites fonctions³².

La Constitution française, qui a pourtant inspiré beaucoup d'États d'Afrique francophone subsaharienne au point de passer pour la « grande sœur européenne » de la Constitution congolaise de 2006³³, consacre, par rapport au président de la République, un modèle plutôt différent de ces États d'Afrique francophone³⁴. En France, en effet, le président de la République est, pour les actes accomplis *dans l'exercice* de ses fonctions, pénalement irresponsable sauf pour tout « manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »³⁵. Anciennement qualifiée de « haute trahison », cette infraction est de nature politique et sa définition, qui n'est pas précise, échappe quelque part au principe de la légalité pénale³⁶. Par ailleurs, la « Haute Cour », compétente pour juger le président, n'est pas une Cour de « justice » au sens d'une juridiction³⁷, puisque c'est le Parlement

(28) Art. 107(1) et (2) de la Constitution ougandaise.

(29) Art. 107(4) de la Constitution ougandaise.

(30) Art. 107(6) de la Constitution ougandaise.

(31) V. l'art. 98 (4) et (5) de la Constitution ougandaise : « while holding office, the President shall not be liable to proceedings in any court. [...] Civil or criminal proceedings may be instituted against a person after ceasing to be President, in respect of anything done or omitted to be done *in his or her personal capacity* ». Tandis que l'article 46(3) de la Constitution de la Tanzanie prévoit : « Except where he ceases to hold the office of President pursuant to the provisions of Article 46A(10) [impeachment] it shall be prohibited to institute in court criminal or civil proceedings whatsoever against a person who was holding the office of President after he ceases to hold such office for anything he did in his capacity *as President* while he held the office of President in accordance with this Constitution ».

(32) Aux termes de l'art. 1, Section 3, de la Constitution des États-Unis, « [...] la partie condamnée sera néanmoins responsable et sujette à accusation, procès, jugement et condamnation suivant le droit commun ». Tandis qu'au Kenya, l'art. 143 de la Constitution, intitulé « Protection from legal proceedings », contient un paragraphe 1^{er} aux termes duquel « criminal proceedings shall not be instituted or continued in any court against the President or a person performing the functions of that office, during their tenure of office ».

(33) D. Pollet-Panoussis, préc., p. 451-498.

(34) Sur le statut pénal du président de la République en France, v. not., Fr. Hamon, À propos du statut pénal du chef de l'État : convergences et divergences entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation, RSC 2002. 59 ; L. Favoreu et autres, *Droit constitutionnel*, 19^e éd., Paris, Dalloz, 2017, p. 705 s. ; Fr. Hamon et M. Troper, *Droit constitutionnel*, 37^e éd., Paris, LGDJ, 2016, p. 573 s.

(35) Art. 68 de la Constitution française.

(36) Th. Ablard, Le statut pénal du chef de l'État, RFCD 2002. 659 : « il n'est pas besoin que le président soit un criminel de droit commun pour être poursuivi. Il suffit qu'il ait pris une position politique le plaçant en antagonisme déclaré et profond avec les autres représentants de la Nation ».

(37) *Idem*, p. 659.

constitué en Haute Cour, présidé par le président de l'Assemblée nationale³⁸, et suivant une procédure organisée par une loi de 2014³⁹. Enfin, l'unique sanction que la Haute Cour peut prononcer est la destitution⁴⁰, une sanction beaucoup plus politique que pénale⁴¹. Dans ces conditions, toute poursuite pénale qui pourrait ultérieurement être intentée contre le président destitué, notamment pour les infractions antérieures à sa fonction et celles qui auraient été commises en dehors de l'exercice de sa fonction⁴², le serait nécessairement contre un *ancien* président et selon la procédure ordinaire, c'est-à-dire, sans aucun privilège⁴³.

Dans ces États (France, États-Unis, Kenya, Ouganda, Tanzanie), le caractère politique du « procès » du président en fonction justifie amplement le privilège de juridiction dont il jouit d'être jugé par un organe politique plutôt qu'une juridiction, constitutionnelle soit-elle. Si le président perd son « procès », il est déchu de sa fonction et son privilège de juridiction tombe. Il peut alors être poursuivi et juger, le cas échéant, par la justice ordinaire pour d'autres infractions sans que ses juges aient à craindre des répercussions politiques d'un tel procès. L'argument politique justifie que, dans ce contexte, seul le président *en fonction*

bénéficie du privilège de juridiction et que celui qui n'est plus en fonction n'en bénéficie plus.

Dans le contexte congolais en revanche, le problème se présente autrement. Certes, le Parlement réuni en Congrès ne « juge » pas le président ni le PM, mais décide de leurs poursuites. Mais, pour prendre cette décision, le Parlement n'est pas censé se limiter à un simple contrôle marginal de la régularité de la procédure en faisant confiance aux juges. Il décide à l'issue d'un examen au fond du dossier, comme l'aurait fait, sous d'autres cieux, une juridiction d'instruction⁴⁴. En outre, la dimension politique de cette décision du Parlement n'est pas à exclure ni à minimiser. En effet, même si la Constitution congolaise ne le dit pas expressément, cette décision reste discrétionnaire. Toutes les preuves peuvent donc être réunies contre le président ou le PM sans que le Parlement soit *obligé* de décider des poursuites. Comme dans le système original belge, qui est encore d'actualité en RDC, l'article 166 de la Constitution combine les éléments d'appréciations politique et juridique et repose en réalité sur une confusion entre les concepts de responsabilité politique et de responsabilité pénale⁴⁵. Une fois que le Parlement décide de mettre en accusation

(38) Art. 68 de la Constitution française ; J. Boudon, Le privilège de juridiction de l'article 68-1 de la Constitution s'apparente-t-il à une immunité ? Autour de l'affaire *Clearstream*, in G. Clément et J. Lefebvre (dir.), *Les immunités pénales. Actualités d'une question ancienne*, Paris, PUF, 2010, p. 37.

(39) Loi organique n° 2014-1392 du 24 nov. 2014 portant application de l'art. 68 de la Constitution, JORF, 25 nov. 2014 ; Ph. Foillard, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 22^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 225.

(40) *Idem*.

(41) Comité des droits de l'homme (CDH), 25 mars 2014, n° 2155/2012, *Paksas c/ Lituanie*, Communication §§ 7.7- 7.8 ; CEDH 17 juin 2021, n° 55093/13, *Miniscalco c/ Italie*, § 55 ; Th. Ablard, préc., p. 660 s.

(42) Puisque l'art. 68 de la Constitution française confère au président une immunité pénale pour toutes les infractions qu'il aurait commises dans le cadre de ses fonctions, des poursuites ultérieures contre un ancien président pour des infractions commises dans le cadre de ses fonctions sont juridiquement impossibles.

(43) O. Gohin, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2019, p. 753 : « sans aucun privilège de juridiction et dans les conditions de droit commun, la perte de l'immunité contentieuse du président de la République, à sa sortie de ses fonctions, ouvre la voie à la responsabilité, notamment pénale, du citoyen ordinaire qu'il redevient, à raison de faits répréhensibles commis avant son mandat présidentiel ou pendant son mandat, mais détachables ou détachés de ses fonctions ».

(44) Comme l'a dit la section de législation du Conseil d'État de la Belgique, où les règles en matière de mise en œuvre de la responsabilité pénale des ministres sont quasi identiques à celles qui sont applicables au président de la République et au Premier ministre en RDC, « la fonction exercée en cette occurrence par la Chambre des représentants ne se différencie dès lors pas de celle de la juridiction d'instruction de droit commun lorsque celle-ci rend une ordonnance de non-lieu » (Doc. Parl., Ch. des représentants, Session ordinaire, 1997-1998, n° 1274/6, p. 10).

(45) M. Uyttendaele, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 3^e éd., Limal, Anthémis, 2020, p. 510.

le président ou le PM, ce dernier est, en fait, considéré comme « lâché » par la classe politique pour être « livré » au pouvoir des magistrats. L'on peut alors soutenir qu'une affaire qui a franchi cette étape difficile est en réalité déjà vidée de toute sa substance politique. On ne voit dès lors plus en quoi le procès continuerait à être « une question présentant un caractère politique trop accentué » pour justifier le privilège de juridiction.

Cette circonstance permet par ailleurs de rebondir sur l'analyse faite par la Cour constitutionnelle congolaise concernant la limitation du droit de l'égalité de tous devant la justice pénale au regard de l'octroi des privilèges à une catégorie de personnes (les gouvernants). Il est d'ailleurs intéressant de relever que c'est la Cour elle-même qui s'est lancée dans ce débat alors qu'on aurait pu penser que soulever pareille préoccupation serait raisonner en pénaliste sur une problématique de droit constitutionnel puisque, selon certains, dans cette branche du droit, le traitement différencié des gouvernants est la règle et non l'exception⁴⁶. Cela dit, en se lançant dans ce débat, il apparaît que la Cour constitutionnelle congolaise a tenu un raisonnement quelque part inachevé. En effet, il convient de rappeler que le privilège de juridiction devant spécifiquement la Cour constitutionnelle n'entraîne pas qu'une limitation au droit à l'égalité. Il entraîne aussi une restriction du droit des victimes de se constituer partie civile dans ce procès⁴⁷ et une restriction, voire une violation, du droit

à un recours effectif, y compris le droit à un double degré de juridiction⁴⁸. Sur cette dernière restriction, il convient de rappeler que la Cour juge en premier et dernier ressort. Même en matière pénale, ses arrêts « ne sont susceptibles d'aucun recours et sont immédiatement exécutoires »⁴⁹. Or, comme l'a dit le Comité des droits de l'homme, le simple fait de juger un accusé en premier et dernier ressort par une « juridiction suprême » n'équivaut pas nécessairement à respecter le « droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation » garanti par l'article 14(5) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques lorsque la condamnation qui en découlera le cas échéant ne pourra pas être examinée par une juridiction supérieure⁵⁰.

Dans son raisonnement sur la limitation aux droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle a mis les projecteurs sur la légitimité de l'objectif poursuivi par le privilège de juridiction : protéger la fonction et en permettre le libre exercice. La Cour est toutefois restée silencieuse quant à la *proportionnalité* de la limitation. Pourtant, celle-ci est, elle aussi, une exigence tout aussi fondamentale en matière de limitation des droits fondamentaux que le sont la légitimité du but poursuivi et la légalité de la limitation⁵¹. Le critère de la proportionnalité, omis par la Cour, requiert à son tour un triple test⁵². La limitation doit d'abord être *adéquate*, c'est-à-dire être apte à atteindre l'objectif poursuivi. Elle doit ensuite être *nécessaire* dans une société démocratique, c'est-à-dire corres-

(46) O. Beaud, L'immunité du chef de l'État en droit constitutionnel et en droit comparé, in J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités : contestations ou consolidation ?*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Larcier, 2004, p. 151.

(47) Art. 106 de la Loi organique n° 13/026 du 15 oct. 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle (ci-après, la « loi sur la Cour constitutionnelle »), JORDC, 54^e année, Numéro spécial, 18 oct. 2013.

(48) Droit garanti notamment par l'art. 14(5) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Pacte ratifié sans réserve par la RDC depuis le 1^{er} nov. 1976 (Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171 et vol. 1057, p. 407).

(49) Art. 168 de la Constitution congolaise.

(50) CDH, 5 nov. 2004, *Terron c/ Espagne* (CCPR/C/82/D/1073/2002), § 7.4 ; 27 août 2007, *Observation générale n° 32* (CCPR/C/GC/32), §§ 45 à 47 ; 27 juill. 2018, *Felipe c/ Colombie* (CCPR/C123/D/2537/2015), § 11.4.

(51) V. J. Sieckmann, *Proportionality as a Universal Human Rights Principle*, in D. Duarte et J. Silva Sampaio (dir.), *Proportionality in law, An Analytical Perspective*, Springer Verlag, 2018, p. 3-24.

(52) Fr. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., Paris, PUF, 2019, p. 218.

pondre à un « besoin social impérieux »⁵³. La « nécessité » en tant que telle exige que la limitation soit le moyen le moins intrusif ou le moins contraignant (doctrine dite « *least restrictive alternative* ») pour atteindre le même objectif⁵⁴. Quant à la « société démocratique », celle-ci « ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »⁵⁵. Il s'agit en d'autres termes, d'une société régie par le principe de la prééminence du droit, avec son corollaire, le droit au juge⁵⁶. La limitation doit enfin répondre au test de la *proportionnalité au sens strict*. Celui-ci implique une mise en balance des intérêts en cause : il doit exister un équilibre raisonnable, ou « *fair balance* », entre, d'une part, la protection des libertés et droits fondamentaux individuels et, d'autre part, l'intérêt sociétal qui est servi par la limitation⁵⁷. En d'autres termes, la limitation ne doit pas imposer des charges démesurées par rapport aux objectifs⁵⁸.

Lorsque l'on soumet le privilège de juridiction du président ou du PM devant la Cour constitutionnelle à ce triple test de la proportionnalité, on constate que l'octroi de ce privilège est loin de satisfaire aux exigences de ce test. L'argument politique invoqué par la Cour se révèle finalement suffisant pour justifier ledit privilège en faveur du président ou du PM encore en fonction. L'on ne voit, dès lors, pas comment, *a fortiori*, ce même argument pourrait justifier pareil privilège pour celui qui *n'est plus* en fonction. Quoi qu'il en soit, l'on peut donner raison à la Cour lorsqu'elle invoque l'argument politique pour justifier l'absence d'un privilège de juridiction à l'égard d'un ancien PM.

B - Justification fonctionnelle

Pour dénier à un ancien PM un privilège de juridiction devant elle, la Cour constitutionnelle congolaise a aussi invoqué l'absence d'une justification fonctionnelle justifiant pareil privilège. La Cour s'est alors appuyée sur une comparaison entre d'un côté, le statut pénal du président et celui du PM et, de l'autre côté, celui d'un parlementaire. Elle a alors rappelé l'immunité parlementaire « [est destinée] à préserver le parlementaire dans l'exercice de ses fonctions » et qu'« [elle] a pour cause l'indépendance de l'exercice du mandat »⁵⁹. Pour la Cour, cette immunité n'a pas pour objet « la protection exclusive d'un individu appelé "parlementaire" », car elle « protège plutôt la fonction en raison de l'intérêt public et la personne du parlementaire ne l'est qu'indirectement ». La Cour dit encore que « la protection du parlementaire c'est la protection du souverain primaire » ; et qu'« en d'autres termes, c'est du fait de la fonction que certaines personnes jouissent des immunités. Elles ont le droit de bénéficier d'une dérogation à la loi commune »⁶⁰.

Trois éléments doivent être distingués dans ce que dit la Cour : (i) la protection de la *personne* qui exerce la fonction, (ii) la protection de la *fonction* à travers la personne qui l'exerce et, (iii) la protection de l'*exercice* de la fonction. Si l'argumentation invoquée exclut clairement l'hypothèse d'un privilège de juridiction destiné à protéger la *personne* qui exerce la fonction, elle semble toutefois révéler une certaine ambiguïté quant à la question de savoir si le privilège protège la *fonction* ou l'*exercice* de celle-ci. Pourtant, comme on le verra, ces deux

(53) CEDH 7 déc. 1976, n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, § 48 ; Fr. Sudre, *op. cit.*, p. 218.

(54) Fr. Sudre, *op. cit.*, p. 218 s.

(55) CEDH 13 août 1981, n°s 7601/76 et 7806/77, *Young, James et Webster c/ Royaume-Uni*, § 63.

(56) Fr. Sudre, *op. cit.*, p. 212.

(57) V. J. Sieckmann, *op. cit.*, p. 17.

(58) Fr. Sudre, *op. cit.*, p. 219.

(59) Arrêt *Matata et consorts*, p. 14.

(60) *Idem*.

dernières justifications n'entraînent pas les mêmes conséquences quant au maintien ou non du privilège à l'égard d'un ancien bénéficiaire dudit privilège.

1 - Nécessité de protéger la fonction ?

Lorsque le privilège de juridiction est destiné à protéger la *fonction*, il faudra s'attendre à ce qu'il soit attaché beaucoup plus à l'acte de la fonction et être limité aux infractions commises « dans l'exercice » de la fonction ou, tout au moins, à celles qui ont été commises « à l'occasion » de l'exercice de la fonction. Dans ces conditions, même si l'auteur de l'acte cesse sa fonction, cela n'ôte pas à l'infraction son caractère d'acte de la fonction. Le privilège pourra ainsi être maintenu même si l'auteur de l'acte a déjà quitté sa fonction. Dans cette hypothèse, la juridiction compétente n'est pas nécessairement celle de la qualité de l'auteur au moment des faits. Sa détermination dépend du caractère de l'infraction alléguée. Celle-ci doit être un acte de la fonction. S'il s'agit d'un acte détaché de la fonction, l'infraction relèvera, en principe, de la compétence des juridictions ordinaires quand bien même elle aura été commise pendant que l'auteur exerçait une fonction qui

lui conférait un privilège de juridiction. L'analyse des solutions retenues en droit comparé permet d'illustrer les applications de cette doctrine de l'acte de la fonction et du maintien du privilège qui lui est associé.

En droit belge par exemple, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour dire que le privilège de juridiction cesse à la fin de la fonction, *sauf lorsqu'il s'agit des infractions commises dans l'exercice de la fonction*⁶¹. Dans sa jurisprudence, la Cour de cassation belge a justifié le maintien du privilège par la nécessité de protéger la *fonction*, même si l'auteur de l'infraction ne l'exerce plus. Cette approche apparaît dans au moins deux arrêts, l'un de 1985⁶² et, l'autre, plus récent, prononcé en 2014⁶³.

Telle est aussi l'approche du droit français concernant tant le président de la République que les membres du gouvernement. En commençant par le président, la Constitution française prévoit en sa faveur une immunité de fond pour « les actes accomplis en cette qualité »⁶⁴, c'est-à-dire, dans l'exercice de sa fonction, sauf « en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »⁶⁵. L'octroi de cette immunité pénale limitée aux actes de la fonction fait ressortir l'objectif de protéger

(61) M.-A. Beernaert, H.-D. Bosly et D. Vandermeersch, *Droit de la procédure pénale*, Tome II, 9^e éd., Bruxelles, La Charte, 2021, p. 1940 ; S. Neveu, *Privilège de juridiction des magistrats et règlement de la procédure : enseignements récents*, RD pén. crim. 2019. 500.

(62) Cass. (Belgique), 12 juin 1985, RD pén. crim. 1986. 123 : la Cour de cassation rappelle que les règles en matière de privilège de juridiction des membres du gouvernement sont « dictées par de hautes considérations d'intérêt général qui tiennent essentiellement à la nécessité de sauvegarder la liberté d'action des membres du gouvernement et de soumettre les accusations portées contre eux à la juridiction considérée par le Constituant comme offrant un maximum de garanties. Cette nécessité justifie qu'un ministre ne puisse être poursuivi et jugé que dans les conditions prévues à cet article lorsque, pendant le temps de ses fonctions, il est soupçonné d'avoir commis des infractions soit avant, soit pendant ce temps ou lorsque, après la cessation de ses fonctions, il est soupçonné d'avoir commis des infractions dans l'exercice de celles-ci. Cependant, cette même nécessité ne saurait justifier l'application [de ces mêmes règles] dans le cas où un ministre dont les fonctions ont pris fin est soupçonné d'avoir commis des infractions pendant le temps de ses fonctions, mais hors l'exercice de celles-ci. En pareil cas, l'ancien ministre est poursuivi suivant les règles ordinaires de la procédure pénale devant les juridictions de droit commun ».

(63) Cass. (Belgique), arrêt n° p. 14.0248.F/1, 7 mai 2014, p. 3, disponible en ligne sur <https://bit.ly/3JdS4bf> (visité le 7 juill. 2022) : « le constituant et le législateur n'ont pas voulu protéger la personne du ministre, mais la fonction ministérielle elle-même et, au-delà de la fonction, le gouvernement tout entier en tant qu'institution. La mise en cause de la responsabilité ministérielle est soumise à des conditions directement liées à cet objectif. Comme celles de tout régime dérogeant au droit commun, ces conditions sont de stricte interprétation ».

(64) Art. 67, al. 1^{er}, de la Constitution française.

(65) Art. 68, al. 1^{er}, de la Constitution française.

la fonction présidentielle, même après que l'auteur de l'acte ait quitté ladite fonction⁶⁶. Quant aux membres du gouvernement, leur statut pénal particulier repose aussi sur la distinction entre les actes accomplis dans l'exercice de la fonction et ceux qui ne l'ont été qu'en dehors de celles-ci⁶⁷. Ils sont « pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis »⁶⁸. Ils bénéficient, à cet égard, d'un privilège de juridiction devant la Cour de justice de la République (CJR), laquelle diffère de la « Haute Cour » compétente pour juger le président. La jurisprudence de cette juridiction montre que ce privilège de juridiction est maintenu, même lorsque l'auteur de l'acte n'est plus en fonction puisqu'il n'est pas rare d'y trouver des affaires concernant des poursuites contre d'anciens membres du gouvernement alors qu'ils ont déjà cessé, parfois depuis plusieurs années, d'exercer ladite fonction⁶⁹.

Les conséquences attachées à la qualification d'une infraction commise « dans l'exercice de la fonction » ont amené la Cour de cassation française à en préciser les contours. Selon cette Cour en effet, il s'agit des actes « qui ont un rapport direct avec la conduite des affaires de l'État (à l'exception des comportements concernant la vie privée ou les mandats électifs locaux) »⁷⁰. Pour cette Cour, « il résulte de l'article

68-1 de la Constitution [...] que les juridictions répressives de droit commun peuvent être saisies et conservent leur compétence à l'égard des crimes et délits susceptibles d'avoir été commis par un membre du gouvernement en dehors de l'exercice de ses fonctions, celles-ci étant caractérisées aux termes de l'article 20 de la Constitution par la participation à la détermination et à la conduite de la politique de la Nation »⁷¹. Cette notion d'infraction commise dans l'exercice de la fonction est par ailleurs distincte de celle de l'infraction commise à l'occasion de l'exercice de la fonction. C'est encore la Cour de cassation française qui a observé que l'organisation d'un repas dans un restaurant lyonnais entre des membres du cabinet ministériel et du cabinet de la mairie de Lyon ne constitue pas un acte accompli dans l'exercice des fonctions pour relever de la compétence de la CJR dès lors que ce repas « n'avait aucun lien direct avec la conduite des affaires de l'État dépendant de son ministère et relevait au contraire des actes de la vie privée d'un ministre ayant organisé une rencontre informelle pour permettre à ses collaborateurs de faire connaissance »⁷². La Cour précisait par ailleurs que « la compétence de la CJR, telle que prévue par l'article 68-1 de la Constitution, ne saurait s'étendre aux actes qui ne sont commis par les ministres qu'à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions [...], tel était le cas d'espèce »⁷³.

(66) O. Gohin, *op. cit.*, p. 752 : « le président de la République n'est donc pas et ne saurait être un justiciable ordinaire, en droit français, y compris pour des actes accomplis en dehors de ses fonctions, et il en est ainsi, non pour tel ou tel président, subjectivement, mais au profit de l'institution, objectivement. Réciproquement, on est ici en présence d'une situation d'ordre public constitutionnel de sorte que le président de la République, tenu par la Constitution, ne saurait régulièrement lever l'immunité contentieuse dont le bénéfice revient, *non pas à lui-même personnellement, mais à la fonction éminente* qu'il exerce et dont la dignité est ainsi préservée » (c'est nous qui soulignons).

(67) Th. Ablard, *préc.*, p. 652 s.

(68) Art. 68-1, al. 1^{er}, de la Constitution française (c'est nous qui soulignons).

(69) Par ex., M. Ch. Pasqua, ancien ministre de l'Intérieur du gouvernement d'É. Balladur entre 1993 et 1995 a été jugé (et condamné avec sursis) en 2010 pour des infractions qu'il avait commises, 15 ans plus tôt, dans l'exercice de ses fonctions précitées, alors qu'au moment des poursuites, il n'occupait plus ces fonctions (v. Cour de justice de la République, affaire n° 10-001, arrêt du 30 avr. 2010, disponible en ligne sur <https://bit.ly/3ZHq858> (visité le 3 janv. 2022)).

(70) Cass. (France), 26 juin 1995, Bull. crim. n° 235.

(71) *Idem*.

(72) Cass. (France), 6 févr. 1997, Bull. crim. n° 48.

(73) *Idem* (c'est nous qui soulignons).

Dans ces différents cas, c'est parce que le privilège est considéré comme protégeant la *fonction* qu'il peut être maintenu même après que l'auteur ait déjà quitté la fonction qui lui conférait ce privilège.

2 - Nécessité de protéger l'exercice de la fonction ?

Lorsqu'un privilège de juridiction est destiné à protéger, non pas la fonction en tant que telle, mais son *exercice*, il est limité à la période de l'exercice de la fonction et cesse à la fin de celle-ci. À partir du moment où l'exercice de la fonction peut être menacé aussi bien par les poursuites portant sur les actes de la fonction que sur les actes privés, ce privilège ne fait aucune distinction fondée sur le caractère de l'infraction (acte de la fonction ou acte privé). C'est aussi pour cette même raison que ce privilège s'étend aussi aux actes *antérieurs* à l'exercice de la fonction. Dans ces conditions, la juridiction compétente est celle de la qualité de l'auteur *au moment des poursuites*.

Ici encore, l'étude des solutions retenues en droit comparé permet d'illustrer cette seconde approche. Au Rwanda par exemple, l'article 171 du code de procédure pénale, intitulé « raisons d'être et moment de considération du privilège de juridiction », stipule :

« [L]e privilège de juridiction sert à protéger la fonction et non l'individu. Si une personne en fonction est poursuivie pour des faits commis au moment où elle exerce encore les mêmes fonctions,

elle bénéficie du privilège de juridiction. Si la personne poursuivie pour des faits infractionnels commis au moment où elle n'avait pas encore le privilège de juridiction, elle bénéficie du privilège de juridiction si au moment des poursuites, elle occupe des fonctions protégées par ce privilège. Si par contre l'autorité a commis les faits au moment où elle occupait des fonctions protégées par le privilège, mais qu'au moment de poursuite elle n'occupe plus ces fonctions, elle perd le bénéfice du privilège de juridiction »⁷⁴.

Même si l'article dit que « le privilège de juridiction sert à protéger la fonction et non l'individu », en réalité, il s'inscrit dans la logique de la protection de l'*exercice* de la fonction et non la fonction elle-même.

Le droit comparé permet également de constater qu'il existe certains systèmes juridiques qui prévoient, à l'égard de certaines personnalités politiques comme le président, une forme de protection de l'*exercice* de la fonction en instituant en sa faveur, non pas un privilège de juridiction, mais plutôt une immunité des poursuites. Celle-ci couvre tout type d'infractions, y compris les actes de la fonction, pendant l'exercice de celle-ci. Cependant, cette immunité cesse à la fin de la fonction. Le bénéficiaire peut alors être poursuivi devant les juridictions ordinaires, celles-ci pouvant parfois juger aussi les actes de la fonction. On trouve un tel système notamment au Kenya au regard du statut pénal de l'ancien président de la République⁷⁵. On peut en dire autant du droit britannique⁷⁶. Le droit tanzanien peut aussi être classé dans cette série, même s'il

(74) V. Loi (Rwanda) n° 027/2019 du 19 sept. 2019 portant procédure pénale, *Official Gazette*, numéro spécial du 8 nov. 2019, disponible en ligne sur <https://bit.ly/3ZLLoXw> (visité le 3 juill. 2022).

(75) Art. 143(1) de la Constitution du Kenya. Durant son mandat, le Président jouit d'une protection contre les poursuites judiciaires (immunité des poursuites). Toutefois, à la fin de son mandat, cette immunité cesse sans que la Constitution opère une distinction entre l'infraction commise dans l'exercice de la fonction et celle qui l'a été en dehors de celle-ci. L'absence d'une telle distinction indique que l'ancien Président peut faire l'objet des poursuites pénales pour toute infraction commise pendant qu'il était encore en fonction, y compris celle qu'il aurait commise dans l'exercice de celles-ci.

(76) V. Cour suprême du Royaume-Uni, *R v Chaytor and others (Appellants)* [2010] UKSC 52, § 48.

présente certaines nuances⁷⁷. Cependant, bien qu'il s'agisse là des manières de garantir la protection de l'exercice de la fonction et non la fonction en tant que telle, l'on gardera néanmoins à l'esprit la distinction entre un privilège de juridiction et une immunité de poursuites de manière à ne pas les confondre.

3 - Le choix de la Cour constitutionnelle congolaise face à un cadre juridique ambigu

Dans l'arrêt commenté dans ces lignes, au-delà des ambiguïtés du raisonnement de la Cour constitutionnelle, celle-ci a quand même opéré un choix entre ces deux approches. Pour comprendre ce choix, il est nécessaire de commencer par relever certaines ambiguïtés du cadre juridique dans lequel la Cour était appelée à se prononcer.

En commençant par l'approche de la protection de la *fonction*, l'on a vu que l'article 164 de la Constitution confère à la Cour constitutionnelle la compétence de juger les « infractions politiques de haute trahison, d'outrage au Parlement, d'atteinte à l'honneur ou à la probité ainsi que pour les délits d'initié et pour les autres infractions de droit commun commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ». Cette disposition ne dit pas explicitement si la compétence de la Cour ne concerne que les actes de la fonction ou si elle s'étend aussi aux actes privés.

La disposition se prête plutôt à deux lectures différentes. Dans la première, la compétence de la Cour engloberait deux groupes d'infractions, les unes qualifiées

de « politiques », les autres étant des infractions de droit commun. L'exigence d'un lien avec la fonction ne s'appliquerait qu'à ce dernier groupe d'infractions et non à celles qui sont qualifiées de politiques⁷⁸. Ainsi, les infractions telles que l'atteinte à l'honneur ou à la probité et même les délits d'initié, même commises en dehors de la fonction, rentre- raient malgré tout, dans la compétence de la Cour constitutionnelle, sans qu'il ne soit nécessaire d'établir un lien avec la fonction dès lors que ces infractions ont été commises par des personnalités considérées comme « politiques » que sont le président ou le PM.

Dans la seconde lecture, en revanche, l'exigence du lien avec la fonction s'appliquerait aussi bien aux infractions de droit commun qu'aux infractions politiques. Certes, pour certaines infractions politiques (haute trahison, l'outrage au Parlement, etc.), la démonstration du lien avec la fonction serait superflue puisque pareil lien rentre dans la nature même de l'infraction. Toutefois, pour certaines autres infractions politiques (l'atteinte à l'honneur et à la probité ou encore le délit d'initié), le lien avec la fonction n'est pas automatique et doit être établi pour rentrer dans la compétence de la Cour. L'ambiguïté de l'article 164 ne permet donc pas de conclure avec certitude que la compétence de la Cour constitutionnelle ne s'applique qu'aux *actes de la fonction* pour permettre au privilège de juridiction de survivre à la fonction.

Quant à l'approche d'un privilège destiné à protéger beaucoup plus l'exercice de la fonction que cette dernière en tant que telle, là encore, les dispositions constitutionnelles pertinentes se révèlent ambiguës. En effet, on a vu que

(77) Art. 46(3) de la Constitution de la Tanzanie, à propos de l'ancien président de la République. La Constitution opère une distinction tenant à la manière dont il a quitté la fonction : celui qui a quitté la fonction normale- ment, c'est-à-dire, à la fin de son mandat ou par empêchement lié à sa santé, garde son immunité des pours- suites uniquement pour les *actes de la fonction* ; tandis que celui qui a été démis de sa fonction à la suite d'un *impeachment*, perd cette immunité, y compris pour les actes de la fonction.

(78) P.-G. Ngondankoy Nkoy-ea-Loongya, préc., p. 998.

la Cour constitutionnelle est compétente à l'égard du « président » et du « PM »⁷⁹ et que la décision des poursuites contre ces deux personnalités est soumise à un vote du Parlement réuni en Congrès⁸⁰. Littéralement parlant, sont ainsi visés ceux qui sont en plein exercice de leurs fonctions et non ceux qui les ont déjà quittées : un « président » n'est pas un ancien président, de même un « PM » n'est pas un ancien PM. Par ailleurs, les précautions prises pour poursuivre ces personnalités ne peuvent se comprendre qu'à l'égard de ceux qui sont en fonction et non à ceux qui n'exercent plus la fonction. Aux dispositions précitées, il convient par ailleurs d'ajouter celles qui précisent qu'en cas de condamnation, ces deux personnalités sont déchues de leurs charges par la Cour constitutionnelle⁸¹. Ici encore, la disposition n'a de sens qu'à l'égard de celui qui est encore en fonction. On ne voit, en effet, pas comment la déchéance serait prononcée contre celui qui n'est plus en fonction. Tout semble ainsi indiquer que c'est beaucoup l'exercice de la fonction qui est protégé et non la fonction en tant que telle.

Cependant, concernant le PM « en fonction », le point d'ambiguïté réside dans le mécanisme des poursuites contre lui d'autant plus que son statut pénal se situe à cheval entre celui du président et celui des membres du gouvernement. En effet, la Cour ne peut juger un PM en fonction que si ce dernier n'est pas obligé de démissionner une fois qu'il a été mis en accusation par le Congrès. Or, en tant que « membre du gouvernement », la Constitution l'oblige à démissionner une fois qu'il est mis en accusation⁸². Il est même précisé que cette démission doit être présentée « dans les vingt-quatre

heures » et que, « passer ce délai, il est réputé démissionnaire »⁸³. En outre, il convient de rappeler que la Constitution congolaise consacre un régime semi-présidentiel dans lequel le PM est issu de la majorité parlementaire⁸⁴. Son maintien au pouvoir dépend ainsi de la confiance dont il continue à jouir de la part du Parlement. « Lorsque l'Assemblée nationale adopte une motion de censure, le gouvernement est réputé démissionnaire. Dans ce cas, le Premier ministre remet la démission du gouvernement au président de la République dans les vingt-quatre heures »⁸⁵. La mise en accusation du PM est plus grave que la motion de censure : elle est votée, non pas par l'Assemblée nationale, mais par le Congrès et ce vote requiert une majorité des deux tiers qui est plus difficile à obtenir que celle de la motion de censure. Dans ces conditions, on ne voit pas comment la Constitution pourrait laisser à un PM mis en accusation le choix de démissionner (ou non) ; et s'il doit démissionner, on ne voit pas non plus comment il pourrait assurer l'intérim de sa fonction en expédiant les affaires courantes jusqu'à l'installation de son successeur. Or, à partir du moment où tout semble indiquer que le PM est obligé de démissionner avec effets immédiats une fois qu'il est mis en accusation par le Congrès, on ne voit pas comment la Cour constitutionnelle aurait devant elle un PM *en fonction* ni comment cette Cour pourrait prononcer contre un PM qui a déjà démissionné la déchéance d'une charge qu'il n'assume plus. Par ailleurs, le système congolais montre que l'exercice de la fonction de PM est protégé beaucoup plus par le mécanisme de poursuites, avec l'exigence d'une décision particulière du Congrès, que par le privilège de juridic-

(79) Art. 164 de la Constitution congolaise.

(80) Art. 166, al. 1^{er}, de la Constitution congolaise.

(81) Art. 167, al. 1^{er}, de la Constitution congolaise.

(82) Art. 166, al. 3, de la Constitution congolaise.

(83) Art. 80, al. 2^e, de la loi organique (RDC) n° 13/010 du 19 févr. 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation.

(84) Art. 78, al. 1^{er} de la Constitution congolaise.

(85) Art. 147 de la Constitution congolaise.

tion en tant que tel. Il est quelque part difficile de dire avec certitude que l'on a devant soi un privilège de juridiction qui protège l'exercice de la fonction.

C'est pourtant sur fond de ces ambiguïtés que la Cour constitutionnelle était appelée à se prononcer sur sa compétence pénale à l'égard d'un ancien PM. En déclarant que le privilège de juridiction devant elle ne protège que le PM « en fonction » et que ce privilège cesse lorsque prend fin cette fonction, la Cour a visiblement choisi l'approche d'un privilège de juridiction destiné à protéger seulement l'exercice de la fonction, laquelle conduit à limiter la durée dudit privilège à celle de la fonction ou du mandat.

Il est intéressant de noter que l'approche choisie par la Cour peut trouver un fondement juridique dans la formulation de l'article 104 de la loi sur la Cour constitutionnelle et de l'article 82 de l'actuelle loi portant procédure devant la Cour de cassation. Aux termes de l'article 104 précité, « tout officier de police judiciaire [OPJ] ou tout officier du ministère public [OMP] qui reçoit une plainte ou une dénonciation ou qui constate l'existence des faits infractionnels à charge soit du président de la République, soit du Premier ministre, les transmet, toutes affaires cessantes, au procureur général et s'abstient de poser tout autre acte ». Tandis que l'article 82 précité dispose quant à lui également que « si un [OPJ] ou un [OMP] reçoit une plainte, une dénonciation ou constate l'existence d'une infraction à charge d'une personne *qui, au moment de la plainte ou de la dénonciation, est membre du gouvernement*, il transmet son procès-verbal, toutes affaires ces-

santes, au procureur général près la Cour de cassation et s'abstient de tout autre devoir »⁸⁶. Ces deux articles présentent une différence importante avec celui qui leur correspondait dans l'ancienne loi portant procédure devant la Cour suprême de justice (CSJ)⁸⁷, juridiction qui englobait aussi bien la Cour de cassation que la Cour constitutionnelle (et même le Conseil d'État), et qui était compétente pour juger les membres du gouvernement, y compris le PM, le président étant, quant à lui, soumis à un régime spécial⁸⁸. L'article 102 de cette ancienne loi (aujourd'hui abrogée) disposait en effet que « l'[OPJ] ou l'[OMP] qui reçoit une plainte, une dénonciation ou constate l'existence d'une infraction à charge d'une personne qui, au moment de la plainte, est membre du pouvoir exécutif [c'est-à-dire, membre du gouvernement] *ou qui, au moment où le fait a été commis*, était membre du [gouvernement], transmet son procès-verbal directement au procureur général de la République et s'abstient de tout autre devoir »⁸⁹.

Comme le notait M. Mongulu t'Apan-gane, alors Procureur général de la République près la CSJ dans une de ses Circulaires du 13 septembre 1989, à propos de cet (ancien) article 102, « par l'expression "qui, au moment de la plainte est membre du [gouvernement]", la loi étend[ait] le privilège aux faits commis avant et pendant le mandat politique, pourvu que la plainte, la dénonciation ou le constat interviennent en plein exercice du mandat. Et par [l'expression] "qui, au moment où le fait a été commis, était membre du [gouvernement]", le législateur assur[ait] à l'ancien membre du [gouvernement] un traitement préférentiel pour tout acte

(86) C'est nous qui soulignons.

(87) Ordonnance-loi (RDC) 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

(88) L'on a déjà vu qu'aux termes de l'art. 46 de la Constitution de la RDC (République du Zaïre), c'était le Bureau politique du Parti État qui était compétent pour juger le président et que ce dernier ne pouvait être jugé que pour déviationnisme, c'est-à-dire pour avoir posé des actes contraires au Moubutisme.

(89) C'est nous qui soulignons.

infractionnel perpétré pendant qu'il assumait le mandat politique »⁹⁰. Ainsi, dans la logique de l'ancien article 102, le privilège de juridiction d'un membre du gouvernement était maintenu même après qu'il ait quitté sa fonction lorsque l'infraction alléguée a été commise au moment où il avait cette qualité officielle ; tandis que, concernant un parlementaire, ce privilège de juridiction cessait à la fin de son mandat.

En comparant la formulation de l'ancien article 102 à celle de l'actuel article 104 de la loi sur la Cour constitutionnelle et de l'actuel article 82 de l'actuelle loi relative à la procédure devant la Cour de cassation, on constate que l'expression « qui, au moment où le fait a été commis, était membre du [gouvernement] » a été supprimée. Cette suppression pourrait donc indiquer une intention du législateur actuel d'aligner le sort de l'ancien membre du gouvernement sur celui de l'ancien parlementaire et donc de retirer le privilège de juridiction aux anciens membres du gouvernement, y compris pour les actes qu'ils auraient commis pendant qu'ils étaient encore en fonction. L'approche ainsi consacrée est celle d'un privilège destiné à protéger l'exercice de la fonction et correspond à celle de la Cour constitutionnelle dans l'arrêt commenté dans ces lignes.

Il existe certes une loi sur le statut de l'ancien président⁹¹ qui semble maintenir, à son article 8, un privilège de juridiction devant la Cour constitutionnelle⁹². Cependant, les incohérences contenues dans cette loi⁹³ jettent un sérieux doute quant à la constitutionnalité⁹⁴ et justifient qu'on ne s'y attarde pas d'autant plus que la présente étude concerne beaucoup plus par le statut d'un ancien PM que celui de l'ancien président.

En résumé, l'analyse du raisonnement de la Cour constitutionnelle, placée dans le contexte des dispositions constitutionnelles, parfois ambiguës, révèle deux éléments : (i) un éventuel privilège de juridiction à l'égard d'un ancien PM, même pour une infraction qu'il aurait commise quand il était encore en fonction, ne peut être justifié par l'argument politique sur la base duquel la compétence pénale de la Cour constitutionnelle est fondée ; et (ii) ce même privilège ne peut pas non plus être soutenu par une justification fonctionnelle, qu'elle soit tirée de la nécessité de protéger la fonction elle-même ou l'exercice de celle-ci. C'est donc sur cette base que la Cour a décidé de rejeter tout privilège de juridiction devant elle à l'égard d'un ancien PM et de décliner sa compétence pour le juger.

- (90) Circ. n° 005/D.008/PGR/89 du 13 sept. 1989 relative à l'exercice des poursuites contre les anciens membres du Conseil législatif, in Conseil supérieur de la Magistrature, *Droit judiciaire congolais*, Kinshasa, de 2013, p. 322 (publié avec l'appui de l'USAID).
- (91) Loi (RDC) n° 18/021 du 23 juillet 2018 portant statut des anciens présidents de la République élus et fixant les avantages accordés aux anciens chefs de corps constitués.
- (92) L'art. 7 de cette loi confère une immunité des poursuites à l'ancien Président concernant les actes de la fonction ; tandis que, concernant les actes privés, l'art. 8 institue un privilège de juridiction en faveur de l'ancien président devant la Cour constitutionnelle, tout en exigeant par ailleurs une majorité des deux tiers du parlement réuni en Congrès pour autoriser les poursuites.
- (93) Par ex., concernant les infractions commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice des fonctions, l'immunité des poursuites consacrée à l'art. 7 la loi du 23 juill. 2018 se concilie mal avec l'art. 9 de la même loi qui dispose qu'« en matière des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité commis par tout ancien président de la République, les juridictions nationales ont priorité sur toute juridiction internationale ou étrangère ». L'on ne voit en effet pas comment, avec une telle immunité, les juridictions nationales pourraient exercer une compétence qui primerait celle des juridictions internationales ou étrangères sur les crimes dont la nature est telle que c'est beaucoup plus dans l'exercice des fonctions qu'ils sont le plus susceptibles d'être commis qu'en dehors des fonctions.
- (94) Les infractions commises « en dehors de la fonction » ont été écartées de la compétence de la Cour constitutionnelle par l'art. 164, al. 2, de la Constitution. Dès lors que la compétence de cette Cour s'exerce « dans les cas et conditions prévus par la Constitution » (art. 163), il en découle que la Constitution a écarté toute extension ou modification de ladite compétence par la voie législative.

III - Articulation de l'approche de la Cour constitutionnelle à celle de la jurisprudence judiciaire

En déclinant sa compétence pour juger un *ancien* PM pour une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de sa fonction de PM, la Cour constitutionnelle renvoie indirectement l'affaire aux juridictions de l'ordre judiciaire. Cependant, l'analyse de la jurisprudence de celle-ci (A) fait craindre un conflit négatif de compétence (B).

A - L'approche des juridictions de l'ordre judiciaire

Avant d'analyser l'approche des juridictions de l'ordre judiciaire, chapeautées par la Cour de cassation, il importe de rappeler, qu'avant la Constitution de 2006, il existait une CSJ qui comprenait trois sections : la section judiciaire qui faisait office de Cour de cassation ; la section administrative et la section de législation qui étaient l'équivalent du Conseil d'État⁹⁵. Les questions de constitutionnalité nécessitaient une formation plénière de la CSJ, c'est-à-dire toutes les trois sections réunies⁹⁶. La Constitution de 2006 a fait éclater l'ancienne CSJ en trois ordres juridictionnels autonomes. C'est ainsi qu'est née l'actuelle Cour constitutionnelle. Il s'ensuit que toutes les décisions de l'ancienne CSJ ne sont pas nécessairement celles dans lesquelles elle s'est prononcée en tant que juridiction constitutionnelle. La jurisprudence de l'ancienne CSJ dont il sera fait état dans cette étude étant celle de la section judiciaire, et non celle de la CSJ, toutes sections réunies, statuant en matière de

constitutionnalité, une prudence s'avère donc nécessaire dans la transposition de cette jurisprudence sur la Cour constitutionnelle. C'est donc à la lumière de cette remarque préliminaire que l'on analysera l'approche des juridictions de l'ordre judiciaire (ancienne CSJ et Cour de cassation) concernant les privilèges de juridiction pour la confronter ensuite à celle de la Cour constitutionnelle.

Le premier arrêt, dans ce sens, concernait un ancien magistrat poursuivi pour des infractions qu'il aurait commises dans l'exercice de sa fonction qu'il n'exerçait plus. Les textes juridiques en vigueur se limitaient à stipuler que les cours d'appel ont la compétence de connaître au premier degré « des infractions commises par [...] les magistrats »⁹⁷. Reconnu coupable par la cour d'appel des faits qui lui étaient reprochés, l'ancien magistrat a, dans la suite, contesté devant la CSJ la compétence de la cour d'appel à le juger au premier degré. Selon lui, dès lors qu'au moment de son procès, il n'avait plus la qualité de magistrat, la cour d'appel n'était plus compétente pour le juger au premier degré. Son argumentation n'a toutefois pas été suivie par la CSJ. Dans un arrêt du 28 août 1981, la CSJ a jugé que « la cour d'appel [...] est compétente pour juger un ancien magistrat si les faits reprochés à ce dernier ont été commis dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa fonction, pendant qu'il était encore magistrat et en relation avec son ancienne fonction »⁹⁸. En se prononçant ainsi, la CSJ se range derrière l'approche d'un privilège de juridiction

(95) Art. 54 de l'Ordonnance-loi n° 82-020 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires, aujourd'hui abrogée (ci-après le « code d'OCJ »).

(96) Art. 160(1) du code d'OCJ.

(97) En vertu de l'art. 91, al. 2, de la loi organique n° 13/011-B du 11 avr. 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire (ou loi du 11 avr. 2013). Au moment des faits, cette disposition était l'art. 94, al. 2, du code de l'OCJ.

(98) Cour suprême de justice (CSJ), 28 août 1981, arrêt n° RPA 61, *MP et Ntoto Aley Angu c/ Mutombo Nyema*, inédit.

destiné à protéger la *fonction* et maintient, en conséquence, ledit privilège, pour l'acte de la fonction, quand bien même l'auteur de l'acte n'exerce plus ladite fonction.

Le deuxième arrêt intervient quelques années plus tard, soit le 23 décembre 1986. Il concerne les poursuites contre un individu qui, au moment de la commission de l'infraction alléguée, avait, dans l'administration publique, le grade de chef de division qui ne confère aucun privilège de juridiction. Toutefois, au moment des poursuites, l'intéressé avait été promu au grade de directeur. Or, comme dans l'affaire précédente, les textes juridiques en vigueur conféraient à la cour d'appel la compétence de connaître « au premier degré [...] des infractions commises par [...] les fonctionnaires des services publics de l'État et les dirigeants des établissements ou entreprises publics revêtus au moins du grade de directeur ou du grade équivalent »⁹⁹. Poursuivi devant la cour d'appel au regard de son nouveau grade de directeur, l'intéressé a contesté la compétence de cette dernière au motif que ce grade était postérieur à la commission de l'infraction alléguée. Il sous-entendait par là sans doute que la juridiction compétente était celle de sa qualité au *moment de la commission de l'infraction* alléguée et non au moment des poursuites. La cour d'appel ne l'a pas suivi. Elle a décidé d'affirmer sa compétence pénale et sa décision a été confirmée par la CSJ en ces termes : « le but du privilège étant d'éviter que le juge saisi ne soit influencé par les fonctions du prévenu, c'est sa *qualité au*

moment des poursuites qui détermine le juge compétent. Est ainsi justiciable de la cour d'appel le prévenu qui au moment de la commission des faits était chef de division et qui, au moment des poursuites, était devenu directeur »¹⁰⁰.

Il est intéressant de relever, dans cette deuxième affaire, que le privilège de juridiction ne repose pas sur la distinction entre l'acte de la fonction et l'acte privé ni sur celle de l'acte antérieur à la fonction et celui qui est commis pendant la période de l'exercice la fonction. Il repose uniquement sur la qualité de l'accusé *au moment des poursuites*. En outre, le privilège de juridiction est, en quelque sorte, retourné contre son bénéficiaire. En effet, il ne s'agit pas de conférer au bénéficiaire un quelconque avantage personnel. Il est plutôt question d'éviter que la qualité de l'accusé au moment des poursuites n'exerce une « influence » sur le juge. Cette influence n'est pas celle qui tournerait au désavantage de l'accusé, mais à son avantage. La justification ainsi déclarée du privilège est celle de protéger l'administration de la justice. On retrouve cette justification dans un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)¹⁰¹ et dans le mécanisme français du renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice¹⁰², mécanisme institué pour remplacer le système antérieur (mal apprécié par l'opinion publique) des privilèges de juridiction à l'égard de certaines personnes qui y voyaient plutôt « une protection injustifiée accordée aux personnes concernées, notamment à certains élus »¹⁰³. Ce dernier mécanisme

(99) Art. 91, al. 2, de la loi du 11 avr. 2013 (anciennement l'art. 94, al. 2, du code d'OCJ).

(100) CSJ, 23 déc. 1986, arrêt n° RPA 121, *Kitaba et Endungu c/ MP et Succession Mwinyi*, in *Katuala Kaba Kashala, Arrêts de principe et autres principales décisions de la Cour suprême de justice*, Kinshasa, Éd. Batena Ntambua, 2009, p. 264 (c'est nous qui soulignons).

(101) V. CEDH 15 juill. 2003, n° 33400/96, *Ernst et autres c/ Belgique*, § 50 : « le fait pour les États d'accorder généralement des privilèges de juridiction aux magistrats constitue une pratique de longue date destinée à assurer le bon fonctionnement de la justice. [Ces règles] entendent éviter, d'une part, que des poursuites téméraires, injustifiées ou vexatoires soient intentées contre les personnes auxquelles ce régime est applicable et, d'autre part, que ces mêmes personnes soient traitées avec trop de sévérité ou trop de clémence ».

(102) C. pr. pén., art. 665 français.

(103) J. Pradel, *Procédure pénale*, 16^e éd., Paris, Cujas, 2011, p. 106.

présente la particularité de s'appliquer non pas de manière automatique, mais au cas par cas ¹⁰⁴.

Il faudra néanmoins relever que ces deux affaires concernent un privilège de juridiction qui n'est pas assorti d'un régime particulier des poursuites, marqué parfois par l'exigence d'une autorisation, et même une mise en accusation, du Parlement. Dans cette dernière hypothèse en effet, le maintien d'un tel privilège à l'égard d'une personne qui n'est plus en fonction soulève nécessairement de la question de savoir ce que devient ce régime particulier des poursuites. En outre, les deux affaires portent sur un privilège de juridiction concernant des agents de l'administration publique. Elles ne concernent pas des personnalités politiques et en particulier des membres du gouvernement.

La troisième affaire touche précisément ces deux aspects. Elle concerne un ancien ministre de la Santé poursuivi pour détournement des fonds publics consacrés à la lutte contre le virus Ebola, infraction qui aurait été commise dans l'exercice de sa fonction ministérielle. La particularité de cette affaire réside toutefois dans le fait que l'accusé était poursuivi quelques mois après sa démission du gouvernement. Dans son arrêt du 23 mars 2020, la Cour de cassation a justifié sa compétence à l'égard de cet accusé en se limitant à rappeler les dispositions constitutionnelles et législatives qui lui attribuent une compétence à l'égard des « membres du gouvernement autres que le [PM] », alors qu'elle avait devant elle un ancien membre du gouvernement ¹⁰⁵. La Cour a donc continué

à raisonner comme à l'époque de l'ancien article 102 de la loi sur la procédure devant la CSJ sans apparemment tenir compte de l'évolution législative consacrée par l'actuel article 82 de la loi portant procédure devant la Cour de cassation qui indique, comme on l'a vu, qu'un ancien membre du gouvernement ne bénéficie plus de privilège de juridiction lié à son ancienne qualité officielle.

Une autre question importante non abordée par la Cour est celle du régime des poursuites. En effet, la Constitution prévoit que « la décision de poursuites ainsi que la mise en accusation des membres du gouvernement sont votées à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale [...] » ¹⁰⁶. Observons que cette disposition est rédigée différemment, par exemple, de celles du droit belge où le parlement « autorise » et le ministère public « décide » des poursuites à l'encontre d'un ministre ¹⁰⁷. Le texte congolais indique plutôt que c'est l'Assemblée nationale qui « décide » des poursuites et de la mise en accusation du ministre. Dans ce troisième arrêt toutefois, on constate que les prévenus ont été poursuivis seulement à la « requête [...] du ministère public » ¹⁰⁸, et cela soulève un problème de recevabilité desdites poursuites. Il aurait pourtant été plus conforme à la Constitution et même plus cohérent pour la Cour de dire soit qu'elle est compétente puisque l'infraction a été commise dans le cadre des fonctions, mais que les poursuites ne sont pas recevables en l'absence d'une décision de l'Assemblée nationale, soit alors qu'elle n'est tout simplement pas compétente à l'égard d'un ancien membre du gouvernement.

(104) *Idem*, p. 107.

(105) Cass. (RDC), 23 mars 2020, n° RP 04/CR, *MP c/ Oly Ilunga et Mbuyi Mwasa*, (Arrêt *Ilunga et consort*), p. 2, inédit.

(106) Art. 166, al. 2, de la Constitution congolaise.

(107) V. l'art. 103, al. 4, de la Constitution belge : « seul le ministère public près la cour d'appel compétente peut intenter et diriger les poursuites en matière répressive à l'encontre d'un ministre ». V. aussi l'art. 3 de la loi (belge) du 25 juin 1998 réglant la responsabilité pénale des ministres et surtout l'art. 10 de cette dernière loi qui précise : « lorsque le procureur général entend citer directement un ministre devant la cour d'appel, cette citation directe ne peut intervenir qu'en vertu de l'autorisation de la Chambre des représentants » (c'est nous qui soulignons).

(108) Arrêt *Ilunga et consort*, p. 1.

Un quatrième arrêt, qui est en réalité, un arrêt avant dire droit, concerne précisément l'affaire *Matata et consorts* lorsque cette affaire a été renvoyée à la Cour de cassation après que la Cour constitutionnelle ait décliné sa compétence dans son arrêt du 15 novembre 2021. En effet, lors de la première audience devant la Cour de cassation, la défense de M. Matata a mis en avant la fonction antérieure (PM) de l'accusé au moment où il avait commis l'infraction alléguée pour contester la compétence de la Cour de cassation¹⁰⁹. La réponse de la Cour de cassation à ce qui était clairement une « exception d'incompétence » est très surprenante à deux niveaux : la Cour de cassation a décidé (i) de prendre cette « exception d'incompétence » pour une « exception d'inconstitutionnalité » et (ii) de prendre cette dernière exception d'inconstitutionnalité pour un « recours en interprétation de la Constitution », alors même qu'elle ne fait pas partie des institutions, limitativement énumérées, habilitées à adresser à la Cour constitutionnelle un recours en interprétation de la Constitution¹¹⁰. La Cour a en effet décidé de demander à la Cour constitutionnelle « de lui donner la portée exacte de ces deux expressions “dans l'exercice de ses fonctions” et “à l'occasion de l'exercice de ses fonctions” en ce qui concerne les poursuites engagées actuellement contre le sénateur Matata pour les actes posés dans la période où il exerçait effectivement les fonctions de Premier ministre ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »¹¹¹. Elle a, en conséquence, sursis à statuer dans cette affaire en attendant la décision de la Cour constitutionnelle¹¹².

En réalité, l'on pourrait craindre dans cette démarche un piège tendu à la Cour constitutionnelle. En effet, les juges

de la Cour de cassation sont censés savoir que les arrêts de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours¹¹³ et qu'un juge qui s'est déjà déclaré incompétent pour connaître d'une affaire ne peut pas, sous prétexte de revirement de jurisprudence, revenir sur sa décision dans la même affaire (mêmes parties, mêmes faits, même qualification juridique), sans violer l'autorité de chose jugée dont est investie sa décision. Ces mêmes juges sont également censés savoir que si jamais la Cour constitutionnelle revenait, dans le cadre d'une procédure *consultative*, sur sa compétence à l'égard d'un ancien PM suspecté d'une infraction commise dans l'exercice de ses fonctions, elle devra déterminer le sort à réserver à sa décision du 15 novembre 2021 relative à l'affaire *Matata et consorts*, décision prise dans le cadre plutôt d'une procédure *contentieuse*, puisque le droit congolais ne reconnaît pas à la Cour constitutionnelle le droit d'annuler sa décision, mais simplement d'en corriger les erreurs matérielles dont cette décision serait entachée¹¹⁴. Il sera sans doute intéressant de voir comment la Cour constitutionnelle s'y prendra face à cette demande de la Cour de cassation pour faire avancer l'affaire en question.

Pour l'instant, l'on relèvera qu'à partir du moment où la Cour constitutionnelle a déjà décidé de décliner sa compétence pénale à l'égard d'un ancien PM, y compris pour les infractions qu'il aurait commises dans l'exercice de ses fonctions et que la Cour de cassation, dans sa décision du 22 juillet 2022, persiste à penser que la juridiction compétente dans un tel cas est celle de la qualité de l'auteur *au moment des faits* d'autant plus qu'il s'agit des infractions commises dans l'exercice des fonctions, le risque d'un

(109) Cass. (RDC), 22 juill. 2022, arrêt n° RP 09/CR, *MP c/ Matata et consorts*, p. 1.

(110) V. l'art. 161, al.1^{er} de la Constitution et l'art. 54 de la loi sur la Cour constitutionnelle.

(111) *Idem*.

(112) *Idem*, p. 2.

(113) Art. 168 de la Constitution congolaise.

(114) Art. 93, al. 4, de la loi congolaise sur la Cour constitutionnelle.

conflit négatif de compétence entre ces deux ordres juridictionnels est bien réel.

B - Vers un conflit négatif de compétence ?

Un conflit négatif de compétence survient lorsque deux ou plusieurs juridictions déclinent successivement leur compétence pour connaître d'une affaire. En matière pénale, cela peut conduire à une impunité des infractions graves.

Pour rappel, la Cour constitutionnelle a décliné sa compétence en déclarant également que « la compétence juridictionnelle étant d'attribution, le prévenu [...] qui a cessé d'être Premier ministre en fonction au moment où les poursuites contre lui sont engagées, doit être poursuivi devant son juge naturel de sorte que, autrement, il serait soustrait du juge que la Constitution et les lois lui désignent, et ce, en violation de l'article 19, alinéa 1, de la Constitution »¹¹⁵. En justifiant ainsi sa décision, la Cour n'a toutefois pas explicitement indiqué qui était, selon elle, ce juge naturel que la Constitution et les lois congolaises désignent à l'ancien PM. La Cour n'était d'ailleurs pas obligée de le faire puisque, contrairement au droit belge¹¹⁶ et au droit rwandais¹¹⁷, le droit congolais ne contient aucune disposition obligeant un juge qui décline sa compétence de renvoyer l'affaire à la juridiction qu'il estime compétente.

Pourtant, la réponse à cette question n'est pas évidente. En effet, si l'on s'en tient au raisonnement de la Cour constitutionnelle qui, pour décliner sa compétence, s'appuie sur le critère de la juridiction compétente au regard de

la qualité de l'accusé *au moment des poursuites*, cela impliquerait que c'est à la Cour de cassation de juger l'accusé. La Constitution confie en effet à la Cour de cassation la compétence pour juger les sénateurs¹¹⁸. Cependant, la jurisprudence de la Cour de cassation est à présent connue. Pour cette Cour en effet, et malgré la modification apportée par l'actuel article 82 de la loi portant procédure devant elle, la juridiction compétente est celle de la qualité de l'accusé *au moment de la commission de l'acte*, en particulier lorsque celui-ci a été accompli dans l'exercice de la fonction. L'application d'un tel critère renvoie bien évidemment à la compétence de la Cour constitutionnelle puisque celle-ci était compétente au moment de la commission de l'infraction alléguée. Cela conduit à un rond-point sans issue.

Un tel résultat est d'ailleurs fort probable pour deux raisons. La première est qu'en déclinant sa compétence, la Cour constitutionnelle n'a pas rendu un arrêt qui oblige la Cour de cassation à admettre sa compétence. Certes, « les arrêts de la Cour constitutionnelle [...] sont obligatoires et s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, civiles et militaires ainsi qu'aux particuliers »¹¹⁹. Toutefois, la portée de cette autorité de chose jugée doit être précisée. Elle ne peut pas être interprétée comme obligeant la Cour de cassation à accepter sa compétence uniquement sur la base du fait que la Cour constitutionnelle a décliné la sienne. La chose jugée dont il est fait allusion concerne sans doute les questions d'interprétation de la Constitution, les hypothèses de conflits de compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ainsi qu'entre l'État et les provinces et celles des recours contre les arrêts ren-

(115) Arrêt *Matata et consorts*, p. 15.

(116) V. les art. 660 et 855 du code judiciaire belge.

(117) V. Art. 141 de la Loi (Rwanda) n° 027/2019 du 19 sept. 2019 portant procédure pénale (*Gazette officielle*, Numéro spécial du 8 nov. 2019).

(118) Art. 153, al. 3, para. 1^{er}, de la Constitution congolaise.

(119) Art. 168, al. 1^{er}, de la Constitution congolaise.

pus par la Cour de cassation et le Conseil d'État « uniquement en tant qu'ils se prononcent sur l'attribution du litige aux juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif »¹²⁰. Dans ce dernier cas d'ailleurs, la Constitution précise que « ce recours n'est recevable que si un déclinaire de juridiction a été soulevé par ou devant la Cour de cassation ou le Conseil d'État », étant entendu qu'un déclinaire de *jurisdiction* n'est pas à confondre avec un déclinaire de *compétence*.

Il convient aussi de noter que la définition que la loi sur la Cour constitutionnelle a donnée des « conflits de compétence »¹²¹ et des « conflits d'attribution »¹²² ne permet pas d'inclure l'hypothèse d'un conflit négatif de compétence entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation dans une affaire comme celle qui est sous examen. En outre, en déclinant sa compétence, la Cour constitutionnelle n'a pas agi dans le cadre de cette compétence particulière, qui est celle de trancher les conflits de compétence ou les conflits d'attributions. L'article 71 de la loi sur la Cour constitutionnelle, qui oblige la Cour de cassation à s'incliner devant l'arrêt de la Cour constitutionnelle, ne saurait donc pas s'appliquer à une telle situation.

L'arrêt de la Cour de cassation du 22 juillet 2022, dans lequel cette Cour a posé à la Cour constitutionnelle ce qu'elle a qualifié (à tort) d'« exception d'inconstitutionnalité » sur la portée exacte de l'expression « dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »¹²³ s'inscrit dans l'objectif de vouloir obtenir de la Cour constitutionnelle une décision *obligatoire* pour elle (Cour

de cassation). Cependant, comme on l'a déjà relevé, cette démarche présente peu de chance de faire avancer l'affaire vers un véritable procès.

La seconde raison qui rend fort probable un conflit négatif de compétence est que certaines décisions judiciaires relativement récentes, rendues il est vrai par des juridictions inférieures, permettent de prendre la mesure de la direction vers laquelle conduirait l'arrêt de la cour constitutionnelle. En effet, le 20 mai 2021, le tribunal de grande instance (TGI) de Kinshasa a décliné sa compétence pénale pour juger M. Kalev Mutond. Ce dernier est un *ancien* administrateur général de l'Agence nationale de renseignement (ANR), poursuivi pour arrestation arbitraire, tortures, traitement inhumain et tentative d'assassinat, infractions prétendument commises dans l'exercice de ses fonctions précitées. Au regard de la qualité officielle de M. Kalev Mutond au moment de la commission des faits allégués, il bénéficiait d'un privilège de juridiction devant la cour d'appel¹²⁴. Le TGI s'est alors fondé sur cette circonstance pour déclinier sa compétence en estimant que c'est à la cour d'appel de le juger¹²⁵. Ce raisonnement reste en phase avec la jurisprudence de la Cour de cassation. Cependant, si la cour d'appel, au lieu de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de cassation, suivait celle de la Cour constitutionnelle qui met en avant la qualité de l'accusé au moment des poursuites, cela l'amènerait à déclinier, à son tour, sa compétence. Comme dans l'affaire *Matata et consorts*, on se verra, ici aussi, confronté à un conflit négatif de compétence.

(120) Art. 161 de la Constitution congolaise.

(121) Art. 58 et 62 de la loi sur la Cour constitutionnelle.

(122) Art. 161, al. 4, de la Constitution congolaise et l'art. 66 de la loi sur la Cour constitutionnelle.

(123) Cass (RDC), 22 juill. 2022, arrêt n° RP 09/CR, MP c/ *Matata et consorts*, inédit.

(124) Art. 91(2) de la loi du 11 avr. 2013.

(125) La copie du jugement n'étant pas accessible, l'on se contentera de cet article de la Radio Okapi (Radio des Nations unies), Procès Kalev : le tribunal se déclare incompétent, 20 mai 2021, article disponible en ligne sur <https://bit.ly/3SRVIL6> (visité le 4 févr. 2022).

C - La distinction entre compétence *spéciale* et compétence *exclusive* : une solution à un conflit négatif de compétence ?

La question relative à la détermination de la juridiction compétente pour juger un sénateur en fonction, suspecté d'infractions qu'il aurait commises dans le cadre de sa précédente fonction de PM a reçu, comme on l'a dit, des réponses différentes de la part de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation. Ces réponses, quoique différentes, contiennent chacune une part de vérité en droit positif congolais. En effet, dire, comme l'a fait la Cour de cassation, que dans le cas d'un privilège de juridiction, la juridiction de la qualité de l'accusé *au moment de la commission d'une infraction* (acte de la fonction) est compétente, n'est pas totalement faux. De même, dire, comme la Cour constitutionnelle que, même pour une infraction commise dans le cadre d'une fonction antérieure, la juridiction de la qualité de l'accusé *au moment des poursuites* reste, dans ce cas, compétente, cela n'est pas totalement faux non plus.

Cela étant, au-delà de leurs divergences, les deux juridictions suprêmes semblent s'accorder, sans le dire explicitement, sur le fait que la compétence de la juridiction que chacune d'elles désigne est « exclusive ». C'est pour cela qu'elles sont prêtes à décliner leur compétence lorsqu'elles constatent que le critère qu'elles mettent en avant ne correspond pas à leur situation concrète. Cependant, la base juridique de cette « exclusivité » de compétence n'a pas été clairement démontrée.

Certes, il a été soutenu qu'« en présence d'un privilège de juridiction établi par le droit constitutionnel, le juge

ordinaire est donc conduit à se déclarer incompétent au profit d'une juridiction pénale extraordinaire »¹²⁶. Ces propos traduiraient donc beaucoup plus l'idée d'une compétence « exclusive ». En réalité, ces propos n'envisagent que la situation d'un conflit (positif) de compétence entre une juridiction ordinaire et une juridiction dite extraordinaire dont la compétence découle d'un privilège de juridiction. Ils n'envisagent pas la situation qui met en rapport deux juridictions dites extraordinaires, l'une dont la compétence pourrait découler d'un privilège de juridiction fondé sur la qualité de l'accusé *au moment des poursuites* ; et, l'autre, dont la compétence pourrait découler d'un privilège de juridiction fondé la qualité de l'accusé *au moment des faits* (acte de la fonction), laquelle juridiction serait seule compétente.

Pourtant, lorsqu'on considère qu'un privilège de juridiction peut survivre à l'exercice de la fonction parce qu'il concerne un acte de la fonction (approche de la Cour de cassation), il faut s'attendre à ce que ce privilège entre en conflit avec un autre privilège si l'auteur de cet acte accède, par la suite, à une autre fonction lui conférant un privilège de juridiction différent de celui qu'il avait au moment de la commission de l'acte. Dans ce cas, les propos de l'auteur précités ne permettent pas de déterminer quelle juridiction serait tenue de décliner sa compétence au profit de l'autre.

L'affaire *Matata et consorts* pose exactement la même question puisque d'une part, au moment de la commission de l'acte, l'auteur bénéficiait d'un privilège de juridiction devant la Cour constitutionnelle en tant que PM d'autant plus que les infractions alléguées ont été commises dans l'exercice des fonctions ; et, d'autre part, au moment des poursuites, il est entre-temps devenu sénateur, et donc, justiciable de la Cour

(126) O. Beaud, *op. cit.*, p. 172.

de cassation, y compris pour les actes antérieurs à cette nouvelle qualité. Entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, laquelle serait tenue de décliner sa compétence et laquelle serait tenue de l'exercer ?

Concernant précisément cette affaire, un auteur s'est appuyé sur la qualité de l'accusé au *moment de la commission de l'infraction* alléguée qui, du reste, était accomplie dans l'exercice des fonctions, pour soutenir que la compétence de la Cour constitutionnelle est, dans ce cas, « exclusive »¹²⁷. Cet auteur n'a toutefois pas démontré la base juridique sur laquelle reposait, selon lui, cette « exclusivité ».

Pourtant, une interprétation stricte de l'article 164 de la Constitution congolaise, qui attribue à la Cour constitutionnelle une compétence pénale à l'égard du président et du PM, suggère que les personnes visées sont d'abord et avant tout celles qui sont encore *en fonction* et non celles qui ont déjà quitté leurs fonctions. C'est donc par une interprétation large dudit article que cet article peut être appliqué aux *anciens* présidents et *anciens* PM et fonder la compétence de la Cour constitutionnelle à l'égard de ces (anciennes) personnalités politiques.

Toutefois, en admettant, pour le besoin de l'argumentation, que, dans ce dernier cas, la Cour constitutionnelle est compétente (hypothèse déjà rejetée par elle), cette compétence ne saurait être « exclusive ». Puisqu'elle est fondée sur une particularité de l'infraction (acte de la fonction), elle ne serait, à la rigueur, qu'une compétence simplement « spéciale », faisant de la Cour constitutionnelle une juridiction spécialisée. De la

même manière, la compétence que la Cour de cassation pourrait exercer à l'égard d'un sénateur en fonction pour une infraction que ce dernier aurait commise dans l'exercice de sa fonction antérieure de PM ou de président (cas du sénateur à vie¹²⁸), cette compétence – là ne saurait pas non plus être considérée, dans le silence des textes, comme exclusive. Puisque cette compétence de la Cour de cassation découle d'une particularité tenant à la qualité de l'accusé au moment des poursuites, elle est simplement spéciale.

Cela permet alors de rappeler trois points importants au regard dont les textes juridiques congolais sont formulés. Premièrement, une compétence *spéciale* n'est pas nécessairement *exclusive*. Par exemple, la compétence que l'article 156, alinéa 1^{er}, de la Constitution congolaise attribue aux juridictions militaires à l'égard des militaires et des membres de la police nationale n'est pas exclusive, mais est simplement spéciale. Le code judiciaire militaire congolais contient bon nombre de dispositions attribuant aux juridictions ordinaires, c'est-à-dire non militaires, une compétence pénale à l'égard des militaires et membres de la police nationale¹²⁹. Nul n'a jamais contesté la constitutionnalité de pareilles dispositions. Lorsqu'une juridiction est investie d'une compétence exclusive, les textes juridiques applicables le précisent clairement. Par exemple, l'article 64, alinéa 2, du code pénal militaire congolais concernant la répression des pillages commis par les militaires dispose que « si ces pillages ont été commis avec la participation des individus non militaires, les juridictions militaires sont *seules* compétentes ». Le droit congolais contient d'autres dispo-

(127) B. Eca Wa Lwenga, préc., p. 90 : « en l'espèce, le prévenu [...] s'est occupé de l'affaire *Bukanga Lonzo* dans l'exercice de ses fonctions puisqu'il s'agissait bien d'un dossier d'État et il agissait bien dans le cadre de ses attributions de Premier ministre. Il relève donc de la compétence *exclusive* de la Cour constitutionnelle » (c'est nous qui soulignons).

(128) Art. 104, al. 7, de la Constitution congolaise.

(129) V. Art. 115 à 119 du code judiciaire militaire congolais.

tions de ce type¹³⁰. Même en droit belge, l'exclusivité de la compétence de la juridiction chargée de juger les ministres est clairement affirmée par les textes applicables¹³¹. On ne trouve pas cette précision dans les dispositions du droit congolais prévoyant la compétence tant de la Cour constitutionnelle que celle de la Cour de cassation à l'égard d'un sénateur en fonction. En l'absence de pareille précision dans les textes juridiques, la compétence de la juridiction chargée de juger un *ancien* (Premier) ministre pour une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de sa fonction doit être considérée comme simplement spéciale.

Deuxièmement, la compétence spéciale reconnue à une juridiction peut être *concurrente* à celle d'une autre juridiction, y compris une juridiction ordinaire. Dans l'hypothèse d'un sénateur en fonction, suspecté d'une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de sa précédente fonction de PM, la compétence de la Cour constitutionnelle et celle de la Cour de cassation à son égard doivent être considérées comme simplement spéciales, et donc *concurrentes*. En conséquence, aucune des deux juridictions suprêmes n'est en droit de décliner sa compétence en rejetant l'affaire à l'autre. Ainsi, si la Cour constitutionnelle a raison de dire que la juridiction de la qualité de l'accusé *au moment des poursuites* (c'est-à-dire la Cour de cassation) est compétente, elle peut néanmoins avoir tort de dire que la juridiction de la qualité de l'accusé *au moment de la commission d'une infraction* dans le cadre de l'exercice de la fonction de PM (c'est-à-dire elle-même) ne l'est pas.

Troisièmement enfin, qui dit concurrence des compétences, dit aussi risque de conflit *positif* des compétences. Pour le cas d'un sénateur en fonction, suspecté d'une infraction qu'il aurait commise dans l'exercice de sa précédente fonction de PM, pareil conflit, s'il devait advenir, peut être résolu par l'affirmation de la *primauté* de compétence de la juridiction de la qualité de l'auteur de l'acte *au moment des poursuites*, c'est-à-dire la Cour de cassation. La question de la recevabilité des poursuites lorsque la compétence de la juridiction de la qualité de l'accusé au moment de sa fonction de PM est mise en avant permet de justifier ce choix.

En effet, il convient de distinguer clairement la question de la compétence de celle de la recevabilité des poursuites. Si dans l'hypothèse précitée, la Cour constitutionnelle est compétente, cela n'implique pas nécessairement que les poursuites sont recevables devant elle. En effet, l'on a vu que concernant le président et le PM, « la décision de poursuites ainsi que la mise en accusation [...] sont votées à la majorité des deux tiers des membres du Parlement composant le Congrès [...] »¹³². Il est, ici encore, intéressant de relever, que la Constitution congolaise n'emploie pas l'expression « autorisation [de poursuites] » comme pour le cas des parlementaires (y compris des sénateurs)¹³³ ou comme en droit belge dont on a déjà relevé la différence dans la formulation des dispositions concernant les poursuites contre un ministre. Ainsi, en droit congolais, en l'absence d'une telle « décision » du Congrès, l'on ne

(130) V. Art. 119 du code judiciaire militaire congolais : « en cas d'infraction continue s'étendant d'une part sur une période ou le justifiable relevait de la juridiction de droit commun et d'autre part, sur une période pendant laquelle il relève de la juridiction militaire ou vice versa, la juridiction de sa dernière qualité est *la seule* compétente » ; art. 99, al. 1^{er}, de la loi (RDC) n° 09/001 du 10 janv. 2009 portant protection de l'enfant : « le tribunal pour enfants est *seul* compétent pour connaître des matières dans lesquelles se trouve impliqué l'enfant en conflit avec la loi » (c'est nous qui soulignons).

(131) V. l'art. 103, al. 1^{er}, de la Constitution belge : « les ministres sont jugés *exclusivement* par la cour d'appel pour les infractions qu'ils auraient commises dans l'exercice de leurs fonctions (...) » ; v. aussi l'art. 2, al. 1^{er}, de la loi (belge) du 25 juin 1998 réglant la responsabilité pénale des ministres : « la cour d'appel de Bruxelles est *seule* compétente pour juger un ministre pour des infractions qu'il aurait commises dans l'exercice de ses fonctions » (C'est nous qui soulignons).

(132) Art. 166, al. 1^{er}, de la Constitution congolaise.

(133) Art. 107, al. 2, de la Constitution congolaise.

voit pas comment les poursuites engagées simplement à la requête du ministre public (même avec l'autorisation du Sénat) pourraient être recevables dans le respect de la Constitution.

En revanche, devant la Cour de cassation, le problème est beaucoup moins compliqué. En effet, non seulement que les poursuites contre un sénateur en fonction, y compris pour des infractions antérieures à sa fonction de PM ou de président, doivent être « autorisées » et non « décidées » par le Sénat, mais, en plus, ce régime de l'autorisation n'est applicable que pendant la session parlementaire et non pendant les vacances parlementaires¹³⁴. Sur ce point, il convient d'observer que l'article 107 de la Constitution congolaise distingue clairement le régime des « poursuites » contre un parlementaire et celui de « l'arrestation » dudit parlementaire, étant entendu que, contrairement à la

regrettable pratique judiciaire congolaise, toute poursuite pénale n'implique pas nécessairement l'arrestation et la détention préventive du suspect¹³⁵.

Cette différence dans le régime des poursuites devant la Cour constitutionnelle et devant la Cour de cassation est un argument supplémentaire en faveur de la *primauté* de la compétence de la juridiction de la qualité de l'auteur de l'acte au moment des poursuites, c'est-à-dire, dans le cas de l'affaire *Matata et consorts*, la Cour de cassation.

Quoi qu'il en soit, l'affaire *Matata et consorts* révèle qu'aborder la question des privilèges de juridiction dans ce genre de cas, en termes de compétence *exclusive*, en l'absence de tout texte juridique clair, est plus propice à générer un conflit négatif de compétence que ne l'est l'approche des compétences *spéciales* qui sont concurrentes.

IV - Conclusion

L'arrêt *Matata et consorts* n'est peut-être pas le meilleur arrêt auquel on pouvait s'attendre de la Cour constitutionnelle congolaise. On peut lui reprocher un certain nombre de manquements, notamment l'absence d'un dialogue jurisprudentiel avec l'ancienne CSJ et l'actuelle Cour de cassation. Toutefois, la solution consacrée dans cet arrêt, celle de limiter le privilège de juridiction devant elle aux personnes en *fonction*, n'est pas nécessairement la plus mauvaise. Bien au contraire, elle se révèle être la plus proche des textes juridiques applicables et surtout la plus pragmatique au regard des difficultés qui pourraient naître du régime des poursuites

d'un ancien président ou d'un ancien PM devant cette Cour. Cette solution présente par ailleurs l'avantage de conduire la RDC vers la voie d'une réduction du nombre, encore très important en RDC, des personnes bénéficiant des privilèges de juridiction, parfois couplés d'une immunité des poursuites¹³⁶, sans que la nécessité de ces inégalités devant la justice pénale soit toujours clairement démontrée. Pareille réduction est en plus dans l'intérêt des accusés puisque lorsqu'ils sont justiciables devant les juridictions suprêmes comme la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, ils sont privés de leur droit à un double degré de juridiction, droit pour-

(134) J.B. Mbokani, Achieving Justice for Child Survivors of Conflict-related Sexual Violence in the Democratic Republic of the Congo in Light of the *Kavumu* Case : A Reply to Perissi and Naimer, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 20, 2022, p. 743-744.

(135) V. Art. 27 et 28 du code de procédure pénale congolais.

(136) V. les art. 85 et 86 de la loi organique n° 13/010 du 19 févr. 2013 relative à la procédure devant la Cour de cassation.

tant garanti par les textes internationaux applicables en RDC ¹³⁷.

Enfin, l'on ne peut que regretter l'absence d'opinions individuelles, même concordantes, des juges constitutionnels jointes à cet arrêt pourtant très controversé. Alors que la loi organique sur la Cour constitutionnelle autorise de telles opinions ¹³⁸, la pratique de cette Cour montre que les juges constitutionnels congolais n'exploitent pas toujours cette innovation pourtant importante du droit congolais ¹³⁹. Les arrêts de cette Cour semblent ainsi être toujours adoptés dans une étonnante unanimité des juges qui

pourrait, en réalité, cacher une véritable politique consistant à étouffer les voies dissidentes au sein de cette Cour. Dans l'affaire *Matata et consorts*, de telles opinions, même concordantes on l'a déjà dit, auraient incontestablement contribué à mieux dégager les enseignements à tirer de cet arrêt dont l'importance n'est plus à démontrer. Ce silence des juges, doublé des vertus pédagogiques très limitées de l'arrêt qu'ils ont rendu, lequel concernait pourtant la toute première affaire pénale de cette Cour a, quelque part, fait rater à celle-ci et à ses juges une occasion importante pour établir un précédent solide pour les affaires futures.

(137) V. l'art. 14(5) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

(138) Art. 92, al. 5, de la loi organique sur la Cour constitutionnelle.

(139) Depuis sa création en 2013, la Cour constitutionnelle congolaise n'a connu qu'une opinion individuelle, dissidente en l'occurrence, dans l'affaire *Dynamique de l'opposition congolaise (DO) c/ Union pour la démocratie et le procès social (UDPS)*, arrêt n° RCE/001/PR.CR du 19 janv. 2019 (opinion disponible en ligne sur <https://bit.ly/3Zqh12g> (visitée le 24 janv. 2022)).