

BESPRECHUNGS-AUFSATZ • REVIEW ARTICLE •
CRITIQUE

**La justiciabilité de la Constitution en droit congolais. Note
d'observation sous Cour constitutionnelle (RDC), Matière
d'appréciation de la conformité à la Constitution, R. Const.
0038, 28 Août 2015**

*Dieu-Merci Ngusu Masuta**

Abstract

The jurisdictional protection of the Constitution is designed to guaranty the affectivity of the legal state in the Democratic Republic of the Congo. The fulfillment of this requirement has passed through the establishment of the constitutional Court which received from the Constitution the main competence of knowing the requests related to the conformity of the public authorities' acts to the Constitution. This paper has tried to determine the effective sweep of this protection by making a criticism-analysis of its juridical base with regard to the judgment of the constitutional Court delivered under R. Const. 0038. By this judgment, the constitutional Court extended its competence to the act that normally should not be submitted to its appreciation. This extension was justified by the need of protecting the human rights and the public liberties furthered in the Constitution. However, it is important to insert in the Constitution this new competence in order to protect the constitutional principles as well as the human rights and the public liberties.

Résumé

L'institution d'une Cour constitutionnelle en République Démocratique du Congo dont la mission principale est de s'assurer de la conformité des actes des autorités publiques à la Constitution consacre la justiciabilité de cette norme suprême en vue de garantir l'effectivité de l'Etat de droit. Cette réflexion tente de déterminer la portée normative de cette justiciabilité à travers une analyse-critique de son substrat juridique et un regard suivi de quelques observations constructives sur l'Arrêt de la Cour constitutionnelle rendu sous R. Const. 0038. A travers cet Arrêt, en effet, la Cour s'est fondée sur l'impératif de la protection des libertés individuelles et droits fondamentaux de l'homme pour étendre sa

* Licencié (Bac+5) en droit économique et social, Chercheur à la Faculté de droit de l'Université de Kikwit, République Démocratique du Congo (E-Mail : ngusumasuta@gmail.com).

compétence sur un acte non repris expressément sur la liste d'actes soumis au contrôle de constitutionnalité. Quoiqu'elle paraisse salutaire et encourageante, cette audace nécessite un encadrement constitutionnel afin de conserver cet acquis et ainsi d'éviter toute insécurité juridique qui pourrait résulter de l'abandon par la même Cour de cette position.

A. Introduction

La protection juridictionnelle de la Constitution tient à la double nécessité d'assurer le respect du principe de suprématie de la Constitution sur les autres textes juridiques et d'instaurer un Etat de droit en République Démocratique du Congo. En effet, l'admission de la Constitution comme norme suprême dans l'ordonnement juridique congolais oblige de lui garantir cette supériorité en sanctionnant les diverses atteintes qui pourraient lui être portées. De même, l'opérationnalisation de l'Etat de droit en RDC tel que proclamé par la Constitution en son article 1^{er} alinéa 1 et qui doit se traduire par la soumission de toute personne, gouvernants et gouvernés sans exception, aux normes juridiques, par-dessus elles la norme suprême ou la Constitution, requiert l'existence d'un juge impartial prenant des décisions opposables « *erga omnes* ».¹

Ainsi, l'institution d'une Cour constitutionnelle en RDC dont la mission principale est de s'assurer, au moyen d'un contrôle exercé a priori et a posteriori, de la constitutionnalité des actes juridiques adoptés par les pouvoirs publics répond à ces deux exigences. Au travers de cette mission, le constituant a consacré le principe de « *justiciabilité* » de cette Constitution dont la présente note d'observation se propose d'évaluer l'étendue normative au moyen d'une lecture-critique de sa base juridique (B); fondée cependant essentiellement sur l'Arrêt de la Cour constitutionnelle rendu le 28 août 2015, sous R. Const. 0038 (C).

B. Portée normative de la justiciabilité des violations des dispositions constitutionnelles

L'essai d'évaluation de la portée normative du principe de « *justiciabilité* » des violations des dispositions constitutionnelles qui constitue l'objet de ce premier axe principal vise à déterminer, à partir d'une analyse essentiellement théorique des dispositions pertinentes de la Constitution du 18 février 2006² ainsi que des lois et des autres textes juridiques qui sont d'application en cette matière, lesquels des actes juridiques des pouvoirs publics peuvent être soumis à la censure de la Cour constitutionnelle.

1 Voir dans ce sens, *Félix Vunduawe Te Pemako*, Traité de droit administratif, Bruxelles 2007, p. 19.

2 Constitution de la République Démocratique du Congo, *JORDC*, 47^{ème} année, Numéro spécial du 18 février 2006, ci-après la Constitution.

I. Essai d'énumération d'actes susceptibles de contrôle de constitutionnalité

La protection juridictionnelle de la Constitution assurée par la Cour constitutionnelle se passe suivant deux modalités : l'une *a priori*, le contrôle de conformité,³ faisant subir à l'acte un contrôle de constitutionnalité avant son entrée en vigueur ou son application effective, et l'autre *a posteriori*, le recours en inconstitutionnalité, qui envisage l'acte déjà en vigueur. L'intérêt de cette distinction est multiple. Le plus pertinent dans le cadre de cette note d'observation est la portée normative du contrôle qui diffère selon l'une ou l'autre de ces deux modalités.

L'étendue du contrôle de conformité est fixée par l'article 160 de la Constitution, spécialement en ses alinéas 2 à 4. Cette disposition est complétée par d'autres dispositions de la même Constitution ou de la loi-organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.⁴ D'après ces dispositions, le contrôle de conformité est obligatoire pour *les lois organiques et les Règlements intérieurs* des Chambres parlementaires et du Congrès ainsi que des institutions d'appui à la démocratie⁵ – IAD. Il est aussi obligatoire pour *les Ordonnances* du Président de la République adoptées, après délibération en Conseil des Ministres, en vue de faire face à la situation ayant conduit à la proclamation de l'état d'urgence ou de siège.⁶ En revanche, le contrôle de conformité revêt un caractère facultatif pour *les autres lois* qui peuvent être déferées à la Cour constitutionnelle, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou le dixième des députés ou des sénateurs.⁷ Enfin, le contrôle de compatibilité entre la Constitution et *les traités et accords internationaux* constitue aussi une sorte de contrôle de conformité⁸ de la catégorie non-obligatoire.⁹

Par ailleurs, le recours en inconstitutionnalité porte, aux termes de l'article 162 de la Constitution, sur « *les actes législatifs et réglementaires* ». Nonobstant toutes les considérations particulières et subtiles, l'on s'accorde que l'expression « acte réglementaire » est

3 Cf. article 160 de la Constitution.

4 La loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *JORDC*, 54^{ème} année, Numéro spécial du 18 octobre 2013, ci-après : la « loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 ».

5 Cf. pour ce qui concerne la précision sur les IAD qui ne figurent pas expressément dans la Constitution, article 43 de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013.

6 Cf. articles 145 alinéa 2 de la Constitution et 46 de la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013.

7 Cf. articles 139 alinéa 1 de la Constitution et 47 de la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 qui précisent les délais dans lesquels ces autorités peuvent saisir la Cour constitutionnelle pour ce faire.

8 Sur la préférence de l'expression « contrôle de compatibilité » plutôt que celle de contrôle de conformité, lire *Mampuya Kanunk'a-Tshiabo*, le respect des textes légaux comme phénomène d'éthique de gouvernance au Congo, cité par *Symphorien Kapinga Nkashama*, Cour constitutionnelle et contrôle de constitutionnalité en République Démocratique du Congo, *Annuaire congolais de justice constitutionnelle* 1 (2016), p. 7.

9 Lire utilement les articles 216 de la Constitution et 43 de la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013.

à comprendre ici comme tout acte émanant du Pouvoir Exécutif créant unilatéralement de normes de conduite obligatoires de portée abstraite, impersonnelle¹⁰ et générale, et adopté soit pour régir les matières qui ne relèvent pas du domaine protégé et réservé par la Constitution à la loi, soit pour appliquer ou exécuter la loi.¹¹ Ainsi, sont notamment considérés comme actes réglementaires les Ordonnances du Président de la République, les Décrets du Premier Ministre, les Arrêtés tant des Ministres que des Gouverneurs et Ministres provinciaux dès lors qu'ils répondent à ces caractéristiques.

L'expression « acte législatif », par contre, paraît quelque peu imprécise. La définition retenue initialement par la Cour Suprême de Justice – CSJ incarne une conception très extensive de cette expression et se fonde sur le critère organique au détriment du critère fonctionnel. Est « acte législatif », d'après cette Cour, « [...] *tout document ou acte émanant ou accompli dans l'exercice du pouvoir législatif* ». ¹² Cette position prise par la CSJ en matière administrative pour se déclarer incompétente dans une affaire qui lui était soumise fut par la suite transposée en matière constitutionnelle par la même Cour siégeant cette fois-là comme juge constitutionnel afin d'intégrer sous cette expression les motions de censure ou de défiance et autres résolutions et décisions adoptées par le Pouvoir législatif national et provincial.¹³ En guise d'illustration, dans l'Arrêt R. Const. 51/TSR, la CSJ affirme qu' « une motion de défiance adoptée par une Assemblée provinciale est un acte législatif selon l'article 162 alinéa 2 susvisé car le vocable « acte législatif » couvre non seulement les lois stricto sensu ou les textes ayant valeur de loi, mais également tout document ou acte émanant ou accompli dans l'exercice du pouvoir législatif à l'instar de la motion de défiance concernée ». ¹⁴

Toutefois, dans l'arrêt R. Const. 103/TSR du 07 juin 2010,¹⁵ la même CSJ se refuse curieusement d'admettre cette qualification à une motion de défiance en ces termes : « [...] Il ressort de l'interprétation de ces dispositions que le constituant a, de façon exhaustive, énuméré les matières qui rentrent dans la compétence de la Cour suprême de justice siégeant

10 Cf. CC, 21 novembre 2015, R. Const. 168, Septième feuillet, par. 5, in : *Annuaire congolais de justice constitutionnelle 1* (2016), p. 377; *Jean Waline*, Précis de droit administratif, 27^{ème} édition, Paris 2018, n° 432.

11 Voy. aussi *Vunduawe Te Pemako*, note 1, pp. 668 ss; *Kapinga Nkashama*, note 8, pp. 16 et 17.

12 CSJ, 21 août 1996, R.A. 320, cité par *Balingene Kahombo*, L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise : son organisation et ses compétences, Librairie africaine d'études juridiques 6 (2011), p. 13.

13 Lire utilement CSJ, 31 juillet 2007, R. Const. 51/TSR; 26 décembre 2007, R. Const. 062/TSR; 28 décembre 2007, R. Const. 060/TSR; 04 mai 2009, R. Const. 078/TSR; 22 octobre 2010, R. Const. 137/TSR; 26 avril 2011, R. Const. 152/TSR, cités par *Balingene Kahombo*, Le contentieux de la décentralisation : chronique de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême de justice (années 2006–2011), in : *Jean-Michel Kumbu ki Ngimbi* (dir.), La décentralisation territoriale en République Démocratique du Congo sous le régime de la constitution du 18 février 2006. Bilan et perspectives, Kinshasa 2014, pp. 163 et 164.

14 CSJ, 31 juillet 2007, R. Const. 51/TSR, note 13.

15 CSJ, 07 juin 2010, R. Const. 103/TSR, cité par *Balingene Kahombo*, note 13, p. 164.

comme Cour constitutionnelle. L'énumération ainsi faite par le constituant exclut, d'une part, toute propension à conférer à cette juridiction une compétence générale et, d'autre part, précise la portée de sens à donner aux termes « tout acte législatif ou réglementaire ». En substance, il ne peut s'agir, conformément au principe selon lequel la compétence est d'attribution et au regard de l'énumération faite par le constituant que des lois, des actes ayant force de loi, des édits et des actes réglementaires des autorités administratives ». Le raisonnement développé par la CSJ à travers cette décision qui consacre un revirement de la jurisprudence reste valide¹⁶ et expose une sorte de politisation de ses précédentes positions, surtout lorsqu'il faut constater qu'il lui a fallu quelques mois seulement, soit le 22 octobre 2010,¹⁷ pour abandonner sa nouvelle position contenue dans ce revirement.

Au demeurant, bien qu'isolé, le caractère fondé de ce revirement et la tendance de la Cour constitutionnelle à refuser la conception extensive de cette expression dont l'exemple le plus patent est offert par l'Arrêt R. Const. 0038 qui fera l'objet des observations particulières plus loin sont interpellateurs. Ainsi, eu égard à l'énumération retenue par la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013,¹⁸ il nous semble logique de retenir sur la liste d'actes législatifs seuls les lois, les actes ayant force de loi ainsi que les édits. Ne sont-ce pas là, en effet, les seuls actes par lesquels s'exerce la compétence « législative »? En tout cas, cette compétence, qui se traduit toujours par l'adoption des actes créant unilatéralement des normes de conduite obligatoires dont la portée est générale et impersonnelle, ne devrait se confondre avec celle de contrôle du Pouvoir Exécutif, des entreprises, établissements et services publics ni avec celle de régulation de l'organisation interne du Pouvoir législatif. Les actes adoptés dans ce cadre sont plutôt des « actes d'assemblée ».¹⁹ Il convient de préciser toutefois que les lois qui auraient déjà été soumises à un contrôle de constitutionnalité *a priori*, ne sauraient en principe être de nouveau soumises au contrôle *a posteriori* sur base du principe de l'autorité de la chose jugée, sauf en cas de modification de la situation juridique.²⁰

En définitive, l'énumération des actes soumis à la compétence de la Cour constitutionnelle en matière d'appréciation ou de contrôle de constitutionnalité étant exhaustive nonobstant la confusion qui pourrait être entretenue au sujet du sens qu'il convient de donner à l'expression « acte législatif », il s'observe normalement l'injusticiabilité des violations constitutionnelles éventuellement contenues dans les actes qui ne rentrent pas expressément dans cette énumération sous réserve toutefois des dispositions particulières qui pourraient être adoptées. Cette déduction paraît plus juste que raisonnable partant de l'écriture même

16 Voir aussi *Balingene Kahombo*, note 12, p. 14; note 13, pp. 169 ss. et *Kapinga Nkashama*, note 8, p. 24.

17 Cf. CSJ, 22 octobre 2010, R. Const. 137/TSR, note 13.

18 Cf. article 43.

19 Cf. *Balingene Kahombo*, note 12, p. 14.

20 Lire pour plus des détails, *Balingene Kahombo*, note 13, p. 170.

des dispositions qui constituent la base légale de cette matière et de l'interprétation rigoureuse du principe selon lequel la compétence est d'attribution.²¹

II. Cas d'injusticiabilité²² de la Constitution

Il résulte des développements consacrés au point précédent que certaines violations de la Constitution ne sauraient être soumises à la sanction juridictionnelle dans la mesure où la nature de l'acte par lequel elles auraient été portées ne rentrerait pas dans la compétence matérielle de la Cour constitutionnelle. Il en est visiblement des violations qui pourraient être reprochées à un acte administratif non réglementaire.²³ Ces actes demeurent dans une situation d'injusticiabilité absolue aussi longtemps qu'il ne sera reconnu à une autre juridiction la compétence de connaître de leur constitutionnalité.²⁴

Le fondement du choix opéré par le Constituant peut se résumer par la nature des matières traitées par certains des actes écartés, en l'occurrence des Résolutions et autres Décisions du Pouvoir Législatif. Ces matières étant hautement politiques, le Constituant se serait donc décidé de ne pas les soumettre à l'appréciation du juge afin d'éviter ce qu'il conviendrait d'appeler le « gouvernement des juges ». ²⁵ Il faut tout de même reconnaître que dans le contexte politique congolais actuel où la culture du respect des textes n'est pas encore enracinée,²⁶ il n'est pas exclu la possibilité pour ces actes de violer la Constitution ou mêmes les droits et libertés fondamentaux de l'homme. Une motion peut, en effet, être

21 Cf. *Balingene Kahombo*, note 12, p. 14.

22 L'injusticiabilité désigne la situation d'« [...] impossibilité pour un requérant d'obtenir justice, c'est-à-dire d'obtenir une décision juridictionnelle réglant un litige, de telle manière que le litige n'est pas jugé. [...] Les causes de l'injusticiabilité sont nombreuses. Le juge peut être incompétent pour connaître du litige. La requête peut être irrecevable. La norme mobilisée au soutien de la demande peut ne pas être invocable... ». Lire utilement *Piotr Szewo / Pierre Serrand* (dir.), dans l'introduction de l'ouvrage *L'injusticiabilité : émergence d'une notion? Etudes publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy*, Cracovie-Kraków, Biblioteka Jagiellońska, 2018, p. 9.

23 Lire CC, 21 novembre 2015, R. Const. 168, note 10, pp. 377 et 378, Septième et huitième feuillets, par. 5 ss.

24 L'article 228 alinéa 1 de la loi-organique n°16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre administratif dispose que « lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité d'un acte législatif ou administratif est soulevée par ou devant une juridiction de l'ordre administratif, celle-ci saisit obligatoirement la Cour constitutionnelle ». L'imprécision du législateur au sujet de l'expression « acte administratif » qu'il retient soulève la préoccupation de savoir si cette disposition consacrerait une exception qui admettrait la justiciabilité des actes administratifs non réglementaires. Par ailleurs, l'article 104 alinéa 1 de la même loi fait de la section du contentieux du tribunal administratif le juge de la constitutionnalité (et même du respect des traités et accords internationaux dûment ratifiés) des actes, règlements ou décisions des autorités du territoire, de la ville, de la commune, du secteur ou de la chefferie ainsi que de ceux des organismes publics placés sous leur tutelle.

25 *Pactet et Melin-Soucramanien*, Droit constitutionnel, 25^{ème} édition, Paris 2006, p.75, cité par *Balingene Kahombo*, note 12, p. 28.

26 Lire aussi *Kapinga Nkashama*, note 8, p. 25.

adoptée en violation de la Constitution. Ainsi, sans préjudice des considérations critiques sur la position adoptée par la CSJ au sujet de l'inclusion des actes qui normalement ne pouvaient être considérés comme législatifs, une raison plausible qui pourrait sous-tendre cette extension demeure le souci d'éviter les conséquences fâcheuses de l'injusticiabilité résultant de la conception restrictive de cette expression. Bien que la motivation de la CSJ dans ces cas semble être loin de ce souci, l'idée de contourner une injusticiabilité absolue pourrait toujours soutenir l'extension de la notion d'« acte législatif ». Seul le cas isolé du revirement spectaculaire ainsi que la solution critiquée de la CSJ font perdre tout fondement à l'audace exprimée à travers cette extension. Cela conduit ainsi à se pencher sur un autre cas par lequel le juge constitutionnel congolais s'est encore montré audacieux afin d'apprécier cette allure.

C. Regards-critiques sur l'arrêt R. Const. 0038²⁷

Un bref résumé des faits ainsi que de la décision de la Cour constitutionnelle facilitera une meilleure lecture-critique de l'argumentation de la Cour afin d'aboutir utilement à la formulation des observations finales.

I. Présentation des faits

Elue respectivement Sénatrice en 2007 et Députée nationale en 2011, Madame *Shenila Mwanza* fut contrainte d'opter pour l'une de ces deux fonctions incompatibles en vertu de l'article 108 alinéa 1^{er} de la Constitution. Ayant levé l'option pour la députation nationale, le Sénat procéda à son remplacement en date du 03 juin 2012 par la Décision de la plénière de cette date validant le mandat de Monsieur *Bya'Ene Esongo*, son premier suppléant.

Non convaincue de la constitutionalité de ce remplacement, Madame *Mungombe Musenge*, deuxième suppléante de Madame *Shenila Mwanza*, désormais Députée nationale, après plusieurs tentatives inabouties d'annulation de ce remplacement intentées devant le Sénat, décida de saisir en date du 05 juin 2015 la Cour constitutionnelle en vue d'obtenir d'elle l'annulation de la Décision du Sénat du 03 juin 2012 ci-avant évoquée pour violation notamment de l'article 110 point 8 de la Constitution. Pour justifier cette inconstitutionnalité, elle se fonde sur la condamnation de Monsieur *Bya'Ene Esongo* en date du 18 juin 2008 par le Tribunal de Grande Instance de Bukavu à douze mois de servitude pénale; laquelle condamnation fut confirmée par la Cour d'appel de Bukavu le 18 décembre 2008. Constatant par ailleurs que le pourvoi en cassation initié par le condamné en date du 10 mai 2010 n'avait pas abouti parce que rejeté par la CSJ le 20 décembre 2013, Madame *Mungombe Musenge* retient le caractère irrévocable de cette condamnation et conclut à la violation par le Sénat des prescrits de l'article 110 point 8 de la Constitution qui reprend

27 Voir intégralité de l'Arrêt : CC, 28 Août 2015, R. Const. 0038, in : Annuaire congolais de justice constitutionnelle 1 (2016), pp. 199–206.

la condamnation irrévocable à une peine de servitude pénale principale pour infraction intentionnelle comme l'une des cause de cessation du mandat, on dirait mieux de cessation des fonctions,²⁸ d'un parlementaire. Par conséquent, elle sollicite l'invalidation par la Cour du mandat de Monsieur *Bya'Ene Esongo* et sa validation comme Sénatrice. En outre, elle soutient et invite la Cour à constater que l'interprétation selon laquelle l'article 110 point 8 de la Constitution supposerait que « la personne doit, au départ, avoir la qualité de Sénateur au moment de la condamnation » qu'a retenue le Sénat pour faire échec à ses multiples réclamations est erronée.

En réponse aux allégations de la requérante, la Cour se déclara compétente en vertu des articles 149 alinéa 2 et 150 de la Constitution et constata qu'au moment du dépôt de sa candidature, Monsieur *Bya'Ene Esongo* remplissait toutes les conditions d'éligibilité prévues par la loi. Ainsi, conclut-elle à la non-violation par la Décision en cause des dispositions de l'article 110 point 8 de la Constitution.

La position de la Cour tant sur la partie motivation de sa compétence que sur la partie décisionnelle soulève quelques préoccupations juridiques qui nécessitent l'émission des observations et perspectives, le cas échéant. Toutefois, ces observations ne porteront que sur la partie relative à l'argumentation de la Cour pour établir sa compétence qui comporte une incidence directe avec le thème abordé par cette réflexion.²⁹

II. Observations et perspectives

L'émission des observations et perspectives sur la décision de la Cour constitutionnelle sous examen passe par l'appréciation préalable de sa position ainsi qu'à la conception des perspectives proprement dites.

1. Essai d'appréciation de l'argumentation de la Cour constitutionnelle

Pour répondre aux préoccupations soulevées par la requête lui soumise, la Cour constitutionnelle s'adonne et procède, comme toute juridiction, à l'analyse et vérification préalables de la recevabilité de cette requête ainsi que de sa compétence de la connaître. Pour ce faire,

28 Les articles 103 et 105 de la Constitution fixent la durée du mandat d'un parlementaire à 5 ans et les articles 101 et 104 du même texte prévoient la désignation par chaque candidat de deux suppléants. Il ressort de la lecture croisée de ces dispositions que le mandat d'un parlementaire est un et indivisible. Ainsi, il est erroné pour l'article 110 point 8 de la Constitution de disposer que la condamnation d'un parlementaire devenue irrévocable à une peine de servitude pénale principale pour une infraction intentionnelle met fin à son mandat. Par contre, ce sont les fonctions de ce parlementaire qui prennent en réalité fin car par la technique de la suppléance, le suppléant continue ce même mandat quoique sous son nom propre. Il n'exerce pas en effet un autre mandat dans la mesure où certains éléments de ce mandat dont la durée restent inchangés.

29 Lire sur ce qui concerne les observations-critiques de la position de la Cour quant au fond : *Roger Mvita Kalubi*, La nouvelle compétence de la Cour constitutionnelle fondée sur la protection des droits humains. Une note critique de l'arrêt R. Const. 0038 du 20 août 2015, Annuaire congolais de justice constitutionnelle 1, (2016), pp. 211–212.

elle fait observer que la Constitution du 18 février 2006 fixe en son article 162 les actes obligatoirement [*Sic*]³⁰ soumis au contrôle de constitutionnalité que sont les actes législatifs ou réglementaires. Elle précise en outre qu'aux termes de l'article 43 de la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, elle connaît de la constitutionnalité des traités et accords internationaux, des lois, des actes ayant force de loi, des édits, des règlements intérieurs des chambres parlementaires, du congrès et des institutions d'appui à la démocratie ainsi que des actes réglementaires de l'autorité administrative.

Force est de constater qu'en vertu d'une interprétation et application rigoureuses de ces dispositions, la Cour constitutionnelle a abouti à la conclusion de son incompétence, encore qu'elle se refuse de l'exprimer expressément tout comme elle s'abstient et évite de qualifier la décision incriminée. En effet, la décision incriminée est un acte parlementaire ou mieux un acte d'Assemblée accompli dans le cadre de l'exercice de la fonction parlementaire.³¹

L'intérêt de cette qualification expresse par la Cour serait de s'obliger de constater qu'aucune des dispositions évoquées jusque-là dans la recherche de ses compétences ne cite la décision incriminée, ce qui établirait, sans discussion aucune, son incompétence d'aborder l'étude du fond de la requête. Curieusement, la Cour abandonne, sans aucun commentaire de plus, ces dispositions et n'en tire aucune conséquence non plus. Par contre, et en vertu de l'article 149 alinéa 2 de la Constitution, elle rappelle, dans le sens de revendiquer, son appartenance au Pouvoir Judiciaire, même si aucune des parties ne la lui avait déniée. En réalité, l'objectif envisagé par la Cour au travers de cette démarche est de se reconnaître, elle aussi, garante des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens sur pied de l'article 150 alinéa 1^{er} de la Constitution qui assigne au Pouvoir Judiciaire une telle mission générale. Par ailleurs, la Cour rappelle dans le même sens sa qualité de gardienne de la Constitution. En vertu de cette qualité, argue-t-elle, elle est appelée non seulement à s'assurer du respect par les pouvoirs publics et les citoyens des dispositions constitutionnelles, mais aussi à exercer un rôle de régulation de la vie politique. Par ricochet, elle se déclare compétente pour connaître d'un recours introduit par un citoyen qui s'estime lésé par une décision qui viole ses droits et libertés constitutionnellement garantis, en l'occurrence le droit d'être éligible à un mandat politique.

30 Affirmer que l'article 162 de la Constitution fixe les actes (les actes législatifs ou réglementaires) soumis « *obligatoirement* » au contrôle de constitutionnalité apparaît quelque peu problématique et incorrect. En effet, tous les actes législatifs ne sont pas soumis au contrôle de constitutionnalité a priori, le seul aspect de ce contrôle qui peut revêtir un caractère obligatoire. En outre, aucun des actes réglementaires, au stade actuel du droit constitutionnel congolais, n'est soumis à un contrôle de constitutionnalité a priori devant la Cour constitutionnelle. C'est que le caractère obligatoire du contrôle de constitutionnalité n'est envisagé que pour certaines lois et à la seule phase préalable à l'entrée en vigueur. Après celle-ci, le contrôle de constitutionnalité qui est dans ce cas a posteriori n'est plus obligatoire et s'analyse comme une simple possibilité souvent mise en œuvre suivant les intérêts des parties. D'ailleurs, le régime juridique de cet aspect de contrôle est non pas l'article 162 mais plutôt l'article 160 de la même Constitution.

31 Cf. *Vunduawe Te Pemako*, note 1, p. 857; *Mvita Kalubi*, note 29, p. 210.

Le cheminement poursuivi par la Cour pour se déclarer compétente apparaît à la fois audacieux et surprenant. L'audace se traduit et s'explique ici par le courage de la Cour qui abandonne le siège traditionnel de ses compétences pour se fier aux dispositions constitutionnelles dont la vocation est pourtant de déterminer sa nature et la mission générale assignée au Pouvoir Judiciaire dont elle relève. En réalité, la Cour s'était trouvée en face d'un cas d'injusticiabilité absolue de la Constitution dans la mesure où la nature de l'acte dont la violation de la Constitution était reprochée lui privait de toute aptitude juridique d'évaluer sa constitutionnalité. Ce serait d'ailleurs pour cette raison que le Ministère public n'aurait point hésité de recommander à la Cour de se déclarer incompétente.³²

Pendant, la Cour semble avoir constaté l'erreur accréditée jusque-là par la Constitution en excluant par une énumération exhaustive et d'interprétation stricte la décision attaquée alors qu'elle était susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux des citoyens. Elle aurait ainsi résolu de corriger cette erreur en effectuant « [...] une opération intellectuelle intéressante pour situer le siège de sa compétence ». ³³ Toutefois, le schéma suivi par cette opération semble surprendre certains esprits-critiques qui, au travers de cette déduction, ne saisissent plus de manière la plus claire la nuance et la juste frontière qui existent entre une mission et une compétence en droit. En effet, il n'est pas beaucoup osé d'admettre qu'à travers cette gymnastique intellectuelle, la Cour a contribué à brouiller davantage les frontières entre une mission et une compétence en droit.

Bien qu'étant intimement liées, ces deux notions demeurent bien distinctes l'une de l'autre à plusieurs égards et ne peuvent par conséquent se confondre.³⁴ La première, la mission, est plus générale et désigne le rôle assigné ou mieux l'utilité ou la fonction reconnue à une institution juridique donnée. Tandis que le second, la compétence, est une notion plutôt singulière ou spécifique qui fait allusion à une aptitude, un pouvoir d'agir ou d'accomplir un certain nombre d'actes juridiques bien déterminés reconnu à une personne ou à un organe institutionnel quelconque en vue d'atteindre l'objectif en vue duquel elle ou il a été institué/e et revêtu/e de cette qualité. La compétence détermine la mesure dans laquelle une mission est censée être accomplie alors que la mission encadre l'exercice d'une compétence qui ne peut par ce fait être affectée que dans l'intérêt de sa satisfaction. Il est souvent procédé à la lecture générale de l'ensemble des compétences reconnues à un organe donné pour en ressortir et définir sa fonction ou sa mission. Telle est la démarche suivie pour aboutir à la reconnaissance de la Cour constitutionnelle comme gardienne de la Constitution, de même que *R. Dossou* procède à une lecture systématique de toutes les compétences reconnues à la Cour constitutionnelle Béninoise pour dégager sa mission ou fonction de régulatrice de la vie politique.³⁵ Les compétences créent toujours une mission

32 Cf. CC, 28 Août 2015, R. Const. 0038, note 27, Quatrième feuillet.

33 Cf. *Mvita Kalubi*, note 29, p. 210.

34 Voir position contraire *Mvita Kalubi*, note 29, pp. 210 ss et *Kapinga Nkashama*, note 8, p. 25.

35 L'auteur écrit : « Je me suis demandé si toutes les compétences dévolues à une juridiction constitutionnelle et particulièrement à la Cour constitutionnelle du Bénin, ne se résume pas à la

grâce à une opération inductive. L'inverse, c'est-à-dire la déduction des compétences à partir de la mission apparaît discutable en vertu du principe d'attribution des compétences et de la règle de l'incompétence de l'autorité publique qui en découle. Parfois aussi, comme c'est le cas sous examen, un texte juridique, en l'occurrence de la Constitution, définit expressément la mission assignée à une institution. Dans pareil cas, il prend le soin de déterminer dans quelle mesure celle-ci est accomplie soit en organisant lui-même, soit en renvoyant à un autre texte la compétence de déterminer les attributions jugées nécessaires en vue d'atteindre ladite mission.

Il se dégage de ce qui précède qu'il sera beaucoup osé, sans pour autant dire incorrect, pour un organe chargé d'appliquer ou de remplir une mission de se doter d'autres compétences en dehors de celles qui lui sont expressément reconnues et de toute disposition allant dans ce sens. Partant, la Cour constitutionnelle s'est montrée plus créatrice des nouvelles compétences plutôt qu'un simple organe chargé de faire respecter la Constitution suivant une base de compétence très fermée lui reconnue à cet effet. Par ailleurs, dès lors que cette attitude reste dans le strict cadre de la mission reconnue à une institution, c'est-à-dire qu'elle n'a pas pour conséquence de se détourner de l'objectif envisagé par le texte instituteur, elle paraît légitime, tempérée et admissible sous conditions. Ainsi, prenant en compte d'une part la nature de la matière en cause dans cette espèce, à savoir les libertés individuelles et les droits de l'homme et, d'autre part l'inexistence d'autres mécanismes juridictionnels – ce qui ne bouscule pas la tranche des compétences reconnues à d'autres juridictions –, la surprise audacieuse de la Cour constitutionnelle paraît courageuse et encourageante. Elle mérite néanmoins d'être renforcée et encadrée dans la mesure à préciser par une réforme juridique.

2. Nécessité d'une réforme constitutionnelle

A travers l'arrêt R. Const. 0038 sous observation, la Cour constitutionnelle s'est arrogé une nouvelle compétence fondée sur la protection des droits et libertés fondamentaux des citoyens. Cette nouvelle compétence lui confère désormais la possibilité de connaître des requêtes en inconstitutionnalité reprochée à un acte non repris par les textes juridiques qui organisent ses compétences, à savoir la Décision de la plénière du Parlement validant le mandat d'un Sénateur. Pour se déclarer compétente dans cette affaire, la Cour constitution-

fonction de régulation. Car, la fonction de régulation ou la fonction régulatrice pour reprendre l'expression de Gérard Cornu, est « celle qui a pour fin de normaliser, de régulariser le cours d'activité ou d'opérations diverses notamment de faire respecter dans ses applications multiples la cohérence d'une règle ». Donc, contrôle de constitutionnalité, protection des libertés publiques et des droits fondamentaux de la personne humaine, veiller à la régularité des élections et réguler le fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. Est-ce tout cela n'est pas la fonction de régulation? » Cf. *Dossou*, La fonction régulatrice des juridictions constitutionnelles africaines..., citée par *Marcel Wetsh'Okonda Koso*, A propos du pouvoir de « régulation de la vie politique » par la Cour constitutionnelle congolaise : une analyse de l'arrêt R. Const. 0089/2015 du 8 septembre 2015, *Annuaire congolais de justice constitutionnelle* 1 (2016), p. 234.

nelle aurait pu aussi recourir à sa jurisprudence constante ci-dessus exposée qui consiste en une interprétation extensive de l'expression « acte législatif ». Cependant, elle a refusé cette piste de solution déjà critiquée par une doctrine constante pour se focaliser plutôt aux articles 149 alinéa 2 et 150 alinéa 1^{er} de la Constitution. En outre, elle recourt à sa fonction de régulation de la vie politique qu'elle tire certainement de l'interprétation holistique de toutes les dispositions qui organisent ses compétences.

En considération de la vocation des dispositions sur lesquelles la Cour fonde sa compétence et de la subtilité ainsi que la controverse doctrinale³⁶ déjà engagée au sujet de la mission régulatrice de la Cour constitutionnelle, l'avenir même de cette nouvelle compétence³⁷ semble être remis en cause. Rien ne garantit en effet que cette même Cour dont la composition se renouvelle progressivement saurait maintenir cette interprétation ou l'étendrait à d'autres actes qui n'auraient pas la nature de la décision incriminée dans le cas sous commentaire. Dans l'éventualité où cette inquiétude se serait matérialisée, il se créerait une sorte d'insécurité juridique exprimant l'idée d'une justice à deux poids deux mesures comme ce fut le cas avec l'interprétation de l'expression « acte législatif ».

En outre, n'étant pas absolument convaincante, il n'est pas exclu que d'autres juges, en vertu de leur liberté, se refusent de suivre une telle allure, ce qui pourrait isoler cette décision salutaire. D'ailleurs, n'estime-t-on déjà pas qu'elle constitue un simple accident de parcours dans l'œuvre jurisprudentielle de cette Cour dans la mesure où celle-ci a tout de même eu par la suite des occasions pouvant la conduire à s'affirmer davantage mais n'a pu malheureusement tenir le même raisonnement?³⁸ Le courage est certes salutaire en ce qu'il affecté cette fois-ci pour une cause noble qu'est la protection des droits et libertés fondamentaux dont le respect s'impose à tous, gouvernants et gouvernés indistinctement.³⁹ Cependant, la déception par le biais d'un revirement jurisprudentiel intempestif demeure toujours au rendez-vous!

Outre cette éventuelle insécurité juridique résultant de l'abandon par la même Cour de cette position faute des bases juridiques expresses et solides, il se pose aussi la question de la détermination de l'exact contenu juridique de la nouvelle règle ici créée par la Cour. Toutes ces constatations et considérations soulignent enfin de compte la nécessité d'encadrer le « pouvoir normatif » de la Cour constitutionnelle exprimé par cette décision au moyen d'une réforme juridique. En effet, la conservation de cet acquis nécessite l'insertion

36 Cf. *Wetsh'Okonda Koso*, note 35, pp. 225–249.

37 L'idée d'une nouvelle compétence semble également être soutenue par *Mvita Kalubi*, note 29, pp. 207–2012. En effet, à analyser l'intitulé même de sa réflexion, on réalise clairement que l'auteur soutient que la Cour s'était doté une nouvelle compétence. Cependant, lorsque plus loin dans sa conclusion (p. 212), il affirme que cette compétence a bel et bien un fondement constitutionnel (pour dire une base légale), on ne perçoit plus clairement la motivation qu'il donne en retenant l'idée de la nouvelle compétence dans son intitulé. Soit la compétence existe déjà dans la Constitution, et dans ce cas elle n'est pas nouvelle, soit elle n'existe pas.

38 Cf. *Wetsh'Okonda Koso*, note 35, p. 235.

39 Cf. article 60 de la Constitution.

dans la Constitution de cette nouvelle compétence, et ce, au regard des leçons utiles tirées de l'histoire de la justice constitutionnelle congolaise sur cet aspect.

La réforme ainsi suggérée devrait prendre en compte les aspects suivants : la compétence de la Cour constitutionnelle d'évaluer la constitutionnalité d'un acte de l'autorité publique autre que ceux énumérés par les textes juridiques qui organisent ses compétences ne peut être reconnue que lorsque la violation reprochée à l'acte est fondée sur l'impératif du respect des droits et libertés fondamentaux. En sus, il ne doit pas exister d'autres mécanismes juridictionnels allant dans le même sens en vue de respecter les attributions reconnues à d'autres juridictions.

D. Conclusion

La préoccupation majeure de la réflexion consacrée dans cette note d'observation a consisté à déterminer, à la lumière de la Constitution et d'autres textes juridiques sur la Cour constitutionnelle ainsi que de son arrêt rendu sous R. Const. 0038, dans quelles mesure et conditions des atteintes portées aux dispositions constitutionnelles peuvent être justiciables devant cette Cour. Il sied de noter qu'une violation de la Constitution est justiciable lorsque la personne qui en est victime ou toute autre personne agissant en vertu de la loi dispose de la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle afin de la faire cesser. Cette possibilité résulte d'une part de la forme par laquelle cette violation se matérialise et d'autre part du délai d'agir prescrit à cet effet. Ainsi, seules les violations contenues dans les actes législatifs et réglementaires peuvent, en principe et dans les conditions fixées à cet effet, donner lieu à la procédure de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* devant la Cour constitutionnelle.

Toutefois, à travers l'Arrêt sous observation, et bien d'autres d'ailleurs, la Cour constitutionnelle s'est courageusement et audacieusement appuyée de son rôle de régulatrice de la vie politique augmenté de la nécessité de protéger les droits et libertés fondamentaux reconnus et garantis par la Constitution pour étendre ses compétences de connaître de litige portant sur les violations reprochées aux actes non repris expressément par les textes juridiques qui organisent ses compétences, en l'occurrence d'une décision de la plénière du Sénat validant le mandat d'un sénateur. Cette façon d'agir de la Cour constitutionnelle reste certes salutaire. Elle soulève tout de même quelques inquiétudes tant sur l'avenir d'une telle allure que sur le contenu juridique réel des nouvelles compétences dont elle s'attribue visiblement en dehors des bases juridiques solides et expresses. Il est en effet légitime de remettre en cause la pérennisation d'une telle allure. Ainsi, pour garantir une sécurité juridique aux justiciables, il est impératif que cette interprétation soit formalisée pour éviter de tomber à des cas contraires qui pourraient exprimer l'idée d'une justice à deux poids deux mesures. En clair, cette allure constitue un grand acquis qu'il faudra à tout prix capitaliser suivant le modèle proposé.