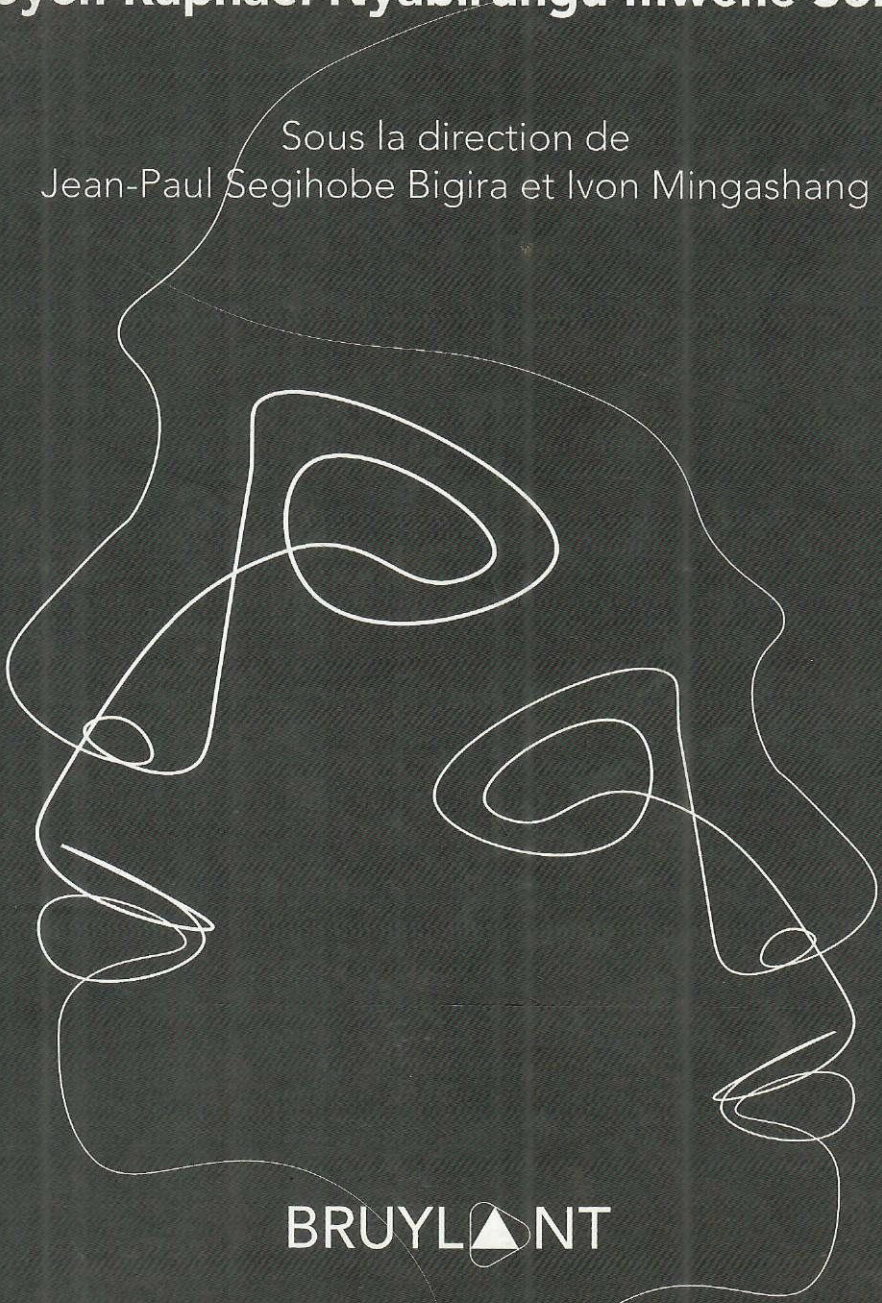
# Le droit pénal entre douleur et enchantement dans le contexte contemporain

## Liber amicorum
## Doyen Raphaël Nyabirungu mwene Songa

Sous la direction de
Jean-Paul Segihobe Bigira et Ivon Mingashang



BRUYLANT

strada lex

## Activation de la monographie en ligne

**Code identifiant**

105302-LIBANYABIRUNGU-59492-0357

Si vous êtes abonné à la banque de données Strada lex **www.stradalex.com**, Strada lex Luxembourg **www.stradalex.lu** ou Strada lex Europe **www.stradalex.eu**, vous pouvez y activer gratuitement la version digitale de cet ouvrage* grâce au code identifiant ci-dessus.

Si une difficulté survient lors de l'activation, vous pouvez contacter notre helpdesk : **tél. : +32(0)2 548 07 20 • fax : +32(0)2 548 07 22 • info@stradalex.com**. Une preuve d'achat de l'ouvrage vous sera demandée.

Le code d'activation ne pourra être utilisé qu'une seule fois par un seul utilisateur abonné à Strada lex. Une fois activé, l'ouvrage sera consultable par l'utilisateur dans les conditions d'abonnement à Strada lex.

Vous n'êtes pas encore abonné à l'une de nos bases de données et vous êtes intéressé par plus d'informations ou par une présentation par l'un de nos délégués ? Contactez-nous rapidement à l'adresse email : info@stradalex.com.

**Sous réserve de sa disponibilité dans une des bases de données citées. Rendez-vous sur www.larcier.com afin de vérifier dans quelle(s) base(s) de données cette monographie est accessible.*

Pour toute information sur nos fonds et nos nouveautés dans votre domaine de spécialisation, consultez nos sites web via www.larcier.com.

© Lefebvre Sarrut Belgium SA, 2021
Éditions Bruylant
Rue Haute, 139/6 - 1000 Bruxelles

Tous droits réservés pour tous pays.
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, de reproduire (notamment par photocopie) partiellement ou totalement le présent ouvrage, de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

Imprimé en Belgique

Dépôt légal
Bibliothèque nationale, Paris : septembre 2021
Bibliothèque royale de Belgique, Bruxelles : 2021/0023/062 ISBN : 978-2-8027-7021-3

# Principes généraux du droit comme facteurs d'insécurité juridique et judiciaire dans le système congolais

LAURENT OKITONEMBO WETSHONGUNDA*

## INTRODUCTION

Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles[1]. La sécurité juridique a deux volets : objectif et subjectif.

Dans son volet objectif ou formel, la sécurité juridique est d'abord garantie par la qualité de la formulation de la loi. Elle suppose que la loi soit prévisible, lisible et accessible. La loi est encore normative, c'est-à-dire qu'elle prescrit, interdit, sanctionne[2]. Et, c'est à juste titre qu'un guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires rappelle aux rédacteurs qu'un texte juridique doit avoir « un contenu normatif, clairement énoncé [...]. Il se doit d'éviter les déclarations ou proclamations qui n'ont aucune portée juridique [...] et les formulations ambiguës ou imprécises qui nourrissent l'incertitude juridique »[3]. En outre, la loi doit

* Doctorant en droit international, Université de Kinshasa, avocat au barreau de Kinshasa/Gombe.

[1] C.E., Rapport public annuel 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit, coll. Études et documents, n° 57, La Documentation française, 2006, p. 281, in www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000245/index.shtml, consulté le 16 février 2018.

[2] *Ibid.*

[3] Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, 6 juin 2005. Ce guide a été réalisé sous la supervision d'un groupe de travail présidé par J.-P. Leclerc, président de section au Conseil d'État, assisté de R. Bouchez, conseiller d'État, et N. Boulouis, maître des requêtes. Cité par D. Simon, « La confiance légitime

être intelligible. L'intelligibilité implique la lisibilité, la clarté, la précision et la cohérence des énoncés. Dans son volet subjectif, la sécurité juridique dépend ensuite de la prévisibilité du droit et de la relative stabilité des situations juridiques. Elle renvoie au principe de confiance légitime que la doctrine considère comme « le versant subjectif du principe objectif de sécurité juridique »[4]. Ce principe de confiance légitime signifie que les situations légitimement acquises par les justiciables soient protégées en cas de changement brutal de la règle.

Par ailleurs, la sécurité judiciaire s'entend de la correcte application de la norme par les cours et tribunaux. Elle est l'apanage du juge, qui a pour fonction de trancher les litiges en disant le droit, et implique la stabilité et la prévisibilité de la jurisprudence.

Les principes généraux de droit constituent l'une des sources de droit en R.D.C. Dans le domaine contentieux, en particulier, ils posent des règles formelles et processuelles et définissent des méthodes dont l'inobservance est sanctionnable. Ils participent, ainsi, à l'organisation, à la structuration et à la conduite de la dispensation de la justice. De ce fait, ils devraient répondre à certaines qualités pour rassurer les citoyens. Or, tel ne semble pas être le cas en R.D.C. où l'on observe que les principes généraux de droit génèrent l'insécurité juridique et judiciaire du fait de la controverse sur leur fondement juridique (I), du caractère sélectif de leur valeur et de leur portée juridiques (II) et du contenu emprunté de la plupart d'entre eux (III).

## I. INCERTITUDE ET CONTROVERSE SUR LE FONDEMENT JURIDIQUE DES PRINCIPES GÉNÉRAUX EN DROIT CONGOLAIS

Trois textes évoquent les principes généraux en droit judiciaire interne congolais. Il y a d'abord la très controversée ordonnance de l'Administrateur général au Congo du 14 mai 1886[5] ; ensuite, l'article 118, alinéa 2,

en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », *Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

[4] D. Simon, *op. cit.*, promulgués.

[5] « L'Administrateur Général du Congo,

Considérant qu'il y a lieu de déterminer provisoirement, et jusqu'à ce que des lois spéciales soient promulguées, les règles à suivre par les juges dans l'administration de la justice en matière civile et commerciale ;

Vu l'article 1 du Décret du 28 mars 1886,

Arrête :

de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire[6] et enfin, les articles 85, alinéa 3[7], et 87, alinéa 1[8], de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif. À ces textes, on peut ajouter l'article 38 (c) du statut de la Cour internationale de justice (C.I.J.) arrimé à la Charte des Nations unies dûment ratifiée par la R.D.C. et qui, de ce fait, fait partie intégrante de son arsenal juridique. Mais de ce qu'il concerne la C.I.J., il ne sera pas pris en compte ici.

On ne peut oublier de relever le silence assourdissant de la Constitution du 26 février 2006 telle que modifiée et complétée à ce jour sur les principes généraux de droit en ce qu'elle ne les cite pas en son article 153, alinéa 4, qui énumère les sources du droit[9]. L'on ne peut, toutefois, pas reprocher à ce constituant ce silence car toutes les Constitutions de la R.D.C., depuis la loi fondamentale jusqu'à celle actuellement en vigueur, n'ont jamais cité les principes généraux de droit parmi les sources de droit.

---

Article 1

Quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux de droit et l'équité.

Article 2

Lorsque la décision du litige entraîne l'application d'une coutume locale, le juge pourra prendre l'avis d'un ou de plusieurs indigènes ou non-indigènes, choisi parmi les notables les plus capables.

Article 3

La présente ordonnance sera exécutoire le 1er juin 1886 et sera affichée dans toutes les stations de l'État indépendant du Congo », in P. Piron et J. Devos, *Codes et lois du Congo belge*, Bruxelles/Léopoldville, Ferdinand Larcier, 1960, pp. 49-50.

[6] « En cas d'absence de coutume ou lorsque celle-ci n'est pas conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux de droit », *J.O.R.D.C.*, 4 mai 2013, Kinshasa, numéro spécial, p. 31.

[7] Cette disposition concerne le recours en annulation devant le Conseil d'État. Elle dispose : « La violation de la loi, de l'édit, du règlement, de la coutume et des principes généraux de droit comprend : 1. L'incompétence ; 2. L'excès de pouvoir ; 3. La fausse application ou la fausse interprétation de la loi, de l'édit ou du règlement ; 4. La non-conformité à la loi, à l'édit ou au règlement de l'acte, du règlement ou de la décision dont il a été fait application ; 5. La violation des formes substantielles ou des formes prescrites à peine de nullité des actes ; 6. La dénaturation des faits et des actes ; la négation de la foi due aux actes », *J.O.R.D.C.*, 18 octobre 2016, Kinshasa, numéro spécial, p. 21.

[8] Cette disposition concerne le recours en cassation devant le Conseil d'État : elle dispose que : « La section du contentieux connaît des pourvois en cassation, pour violation de la Constitution, du traité international dûment ratifié, de la loi, de l'édit, de la coutume, des principes généraux de droit et du règlement dirigés contre les arrêts et jugements des juridictions administratives de droit commun ou contre les décisions des juridictions administratives spécialisées visées à l'article 2 alinéa 3 de la présente loi », *J.O.R.D.C.*, 18 octobre 2016, Kinshasa, numéro spécial, p. 22.

[9] En effet, l'article 153, alinéa 4, dispose que : « Les Cours et Tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés, les lois, les actes réglementaires pour autant qu'ils soient conformes aux lois, ainsi que la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs », *J.O.R.D.C.*, 5 février 2011, Kinshasa, numéro spécial, p. 51.

La Constitution n'étant pas l'origine exclusive d'une source de droit dans l'ordre juridique interne, ce sont des textes infra-constitutionnels qui les ont toujours consacrés et l'existence des principes généraux de droit en R.D.C. ne fait aucun doute.

La discussion porte plutôt sur le support juridique qui les régit actuellement, leur valeur et leur portée juridiques. Deux sujets cristallisent la problématique : l'existence ou non, à l'état actuel des choses, de l'ordonnance de l'Administrateur Général au Congo du 14 mai 1886 ainsi que la valeur juridique et la portée des principes généraux de droit en R.D.C. proprement dites au regard des dispositions de l'article 118, alinéa 2, de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire qui ne confère aux principes qu'un rôle d'inspiration pour le juge. Sur la première question qui peut avoir aussi des implications sur la seconde, les juristes sont divisés. Le débat doctrinal sur la source des principes généraux en droit congolais a commencé avec le commentaire, par feu le bâtonnier Mbuyi Tshimbadi, de l'arrêt RC 2617 de la Cour suprême de justice rendu le 18 août 2003 dans l'affaire ayant opposé Makabu ma Kanda à Mampasi Luyeye[10]. Il avait pris position pour l'abrogation de ladite ordonnance. Plusieurs opinions ont été émises sur la question après lui et, à ce jour, la contribution la plus élaborée est celle du Pr Kangulumba à travers son article intitulé « L'ordonnance de l'Administrateur Général au Congo du 14 mai 1886 : un ancêtre (il)légalement vénéré en droit congolais ? – Propos critiques sur l'application d'un texte dégénéré »[11] dans lequel il démontre que cette dernière ordonnance a été déjà abrogée par l'article 199 du Code de procédure civile et ne devrait plus être citée comme base juridique des principes généraux de droit en droit congolais[12].

De là, une véritable controverse[13] s'est emparée du sujet dans la doctrine congolaise entre ceux qui opinent dans son sens[14] et ceux qui

[10] M. Tshimbadi, « L'ordonnance de l'Administrateur général au Congo du 14 mai 1886 qui permet le recours aux principes généraux de droit et à l'équité est-elle encore d'application ? », *Les analyses juridiques*, Lubumbashi, janvier-avril 2005, n° 5/2005, pp. 63-64.

[11] V. Kangulumba Mbambi, « L'ordonnance de l'Administrateur Général au Congo du 14 mai 1886 : un ancêtre (il)légalement vénéré en droit congolais ? – Propos critiques sur l'application d'un texte dégénéré », *Revue de droit africain, RDJA*, Bruxelles, 2005, n° 36, pp. 317-362.

[12] *Ibid.*

[13] La controverse sur les principes généraux de droit a commencé depuis les années 1970.

[14] Kalala Mwena Mpala, *Juridictions de droit commun siégeant en matière du travail : composition, compétence et saisine irrégulières, moyens d'ordre public d'annulation et de cassation pour violation de la loi*, Kinshasa, Éditions Nata, septembre 2008, p. 69. Kalala Mwena Mpala, « Les principes généraux du droit », *Les*

sont contre[15]. Avant lui, le Pr Vunduawe avait admis l'existence de cette ordonnance jusqu'à ce jour[16], de même que le Pr Matadi Nenga Gamanda[17], le Premier Avocat Général de la République (Premier A.G.R. dans la suite) honoraire Nkata Bayoko aussi[18]. Feu Me Mushigo ne s'était pas interrogé sur la question, prenant pour acquis que cette ordonnance était toujours en vigueur[19]. Un colloque tenu à ce sujet à Kinshasa le 30 août 2019 au *Kempinski Hôtel* n'a pas mis tous les panelistes[20] d'accord. Le juge Masani et le juge honoraire Tuka étaient pour le maintien de l'ordonnance, le Pr Kaluba était contre, tandis que le bâtonnier national Matadiwamba et le Pr Luzolo n'avaient pas pris position.

Pour notre part, nous souscrivons à la thèse de l'abrogation de cette ordonnance. Les arguments sont suffisamment développés dans l'article du Pr angulumba cité ci-dessus et on peut utilement s'y référer. Mais il va sans dire que l'abrogation de l'ordonnance précitée ne signifie pas que les principes généraux de droit sont maintenant dépourvus de fondement juridique et ne constitueraient plus une source de droit en R.D.C. Ils demeurent une source d'inspiration pour les cours et tribunaux en cas d'absence de coutume ou lorsque celle-ci n'est pas conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, sur base de l'article 118, alinéa 2, de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire. Cette disposition est quasiment une copier-coller de l'article 116, alinéa 2, de l'ancienne ordonnance-loi n° 82-20 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires abrogée. Mais l'on voit bien que rien que la diversité des points de vue est synonyme d'insécurité parce

*analyses juridiques*, 2009, Lubumbashi, n° 17, pp. 56-58 ; le magistrat Kabala Mapa Mutombo, « L'ordonnance du 14 mai 1886 est déjà abrogée », *Les analyses juridiques*, 2006, Lubumbashi, n° 10, pp. 56-57.

[15] Voy. les avis du magistrat Meli Meli dans *Les analyses juridiques*, 2007-2008, Lubumbashi, n° 13-14, p. 42 ; du magistrat Kabuaki Mukaya et du premier président de la Cour de cassation, J. Kitoko Kimpele, dans *Les analyses juridiques*, 2009, Lubumbashi, n° 16, pp. 48-50.

[16] Vunduawe te Pemako, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Afrique éditions/Larcier, 2007, p. 248.

[17] Matadi Nenga Gamanda, *Droit judiciaire privé*, Kinshasa/Louvain-la-Neuve, Éditions Droit et Idées Nouvelles/Academia/Bruylant, 2006, p. 40.

[18] Nkata Bayoko, *De la violation des principes généraux du droit, moyens de casssation*, Kinshasa, Éditions Kinsel, p. 11.

[19] R. Mushigo-a-Gazanga Gigovibe, *Les principes généraux du droit et leurs applications par la Cour suprême de justice du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia/Bruylant, 2002.

[20] Le juge Hyppolite Masani Masai, président au Conseil d'État et ancien conseiller à la Cour de cassation ; Me Matadiwamba Kamba Muntu, avocat la Cour de cassation et au Conseil d'État et bâtonnier national ; Me Dieudonné Kaluba Dibwa, avocat la Cour de cassation et au Conseil d'État et professeur à la faculté de droit de l'université de Kinshasa ; Me Luzolo Bambi Lessa, avocat à la cour d'appel et professeur à la faculté de droit de l'université de Kinshasa ; Me Charles Théodore Tuka Ika Bazungula, avocat à la cour d'appel et président honoraire et émérite de la Cour suprême de justice.

qu'en tant que justiciable, si votre litige doit être tranché et qu'application doit être faite des principes généraux de droit, le sort de votre cause dépendra non pas d'une référence générale claire et objective mais de la conception personnelle, subjective, donc partisane, du magistrat.

## CARACTÈRE SÉLECTIF DE LA VALEUR ET DE LA PORTÉE JURIDIQUES DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT

La question que l'on peut se poser ici est celle de savoir : si les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux de droit, qui les établissent ou qui les dégagent ? L'ordonnance de l'Administrateur Général du 14 mai 1886 parlait de l'application par les cours et tribunaux des principes généraux de droit « quand la matière n'est pas prévue par un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité », et il s'agissait ici des principes généraux de droit belge. Mais lorsque le législateur congolais dit que les cours et tribunaux vont *s'inspirer* des principes généraux de droit, on peut se demander de quel droit devraient relever ces principes généraux ? Un sursaut nationaliste commande que la réponse soit le droit national, évidemment, même si ce n'est pas dit expressément comme c'était le cas dans l'article 126, alinéa 2, de l'ordonnance-loi du 10 juillet 1968 portant Code de l'organisation de la compétence judiciaire qui parlait des « principes généraux du droit national », à moins que la suppression de l'adjectif national dans le Code d'O.C.J. de 1982 et de la loi de 2013 n'ait eu pour but effectivement de s'ouvrir à tous les principes universels ou même à ceux d'autres nations.

Cela voudrait dire que les cours et tribunaux n'ont plus de rôle actif pour *appliquer les principes généraux de droit belge* ou *s'inspirer des principes généraux de droit national*, mais ils ne peuvent plus que *s'inspirer* des principes généraux de droit établis... par d'autres... Qui ? D'autres instances ? Lesquelles ? Ou ne devraient-ils se contenter que de s'inspirer des principes généraux de droit préexistants, ce qui serait réducteur ?

Cette question n'est pas anodine car il a été remarqué dans la doctrine certains auteurs faire des emprunts de la doctrine et la jurisprudence étrangères et les justifier au titre de principes généraux de droit ! Est-ce à

dire que tout le monde peut décider désormais de dire ce qui est principes généraux de droit ? Le législateur doit clarifier cette situation. Si, pour notre part, nous ne voyons aucun inconvénient à une certaine ouverture à l'universel en prenant en considération les principes généraux étrangers, régionaux ou universels pertinents, leur consécration en droit congolais doit, par contre, être l'œuvre du juge suprême, la Cour de cassation en matière privée et judiciaire, le Conseil d'État en matière administrative, la Cour constitutionnelle en matière constitutionnelle et la Cour commune de justice et d'arbitrage pour le droit des affaires.

L'existence des principes généraux de droit comme source de droit en droit congolais ne fait l'ombre d'aucun doute. Seulement, ils n'ont plus pour fondement l'ordonnance de l'Administrateur Général au Congo du 14 mai 1886. C'est l'article 118, alinéa 2, de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire qui en est l'unique fondement pour ce qui est du contentieux judiciaire et des articles 85, alinéa 3, et 87, alinéa 1er, de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif. Cependant, dans l'ordre judiciaire, ils n'ont plus qu'un rôle d'inspiration et non d'application. Inspiration et application ne veulent pas dire la même chose. Inspirer signifie influencer[21], créer chez quelqu'un, en particulier chez un artiste, un état privilégié qui lui favorise la création, l'imagination, l'invention ; dans sa forme pronominale, s'inspirer veut dire prendre, emprunter des idées, des éléments à (un auteur, un sujet, un milieu...) ; tandis qu'appliquer c'est mettre en œuvre, en pratique, utiliser[22]... l'usage des principes généraux de droit ici n'a plus rien à voir avec le rôle qui leur était assigné sous l'ordonnance de 1886.

À bien y réfléchir, on peut même conclure que les principes généraux de droit ne constituent plus une source de droit sous l'empire de la loi organique du 15 octobre 2013. En effet, l'inspiration a quelque chose de contingent. Le juge en l'espèce n'est pas aussi lié qu'il l'est vis-à-vis de la loi ou de toute autre source de droit obligatoire, car le résultat de l'inspiration n'est pas le reflet authentique de l'objet d'inspiration mais d'une opération mentale et intellectuelle mixte où entre une large part de l'auteur, voir d'autres sources d'inspiration où il peut même être difficile d'évaluer la part de l'objet d'inspiration. Il n'est donc pas concevable,

[21] *Larousse* – applications, version 3.3, © Larousse, Paris 2016, V° « Inspirer ».
[22] *Ibid.*

dans ce contexte, de sanctionner la décision du juge, prise sur cette base, pour violation de l'objet de son inspiration et c'est une raison supplémentaire de méconnaître le pourvoi en cassation pour violation d'un principe général de droit.

Si on pousse la réflexion encore plus loin, on doit admettre que l'article 118, alinéa 2, de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire donne aux juges judiciaires, à un niveau infinitésimal, un pouvoir, rigoureusement encadré, comme on va le voir ci-dessous, de créer du droit. Il entre une part subjective importante dans la décision du juge dont la réflexion est *inspirée* des principes généraux de droit. En considération d'une espèce donnée, ce sont ses cogitations personnelles en termes du bien et du mal qui fondent sa décision. C'est la raison pour laquelle, pour éviter que ceux-ci se substituent au législateur et ne cèdent à la tentation de glisser vers un gouvernement des juges, la loi a réduit cette possibilité pour eux de s'inspirer des principes généraux de droit pour trancher des litiges à des cas extrêmes régis par la coutume lorsque celle-ci est en défaut, laquelle coutume est devenue une source des plus résiduelles.

En effet, toujours dans le contexte du droit judiciaire, considérons même l'hypothèse où l'ordonnance de 1886 serait encore en vigueur (*quod non*) et où la loi organique prévoirait les principes généraux de droit comme source de droit à part entière. Il existe dans les deux textes des conditionnalités et une hiérarchie qui doivent être absolument respectées sous peine de violer le principe de légalité. En effet, dans l'ordonnance de 1886, avant de recourir aux principes généraux de droit, il fallait d'abord vérifier s'il n'y avait pas un décret, un arrêté ou une ordonnance déjà promulgués qui régissaient la matière. Et si tel était le cas, c'est seulement après qu'on pouvait, en principe, appliquer les coutumes locales, les principes généraux de droit et l'équité.

Dans la loi organique de 2013, la première condition est de vérifier si le litige en question doit être tranché suivant la coutume ; c'est-à-dire par exclusion de tout ce qui peut être réglé par le droit écrit, c'est-à-dire à peu près tout. C'est par exemple en matière des fiançailles[23], de dot[24],

[23] Articles 338, 340, 343, 344, 345 de la loi 87-010, du 1er août 1987, portant Code de la famille telle que modifiée et complétée par la loi n° 1-008, du 15 juillet 2016 (ci-dessous Code de la famille).

[24] Articles 361, 362, 363, 367 du Code de la famille.

des conditions et de célébration des mariages[25]. Si tel est le cas, il faut encore vérifier si la coutume devant être appliquée à l'espèce est conforme aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. C'est seulement en cas d'inexistence de la coutume ou, si elle existe, de sa non-conformité aux lois, à l'ordre public et aux bonnes mœurs, que les cours et tribunaux *s'inspirent* des principes généraux de droit. Si cet ordre, cette hiérarchie ne sont pas respectés, il y aurait indubitablement violation de la loi. La pratique démontre, malheureusement, un recours abusif et illégal aux principes généraux de droit par ceux-là mêmes qui sont chargés d'appliquer la loi. Le Pr Kalongo Mbikayi faisait déjà observer la propension des juges de la Cour de cassation, Cour suprême de justice à l'époque, d'user et d'abuser des principes généraux de droit[26]. D'où l'insécurité.

Pour illustrer l'instrumentalisation des principes généraux de droit par leur usage galvaudé, on peut citer, entre autres, le scandaleux arrêt de la Cour constitutionnelle R. Const.0338 du 17 octobre 2016 rendu dans le contentieux du calendrier électoral. Dans cet arrêt, faute de réunir le *quorum* prescrit pour lui permettre de siéger valablement, lequel est constitué de l'ensemble de ses membres et exceptionnellement de 7 magistrats en cas d'empêchement temporaire de deux d'entre eux dûment constaté par les autres membres, conformément à l'article 90 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, la Cour avait, sans vergogne, piétiné cette disposition légale en siégeant à 5, faisant hypocritement application du « principe » *salus populi, suprema lex esto* pour justifier sa *bourde juridique*[27]. La Cour constitutionnelle manque elle-même de constance quant à la reconnaissance et à l'application des principes généraux de droit. À l'occasion des prestations de serment des présidents Laurent-Désiré Kabila[28] et Joseph Kabila, elle avait reconnu l'application des principes généraux de droit en se fondant sur l'ordonnance du 14 mai 1886 ; dans son arrêt R. Const.078/TSR du 4 mai 2009 dit « arrêt José Makila », elle a curieusement décidé qu'« en tant qu'elle vise la violation de principes généraux de droit, plutôt que la violation d'une disposition de la constitution, le moyen

[25] Articles 353, 368, 369, 374, 380, etc. du Code de la famille.

[26] B. O. Kalongo Mbikayi, préface de l'ouvrage de R. Mushigo-a-Gazanga Gigombe, *op. cit.*, p. 10.

[27] L'expression est de G.-P. Djuma Bilali Lokema, J. Cihunda Hengelele et S. Kapenga K. Nkashama, « Le contentieux du calendrier électoral devant la Cour constitutionnelle sous l'arrêt R. Const.0338 du 17 octobre 2018 », *Annuaire congolais de justice constitutionnelle*, 2017, vol. 2, Kinshasa, CREEDA, p. 488.

[28] Arrêt relatif à la prestation de serment de Mr Laurent-Désiré Kabila en qualité de président de la R.D.C. du 29 mai 1997, *J.O.R.D.C.*, mai 1997, numéro spécial, p. 14.

ne peut être reçu » alors que le moyen en question visait la violation du principe du contradictoire qui est un droit de la défense garanti par l'article 19, alinéa 3, de la Constitution. Mais comme on l'a vu dans l'arrêt R. Const.0338 précité, pour des motifs inavouables, elle ne s'est pas empêchée de forcer l'application d'une maxime fourre-tout qui peut justifier tout et n'importe quoi et à la signification juridique douteuse en l'affublant de l'épithète de principe.

### B. INSÉCURITÉ DUE AU CONTENU EMPRUNTÉ DE LA PLUPART DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT

Les principes généraux tant vantés et auxquels certains juristes s'accrochent et défendent avec énergie ont-ils un contenu authentique et exclusif au point que leur suppression viendrait à créer un vide juridique en droit congolais au regard de l'argument récurrent de la complétude des principes généraux de droit face aux lacunes inévitables de la loi ? Il faut le rappeler, lesdits principes n'ont plus l'aura et l'utilité qui étaient les leurs à l'époque de l'État congolais en construction. Les raisons sociologiques, culturelles, politiques et institutionnelles de leur justification ont disparu depuis belle lurette. Le droit écrit a actuellement suffisamment évolué au point où, s'il ne peut pas prétendre à l'exhaustivité, il peut néanmoins se targuer d'avoir conquis presque tous les pans de la vie sociale et doter le pays des institutions, en l'occurrence, le Parlement, les assemblées provinciales, les gouvernements national et provinciaux, qui en cas de nécessité peuvent légiférer et combler les lacunes. Et c'est ce que le législateur a compris en édictant l'article 118, alinéa 2, de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire.

Si les principes généraux de droit occupent encore une bonne part dans le contentieux administratif, c'est tout simplement parce que le droit administratif est essentiellement jurisprudentiel. Pour revenir à l'ordre judiciaire, on note que les habitudes ayant la vie dure, elles obscurcissent le jugement des plus nostalgiques qui continuent à leur accorder, parfois même contre toute logique, une vénération non justifiée, naviguant ainsi à contre-courant de l'évolution du droit congolais au préjudice des justiciables. Dans son ouvrage portant sur « les principes généraux du

droit et leurs applications par la Cour suprême de justice du Congo »[29], Me Ruffin Mushigo a énuméré vingt principes généraux de droit que la Cour de cassation a effectivement appliqués depuis 1973 jusqu'à l'année de publication de son ouvrage[30]. Or, qualifiant le recours systématique par la Cour de cassation aux principes généraux de droit de pratique en marge de la loi, le Premier A.G.R. honoraire Nkata Bayoko[31] a démontré magistralement que la plupart des principes généraux de droit n'ont autre chose que le contenu des dispositions légales[32].

Dans ces conditions, évoquer un principe général de droit là où la loi a légiféré devient absurde. Dans le même ordre d'idées, un auteur a considéré que « la Cour suprême de justice a accordé une valeur

[29] R. Mushigo-a-Gazanga Gigombe, *op. cit.*

[30] (1) « [L]e juge saisi d'un litige doit vider sa saisine à l'égard de toutes les parties au procès », (2) « Pas d'action sans intérêt », (3) « Le criminel tient le civil en état », (4) « l'interdiction au juge d'accepter des conclusions déposées après la clôture des débats et de fonder sa décision sur des conclusions non communiquées à la partie adverse », (5) « Le principe du contradictoire », (6) « Le principe de la régularité de la composition du siège », (7) « La défense de statuer ultra petita », (8) « Le respect du principe des droits de la défense », (9) « Le principe de la légalité des infractions et des peines », (10) « Le principe de non aggravation de la peine en l'absence d'appel du ministère public », (11) « La surséance en cas de question préjudicielle », (12) « L'obligation de statuer sur la demande reconventionnelle d'un prévenu acquitté », (13) « L'appel d'un jugement préparatoire ne peut être interjeté qu'après le jugement définitif », (14) « La juridiction de renvoi ne peut remettre en cause l'acquittement du demandeur en cassation », (15) « Nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui », (16) « Le tribunal ne peut qualifier sa décision de contradictoire à l'égard des parties si à la dernière audience au cours de laquelle la cause fut prise en délibéré, l'une des parties n'avait pas comparu, ni personne en son nom », (17) « Le principe du respect de la foi due aux actes », (18) « [L]'autorité de la chose jugée », (19) « Tout moyen de suspicion soulevé par une partie au sujet de la sincérité et de l'objectivité d'une personne à la cause pour informer le juge à quelque titre que ce soit constitue un reproche qui s'impose à titre de principe général de droit », (20) « Les donations entre époux sont par nature révocables ».

[31] Nkata Bayoko, *op. cit.*

[32] (1) « [L]e principe de l'interdiction de statuer *ultra petita* », voy. art. 156, al. 2° du Code d'organisation et de compétence judicaires, art. 2 et 76 du Code de procédure civile ; (2) « [L]e principe d'interdiction d'omettre de statuer à l'égard d'une des parties », voy. art. 24 de la Constitution, 23 du Code de procédure civile et 87 du Code de procédure pénale ; (3) « [L]e principe de l'obligation de statuer sur toutes les demandes dont le juge est saisi », voy. art. 2 du Code de procédure civile et 54 du Code de procédure pénale ; (4) « [D]u principe du contradictoire », voy. art. 21 de la Constitution, 15 du Code de procédure civile, 74 et 104 du Code de procédure pénale ; (5) « [L]e principe d'interdiction d'aggraver la situation du prévenu en cas du seul appel de la partie civile », voy. art. 96 du Code de procédure civile ; (6) « Principe de la légalité des incriminations et des peines », voy. art. 19 de la Constitution et 1er du Code pénal ; (7) « [L]e principe d'interdiction du juge de renvoi de remettre en cause, sur appel de la partie civile l'acquittement du prévenu », voy. art. 96 du Code de procédure pénal ; (8) « [L]e principe de l'interdiction d'omettre de statuer sur la demande reconventionnelle du prévenu acquitté », voy. art. 2 du Code de procédure civile et 54 du Code de procédure pénale ; (9) « [l]e principe de l'interdiction de la prise en compte des conclusions et des pièces non communiquées », voy. art. 21 de la Constitution, 15 du Code de procédure civile, 74 et 104 du Code de procédure pénale ; (10) « [L]e principe de l'interdiction d'omettre de vider sa saisine à l'égard de toutes les parties », voy. art. 1, 2 et 12 du Code de procédure civile, 55 et 56 du Code de procédure pénale ; (11) « [L]e principe d'interdiction d'omettre de rencontrer les conclusions d'une partie », voy. art. 17, al. 1er, de la Constitution de 1980, année de l'arrêt et 87 du Code de procédure pénale ; (12) « Principe de la prise en compte des conclusions des parties au premier degré mais non reprises par elles au degré d'appel », voy. art. 156, 2° du Code d'organisation et de compétence judiciaires, 2 et 76 du Code de procédure civile ; (13) « Principe du défaut de qualité pour agir », voy. art. 2 du Code de procédure civile, 54 et 57 du Code de procédure pénale.

constitutionnelle à certains principes de droit : c'est le cas par exemple de la régularité et de la continuité des services publics, de l'égalité devant les charges publiques, etc. » en se référant aux arrêts R. Const.055/TSR du 6 décembre 2007 portant sur la requête en prolongation du mandat de la Commission électorale indépendante et R. Const.262 du 11 mai 2016 sur la requête en interprétation de l'article 70 de la Constitution telle que révisée à ce jour en relation avec les articles 75 et 76 d'une part et 103, 105 et 197 d'autre part[33]. Cette affirmation devrait être nuancée car, comme l'a fait remarquer le Pr Mampuya, la régularité et la continuité des services publics étant déjà consacrées par l'article 69 de la Constitution, la Cour n'a pas à leur accorder une constitutionnalité dont elles jouissent déjà[34]. En dépit de la perception erronée qu'on en a et du mauvais usage qu'on en fait, les principes appliqués par la Cour de cassation n'ont pas connu de changements jusqu'à ce jour. Ils demeurent stables. Malheureusement, il s'agit d'une stabilité négative tant elle s'accompagne d'une confusion sur leur valeur et signification réelles dans la pratique prétorienne, ce qui entraîne l'insécurité juridique.

## CONCLUSION

En définitive, il y a lieu de retenir que l'ordonnance de l'Administrateur Général au Congo du 14 mai 1886 est déjà abrogée et qu'elle n'a plus aucune valeur juridique en R.D.C. Ceux qui y tiennent encore affirment, principalement, que ce même 14 mai 1886, deux ordonnances avaient été prises et que l'abrogation consacrée à l'article 199 du Code de procédure civile se rapporterait à l'autre ordonnance. Cet argument erroné a été battu en brèche[35] mais ils s'y accrochent malgré tout. Pour couper court à cette controverse et rassurer le justiciable, le législateur doit prendre une disposition abrogatoire explicite.

Dans l'ordre judiciaire et militaire[36], seul l'article 118, alinéa 2, de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation,

[33] J.-P. Mavungu Mvumbi-di-Ngoma, *La justice constitutionnelle en République démocratique du Congo – Aperçu sur la compétence de la Cour constitutionnelle et la procédure devant cette haute juridiction*, Kinshasa, Éditions universitaires africaines, 2018, pp. 15-17.

[34] A. Mampuya Kanunk'a-Tshiabo, préface de J.-P. Mavungu Mvumbi-di-Ngoma, *op. cit.*, p. 8.

[35] Voy. l'article du Pr Kangulumba cité ci-haut.

[36] Art. 2, al. 2, de la loi n° 023/2002, du 18 novembre 2002, portant Code judiciaire militaire dispose que : « Sous réserve des dispositions de ce Code, le Code de l'Organisation et de la Compétences Judiciaires de droit commun est applicable aux Cours et Tribunaux Militaires ».

fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire constitue le fondement juridique des principes généraux de droit. Mais leur valeur et leur portée juridiques sont drastiquement réduites comme une peau de chagrin au point qu'ils sont devenus quasiment inexistants. C'est seulement en matière administrative que les principes généraux de droit conservent leur existence pleine et entière ainsi que leur valeur juridique étant donné qu'en matière de cassation, par exemple, ils ont même une valeur supérieure aux règlements.

Il nous semble que la question réelle qui se pose en matière d'application des principes généraux de droit en R.D.C. va au-delà de leur fondement juridique. Les partisans du maintien de l'ordonnance de 1886, parmi lesquels se recrutent majoritairement les magistrats, visent la possibilité, pour eux, d'évoquer, voire de créer de toutes pièces, des solutions principielles, là où ils estiment que la loi n'aurait pas légiféré, qu'il y aurait lacune, sous prétexte d'éviter le déni de justice. Cette hypothèse n'est pas possible en l'état actuel du droit congolais. Pour y arriver, c'est-à-dire si l'on veut redonner un peu plus de valeur et une portée juridique un peu plus large aux principes généraux de droit en R.D.C., il faut réviser l'article 118 de la loi organique sur les juridictions de l'ordre judiciaire.

Pour ce faire, il faut présenter des arguments solides de nature à briser la hiérarchie actuelle des sources du droit congolais qui place la coutume, globalement, en deuxième position derrière le droit écrit, ou de nature à affranchir l'application des principes généraux de droit des contestations régies uniquement par la coutume lorsque cette dernière n'existe pas ou est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'attachement gratuit du juge, judiciaire surtout, aux principes généraux de droit sans considération pour le principe de légalité bouscule la hiérarchie des normes et est à la base de plusieurs productions judiciaires à motivations problématiques. Pour mettre fin à ce désordre et garantir aux citoyens une sécurité juridique et judiciaire idoine par rapport à ces principes, l'intervention du législateur est d'une extrême nécessité.

# Le droit pénal entre douleur et enchantement dans le contexte contemporain

## Liber amicorum Doyen Raphaël Nyabirungu mwene Songa

'ouvrage rassemble des réflexions articulées autour de la pensée ainsi que de nombreux travaux scientifiques du juriste exceptionnel qu'est Raphaël Nyabirungu nwene Songa. Les contributions retenues s'inscrivent dans une démarche originale t critique du débat sur le droit pénal, le droit international pénal et l'épistémologie uridique, en prenant essentiellement appui aussi bien sur la jurisprudence que sur les ravaux de la doctrine.

es auteurs rendent ici hommage à la pensée du Doyen Raphaël Nyabirungu mwene onga qui a traversé des générations de juristes de son pays et d'ailleurs. La meilleure açon de pérenniser son héritage scientifique est, dans la pure tradition universitaire, le lui dédier ces réflexions constructives susceptibles de remettre en perspective ses nseignements, sa pensée et sa pratique du droit.

ous la direction de Jean-Paul SEGIHOBE BIGIRA et Ivon MINGASHANG, l'ouvrage rassemble es contributions de Macaire ABE PANGULU, Ezéchiel AMANI CIRIMWAMI, BALINGENE AHOMBO, Olivier BARAKA BAHOZE, Sam BOKOLOMBE BATULI Y., François BOKONA IIPA BONDJALI, Paul BONDO KATUMBA, D. Henry BOSLY, KAMBAYI BWATSHIA, Moïse IFENDE KACIKO, Jean-Louis ESAMBO KANGASHE, Patient IRAGUHA NDAMIYEHE, Vincent ANGULUMBA MBAMBI, Ghislain-David KASONGO LUKOJI, Alfred M. LUKHANDA, Sylvain UMU MBAYA, Darius MAKINDU KIZIBISHA, Espoir MASAMANKI IZIRI, Raymond de Bouillon ASANI N'KUSU-KALEBA, B. Jacques MBOKANI, Mussa MBUYA BRIBA, Ivon MINGASHANG, annick MITEO NGOMBO, MUTOY MUBIALA, Pacifique MUHINDO MAGADJU, Irénée MVAKA GUMBU, Jean-Paul MWANZA KAMBONGO, Oswald NDESHYO RURIHOSE, Paul-Gaspard GONDANKOY NKOY-EA-LOONGYA, Augustin NGUMBI AMURI, Raphaël NYABIRUNGU nwene SONGA, Laurent OKITONEMBO WETSHONGUNDA, Jean-Paul SEGIHOBE BIGIRA, Oscar SHAMBA BEMUNA, Angélique SITA MUILA AKELE, Jean-Jacques TSHIAMALA wa TSHIAMALA, ienvenu WANE BAMEME, Corneille WASENDA N'SONGO et Marcel WETSH'OKONDA KOSO.

LIBANYABIRUNGU
ISBN : 978-2-8027-7021-3

9 782802 770213

Made in EU

www.larcier.com • www.stradalex.eu

BRUYLANT