

LE SOUVERAIN PRIMAIRE FACE À LA COUR CONSTITUTIONNELLE

« Il n'y a pas meilleure
Cour constitutionnelle que le Peuple ».

La “*quaestio diabolica*” : “*Qui gardera le gardien ?*”

Jacques DJOLI
Eseng'Ekeli,
Professeur ordinaire
à l'Université de
Kinshasa.
jacdjo1@yahoo.fr

Les journées sociales du CEPAS nous offrent une opportunité particulière de participer à des échanges sur des questions de fond qui interpellent les Congolais. Notre seule inquiétude est que cette fête du savoir puisse se limiter à être un rite liturgique annuel, qui finit certes par une belle publication, sans générer des changements par des actions dans nos imaginaires, nos représentations et nos agirs.

Nous croyons que nous atteindrons cet objectif étant donné que les organisateurs de ces rencontres ont choisi comme thème central de discussions : « *le citoyen et la justice* », et placé comme personnalité ressource-phare pour jeter les bases de nos réflexions, *Son éminence le cardinal Monsengwo Pasinya*, archevêque de Kinshasa.

Par ailleurs, le pluralisme méthodologique sur fond d'une approche fondamentalement opératoire nous servira d'outil susceptible de nous faire sortir, comme le dit Jürgen Habermas, des « *affres de la déraison existante* » dans laquelle nous patageons. Il est, en effet, plus qu'impératif de s'inscrire dans une recherche épistémologique et heuristique ancrée dans « *une vision pratico-morale* »¹, apte à nous servir comme fil conducteur de refondation de notre tissu sociétal.

« *Le souverain primaire face à la Cour constitutionnelle* », tel est le sujet de notre communication. Mais, nous préférons renverser les « termes d'échange » du paradigme et dissenter sur « **la Cour constitutionnelle face au Souverain primaire** ». La Cour n'est, en effet, qu'un pouvoir constitué dont la nature, la mission ou encore le fonctionnement sont prédéterminés par le

1 J. HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1992, p. 11.

pouvoir constituant, le « propriétaire » du pouvoir : le souverain primaire à travers la constitution, expression de cette souveraineté.

Quel est le rapport entre la Cour et le souverain primaire ? Et comment ce dernier peut-il affirmer son « autorité » sur la Cour constitutionnelle dès lors que l'article 168 de la Constitution dispose que « *Les arrêts de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours et sont immédiatement exécutoires. Ils sont obligatoires et s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, civiles et militaires ainsi qu'aux particuliers. Tout acte déclaré non conforme à la Constitution est nul de plein droit* ».

In « limine litis », disons que c'est le peuple lui-même qui, au travers de la charte fondamentale, a placé la Cour au sommet de l'architecture de l'État pour en être la gardienne. La Cour est donc « *la pierre angulaire de l'État de droit libéral* » ou encore « *la clé de voûte de tout le système politico-juridique* ». Elle veille et garantit le respect des droits fondamentaux et les valeurs ou autres principes et règles du « vivre-ensemble ». La Cour constitutionnelle joue le rôle de « *Chien de garde de la démocratie* ».

Mais hélas, dans beaucoup d'États africains, les Cours constitutionnelles, se sont transformées en « *haute(s) juridiction(s) en dissidence* »². Car, les juges, au mépris des textes, se mettent « *au service du pouvoir en place* »³, jouant le rôle de gardien « au-dessus de la Constitution ». Alors se pose la « *quaestio diabolica* », que soulevait déjà le penseur romain Juvénal dans les *Satires* : « *Sed quis custodiet ipsos custodes* » ? Qui gardera le gardien ?

Nous allons aborder la question en deux points. D'abord présenter succinctement l'itinéraire suivi par la justice constitutionnelle pour se défaire du « normativisme mou » afin d'acquérir cette légitimité, celle d'un pouvoir constitué chargé de garder « *le trésor du Pouvoir constituant* », mais sous l'œil vigilant du citoyen-individu ou Nation (I). Ensuite examiner comment la justice constitutionnelle congolaise spécifiquement, tente de nouer cette dialectique liant le souverain primaire avec la Cour constitutionnelle (II).

1. Le juge constitutionnel, itinéraire du chien de garde de la démocratie

La volonté d'assurer la protection citoyenne de la constitution par le constituant originaire, c'est-à-dire de faire du peuple ou du citoyen, l'ultime gardien de son trésor, est une idée ancienne. Car, très souvent, l'inaction ou la négligence du citoyen abandonnant son devoir de vigilance ou dépossédé de ses droits de protection citoyenne de la Charte de ses droits conduisent aux tyrannies. Cette idée part de la Grèce antique à travers « la Graphé paranomon ».

2 J.M. NKASHAMA Nkoy, « La Cour constitutionnelle de la RDC : Une haute juridiction en dissidence », in *Le Phare*, quotidien n°5774, lundi 02/04/2018, p. 5.

3 F. HOUQUERBIE et W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles*, NCCC, 2012, n°34, pp. 143 et suivants.

a) Au commencement : la *Graphé paranomon* protectrice de la Démocratie athénienne

L'idée d'instituer un organe juridictionnel suprême afin de veiller à la constitutionnalité des actes législatifs ou réglementaires n'est pas une découverte moderne.

En effet, le droit de la Grèce antique a expérimenté avec beaucoup de bonheur le principe fondamental selon lequel les lois ou autres règlements (*psephisma*) voire les actes des gouvernants, ne devaient pas être en contradiction avec les « *nomoi* » ou lois fondamentales de la Cité.

Ainsi, la procédure de « la *Graphé para nomon* », était une action en justice *publique* qui pouvait être initiée par *tout citoyen* grec afin de protéger la cité et la démocratie contre les excès et les intrigues des démagogues.

La procédure aboutissait à l'annulation des textes inconstitutionnels et surtout à des condamnations des initiateurs de ces actes à des peines afflictives (mort, bannissement, atimie, prison, flagellation...), ou pécuniaires (confiscation des biens, amendes), ou encore infâmantes (interdiction d'entrer dans les temples, privation de sépulture, inscription sur une stèle, imprécations...).

Ce processus va se développer en Angleterre et en Europe continentale.

b) Le développement de la protection citoyenne de la Constitution en Angleterre et en Europe

En Angleterre au XVII^e siècle, un juge, Sir Edward Coke, va appliquer la notion de « *loi supérieure* » pour annuler une loi d'origine parlementaire qu'il jugea déraisonnable et contraire au *Common law*.

De même, dans l'ancien Empire Germanique, des éléments de justice constitutionnelle sont relevés dès 1180.

En 1867, la Cour fédérale autrichienne se voit reconnaître les compétences pour résoudre les litiges relatifs à la protection des droits politiques des citoyens contre l'État et ses lois. En 1920, pour la première fois en Europe, grâce aux théoriciens du droit autrichien Hans Kelsen et son disciple Adolf Merkel, une Cour constitutionnelle avec compétence de statuer sur la constitutionnalité des lois est instituée en Autriche.

Le contentieux constitutionnel dans le modèle européen va se distinguer du contentieux ordinaire et dépendra du ressort exclusif d'un *tribunal spécifiquement constitué à cet effet*, et qui peut statuer sans qu'il y ait à proprement parler de litige sur la saisine d'une autorité politique ou juridictionnelle, et plus tard **des particuliers**. En effet, ce contrôle juridictionnel était organisé en vue d'offrir aux citoyens l'opportunité de faire valoir leurs droits constitutionnellement garantis, par un juge, à travers la saisine directe. Procédure qui était pratiquée outre – atlantique.

c) La veine pragmatique américaine

La philosophie des pères fondateurs des États-Unis a cristallisé l'idée moderne de protection de la constitution et des droits qu'elle garantit, par le pouvoir juridictionnel impulsé par le citoyen. Déjà, la déclaration d'indépendance américaine de 1776 affirmait que « *quand le gouvernement viole le droit du peuple, l'insurrection est pour le peuple et chaque portion du peuple, la plus sacrée et la plus indispensable des obligations* ».

Et, s'inspirant des idées anglaises, les États-Unis vont, le 27 février 1803, à la suite de l'affaire « *Marbury contre Madison* », consacrer le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois suite à une saisine citoyenne. Par ce mécanisme diffus et décentralisé, tout juge peut être saisi par **un particulier afin d'écarter une loi contraire à la constitution**.

Aujourd'hui, au-delà de l'Europe et des États-Unis, on observe un mouvement général de tous les régimes démocratiques de faire de la justice constitutionnelle l'outil par excellence de protection de l'ordre démocratique, pouvant être saisi aussi bien par les autres pouvoirs institués que directement par le citoyen.

Et lorsque elle est saisie, dans ce qu'il convient d'appeler la *démocratie constitutionnelle* ou *juridictionnelle* ou *judiciarisée*, la justice constitutionnelle, en tant que pouvoir constitué, dérivé, subordonné, doit rester en osmose dans sa production avec la vision et les aspirations du propriétaire du pouvoir, le souverain primaire. En somme, « *la justice constitutionnelle devra s'efforcer à garder sa légitimité démocratique, politique et finalement juridique par rapport à ce dont les citoyens attendent recevoir d'elle* »⁴.

d) De la dialectique « Justice constitutionnelle-Souverain primaire »

Une partie résiduelle de la doctrine mais aussi des acteurs politiques continue à relever « un dilemme fondamental relatif à la légitimité de ces cours lorsqu'elles sont appelées à invalider les lois élaborées de manière démocratique ». En effet, disent-ils, comment peut-on expliquer ce pouvoir de remise en cause de la « souveraineté des élus » par des non élus, qui vont décider arbitrairement à la place des représentants du peuple ? Surgit alors le mythe « du gouvernement des juges » !

Mais s'il faut se méfier davantage de « *gouvernements des juges* », les « *gouvernements sans juges* » sont à la base d'énormes dégâts et traumatismes dans l'histoire contemporaine. Dans cette perspective, le peuple constituant a confié à la justice constitutionnelle la mission de contrôle et de sanction juridictionnelle des gouvernants. Ces derniers « ne sont pas des personnes spéciales qui échappent au droit. Ce sont des hommes ordinaires comme les autres citoyens »⁵.

4 L. BANYAKU, *Quelques questionnements sur la procédure devant la cour constitutionnelle : esquisse judiciaire ou délicatesse politique face aux besoins de justice des citoyens ; la vision d'un politologue*, Kinshasa, CEDI, 2017, p. 203.

5 M. DUVERGER, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1990, p. 28.

Aujourd'hui l'apparition et l'affirmation d'un juge de la constitutionnalité des lois ont induit une véritable mutation de la démocratie. Le système antérieur à cette évolution, qualifié de « démocratie électorale » a cédé la place à une configuration nouvelle, qu'on nomme « démocratie constitutionnelle »⁶ faisant du juge constitutionnel le cœur des systèmes politiques et juridiques contemporains.

Ces cours jouent plusieurs rôles : « d'aiguilleur, de censeur, de pédagogue et de co-législateur, et de nos jours de co-constituant, de juge administratif, d'administrateur, de médiateur »⁷.

Il faut cependant souligner que, nonobstant ces énormes compétences, la Cour restera un pouvoir constitué, dérivé, donc limité. Et que le peuple souverain, le pouvoir constituant originaire, reste en droit et en fait le seul pouvoir constituant⁸. Ainsi dans son travail, elle devra intégrer que « les fondements mêmes de la Constitution ne pourront jamais être juridiquement modifiés, son pouvoir de réviser, de juger... n'est pas un pouvoir libre. Son pouvoir de réforme est conditionné par une normativité préexistante et que le peuple propriétaire se dresse, avec sa Constitution, face à elle, comme « *une barricade* »⁹.

Ainsi donc, quel que soit le cas de figure, toutes « les constitutions érigent le peuple en organe souverain, même qu'elles traitent ce peuple en souverain »¹⁰.

La justice constitutionnelle œuvre donc à contenir le pouvoir politique dans les standards axiologiques de la démocratie. Le nouveau droit constitutionnel est substantiel, de nature téléologique, recentré sur la protection des droits et libertés fondamentaux, soclé sur la notion d'État de droit démocratique. Dès lors, le juge constitutionnel doit remplir un « rôle démocratique » indéniable. Ainsi, la Cour n'est qu'un « gardien constitué chargé de garder le trésor du pouvoir constituant, propriétaire du bien propre, le trésor constitutionnel »¹¹.

Le juge a donc pour fonction première de soumettre l'ensemble des forces politiques et de se soumettre lui-même au respect de la volonté de souverain primaire circonscrite dans la constitution. Le juge s'engage essentiellement à protéger l'identité de la constitution comme fondement structurant de la société. L'action de la Cour doit être le meilleur outil de consolidation du « lien tenu entre droit et citoyen »¹².

6 D. ROUSSEAU, cité par J.M. DENQUIN, « Que veut-on dire par "Démocratie" ? », in *Jus politicum*, n°1, 2009, p. 69.

7 S. ANDZOKA, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », in *RFDC*, N°110, juin 2017, p. 316.

8 O. BÉAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 314.

9 *Idem*, eodem.

10 Carré DE MALBERG, « Les considérations théoriques sur la combinaison du référendum avec le parlementarisme », in *RDP*, 1931, p. 228.

11 O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France », in *Jus politicum*, n°1-2009, pp. 93-116.

12 M. DENQUIN, *op. cit.*, p. 92.

La fonction essentielle, affirmait avec force Aïcha Abdullachi, représentante de la présidente de la Commission de l'Union africaine, lors de la 2^e conférence des juridictions africaines de mai 2013¹³, de toute cour constitutionnelle consiste dans « *la conservation de l'État de droit et au renforcement de la démocratie* ».

Il ressort que « le juge constitutionnel ne peut dire ou faire n'importe quoi ». Tout son pouvoir tient dans les compétences que lui ont confiées et reconnues la constitution ; il ne peut s'affranchir de ces limites, ni dans le fond ni dans la forme. Sous peine de se faire « reprendre » par le peuple souverain.

Comment le juge constitutionnel congolais assume-t-il spécifiquement cette « mission-soumission » ?

II. Cour constitutionnelle congolaise : Gardien de la Constitution ou un édifice décoratif au service du Pouvoir ?

Les textes constitutionnels qui ont jalonné notre histoire constitutionnelle ont toujours consacré l'existence d'une Cour constitutionnelle. Mais cette Cour a connu des fortunes diverses.

Établir le bilan de la justice constitutionnelle en RD Congo, c'est observer le parcours d'une Cour jamais installée ; en somme, un édifice fictif (a) et qui malgré les espoirs soulevés lors de son installation, en 2015, apparaît dans son fonctionnement comme un édifice décoratif au service du pouvoir (b).

a) Les précédents : un édifice fictif

L'idée d'une cour constitutionnelle n'est pas nouvelle en RD Congo. La Cour constitutionnelle a d'abord été prévue par la loi fondamentale du 19 mai 1960 en son titre VI¹⁴. En ce sens, notre pays est une pionnière en Afrique. En effet, « *au moment où la Belgique introduit une Cour constitutionnelle au Congo, non seulement qu'il n'en existe pas encore en Belgique, mais aussi, parmi les États indépendants d'Afrique de cette époque, aucun n'a inscrit dans la Constitution, parmi ses institutions, la Cour constitutionnelle* »¹⁵. Cette Cour était à la fois juge administratif et juge constitutionnel. La constitution du 1^{er} août 1964¹⁶ reprit cette idée en prévoyant une cour constitutionnelle, exclusivement juge constitutionnel, dont les attributions étaient provisoirement exercées par la Cour d'appel

13 Aïcha ABDULLACHI, « 2^e conférence des juridictions constitutionnelles africaines : la création d'une cour constitutionnelle internationale en examen », www.fraternitebj.info/international, consulté le 10 juin 2018.

14 Art. 226-236 de la Loi fondamentale relative aux structures du Congo du 19 mai 1960, MC, 1^{re} année, 1960.

15 E. BOSHAB, « Les dispositions constitutionnelles transitoires relatives à la Cour constitutionnelle de la République démocratique du Congo », in *Fédéralisme et régionalisme*, vol. 7, n° 1, Liège, 2007.

16 Art. 165-169 de la Constitution de la République démocratique du Congo du 1^{er} août 1964, MC, 5^e année, numéro spécial du 1^{er} août 1964.

de Léopoldville. La constitution du 24 juin 1967¹⁷ maintint l'institution d'une Cour constitutionnelle. Cependant, ces institutions de papier ne virent jamais le jour.

De ce fait, à la suite de la loi constitutionnelle n°74/020 du 15 août 1974¹⁸, la Cour constitutionnelle fut supprimée du texte constitutionnel et ses attributions dévolues à la Cour suprême de justice¹⁹.

La première expérience d'institution est celle d'une cour « mort-née », c'est-à-dire un « édifice fictif », sans matérialité ; n'ayant donc aucune autre existence que le texte qui l'a créée. Cette situation s'expliquait alors par l'absence de textes d'organisation, par la déliquescence d'un contexte politique marqué par l'instabilité constitutionnelle de la jeune république au sortir de son indépendance.

Et pourtant, la cour suprême de justice, qui hérita des attributions du juge constitutionnel, transitoirement puis définitivement, s'enkysta dans cette torpeur. Toute la II^e république fut une période d'hibernation de la justice constitutionnelle.

Ainsi « pendant presque cinq décennies, il était pratiquement exclu et impossible de parler de la justice constitutionnelle en République démocratique du Congo. Ce n'est pas que l'Institution n'existât point. Bien au contraire, comme un peu partout en Afrique, parmi les façades (ou paravents) de démocratie constitutionnelle figurait en bonne place le juge constitutionnel, mais un juge virtuel ou illusoire, souvent sur papier ; en tout cas ineffectif, sans production jurisprudentielle conséquente »²⁰.

Lorsqu'elle paraîtra, cette jurisprudence sera rachitique, orientée et rabougrie ou naine. Sous la II^e république, la Cour suprême de justice n'exerça pratiquement jamais la justice constitutionnelle, sauf pour se déclarer incompétente à protéger les droits fondamentaux²¹, sinon pour dégarnir la Constitution de toute garantie face à des théories périmées²².

Au début des années 1990, en faveur des processus de transition démocratique, la Cour suprême de justice a failli relever la tête²³, avant de vite rentrer dans les rangs. La cour suprême de justice avait porté, avec

17 Art. 70-73 de la Constitution de la République démocratique du Congo du 24 juin 1967, MC, 8^e année, n° 14 du 17 juillet 1967.

18 Art. 68-72 de la loi n° 74-020 du 15 février 1974 portant révision de la Constitution, JOZ, 16^e année, du 1^{er} janvier 1975.

19 On expliqua alors qu'il manquait dans la république des cadres capables de tenir ce rôle de gardien de la Constitution. Mais il faut plutôt souligner l'absence de volonté politique de la part des autorités qui hésitaient à installer un juge qui avait pour mission de contrôler et de sanctionner leurs actes. Voir A. Kamukuny, *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Thèse de doctorat en droit, Université de Kinshasa, 2007, pp. 303 et suivants.

20 NTUMBA LUABA LUMU, in M.M. MABANGA, *Le contentieux constitutionnel Congolais*, EUA, Kinshasa, 1999, p. 5.

21 Voir les arrêts CSJ, RA 5 et 33 du 4 juin 1973, *Congo-Motor Limited* et RP 32/CR du 22 mars 1995, *Bavala et consorts c/ Ministère public*.

22 CSJ, RA 320 du 21 août 1996, *USORAL*.

23 L'arrêt CSJ, RA 266 du 8 janvier 1993, *Témoins de Jéhovah*.

des arrêts tels USORAL²⁴ et Bavela, « *un coup dur au courage et la capacité des magistrats de cette juridiction de tenir haut la main le flambeau de l'indépendance de la magistrature qu'ils ont pourtant allumé une année auparavant* »²⁵. Il faudra attendre la Constitution de la III^e république pour observer une certaine activité encore tatillonne de la Cour suprême de justice comme juge constitutionnel. (Arrêt témoins de Jéhovah arr. 266 du 8 janvier 1993, affaire USORAL et alliés CSJ 21 août 1996, RA 320 USORAL).

Qu'est-ce qui explique cette attitude ? Le diagnostic de la doctrine est unanime : la Cour suprême de justice de la RD Congo ne pouvait pleinement exercer ses compétences de juge constitutionnel dans un contexte politique non démocratique. « Le véritable problème de la Cour suprême de justice congolaise, écrit Ngondankoy, c'est d'être née sous un régime autocratique et d'avoir continuellement été "contrôlée" par des forces politiques qui ont miné son indépendance et son impartialité »²⁶.

En effet, dans un régime politique a-démocratique, il est « inconcevable de s'attendre à une justice constitutionnelle effective, efficace et indépendante »²⁷.

La situation a-t-elle changé depuis lors ?

b) La Cour constitutionnelle instituée par la Constitution du 18 février 2006 ; un édifice décoratif au service du Pouvoir

L'analyste Jean Marie Nkashama Nkoy écrit qu'« *après plus d'un demi siècle d'inaction et d'obstruction pour sa mise en place, la Cour constitutionnelle de la RD Congo se morfond et patauge dans l'impuissance et l'inoperationalité de ses arrêts* »²⁸.

Et pourtant la Cour constitutionnelle de la RD Congo dispose d'un cadre normatif adéquat (1). Mais celui-ci est décoratif et la production jurisprudentielle de la Cour, malgré une production quantitative protéiforme, pêche par son inclinaison politicienne (2).

1. Le Cadre normatif : une Cour au service du souverain primaire

L'installation de la Cour aurait dû constituer un tournant décisif et crucial dans l'histoire constitutionnelle congolaise. Car, d'une part, c'est pour la toute première fois qu'une Cour constitutionnelle instituée

24 Union sacrée de l'opposition radicale et alliés.

25 D. KALUBA, *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit public congolais. Lecture critique de certaines décisions de la Cour suprême de justice d'avant la Constitution du 18 février 2006*, Kinshasa, EUA, 2007, p. 91.

26 P.G. NGONDANKOY NKoy-EA-LOONGYA, *Le contrôle de constitutionnalité en République du Congo. Étude critique d'un système de justice constitutionnel dans un État à forte tradition autocratique*, Thèse de doctorat en sciences juridiques, UCL, 2008, p. 87.

27 M. MABANGA, *op. cit.*, p. 81.

28 J.M. NKASHAM Nkoy, *La Cour constitutionnelle de la RD Congo, une haute juridiction en dissidence*, in *Le Phare*, quotidien n°5774, du 02/04/2018, p. 5.

constitutionnellement soit effectivement installée et, d'autre part, cette Cour est venue s'insérer dans un environnement sociopolitique caractérisé par la renaissance démocratique.

Prévue par les articles 157 à 169 de la Constitution, le texte organique de la Cour verra le jour sept ans après, par la Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013. La Cour sera installée deux ans après, le 4 avril 2015 et ses membres prêteront serment et seront présentés à la Nation.

L'armature textuelle de notre droit fait de cette Cour une institution au service du souverain primaire ; car elle est totalement intégrée au sein du pouvoir judiciaire, conformément à l'article 149 de la Constitution qui dispose : « *la justice est rendue sur l'ensemble du territoire au nom du peuple* ».

Toute notre architecture politico-judiciaire est dominée par cette axiologie démocratique. En effet, la Cour constitutionnelle congolaise évolue avec des dispositions qui consacrent cette vision et cet impératif citoyen de protection de la Constitution.

La dialectique « Cour-souverain primaire » transparaît à travers l'écriture du texte constitutionnel du 18 février 2006. Nous pouvons citer :

- L'article 5 de la Constitution affirme que « la souveraineté nationale appartient au peuple ».
- L'article 27 reconnaît à tout Congolais le droit d'adresser individuellement ou collectivement une pétition à l'autorité publique qui y répond dans les trois mois ;
- L'article 28 interdit à tout citoyen d'exécuter un ordre manifestement illégal ; tout individu est délié de devoir d'obéissance lorsque l'ordre reçu constitue une altérité au respect des droits de l'homme et des libertés publiques.
- L'article 45 fait obligation aux pouvoirs publics de promouvoir et d'assurer l'enseignement de la constitution.
- L'article 64, clef de voûte de la protection citoyenne de la constitution, fait devoir à tout Congolais de faire échec à tout individu ou tout groupe d'individus qui prend le pouvoir par la force ou l'exerce en violation des dispositions de la présente constitution.

Il faut particulièrement relever le prescrit de l'article 160 qui organise le contrôle de constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi, disposition qui se lit en parallèle avec l'article 162 qui institue une « *actio popularis* », en offrant l'opportunité à toute personne le droit de saisir directement la Cour constitutionnelle pour « *inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire* ».

Cependant, malgré ces ouvertures textuelles, la jurisprudence de ce manque d'hardiesse nous met en face d'une jurisprudence d'esquive judiciaire et enrobant sa production d'un juridisme sclérosé anti-démocratique, de « *délicatesse politique* », dira Banyaku²⁹.

29 L. BANYAKU, il suffit de lire le titre de son ouvrage : *Quelques questionnements sur la procédure*

2. Analyse jurisprudentielle succincte :

Un édifice décoratif au service du pouvoir

L'analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle congolaise amène toute la doctrine de manière presque unanime à dire que cette Institution « *n'a pas pu globalement se départir de l'héritage négatif, de la cour suprême de la gouvernance autocratique qui n'offre que très peu de place à l'épanouissement d'une justice indépendance d'un État démocratique* »³⁰.

En somme, la jurisprudence de cette Cour dans les matières qui sont de sa compétence, laisse dégager quatre orientations négatives qui mettent aujourd'hui la Cour dans une situation de « dissidence institutionnelle ».

a) L'obsession formaliste comme tactique d'esquive

Dans sa tactique permanente d'esquive, la Cour enrobe sa démarche dans une forme de juridisme minimaliste en se cachant derrière les détails procéduraux, pour refuser d'examiner la substance et la pertinence des requêtes. Le juge congolais, comme le remarquait Ismail a Madior Fall, juge sénégalais, « *a construit à travers plusieurs décisions une véritable doctrine d'incompétence* »³¹. Il s'ensuit une véritable « *forfaiture politique face aux besoins pressants de justice des citoyens congolais* »³².

Nous pouvons illustrer cette inclinaison avec l'arrêt R. const 168 en réponse à l'inconstitutionnalité de l'ordonnance N°15/081 du 29 octobre 2015 portant nomination des commissaires spéciaux et des commissaires spéciaux adjoints chargés d'administrer les nouvelles provinces en dehors de toute disposition constitutionnelle.

Cet arrêt a pris prétexte du vide créé par l'absence de l'autorité politico-administrative dans les nouvelles provinces mises en place en toute précipitation.

Pour la partie demanderesse, cette ordonnance transformait la forme de l'État congolais, du régional constitutionnalisé en État unitaire centralisé en violation des articles 195, 198, 202 et 204 de la constitution.

La Cour va affirmer que la requête était « *irrecevable aux termes de l'article 27 de règlement intérieur de la Cour qui exige du requérant de mentionner dans la requête, son nom, sa qualité, et son adresse sous peine d'irrecevabilité* ».

Cette expérience hasardeuse ne fit pas long feu. « *Le chaos provoqué par les nominés à la tête a obligé le pouvoir à organiser aussi précipitamment les élections de gouverneurs* »³³.

devant la Cour constitutionnelle : esquive judiciaire ou délicatesse politique face aux besoins de justice des citoyens ; la vision d'un politologue.

30 J.M. NKASHMA Nkoy, *La Cour constitutionnelle de la RDC : une haute cour en dissidence*, op. cit., p. 5.

31 Cité par S. ANDZOKA, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », in RFDC, 2017, 110, p. 291.

32 BANYAKU LUAPE EPOTU, *Quelques questionnements sur la procédure devant la cour*, op. cit., p. 204.

33 J.M. NKASHAMA Nkoy, *La Cour constitutionnelle de la RDC : une haute juridiction en dissidence*, op. cit., p. 5.

b) La prévalence politique

Lorsqu'il n'esquive pas, le juge de la Cour est dans une posture de « vénération du pouvoir » et opère un « **contrôle préventif ou une censure à usage présidentiel** »³⁴. En effet, obligé de se livrer à un « traitement tronqué de requêtes manifestement sur commande et les injonctions intempestives venues de l'Exécutif »³⁵, nous sommes dans ce que le professeur Ngond'ankoy qualifie d'« *arrêts sur commande* »³⁶ laissant manifestement voir que le juge constitutionnel est animé par des préoccupations politiques au détriment des exigences du droit.

À titre d'illustration, nous pouvons relever l'arrêt Const. 262 du 11 mai 2017 relatif au mandat du Président de la République. En effet, saisie par requête en interprétation des articles 70 alinéa 1^{er}, 75 et 76 en combinaison avec l'article 103, 104 et 197 de la Constitution du 18 février 2006, après avoir argué que « *cette disposition étant claire, et qu'elle ne nécessitait pas d'être interprétée : in claris interpretatio cessat* », la Cour va, dans le même arrêt, consacrer l'élasticité du mandat présidentiel en vertu du « principe de la Continuité de l'État ».

c) Des arrêts de complaisance sur fond de pauvreté argumentaire

La production de la Cour est non simplement dominée par la prévalence politique, mais dénote d'une complaisance sur fond de pauvreté argumentaire.

L'Arrêt R.Const.002/2016/TSR en constitue un exemple. En effet, alors que l'article 99 de la Constitution impose qu'avant leur entrée en fonction et à l'expiration de celle-ci, le président de la République et les membres du gouvernement déposent devant la Cour constitutionnelle, la déclaration écrite énumérant leur patrimoine... Faute de cette déclaration, endéans les trente jours, la personne concernée est réputée démissionnaire.

Après avoir constaté que les intéressés n'ont pas obéi à cet impératif constitutionnel, en arguant « *soit l'indisponibilité en raison de repos médical ou en soins de santé à l'étranger, soit pour absence dans la ville et que ses services auraient omis de déposer sa déclaration écrite, soit encore en raison de visite familiale à l'étranger...* ». La Cour va alors affirmer « *que les justifications fournies par les intéressés, pour le dépôt tardif des déclarations écrites de leur patrimoine familial, étaient pertinentes et fondées. Par conséquent, elle va relever les intéressés de la déchéance encourue pour le dépôt tardif de leurs actes* ».

34 G. CONAC, « Le juge constitutionnel en Afrique : censeur ou pédagogique » in G. CONAC, *Les Cours suprêmes en Afrique*, T.2, Paris, Economica, 1989, p. 8.

35 J.M. NKASHAMA Nkoy, « La démission de deux juges et le décès d'un juge : un casse-tête pour une nouvelle composition » in *Le Phare*, quotidien N°5785, Mardi le 17/04/2018, p. 4.

36 P.G. NGOND'ANKOY NKOY EA LOONGYA, *Le contrôle juridictionnel de l'Administration et l'État de droit en République Démocratique du Congo*, Thèse de doctorat, Université catholique de Louvain, 2013.

Et le juge Banyaku nous dit à ce sujet, que ces « *arrêts de la Cour constitutionnelle ont été rendus de manière artistique et de parfaite élégance pour éviter de prendre la totale responsabilité* »³⁷.

d. La Cour violant intentionnellement la Constitution et méprisant sa propre normativité

La Cour choisit volontairement l'ignorance ou la méprise volontaire de la règle constitutionnelle de solution mais se transformant en commando exécutant les ordres ou les désirs des plus puissants³⁸.

Dans son arrêt R.Const.338 du 17 octobre 2016 rendu sur saisine de la CENI, la Cour constitutionnelle a produit une « *monstruosité jurisprudentielle* ». En effet, en violation flagrante non seulement de la constitution, mais également de la Loi organique fixant son organisation et son fonctionnement, qui ne reconnaissent pas à la CENI la qualité de saisir la Cour pour inconstitutionnalité ou même en matière d'interprétation des dispositions constitutionnelles, la Cour a déclaré la requête non seulement recevable mais surtout a commis un véritable « forfait » en siégeant avec cinq membres qui signeront cet arrêt en violation flagrante de l'article 90 de la loi organique N°13/026 du 14 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour qui dispose que « *la Cour ne peut siéger et délibérer qu'en présence de tous les membres, sauf empêchement temporaire de deux d'entre eux au plus dûment constaté par les autres membres* ». Disposition reprise par l'article 30 du règlement intérieur de la Cour. Pour la Cour, l'absence de quorum suite au refus de siéger de quatre juges constitutionnels, dont trois Professeurs d'universités et un avocat, ne pouvait empêcher les cinq autres de siéger et de rendre leur arrêt car « l'importance de la cause pour la vie de la nation et faisant application du principe *salus populi suprema lex est* qui traduit la nécessité. Aussi, a-t-elle siégé à cinq membres afin d'éviter de consacrer un déni de justice par des remises récurrentes et sans issue de ses audiences, dès lors qu'il s'agit de prévenir un blocage des institutions de la République et d'assurer la protection des droits fondamentaux des citoyens consacrés par l'article 5 de la Constitution »³⁹.

Cette décision de la Cour sera qualifiée de « fatale (car) elle causa d'énormes effets collatéraux au niveau de l'opinion nationale et internationale ; surtout en rapport avec l'intégrité des juges et sur la marge de leur indépendance vis-à-vis d'autres institutions, particulièrement de certains collaborateurs de la haute sphère politique qui n'hésitent pas à procéder à des pressions et trafics monstrueux d'influence lors de l'examen des requêtes politiquement sensibles »⁴⁰.

37 L. BANYAKU, *Quelques questionnements...*, op. cit., p. 204.

38 P.G. NGONDA N'KOY EA LONGA, *Les tactiques jurisprudentielles du juge constitutionnel congolais : politique quand tu nous tiens !*, Communication au colloque international de Cotonou, 10 août 2012, inédit.

39 MAVUNGU MVUBI DINGOMA, *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo, aperçu sur la compétence de la Cour et la procédure devant cette haute juridiction*, Kinshasa, EUA, 2017, p. 47.

40 J.M. NKASHAMA Nkoy, *La démission de deux juges de la Cour constitutionnelle et le décès d'un juge*, op. cit., loc. cit.

Mais la Cour ne va pas arrêter sa dégringolade, elle va déstructurer son organicité, se mettre en rupture avec l'esprit et la lettre de la Constitution.

e. Une Cour constitutionnelle : une haute juridiction en dissidence institutionnelle

La Cour constitutionnelle va se « mettre en dissidence », en rupture avec son organicité, lors du renouvellement triennal impératif de ses membres prévu par les articles 158 et 159 de la Constitution. Il faut souligner que l'indépendance de cette haute juridiction est le fondement de son identité et de son efficacité ; cette indépendance est assurée en grande partie par le respect des procédures, des critères, de la manière de désignation des hommes appelés à l'animer et à la faire vivre.

Et, il ressort de la lecture de l'article 158 alinéa 1 et 3 de la constitution que la Cour constitutionnelle comprend neuf membres qui ont un mandat de neuf ans non renouvelable. Mais la Cour Constitutionnelle se renouvelle par tiers tous les trois ans par tirage au sort. Les articles 6 et 116 de la loi organique N°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour précisent que les modalités pratiques de ce tirage au sort sont impératives.

Ainsi donc, installée depuis 2015, la Cour va, dans un communiqué de service du 5 avril 2018, annoncer la convocation de la séance publique consacrée au tirage au sort de trois de ses membres appelés à être remplacés le 9 avril 2018. Curieusement, au cours d'une séance « à huis clos, » au lieu de procéder au tirage, la Cour va « constater une dure réalité : de la disparition, la veille, c'est-à-dire le dimanche 08 avril 2018, du juge Kalonda Kele et le dépôt séance tenante des démissions volontaires de deux autres juges, peu avant l'opération du tirage au sort »⁴¹. Ainsi, pour la Cour, « les trois situations (décès inopiné et les démissions pour convenance personnelle) concernant comme par hasard, trois juges, chacun relevant d'un groupe différent selon qu'il était désigné par le conseil supérieur de la magistrature, le parlement et le Président de la république, (...) il va sans dire que le remplacement voulu par la constitution et la loi organique était, par ce fait, simplifié, dès lors, il n'était plus besoin de tirer au sort les noms des juges à remplacer »⁴².

Et un délégué de la Cour de renchérir « n'étant pas une fin en soi, le tirage au sort n'est qu'un mode de désignation des juges appelés à être remplacés en vue d'atteindre l'objectif ultime qui est le renouvellement par désignation de trois nouveaux membres de la Cour »⁴³.

41 Kahozi MUMWANGA, *Mise au point de la Cour constitutionnelle sur le renouvellement de trois membres*, signée le secrétaire de plénière, in *Le Potentiel*, quotidien N°7289 du vendredi 13 avril 2018, Kinshasa, p. 16.

42 *Idem*.

43 Kahozi MUMWANGA, *op. cit.*, p. 16.

La forfaiture va continuer, au niveau des deux chambres qui vont être convoquées en Congrès et ne vont pas suivre les prescrits des articles 48 et 49 qui exigent que « l'élection des 3 membres de la Cour se déroule conformément à la procédure de l'élection des membres du Bureau définitif de l'Assemblée nationale ou du Sénat... ».

En ce qui concerne le membre issu de la magistrature, sa désignation s'est faite également dans une totale irrégularité. En effet, les articles 2 et 8 de la loi organique n°08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature, stipulent que cette mission relève de la compétence de l'Assemblée générale du conseil, qui n'a jamais été convoquée, encore moins réunie pour statuer sur ce cas.

Dès lors, l'ordonnance n°18/038 du 14 mai 2018 portant nomination des membres de la Cour constitutionnelle va charrier toutes ces inconstitutionnalités et illégalités. Ce qui est plus grave, la Cour évoque faussement dans ses motivations « un procès verbal du tirage au sort du 9 avril 2018 ».

Il faut rappeler que le tirage au sort retenu comme mode de désignation des juges de la Cour constitutionnelle n'est pas seulement un impératif constitutionnel, il constitue chez nous comme ailleurs, notamment en France, une garantie de l'indépendance dans le renouvellement de la Cour, partant gage et fondement de sa crédibilité et de la confiance dont elle doit bénéficier du souverain primaire.

En somme, le juge constitutionnel congolais est marqué par « le syndrome d'accaparement du pouvoir en Afrique des décennies de dictature », et ne parvient pas à s'extraire de l'étreinte des hommes politiques qui comme le dit le doyen F. Wodie, sont des « *barbares, qui, pour avoir le fruit, n'hésitent pas à abattre l'arbre producteur* »⁴⁴.

Conclusion : pour une Cour au service du souverain primaire, gardienne des promesses démocratiques

Une Cour constitutionnelle doit être l'émanation de la volonté du peuple, en ce qu'elle est instituée par la Constitution.

Son rôle est d'assurer la protection et l'éclosion des valeurs et principes consacrés par la Constitution avec pour objectif ultime l'épanouissement du peuple.

Trois ans, c'est peut être trop peu pour juger notre Cour, mais nous croyons qu'au delà des efforts de production quantitative, la Cour constitutionnelle congolaise reste au service des intérêts monocratiques en

⁴⁴ F. WODIE, « L'hommage de la communauté universitaire », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèle*, p. 49.

consolidant la confiscation et la monopolisation par un Homme assisté par une clientèle à son service.

Or, la Cour doit être la gardienne des promesses d'un État qui se définit depuis son indépendance comme une République et une démocratie. Le pouvoir appartient d'abord et surtout au peuple. Et c'est au peuple, pouvoir constituant – organisé ou inorganisé – d'assurer la « *défense de l'ordre constitutionnel démocratique* ». On parle alors de la *démocratie militante* » ou encore « *combative* »⁴⁵ ;

Le juge n'est, en effet, qu'un des gardiens de la Constitution. Il se partage ce rôle notamment avec le Président de la République. Rappelons la controverse ayant opposé, en 1931 sous Weimar, Carl Schmitt et Hans Kelsen, à propos de la question de savoir qui, du juge constitutionnel ou du Président du Reich, était le « *gardien de la Constitution* »⁴⁶. Il faut aller de cette binarité et intérioriser que « le respect de la Constitution peut (doit) être assuré non seulement par les organes du pouvoir juridictionnel, mais aussi par toute autre composante du système constitutionnel. (...) Dès lors, tous les organes sont tenus de veiller au respect de la Constitution »⁴⁷.

Lorsque la Constitution fait de la Cour constitutionnelle son bouclier, celle-ci doit savoir que son action « ne peut se développer et produire un véritable impact que si sa jurisprudence inscrit en toile de fond, le peuple, de qui elle tire sa légitimité »⁴⁸.

Afin de contrer les dérives éventuelles du juge constitutionnel, « gardien juridictionnel » de H. Kelsen ou par les glissements du gardien politique, le Président de la République, la protection de la constitution est confiée à l'« *ultimum remedium* » : le souverain primaire. Ainsi, la justice constitutionnelle ne devrait pas se placer dans une posture de « formalisme élevé », dépourvu de toute tonalité « jus naturaliste », se figeant dans une sorte de renoncement ou d'esquive. Car, le souverain primaire doit être et est le rempart afin de bloquer les visées anti-démocratiques des majorités opportunistes.

La Cour devrait asseoir son action, au-delà de la « légalité pseudo-suicidaire », et se placer sur « la légitimité supra-légale susceptible de fournir un point d'appui, pour se poser en ami de la démocratie et non en ennemi de la Constitution »⁴⁹.

45 Lire A. SIMARD, « L'échec de la Constitution de Weimar et les origines de la Démocratie militante » en R.F.A., in *Jus politicum*, N°1, 2009, pp. 165-184.

46 Lire C. HERRERA (dir.), *Le Droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995, pp. 229-241.

47 S. ANDZOKA, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », in *RFDC*, N°110, juin 2017, pp. 278-316.

48 BANYAKU LUAPA Epotu, *Quelques questionnements sur la procédure devant la cour constitutionnelle : esquive judiciaire ou délicatesse politique face aux besoins de justice des citoyens ; la vision d'une politologie*, Kinshasa, CEDJ, 2017, p. 203.

49 Carl SCHMITT, postface à « *légalité und légitimité* » cité par A. SIMARD, *op. cit.*, p. 171.

Il faut donc dire que, « les juridictions constitutionnelles n'ont pas le dernier mot, car elles ne sont que les gardiennes de la loi fondamentale que s'est donnée un peuple. Et celui-ci, à la condition de paraître en Majesté comme constituant, peut, dans une sorte de lit de justice briser leurs arrêts »⁵⁰.

En somme, « la censure populaire apparaît comme une donnée constante des régimes constitutionnels »⁵¹, et nous en trouvons une formulation normative éclairante à l'article 377 de la Constitution française du 3 septembre 1795 qui « confiait la garde de la Constitution à la vigilance des pères des familles, aux épouses, aux mères, à l'affection des jeunes citoyens et au courage de tous ».

Les citoyens doivent « s'approprier » la Constitution, et ils doivent la « protéger » comme leur trésor le plus précieux contre les abus du pouvoir législatif, du pouvoir exécutif mais, hélas ... aussi contre les abus ou les esquives du juge constitutionnel.

Car tous ces pouvoirs ne sont pas des « propriétaires de la souveraineté nationale » mais des simples « dépositaires précaires, partiels ou temporaires ».

Le juge de la Cour doit savoir, comme le dit Banyaku, que « la force d'une Cour découle des résultats à tirer de sa capacité de résolution des contentieux auxquels la population espère obtenir des solutions, sinon sa légitimité démocratique s'en trouve affectée »⁵².

Et « le juge constitutionnel est supposé ne pas se tromper sur la décision qu'il rend, laquelle est censée être toujours du côté de la volonté de la société »⁵³.

Si une « cour constitutionnelle, qui apprécie la conformité des lois et des actes réglementaires à la constitution et qui est censée protéger les droits fondamentaux des citoyens contre les abus de pouvoir ou de tiers puissants, ne joue plus son rôle de modérateur et de régulateur, alors le peuple peut se détourner d'elle et elle devient dans le pire des cas anti-démocratique »⁵⁴.

La Cour est certes un dispositif important de défense de la démocratie, le souverain primaire en reste le maître. Ce souverain primaire, le peuple, a la responsabilité ultime de protéger cette démocratie à travers sa constitution, lorsque le chien de garde est désorienté ou lorsqu'on constate la défaillance des mécanismes institutionnels classiques.

Ainsi, dans sa démarche, dans son interprétation, le juge constitutionnel doit avoir en toile de fond, une « *quête permanente pour qui doit mériter la confiance de la nation* »⁵⁵. Le juge constitutionnel doit être gardien

50 G. VEDEL, « De Maastricht à Schengen », in *RFDA*, 1992, pp. 173 et suivants.

51 D. ADOUKI Emmanuel, « L'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », in *RFDC*, N°95, juillet 2013, pp. 611-638, p. 635.

52 L. BANYAKU, *Quelques questionnements*, op. cit., p. 203.

53 A. PANAGOPOULOS, cité par L. Banyaku, op.cit., p. 204.

54 *Idem*, p. 206.

55 Palpouki MASSINA, « Le juge constitutionnel africain francophone entre politique et droit », in *RFDC*, n°7, 2017, n°117, pp. 660.

des valeurs et non faiseur des faveurs. Voilà pourquoi la doctrine, sur pied de l'article 64 de notre constitution, affirme que « *le peuple apparaît ainsi donc une instance d'appel, et dans ces conditions, les juridictions constitutionnelles n'ont pas le dernier mot, car elles ne sont que des gardiens de la loi fondamentale que s'est donnée un peuple à un moment donné de son histoire* »⁵⁶.

D'où l'impératif de l'éducation constitutionnelle, car il n'y a pas de démocratie sans démopédie, dit-on. Voilà pourquoi l'article 45 de la Constitution impose « *aux pouvoirs publics le devoir d'assurer la diffusion et l'enseignement de la Constitution* ». C'est, en effet, par la connaissance et l'intériorisation de cette constitution que le souverain primaire pourra assurer son rôle ultime de protecteur de la Constitution. À cet égard, Platon nous rappelle avec pertinence que « *ce ne sont pas des pierres, mais les hommes qui constituent les véritables remparts des cités* ». ■

PRÉVISIONS THÉMATIQUES 2018

Nous portons à votre connaissance les prévisions thématiques que **CONGO-AFRIQUE** se propose d'aborder pour l'année 2018. N'hésitez pas à nous envoyer vos articles, tout en sachant que nous restons ouverts à notre créneau habituel : **"Économie, Politique, Droit, Vie Sociale, Culture"**. À vos plumes !

Janvier	Les mouvements citoyens
Février	L'Afrique dans la géopolitique mondiale (phénomènes sociaux)
Mars	Femme, "Genre"
Avril	Gouvernance démocratique (Gestion institutionnelle des pays africains)
Mai	Travail, Emploi, Sociétés de sous-traitance
Juin-Juillet-Août	Alternance politique, Élections (Actes des Journées Sociales)
Septembre	Éducation
Octobre	Élections, Décentralisation
Novembre	Environnement
Décembre	Droits humains, Paix, Guerre

⁵⁶ G. VEDEL, « De Maastricht à Schengen », in *RFDA*, 1992, pp. 173 et suivants.