

**LA PROMOTION DU CONSTITUTIONNALISME PAR LE POUVOIR
JUDICIAIRE SOUS LA CONSTITUTION DU 18 FÉVRIER 2006
TELLE QUE RÉVISÉE À CE JOUR EN RÉPUBLIQUE
DÉMOCRATIQUE DU CONGO :**
Ce que la société démocratique veut de nos juges

Par

Laurent ONYEMBA DJONGANDEKE

*Chef de Travaux et Diplômé d'Études Supérieures en Droit, Université de Kinshasa
Avocat*

RÉSUMÉ

Le juge en général et constitutionnel en particulier devient le socle de la vie de la société démocratique et artisan du constitutionnalisme. La structuration d'un nouveau modèle de société démocratique axé sur le constitutionnalisme est devenue, un impératif, un passage obligé pour tous les Etats. La lutte contre les régimes anti-démocratiques n'a, dès lors, cessé de prendre de l'ampleur et de gagner en adhérents, malgré quelques poches de résistance, notamment en Afrique. Tout le monde, ou presque, se réclame aujourd'hui de la démocratie. Le constitutionnalisme s'impose avec ses effets et les limites à son effectivité ne sont pas à exclure. Dans ces conditions, on ne saurait nier la légitimité d'une étude des textes et du fonctionnement quotidien des institutions destinées à leur incarnation. L'Etat moderne ne peut fonctionner en marge des valeurs du constitutionnalisme. L'approche jurisprudentielle érige le juge en une clé de la consolidation de ses valeurs universellement partagées. Avec l'évolution de la question, les chercheurs s'accordent sur la place que jouerait le juge constitutionnel dans l'instauration du constitutionnalisme. C'est ainsi que nous avons, dans le cadre de cette réflexion, trouvé utile d'aborder la problématique de la promotion du constitutionnalisme par ce pouvoir sous la Constitution du 18 février 2006 en évoquant les défis et les perspectives.

Au demeurant, le constitutionnalisme reste un horizon. Sa défense est un combat quotidien contre l'indifférence des citoyens et/ou les tentations des pouvoirs de grignoter la souveraineté du peuple.

Mots-clés : *Constitutionnalisme, Constitution, État de droit, pouvoir judiciaire, immunité, juge*

ABSTRACT

The judge in general and the constitutional judge in particular is becoming the foundation of the life of a democratic society and the architect of constitutionalism. The structuring of a new model of democratic society based on constitutionalism has become an imperative, an obligatory passage for all states. The struggle against anti-democratic regimes has, since then, continued to grow and to gain adherents, despite some pockets of resistance, particularly in Africa. Today, almost everyone claims to be democratic. Constitutionalism is imposed with its effects and the limits to its effectiveness cannot be excluded. Under these conditions, one cannot deny the legitimacy of a study of the texts and the daily functioning of the institutions intended to embody them. The modern State cannot function on the fringe of the values of constitutionalism. The jurisprudential approach establishes the judge as a key to the consolidation of its universally shared values. As the issue evolves, researchers agree on the role of the constitutional judge in the establishment of constitutionalism. This is why we have found it useful, in the context of this reflection, to address the problem of the promotion of constitutionalism by this power under the Constitution of 18 February 2006 by evoking the challenges and prospects.

In any case, constitutionalism remains a horizon. Its defense is a daily struggle against the indifference of citizens and/or the temptations of powers to nibble away at the sovereignty of the people.

Keywords: *Constitutionalism, Constitution, rule of law, judicial power, immunity, judge*

INTRODUCTION

Le juge en général et constitutionnel en particulier devient le socle de la vie de la société démocratique et artisan du constitutionnalisme qui, aujourd'hui, fait partie de ces concepts les plus discutés et les plus controversés en science politique et en droit constitutionnel¹. La structuration d'un nouveau modèle de société démocratique axé sur le constitutionnalisme, est devenue un impératif, un passage obligé pour tous les Etats. En ce sens, Philippe Foillard fait remarquer que le mouvement de démocratisation entamé dans la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle en Occident, est toujours en marche un peu partout dans le monde² ; la lutte contre les régimes anti-démocratiques n'a, dès lors, cessé de prendre de l'ampleur et de gagner en adhérents, malgré quelques poches de

¹ A. MBATA MANGU, *Abolition de la peine de mort et constitutionnalisme en Afrique*, L'Harmattan, Paris, 2011, p.30 ; l'auteur souligne que ces deux notions font l'objet d'une véritable vénération de la part des constitutionnalistes, des politiques et de politiciens ; lire à ce sujet également, SCHOCHET (G.J.), *Introduction : constitutionnalism, liberalism and the study of politics* ; IHONUBERE (J.O.), *Towards a new York*, cité par MBATA MANGU.

² P. FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10^{ème} éd., paradigme publications universitaires, Quai Saint-Laurent, 2005, p. 41.

résistance, notamment en Afrique. Tout le monde, ou presque, se réclame aujourd'hui de la démocratie³.

Le constitutionnalisme s'impose avec ses effets, les limites à son effectivité ne sont pas à exclure⁴. Dans ces conditions, on ne saurait nier la légitimité d'une étude des textes et du fonctionnement quotidien des institutions destinées à leur incarnation.

Pour mieux scruter la pertinence de cette thématique, l'appréhension du constitutionnalisme (I) s'avère indispensable pour mieux scruter sa promotion par le pouvoir judiciaire conformément à la Constitution (II).

I. LA NOTION DU CONSTITUTIONNALISME ET SES IMPLICATIONS

La précision du langage est une exigence fondamentale de toute discipline scientifique. Ceci est particulièrement vrai pour le droit⁵. Partant, autant la définition des concepts de la thématique de l'étude est indispensable dans une recherche scientifique, autant cette exigence l'est davantage dans le domaine juridique⁶.

Il se dégage que le constitutionnalisme fait indubitablement référence à la Constitution dont la notion a toujours donné lieu à des développements divers que nous allons tenter ici de restituer en quelques lignes.

A. Notion de la Constitution

À l'instar de plusieurs notions en droit public, celle de la Constitution fait l'objet de définitions diverses. De celles-ci se dégage une doctrine dominante qui révèle que la Constitution renferme une double définition, à la fois matérielle et formelle.

Dans sa sphère matérielle, la Constitution prend en compte son contenu, c'est-à-dire toutes les règles, écrites ou non, qui touche à l'acquisition et à l'exercice du pouvoir, écrit Philippe Foillard⁷. Abondant dans le même sens,

³ P. ARDENT et B. Matthieu, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 24^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2012, p. 166 *in limine*.

⁴ A. CABANIS et M-L. Martin, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Academia-Brulyant, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 8.

⁵ Lire A. MBATA MANGU, *Abolition de la peine de mort et constitutionnalisme en Afrique*, *op.cit.*, p.31 et s. ; CHANDLER (R.C.), ENSLEN (R.D) et RENSTROM (P.G), *The constitutional law dictionary*, vol. 1, Individual Rights, cités par MBATA MANGU.

⁶ Voy. S. BOUIFFOR, et NANOPOULOS D.K., *Droit Constitutionnel. Méthodologie*, Paris, Vuibert, 2006, pp. 9 et SS, cités par NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, P.G., *Le contrôle de constitutionnalité en république Démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique*, Thèse de doctorat en science juridique, Université catholique de Louvain, 2008, p. 1.

⁷ Ph. FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10^{ème} éd., *Op. cit.*, p. 26.

Edouard Mpongo Bokako souligne que ces normes juridiques concernent « le fonctionnement des pouvoirs publics⁸ », tandis que Jean-Louis Esambo ajoute qu'elles concernent également « la protection et la promotion des droits de l'homme et des libertés publiques ⁹».

Pour sa part, Evariste Boshab retient deux définitions matérielles de la Constitution : celle de Franck Moderne pour qui dire qu'une conception de la Constitution est matérielle, c'est dire qu'elle se réfère à des réalités politiques et sociales propres à une communauté déterminée à un moment donné de son histoire, ainsi qu'aux valeurs et aux relations de pouvoir qui s'y développent¹⁰. Ensuite, celle de Michel Verpeaux qui soutient que la définition matérielle de la Constitution est celle qui s'attache au contenu, au fond de la matière constitutionnelle¹¹. Ceci signifie aux yeux d'Evariste Boshab qu'en partant des conditions historiques objectives qui, par essence, diffèrent d'un pays à un autre, il serait difficile de proposer un standard international de ce qui devrait être le contenu d'une Constitution, sans se verser dans la controverse doctrinale¹².

Au sens formel, la Constitution prend en compte la procédure juridique¹³, la forme¹⁴, ou le contenant plutôt que le contenu de la Constitution¹⁵. Elle est l'ensemble des règles, quel que soit leur objet, énoncées dans la forme constitutionnelle : elles sont générales et contenues dans un document spécial, mais surtout, elles ont une valeur supérieure à toutes les autres règles positives et ne peuvent être modifiées que conformément à une procédure spéciale, norme plus difficile à mettre en œuvre que celle qui permet de modifier une autre norme¹⁶.

⁸ E. MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA, *Institutions politiques et droit constitutionnel. Théories générales des institutions de l'Etat*, T.1, Kinshasa, E.V.A., 2001, p. 76.

⁹ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit constitutionnel*, Academia-l'Harmattan, Bruxelles, 2013, p. 88.

¹⁰ MODERNE, F., *Réviser la Constitution. Analyse comparative d'un concept indéterminé*, Paris, Dalloz, 2006, cité par BOSHAB, E., *Entre la révision Constitutionnelle entre l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 18.

¹¹ M. VERPEAUX, *La Constitution*, Paris, Dalloz, 2008, cité par BOSHAB, E., *Entre la révision Constitutionnelle entre l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 18.

¹² E. BOSHAB, *Entre la révision constitutionnelle entre l'inanition de la nation*, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 18.

¹³ Ph. FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op.cit., p. 26.

¹⁴ E. MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA, *Institutions politiques et droit constitutionnel...op.cit.*, p. 76.

¹⁵ J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit constitutionnel*, op.cit., p. 88.

¹⁶ F. HAMON, et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 31^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2010, cité par E. BOSHAB, *Entre la révision Constitutionnelle entre l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 20.

De son côté, Evariste Boshab pense que l'élément qui mérite d'être relevé, c'est l'utilisation, s'agissant du critère formel de la Constitution, d'une procédure supérieure à celle d'une loi ordinaire¹⁷.

Il s'ensuit que les deux définitions sont loin de se marier en toutes circonstances. Jean-Louis Esambo soutient que, bien qu'élaborée par un organe spécial et suivant une procédure particulière, la Constitution contient des dispositions qui n'ont aucun lien avec l'organisation et l'activité de l'Etat¹⁸.

En définitive, document dans lequel sont contenues les règles sur la dévolution et l'exercice du pouvoir politique ainsi que la protection des droits et libertés individuels, la Constitution est l'âme de tout un peuple qui s'y identifie au regard de son histoire. Elle est appuyée dans ses missions et fonctions, par le constitutionnalisme qui l'érige en norme supérieure.

B. Notion du constitutionnalisme

Considéré comme un moyen ou un effort pour limiter ou réguler par le droit le pouvoir de gouvernants au sein de l'Etat, le constitutionnalisme remonte très loin dans le passé¹⁹.

En effet, estime Pierre-François GONIDEC, tout groupement politique, si rudimentaire que soit son organisation a une Constitution. Encore que chaque peuple doit avoir la Constitution qui lui convient²⁰. On s'aperçoit tout de suite qu'il se dégage une première conception du constitutionnalisme, celle liée à l'existence d'une Constitution. La forme de celle-ci importe peu. Assertion que confirme Etienne le Roy lorsqu'il écrit que toute société a sa Constitution ; certaines ont une Constitution explicite, c'est-à-dire une Constitution écrite, d'autres ont une Constitution implicite, c'est-à-dire l'ensemble des règles qui président à l'ordonnement du pouvoir. Aussi, au-delà du texte écrit, le constitutionnalisme désigne, selon l'expression de M. John GRAB, « l'arrière fond de la Constitution »²¹.

CHANDLER, ENSLEN et REWSTROM regroupent en deux les différentes conceptions du constitutionnalisme. D'une part, il y a la conception traditionnelle et, d'autre part, les conceptions modernes.

¹⁷ C'est donc un moyen d'accorder une protection supérieure à une norme constitutionnelle par rapport aux normes législatives qui lui sont inférieures. Lire, BOSHAB, E., *Entre la révision Constitutionnelle entre l'inanition de la nation, op.cit.*, p. 20.

¹⁸ J-L. ESAMBO KANGASHE, *Le droit constitutionnel, op.cit.*, pp. 88-89.

¹⁹ J. DJOLI ESENG'EKELI, *Le constitutionnalisme africain. Entre la gestion des héritages et l'invention du futur. Contribution à l'émergence d'une théorie africaine de l'Etat*, éd. Connaissances et Savoirs, 2006, p. 24.

²⁰ HEGEL G.W., *Les principes de la philosophie du droit*, Flammarion lettres, Paris, 1999, p. 274.

²¹ Cité par J. DJOLI ESENG'EKELI, *Le constitutionnalisme africain. Entre la gestion des héritages et l'invention du futur. Contribution à l'émergence d'une théorie africaine de l'Etat, op. cit.*, p.24.

Selon la première conception, le constitutionnalisme repose sur trois piliers. Le premier pilier du constitutionnalisme est la limitation du pouvoir²². La limitation du pouvoir du peuple trouve sa justification dans un système libéral où le principe de légitimité est l'équilibre, dans un système dictatorial où le principe de légitimité est le parti, dans un système théocratique où le principe de légitimité est Dieu, etc. Mais, dans un système démocratique où le principe de légitimité est le suffrage universel, où trouver le fondement d'une limitation du pouvoir du peuple ? Le second pilier du constitutionnalisme dans la conception traditionnelle, est la protection des droits individuels.

Les conceptions modernes du constitutionnalisme sont plutôt fondées sur la substance et non pas seulement sur la forme. D'après cette conception, le constitutionnalisme présuppose, au-delà de la limitation du pouvoir et du respect des droits individuels, la protection des droits collectifs et la promotion des valeurs humaines²³. C'est ce qu'IVISON appelait également le constitutionnalisme de droit.

De ce qui précède, la notion du constitutionnalisme plante le décor de sa promotion par le pouvoir judiciaire tel qu'organisé par la Constitution et dont il sied d'en saisir la pertinence.

II. LA PROMOTION DU CONSTITUTIONNALISME PAR LE POUVOIR JUDICIAIRE SOUS LA CONSTITUTION DU 18 FÉVRIER 2006

A ce niveau, il est question de voir théoriquement la structure de la Constitution et la place du constitutionnalisme dans la Constitution.

A. Promotion du constitutionnalisme dans la Constitution

Du point de vue théorique la Constitution du 18 février 2006 n'a pas manqué à structurer les choses dans le sens de promouvoir les valeurs du constitutionnalisme. À titre illustratif, nous citons : l'existence d'un contrôle de constitutionnalité et le recours en violation de la Constitution destinés à assurer sa suprématie, la répression pénale des actes de violation de la loi fondamentale, la garantie des droits et libertés fondamentaux devant la Cour constitutionnelle, devant le Conseil d'Etat et devant la Cour de cassation.

La Cour constitutionnelle est chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi. Les lois organiques avant leur promulgation et les règlements intérieurs des chambres parlementaires et du Congrès, de la Commission Électorale Nationale Indépendante ainsi que du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel et de la Communication, avant leur mise

²² Selon ZOETHOUT et BOON, l'un des problèmes majeurs auquel les hommes vivant en société ont toujours été confrontés est celui de la limitation du pouvoir pour éviter qu'un gouvernement ne devienne autoritaire.

²³ A. MBATA MANGU, *Abolition de la peine de mort et constitutionnalisme en Afrique, op.cit.*, pp. 32 et s.

en application, doivent être soumis à la Cour constitutionnelle qui se prononce sur leur conformité à la Constitution.

Aux mêmes fins d'examen de la constitutionnalité, les lois (ordinaires) peuvent être déférées 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 sénateurs²⁴.

Aux termes du même texte constitutionnel, les traités et accords internationaux peuvent subir un contrôle de constitutionnalité, car, si la Cour Constitutionnelle, consultée par le Président de la République, par le Premier Ministre, par le Président de l'Assemblée Nationale ou du Sénat, par un dixième des députés ou un dixième des sénateurs, déclare qu'un traité ou un accord international comporte une clause contraire à la Constitution, la ratification ou l'approbation ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution²⁵.

L'intervention du juge administratif dans la protection de la Constitution loge également dans les dispositions même de celles-ci. Le constituant prévoit, en effet, que sans préjudice des autres compétences que lui reconnaît la Constitution ou la loi, le Conseil d'Etat connaît en premier et dernier ressort, des recours pour violation de la loi, formés contre les actes, règlements et décisions des autorités administratives centrales²⁶. C'est le mécanisme connu classiquement par l'appellation de « recours pour excès de pouvoir », apparu dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français qui s'est reconnu la faculté d'annuler les actes administratifs illégaux sur recours des intéressés.

Devant la Cour de cassation se déroulent des procès objectifs (contre des actes) et des procès subjectifs (contre des personnes). Jadis exercé devant la Cour Suprême de Justice section judiciaire, le recours en cassation relève depuis 2006²⁷ de la compétence de la Cour de cassation en vertu de la Constitution en vigueur qui a mis en place des nouvelles lois sur l'organisation, le fonctionnement et les compétences des juridictions de l'ordre judiciaire ainsi que sur la procédure devant la Cour de cassation.

²⁴ Article 160, alinéas 1, 2 et 3 de la Constitution du 18 février 2006 in J.O., 47^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, 18 février 2006.

²⁵ Article 216 de la Constitution du 18 février 2006 in J.O., 47^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, 18 février 2006.

²⁶ Article 155, alinéa 1^{er} de la Constitution du 18 février 2006 in J.O., 47^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, 18 février 2006.

²⁷ L'éclatement de la Cour Suprême de Justice en trois juridictions, à savoir : la Cour de Cassation, le Conseil d'Etat et la Cour Constitutionnelle a conduit à une réforme entraînant la répartition et la spécification des compétences et de procédures à suivre devant chacune de ces nouvelles juridictions ; voy. Exposé des motifs loi organique n° 13/010 du 19 février 2013 relative à la procédure devant la cour de cassation.

En la faveur de la réforme de l'architecture judiciaire introduite par la Constitution du 18 février 2006, les autorités des pouvoirs exécutifs (mis à part le Chef de l'Etat et le Premier Ministre qui sont justiciables de la Cour constitutionnelle) et législatif, sont les principaux justiciables de la Cour de cassation.

De la combinaison des dispositions constitutionnelles et légales, il résulte que la Cour de cassation connaît en premier et dernier ressort les infractions commises par une certaine catégorie des personnes²⁸.

B. Les défis et les perspectives de la promotion du constitutionnalisme

Une étude de constats ne permet pas de faire progresser la recherche. Une fois l'état des lieux effectué, il faut surtout émettre des perspectives de nature à (tenter de) juguler les problèmes constatés.

1. Les non-dits de la relecture des défis et perspectives d'ordre juridique

L'entendement qui se dégage est que les perspectives juridiques se réfèrent aussi bien à l'aménagement d'une architecture normative constitutionnelle congolaise relative à la protection de la norme fondamentale qu'à des considérations liées à la garantie du statut du juge appelé à sanctionner les atteintes aux normes de ladite protection.

À l'endroit du juge protecteur de la Constitution, la prise de conscience de son rôle de gardien de la constitution se cristallise dans le domaine de justice constitutionnelle, entendue comme l'application par le juge, quel que soit son rang des normes constitutionnelles, ou encore le règlement par celui-ci des différends entre pouvoirs publics constitutionnels²⁹, le juge constitutionnel est sans doute l'acteur principal de son efficacité. On ne saurait avoir meilleure protection de la Constitution sans le juge constitutionnel. Ceci revient à dire que s'il ne remplit pas correctement ses fonctions, l'édifice de protection de la Constitution peut s'avérer œuvre inutile.

a. Le juge congolais et la question de son indépendance : préalable indispensable à une protection efficace et effective de la Constitution

Au sujet de l'aménagement constitutionnel du statut du juge constitutionnel, Hans KELSEN écrivait à son temps que son indépendance vis-à-vis du parlement comme vis-à-vis du gouvernement est un postulat évident, car ce sont précisément le parlement et le gouvernement qui la lui doivent en tant qu'organes participants à la procédure législative contrôlée par la juridiction constitutionnelle.

²⁸ C. GUETTIER, *Droit administratif*, 3^{ème}, Montchrestien, Paris, 2009, p. 266.

²⁹ FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 2-3.

Or, l'indépendance est essentiellement la conséquence du statut de la juridiction³⁰ et l'enjeu majeur de la désignation des membres et de leur statut³¹ des juges. Cette indépendance est d'autant plus importante dans le contexte congolais dans la mesure où les pouvoirs législatifs et exécutifs interviennent largement dans l'exercice de la constitutionnalité des traités et accords internationaux. Il ne saurait en être autrement sinon la Cour constitutionnelle ne servirait que de moyen d'usage aux deux pouvoirs.

La question de l'indépendance du juge constitutionnel, portant particulièrement sur le mode de la désignation des membres de la Cour, alimente des débats incessants. Le système de nomination des membres donne lieu à des vives critiques qui paraissent *a priori* fondées.

Mais, en réalité, la question de la désignation des juges constitutionnels ne devrait pas susciter des débats au tant que cela.

En effet, souligne Charles EISNMANN, l'indépendance, qualité juridique, ne tient pas tant au mode de nomination qu'au statut des juges. Une fois nommés, ce qui importe même s'ils sont désignés par un organe politique³², parlement ou chef de l'Etat, ce qu'ils échappent à toute influence de l'autorité qui les a choisis ; qu'ils n'aient plus rien à craindre ni à attendre d'elle³³. Cette indépendance ne peut exister que si la juridiction constitutionnelle est dotée d'un statut la mettant à l'abri des représailles possibles de la part des autorités politiques.

C'est dans cette perspective que Louis Favoreu estime que le moyen le plus efficace à cet effet est que la composition, l'existence et les attributions des juridictions constitutionnelles doivent être inscrites dans la Constitution afin, dit-il, que le législateur ordinaire³⁴ ne puisse y toucher³⁵.

L'aménagement d'un mandat de longue durée et l'inamovibilité garantissent l'indépendance des membres de la Cour Constitutionnelle.

b. La nécessité d'un mandat à longue durée en faveur de l'indépendance des membres de la Cour constitutionnelle

Depuis l'avènement des juridictions constitutionnelles, la durée de mandat des juges constitutionnels s'est avérée comme un élément important et

³⁰ Lire ODIMULA LOFUNGUSO (L.), *La justice constitutionnelle à l'épreuve de la juridicisation de la vie politique en droit positif Congolais*, Thèse de doctorat en Droit Public, 2013, p. 357.

³¹ P. FOILLARD, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 335.

³² Ce qu'on ne pourra pas toujours, peut-être jamais éviter.

³³ C. EISNMANN, *La justice constitutionnelle et la cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, Paris, 1986, p. 175.

³⁴ Souvent confrontés aux autorités politiques.

³⁵ L. FAVOREU, « Juridiction constitutionnelle », in *dictionnaire constitutionnel*, sous la dir. de Duhamel (O.) et MENYI, Y., P.U.F, Paris, 1992.

déterminant dans l'appréciation du degré de leur indépendance³⁶. En règle générale, le principe d'irrévocabilité des juges constitutionnels par les autorités de nomination rend effectivement longue la durée du mandat.

Qualifier le mandat du juge constitutionnel d'irrévocable implique l'impossibilité pour l'autorité de nomination de mettre un terme à ses fonctions pendant la durée de son mandat³⁷. C'est qui justifie la prudence du constituant sénégalais qui se traduit par les dispositions de l'article 89 al. 4 de la Constitution³⁸ énonçant qu' « Il ne peut être mis fins aux fonctions des membres du Conseil constitutionnel avant l'expiration de leur mandat que sur leur demande ou pour incapacité physique, et dans les conditions prévues par la loi organique ».

La Constitution de la République Démocratique du Congo, suivie de la loi organique, prévoit de manière expresse que le mandat des membres de la Cour constitutionnelle est de neuf ans non-renouvelable³⁹.

Cependant, aucune disposition constitutionnelle ou légale ne prend en charge la question de l'irrévocabilité du mandat des juges constitutionnels. Ce mécanisme est pourtant destiné à protéger ces derniers contre les menaces de révocation et de mise à la retraite à l'initiative des autorités de leur nomination.

À cet effet, il serait souhaitable qu'une disposition expresse de la Constitution ou de la loi organique consacre le principe de l'irrévocabilité du mandat de neuf ans non renouvelable des membres de la Cour constitutionnelle⁴⁰.

• **L'ynamovibilité des juges constitutionnels**

La justice constitutionnelle, ayant essentiellement pour objet de contrôler l'activité des pouvoirs publics, il est souhaitable, pensons-nous avec Léon Odumula, d'en assurer la permanence des juges qui assurent le ministère, tant

³⁶ D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 1992, p. 59, lire aussi L. ODIMULA LOFUNGOSO, *La justice constitutionnelle à l'épreuve...* Op. Cit., p. 364. L'irrévocabilité du mandat du juge constitutionnel est parfois explicitement affirmée, il arrive qu'elle résulte implicitement de l'économie générale du texte qui organise le statut du juge constitutionnel ; Celle du 22 janvier 2001 telle que révisée par la loi constitutionnelle n°2008-34 du 07 août 2008, consultée sur <http://www.google.fr/la-constitution-en-afrique.org>, le 23 AOUT 2016 à 14 h 23'. Article 158 al.3 de la *Constitution congolaise* du 18 février 2006, op.cit ; Le silence des textes n'autorise pas leur révocation mais une disposition expresse offrirait plus de garantie ; PERROT, R., *Instituteurs judiciaires*, 7^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1995, p. 330.

³⁷ L'irrévocabilité du mandat du juge constitutionnel est parfois explicitement affirmée, il arrive qu'elle résulte implicitement de l'économie générale du texte qui organise le statut du juge constitutionnel.

³⁸ Celle du 22 janvier 2001 telle que révisée par la loi constitutionnelle n°2008-34 du 07 août 2008, consultée sur <http://www.google.fr/la-constitution-en-afrique.org>, le 30 septembre 2022 à 14 h 23'.

³⁹ Article 158 al.3 de la *Constitution congolaise* du 18 février 2006, op.cit.

⁴⁰ Le silence des textes n'autorise pas leur révocation mais une disposition expresse offrirait plus de garantie.

il est vrai que l'irrévocabilité des juges constitue une garantie de bonne justice⁴¹. Le juge perdrait sa sérénité si en luttant aux pressions du pouvoir, il devait constamment redouter des mesures de détachement, de suspension ou de révocation.

Il s'ensuit que le principe de l'inamovibilité paraît très important contre l'arbitraire éventuel. L'inviolabilité du juge constitutionnel doit, dans ce cas, être opposée au législateur et au gouvernement. Ce qui est le cas dans la plupart des systèmes de justice constitutionnelle. Toutefois, il faut relever que l'inviolabilité n'exclut pas que les fonctions des juges constitutionnels prennent fin. Leur destitution est, au regard de leur statut, toujours possible. Mais la destitution des juges constitutionnels présente de manière générale un caractère exceptionnel. Leur irrévocabilité étant assurée.

Le comportement du juge constitutionnel, sa formation permanente, ses conditions de travail et son traitement sont autant d'éléments qui entrent en ligne de compte dans l'appréciation du degré de son indépendance⁴².

À propos, Léon Odimula affirme que le passé de la justice constitutionnelle en Afrique a offert un paysage contrasté ayant amené certains auteurs à n'y voir qu'une coquille vide, mieux une institution au service des pouvoirs.

Pour Ambroise Kamukuny, « Il est notoire que le système congolais, longtemps bâtie sur la violence, n'a jamais favorisé l'instauration d'une justice indépendante qui, assumant pleinement son rôle, invoquerait les violations du droit et viendrait freiner les entreprises du pouvoir et des anarchistes de tout bord ». C'est ce que l'auteur qualifie de « l'inféodation du pouvoir judiciaire ».

Touchant particulièrement les juges constitutionnels. Paul-Gaspard Ngondankoy opine que « le système congolais de justice constitutionnelle est un instrument au service des intérêts politiques du moment⁴³ ». Les conséquences de cet état des choses ont conduit à la problématique de la légitimité et de l'intégrité de la juridiction constitutionnelle dans l'espace politique congolais, et faisant même engendré « un fossé entre le texte et son application entre l'officiel et le réel, entre l'être et le devoir être », selon les termes de Léon Odimula Lofunguso.

⁴¹ R. PERROT, *Instituteurs judiciaires*, 7^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 1995, p. 330.

⁴² L'indépendance de la magistrature est autant tributaire de la compétence, des conditions de vie que de la conscience des juges. Lire A. KAMUKUNY MUKINAY, *Droit constitutionnel congolais*, Kinshasa, EUA, 2011, p. 387-388 ; L. ODIMULA LOFUNGUSO, *La justice constitutionnelle à l'épreuve de la juridicisation de la vie politique en droit positif congolais*, op.cit., p.368.

⁴³ P-G. NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Le contrôle de constitutionnalité en République Démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique*, Thèse de doctorat en science juridiques, Université catholique de Louvain, 2008, p. 532.

Toutes ces critiques valent leur pesant d'or dans le contexte où l'indépendance psychologique et matérielle du juge constitutionnel suscite des grandes interrogations.

- **Les éléments psychologiques**

La psychologie entendue comme « l'étude du comportement de l'homme⁴⁴ », dévoile que les causes de la dépendance du juge à l'égard du politique sont également psychologiques. Dès lors, concernant les perspectives psychologiques dans l'appréciation de l'œuvre du juge constitutionnel, la réflexion converge vers le comportement ou l'attitude que ce dernier doit adopter face à ses justiciables et à ses missions constitutionnelles.

À ce sujet, Paul Martens observe que lorsqu'on est magistrat, l'on doit être perpétuellement amené à se demander « si on juge exclusivement en fonction d'éléments matériels, si on n'est pas perpétuellement altéré par des sentiments ou des sensations, si la raison du droit n'est pas affectée par la passion, si les motivations savantes ne seraient pas le costume juridique de l'arbitraire »⁴⁵.

Léon Odimula ne nage pas à contre-courant de cette pensée, car soutient-il, à travers les perspectives psychologiques, le juge doit se dépassionner, mieux se départir des considérations pouvant affecter sa fonction de juge. Evariste Boshab relève que « Le juge constitutionnel n'est, en effet, respecté que dans la mesure où il incarne la bouche de la Constitution et la garantie des droits fondamentaux des citoyens »⁴⁶ dans la mesure où en tant que gardien de la Constitution, le juge constitutionnel doit faire un dépassement de soi, sortir de soi pour entrer dans le pour soi⁴⁷. C'est avec cette conviction seulement que le juge pourra se sentir psychologiquement indépendant vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif.

Pour ce faire, il est souhaitable que cet élan soit soutenu des bénéfices des immunités et des privilèges.

- **Les immunités du juge constitutionnel**

Les membres des juridictions constitutionnelles bénéficient fréquemment d'une immunité au sens « d'une cause d'impunité qui, tenant à la situation particulière de l'auteur de l'infraction au moment où il commet celle-ci, s'oppose définitivement à toute poursuite, alors que la situation créant ce

⁴⁴ R.E. MUTUZA KABE, *Apport de la psychologie dans la formation du juriste*, Kinshasa, 2007, p. 7.

⁴⁵ P. MARTENS, *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 16.

⁴⁶ Lire E. BOSHA B MABUDJ, dans la préface de l'ouvrage de Dieudonné KALUBA, *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo...op.cit.*, p. 13.

⁴⁷ La juridiction constitutionnelle, pense-t-il, doit se considérer comme un organe qui trône au sommet de la hiérarchie des institutions parce que protégeant la norme fondamentale qui est la Constitution.

privilège a pris fin⁴⁸ » ou d'un « privilège faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir en une sujétion pesant sur les autres⁴⁹ ». La Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001⁵⁰, par exemple, organise les immunités des juges constitutionnels à son article 93 ainsi libellé : « *Sauf cas de flagrant délit, les membres du Conseil constitutionnel ne peuvent être poursuivis, arrêtés, détenus, ou jugés en matière pénale⁵¹ qu'avec l'autorisation du Conseil et dans les mêmes conditions que les membres de la Cour Suprême et de la Cour des comptes⁵² ».*

La Constitution béninoise quant à elle, renvoie la question des immunités au législateur ordinaire en disposant à son article 115, dernier alinéa, qu'« *Une loi organique détermine l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle, la procédure suivie devant elle, notamment les délais pour sa saisine, de même que les immunités et le régime disciplinaire de ses membres* ».

2. L'ordre politique: tabous et perspectives pour l'instauration d'un Etat de droit constitutionnel

Soumettre l'État au droit ou encadrer la puissance publique par le droit, constitue la substance de l'État de droit et la fondamentale préoccupation des concepteurs et défenseurs de cette forme d'administration étatique. Sa construction est un processus qui s'est prolongé dans le temps et dans l'espace, mais qui, à travers les âges, a été fort marqué par la difficulté de savoir le droit auquel il faut désormais soumettre l'État.

En d'autres termes, si l'État de droit est une construction historique, il est demeuré longtemps une ambivalence tout autour étant donné qu'on l'a différemment défini. Ceci est particulièrement plus important lorsqu'il faut parler de l'État de droit constitutionnel dont le respect des droits de la Constitution est la caractéristique principale dudit État de droit constitutionnel.

• La notion d'État de droit (constitutionnel)

Le droit public est généralement dominé par des notions qui en sont des aspirations et des doctrines d'inspirations diverses. Depuis la deuxième moitié

⁴⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 6^{ème}, P.U.F, Paris, éd., p. 477.

⁴⁹ *Idem*, p. 372.

⁵⁰ Révisée par la loi n°2008-34 du 07 août 2008 portant révision de la Constitution.

⁵¹ En matière civile par contre, les poursuites contre ces juges demeurent comme il en est généralement le cas des toutes les immunités. Dans les relations internationales par exemples, les immunités en matière civile sont assez relatives (par opposition aux immunités pénales qui sont de caractère absolu) ; lire à ce sujet G. BALANDA MIKUIN LELIEL, *Le droit des organisations internationales. Théorie générale*, Kinshasa, éd. CEDI, 2006, p. 72 et s.

⁵² L'alinéa suivant dispose : « Sauf cas de flagrant délit, les membres de la cour suprême et la cour des comptes ne peuvent être poursuivis, arrêtés, détenus, ou jugés en matière pénale que dans les conditions prévues par la loi organique portant statut des magistrats ».

du XX^e siècle, la notion d'Etat de droit est particulièrement mise en vedette par les juristes, et précisément par les juristes publicistes.

Malgré l'existence des textes d'une rédaction qui rivalise d'ardeur avec des textes en vigueur dans des grandes démocraties contemporaines, les États africains souffrent, presque tous, de la même maladie : le défaut du constitutionnalisme et de la démocratie, et accusent, partant, de l'absence d'États de droit. D'aucuns plaident en faveur de l'instauration de l'État de droit. Mais que signifie donc l'Etat de droit?

En effet, cette notion d'Etat de droit fait partie de celles que tout le monde pense connaître. On l'entend à tout bout de champs⁵³ car devenu, depuis quelques années, « une expression d'usage courant »⁵⁴; mais comme le disent Pierre Akele Adau et Angélique Sita Akele, « quand on y réfléchit, nous nous y retrouvons avec beaucoup de peine, ou nous nous y perdons en conjoncture et nous passons à côté de l'essentiel⁵⁵».

Comme tout autre État, « l'Etat de droit se caractérise par une normativité à laquelle il se soumet lui-même afin de garantir sa propre survie, mais l'Etat de droit, en plus, se cristallise autour de la notion de respect des normes garantissant les libertés fondamentales des citoyens ». Il est celui qui est soumis au droit ». Cette soumission concerne à la fois l'action des gouvernants et les activités des particuliers⁵⁶. Aussi, le système juridique est-il parfait par l'institution d'un juge constitutionnel sanctionnant en l'occurrence l'irrespect de la volonté constituante⁵⁷. Mais l'accent est très souvent mis sur l'attitude du pouvoir public.

Barthélémy Omeonga trouve dans le contrôle administratif par un juge effectivement indépendant, la marque de l'État de droit⁵⁸. Dans une formule simple, André Mbata présente un Etat de droit comme celui dans lequel « la loi est suprême ». Cette suprématie concerne toutes les composantes de la société,

⁵³ Tant dans les conférences scientifiques que dans les discours politiques.

⁵⁴A. KAMUKUNY MUKINAY, *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Thèse déjà citée, p. 65 ; lire également B. Omeonga Tongomo, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et l'Etat de droit...op.cit.*, p. 10 et s.

⁵⁵ P. AKELE ADAU, et A. SITA AKELE, « Les lois indispensables à l'application de la Constitution du 18 février 2006 », in *Revue Congo-Afrique*, Kinshasa, CEPAS, 2006, p. 6.

⁵⁶ D. KALUBA DIBWA, *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, éd. Eucalyptus, 2007, p. 21 et s. ; lire le même auteur dans, *Du contentieux constitutionnel en République Démocratique du Congo...op.cit.*, p. 10.

⁵⁷ D. KALUBA DIBWA, *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit positif congolais. Lecture critique de certaines décisions de la Cour Suprême de Justice d'avant la Constitution du 18 février 2006, op.cit.*, p. 9 ; pour approfondir la réflexion lire le même auteur dans *La justice constitutionnelle en République démocratique du Congo...op.cit.*, p. 21 et s.

⁵⁸ B. OMEONGA TONGOMO, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et l'Etat de droit... op.cit.*, p.1.

même l'autorité qui a édicté la loi ou encore celle appelée à la mettre en application. Synonyme de *rechtsaat*⁵⁹, ce concept s'oppose à l'État de police⁶⁰, ou *polizeistaat* pour limiter l'arbitraire de l'administration afin de protéger les droits des citoyens⁶¹. L'administration est soumise au droit, même si elle contribue, elle-même, à émettre des règles de droit, notamment par l'exercice de son pouvoir réglementaire⁶². Celui-ci est, en effet, une source de droit⁶³, mais il est simultanément soumis au respect des règles supérieures.

Ces règles limitent la puissance de l'État en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elles consacrent⁶⁴. Bien que l'État ait la compétence de créer des droits et des obligations, il est lui-même sujet des droits et des obligations.

L'État de droit est entendu par Jean Chevalier⁶⁵, comme « un État qui, dans ses rapports avec ses sujets, se soumet à un régime de droit : dans un tel État, le pouvoir ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les administrés disposent des voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptibles de commettre ». Tout en mettant en avant l'idée de la soumission à un ordre juridique existant Pierre Akele met l'accent sur l'exclusion de « l'anarchie et la justice privée⁶⁶».

Dans la même approche, Jean Rivero⁶⁷ et Gérard Cowac⁶⁸ ont respectivement écrit que l'État de droit est celui dans lequel « *La jouissance du pouvoir trouve sa limite dans la règle juridique qu'il est tenu de respecter* » et qu' « il

⁵⁹ Concept conçu en Allemagne (Prusse) à la fin du 19^{ème} siècle ; l'État de droit recommande que le pouvoir public et l'administration n'agissent point selon les caprices tyranniques ou des discriminations, mais d'après les règles fixées préétablies et applicables également à chacun. Lire OMEONGA TONGOMO, B., *Le contrôle juridictionnel de l'Administration...op.cit.*, p. 1 *in fine*.

⁶⁰ Celui-ci est symbolise la puissance de l'administration, alors que l'État de droit vise à subordonner l'action de l'État à des normes supérieures ; lire à ce sujet A. KAMUKUNY MUKINAY, *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Thèse déjà citée, p. 65 et s.

⁶¹ A. MBATA MANGU, *Introduction générale à l'étude du droit*, 1^{ère} éd., Galimage, Kinshasa, 2009, p. 96.

⁶² M. LOMBARD, et G. DUMONT, *Droit administratif*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2003, p. 20.

⁶³ Les règles édictées par l'administration elles-mêmes sont également sources de « la légalité » en ce sens notamment que toutes les décisions particulières de l'administration devront se conformer aux règles générales qu'elle aura elle-même édictées.

⁶⁴ P. AVRIL, et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2009, p. 51.

⁶⁵ Cité par D. KALUBA DIBWA, *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême...op.cit.*, p. 19 et s.

⁶⁶ Lire la préface de l'ouvrage de D. KALYNDYE BYANJIRA, *Civisme, Développement et Droits de l'homme. Conditions d'instauration d'un État de droit en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, éd., IADHD, 2003, p. 1.

⁶⁷ J. RIVERO, « État de droit, État du droit », in *État du droit*, mélanges en l'honneur de Guy Braidant, Dalloz, Paris, 1996, p. 609.

⁶⁸ G. COWAC, cité par L. ODIMULA LOFUNGUSO, *La justice constitutionnelle à l'épreuve de la juridicisation de la vie politique en droit positif congolais*, *op.cit.*, p. 354.

(État de droit) ne peut être imaginé sans que le droit ne soit au service de la nation et du citoyen ». Au fond, « la force de la loi remplace la loi de la force »⁶⁹.

En déclarant qu'il faut penser à la création d'une société de droit dans laquelle toutes les activités humaines sont garanties, soumises au droit et encadrées par lui, Guy Carcassonne⁷⁰ ne nage pas à contre-courant des derniers auteurs cités. La soumission de toutes les activités aux règles de droit implique dans celle-ci les engagements internationaux de l'Etat. C'est ainsi que Martine Lombart et Gilles Dumont pensent que le principe de la « légalité » énonce le principe fondamental selon lequel les actes de l'administration doivent respecter toutes les normes qui lui sont supérieures, qu'il s'agisse de celles émanant directement ou indirectement du peuple(...), telles les normes constitutionnelles ou les lois, ou des normes résultant des traités internationaux, et en particulier le droit communautaire dont l'éventuelle méconnaissance par l'administration est toujours susceptible d'être sanctionnée⁷¹.

Une certaine opinion pense que la notion de l'Etat de droit est une « tautologie »⁷², considérant que l'Etat est forcément une émanation du droit, il serait superflu de parler de l'Etat de droit⁷³.

Par rapport à toutes les définitions ci-haut données celle que propose Guy Kouassigan Adjet⁷⁴ nous paraît la plus complète. Ce dernier conçoit l'Etat de droit sur un certain nombre des principes comme nous pouvons nous en rendre compte à travers ses écrits : « l'Etat de droit tient à l'existence d'un corps des règles générales, impersonnelles, publiées et donc connues de tous au moins fictivement, s'inscrivant dans la hiérarchie des normes juridiques telles que consacrée en doctrine, existant préalablement à tout conflit et susceptible d'être invoquées ou contestées devant les juridictions compétentes par tout acteur social, qu'il soit ou non de conflit, dès lors que ses intérêts même immatériels peuvent être invoqués ».

Le premier principe (d'origine politique) consiste dans l'obligation de toute autorité instituée, en particulier l'Etat, d'être tenue par le dispositif qu'elle instaure et de respecter les règles qu'elle a formulées. Ce principe est appuyé par Duguit qui soutient en effet, que dans l'Etat moderne, les gouvernants ne

⁶⁹ B. OMEONGA TONGOMO, *Le contrôle juridictionnel de l'administration...*, *op.cit.*, p. 11.

⁷⁰ Carcassonne, G., cité par L. ODIMULA LOFUNGUSO, *op.cit.*, p.353.

⁷¹ M. Lombard, et G. Dumont, *Droit administratif*, *op.cit.*, p. 20.

⁷² De Villiers, cité par A. KAMIKUNY MUKINAY, *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Thèse déjà citée, p. 65.

⁷³ Cette conception a l'inconvénient d'ignorer que bien qu'étant une création du droit un Etat peut fonctionner en marge des règles de sa création.

⁷⁴ G. KOUASSIGAN ADJET, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique francophone*, Paris, éd. Pedone, 1974, p. 290.

doivent plus incarner une « hypothétique souveraineté » : ils sont seulement les « gérants d'affaires de la collectivité » et doivent donner à toute forme d'interdépendance sociale l'organisation et les moyens permettant sa réalisation et son achèvement⁷⁵.

Le deuxième principe est relatif à l'existence du droit à des valeurs de société correspondant à une éthique commune au plus grand nombre. Sur cet aspect, Sébastien Kinrongzi lie l'Etat de droit à la démocratie. Celui-là fait partie de ce qui constitue les objectifs fondamentaux de celle-là⁷⁶.

Nonobstant toute conception, il convient de signaler avec Ambroise Kamukuny dans un point de vue partagé par Jean Rivero que l'Etat de droit ne devrait pas se réduire aux discours politiques ni aux communications développées par les spécialistes dans les colloques et les ateliers, il doit entrer pleinement dans la réalité vécue par les hommes. L'Etat de droit ne doit pas demeurer une simple incantation juridique, couché uniquement dans le texte, encore qu'il soit effectif et vécu au quotidien par les administrés ou gouvernés⁷⁷.

Oscillant entre les idées anciennes comme une forme de société privilégiant des valeurs démocratiques et les principes nouveaux relatifs notamment à la limitation de l'Etat par le droit et à la protection des droits humains, l'Etat de droit passe pour une formule, qui emprunte à ces vieux concepts des traits qu'il enrichit d'éléments nouveaux ; d'où, « *la dialectique ancienneté-nouveauté, à la base d'une certaine ambigüité dont il est important de saisir les différentes conceptions* ».

De manière générale, l'Etat de droit s'oppose à l'arbitraire ou à l'injustice⁷⁸. Mais une réflexion plus poussée nous amène à faire une distinction entre deux conceptions de l'Etat de droit : il s'agit de la conception allemande et de la conception française de l'Etat de droit⁷⁹.

⁷⁵ Lire C. KABANGE NTAMBALA, *Droit des services et entreprises publics et problématique de la transformation des entreprises publiques en république démocratique du Congo*, éd., Dieu est bon, Kinshasa, 2007, p. 19.

⁷⁶ S. KIRONGOZI LIMBAYA, *Les modalités malentendus de la démocratisation en Afrique subsaharienne. Le paradoxe congolais*, éd. Sirius, Kinshasa, 2010, p. 31 et s.

⁷⁷ B. OMEONGA TONGOMO, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et l'Etat de droit...op.cit.*, p. 11.

⁷⁸ M. MBOLOKALA IMBULI, « Aliénation et désaliénation de l'Etat de droit en République démocratique du Congo. Pour une meilleure compréhension des préalables et des implications », in *Annales de la Faculté des Lettres et Sciences humaines*, n° IV, P.U. K., Kinshasa, 2003, pp. 179-186.

⁷⁹ J.-L. ESAMBO KANGASHE, « Regard sur l'Etat de droit dans la Constitution congolaise du 04 avril 2003 », in *Revue juridique : Justice, Science et Paix*, n°001, Kinshasa, 2004, p. 27.

- ***La conception allemande de l'État de droit***

Dite également conception positiviste de l'État de droit, la conception allemande de l'État de droit postule la soumission de l'État au droit qu'il produit lui-même, c'est l'idée de l'autolimitation de l'État par le droit positif⁸⁰ ou d'une société dans laquelle existe un ordonnancement juridique complet au sommet duquel se trouve la Constitution dont la protection est assurée et garantie par un contrôle de la constitutionnalité.

Forgée par les publicistes du XIX^e Robert von Mohl, Rudolf von Geist ou Lorenz von Stein, Karl von Gerber, Georg Jellinek, Rudolf von Ihering, Paul Laban, et surtout Otto Mayer opposant le « *Rechtstaat* » et le « *Polizeistaat* », l'École allemande de l'État de droit se rattache à l'idée selon laquelle l'État de droit n'existe que là où il y a limitation de pouvoir. Là, également, apparaît une autre difficulté, puisque c'est l'État qui produit le droit, autrement dit, il est souverain, comment son action pourrait-elle être limitée ? Plusieurs réponses peuvent être avancées :

Les théoriciens allemands soutiennent, par exemple, que l'État est souverain, mais il accepte de lui-même de se soumettre à un ordre juridique qu'il peut décider de remettre en cause sans saper les bases de son action.

Pour sa part, Kelsen, juriste autrichien, considère que la formule État de droit est un pléonasme, car, les normes juridiques sont nécessairement produites par l'État : il y a identité entre l'État et le droit. Il poursuit sa réflexion en arguant que la production des règles de droit n'est soumise qu'à des contraintes de forme⁸¹. Et Michel TROPER d'ajouter que *le concept d'État de droit, en dépit de son manque de clarté, ne doit être que formel dans la mesure où les droits qu'il est censé protéger, sont conçus non comme des droits naturels, mais comme l'expression de la volonté du constituant, ou, au contraire, Etat de droit matériel, parce que les organes de l'État auraient, non seulement l'obligation d'agir dans le cadre de conceptions dérivées de la Constitution, mais aussi, celle de donner aux normes qu'ils émettent un contenu spécifique*⁸².

De ce point de vue, nous pouvons empiriquement conclure, de par l'existence d'un certain ordre juridique en son sein, que tout État est un État de droit. Mais, si cette affirmation peut être vraie en théorie, en fait, on ne peut parler d'État de droit que si les gouvernants sont responsables de leurs actes, qu'il existe des Tribunaux indépendants et que les citoyens, par l'action de ceux-ci, se voient garantir un certain nombre de droits.

⁸⁰ DEVILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 4^e éd., Armand colin, Paris, 2003, p. 107.

⁸¹ L. FAVOREU, et al, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2001, p. 81.

⁸² M. TROPER, « Le concept d'Etat de droit », in *Droits*, 15, 1992, p. 52.

La tradition française, héritée de la Révolution, explique, au contraire, qu'au sommet de la hiérarchie se trouve la Déclaration des droits de l'homme qui reconnaît des droits naturels inaliénables et sacrés, puis la Constitution, les lois et enfin les textes réglementaires. Dans cette perspective, c'est plutôt la conformité du contenu des lois aux principes fondateurs des droits de l'homme qui définit l'Etat de droit⁸³.

- *La conception française de l'État de droit*

Cette conception met l'accent sur la limitation de l'État par un droit supérieur et extérieur à l'État, c'est-à-dire, le droit naturel. Il faut reconnaître que les auteurs Français de ces derniers siècles ne partagent pas tous cette vision.

Au départ, déclare par exemple Redor, cette soumission était acquise à la loi et non à la Constitution⁸⁴ ; elle a été seulement après élargie à celle-ci⁸⁵. La controverse a finalement conduit Devilliers à proposer trois idées forces qui composent l'Etat de droit, à savoir : la limitation du pouvoir, la hiérarchie des actes et la référence à un juge indépendant⁸⁶.

D'un point de vue purement technique, on a essayé de distinguer l'État de droit légal de l'État de droit constitutionnel. Les idées sur le phénomène de l'encadrement de la puissance publique par le droit, ont été le plus évoluées de nos jours. Cierke n'hésite pas de faire savoir que l'étude de rapports entre l'État et le droit renseigne, non seulement sur le caractère inné de celui-là par rapport à celui-ci⁸⁷, mais aussi, comme le fait remarquer M. Redor, sur l'évolution des conceptions autour de la soumission de l'Etat au droit à travers les différentes techniques du contrôle juridictionnel, réalisant ce passage de l'Etat légal à l'Etat de droit constitutionnel⁸⁸.

Depuis le milieu du 20^{ème} siècle, sous l'effet de la constitutionnalisation progressive du droit, la Constitution a cessé d'être seulement une « idée » pour devenir une « norme », c'est-à-dire une règle juridique obligatoire dont les

⁸³ En France, l'absence, pendant longtemps, du contrôle de constitutionnalité a conduit les juristes à déplorer l'inachèvement de l'Etat de droit. La mise en place du Conseil constitutionnel par la Constitution de 1958 constitue une innovation majeure ; cfr F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 95.

⁸⁴ M. J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, l'évolution des concepts de la doctrine publiciste française 1874-1976*, Marseille, P.U.A.M., 1992, p 439.

⁸⁵ R. CARRE De MALBERG, cité par DEVILLIERS, *Philosophie du droit : définitions et fin du droit, les moyens du droit*, Dalloz, Paris, 2001, p. 204.

⁸⁶ DEVILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 108.

⁸⁷ CIERKE, op. cit., p. 147.

⁸⁸ Lire utilement son ouvrage sur de l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des concepts de la doctrine publiciste française 1879-1914, Ecimimica, Paris, 2000.

effets se font sentir sur les citoyens et les juges⁸⁹. Dans ce cadre, la loi perd son statut de dogme ou d'acte sacré et incontestable par un juge, au profit de la Constitution⁹⁰.

⁸⁹ J.-M. MBOKO NDJADIMA, *Etat de droit constitutionnel. Ancrage et implications de réalisation en République Démocratique du Congo*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Kinshasa, année académique 2010-2011, pp. 11-12.

⁹⁰ Celle-ci devient la norme axiologique de l'ordre juridique tout entier en ce qu'il s'unifie et s'organise désormais autour d'elle entraînant dans son sillage un changement complet de paradigme juridique. J.M. MBOKO NDJADIMA, *Etat de droit constitutionnel. Ancrage et implications de réalisation en République Démocratique du Congo*, op.cit., p. 12. M.J. REDOR, *De l'Etat légal à l'Etat de droit, l'évolution des concepts de la doctrine publiciste française 1874-1976*, Marseille, P.U.A.M., 1992, p 439 ; CARRE De MALBERG, R., cité par DEVILLIERS, *Philosophie du droit : définitions et fin du droit, les moyens du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 204 ; DEVILLIERS, *Dictionnaire...op. cit.*, p 108 ; CIERKE, *op. cit.*, p. 147. ; Lire utilement son ouvrage sur de l'Etat légal à l'Etat de droit : l'évolution des concepts de la doctrine publiciste française 1879-1914, Ecinimica, Paris, 2000 ; J.M. MBOKO NDJADIMA, *Etat de droit constitutionnel. Ancrage et implications de réalisation en République Démocratique du Congo*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Kinshasa, année académique 2010-2011, pp. 11-12 ; Celle-ci devient la norme axiologique de l'ordre juridique tout entier en ce qu'il s'unifie et s'organise désormais autour d'elle entraînant dans son sillage un changement complet de paradigme juridique. J.M. MBOKO NDJADIMA, *Etat de droit constitutionnel. Ancrage et implications de réalisation en République Démocratique du Congo*, op. cit., p. 12.

CONCLUSION

L'Etat moderne ne peut fonctionner en marge des valeurs du constitutionnalisme. L'approche jurisprudentielle érige le juge en une clé de la consolidation du constitutionnalisme. Avec l'évolution de la question, les chercheurs s'accordent sur la place que jouerait le juge constitutionnel dans l'instauration du constitutionnalisme. D'où l'intérêt du choix porté pour cette réflexion. C'est ainsi que nous avons réfléchi dans le cadre de cette réflexion à la promotion du constitutionnalisme par ce pouvoir sous la Constitution du 18 février 2006 en évoquant les défis et les perspectives.

Aux termes de cette étude, la constatation qui se dégage est que les Etats africains en général et la République Démocratique du Congo en particulier, souffrent presque tous de la même maladie : le défaut de constitutionnalisme et de la démocratie.

Globalement, le travail du pouvoir judiciaire congolais présente très peu de satisfaction à ce jour dans la mesure où la séparation des pouvoirs, la protection de la Constitution et la protection effective des libertés des citoyens, qui sont les trois axes du constitutionnalisme, ne sont pas suffisamment sorties de l'ornement de l'architecture normative de la République Démocratique du Congo.

Plusieurs défis sont à relever pour ce faire : l'existence d'un juge réellement intrépide, la conscientisation de la masse à la défense des libertés publiques et des dirigeants enclins à servir plutôt que d'asservir.

Au demeurant, le constitutionnalisme, à l'instar de la démocratie, reste une recherche permanente, pour reprendre l'expression de Dominique ROUSSEAU, « la démocratie continue »⁹¹. « Continue » pour dire que la démocratie ne s'arrête pas aux seuls moments électoraux, pour dire qu'elle se construit en démultipliant les rythmes politiques, pour dire que cette démultiplication prend des formes variées dont la forme juridictionnelle, pour dire que la Constitution est ce lieu où ces différents rythmes, électoraux et non électoraux, peuvent être mis en cohérence et prendre sens. Pour dire aussi, et plus modestement, que le constitutionnalisme reste un horizon !

Sa défense est un combat quotidien contre l'indifférence des citoyens et/ou les tentations des pouvoirs de grignoter la souveraineté du peuple.

⁹¹ D. ROUSSEAU, « La démocratie continue : fondements constitutionnels et institutions d'une action continue des citoyens », in *Confluence des droits_La revue* [En ligne], 02 | 2020, mis en ligne le 11 février 2020. URL : <http://confluencedesdroits-larevue.com/?p=726>.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES OFFICIELS

1. Constitution de la République Démocratique du Congo 18 février 2006, JO, 47^{ème} année Kinshasa, numéro spécial, 18 février 2006.
2. Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, in JO, 54^{ème} année, n° spécial ;
3. Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, JO, 52^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, n°3 du 1^{er} février 2011 ;
4. Ordonnance-loi n°82-018 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour Suprême de Justice, JO, 23^{ème} année, Kinshasa, n°7 du 1^{er} avril 1982.

II. DOCTRINE

A. Ouvrages

1. ARDANT (P) et BERTRAND (M), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 24^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2012.
2. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), *Lexique de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., PUF, Paris, 2009.
3. BALANDA MIKUI NLELIEL (G.), *Le droit des organisations internationales. Théorie générale*, éd. CEDI, Kinshasa, 2006.
4. BOSCHAB E., *Entre la révision Constitutionnelle et l'inanition de la nation*, Larcier, Bruxelles, 2013.
5. CABANIS A. et MARTIN M-L., *Le constitutionnalisme de la troisième vogue en Afrique francophone*, Academia-Bruyant, Louvain-la-Neuve, 2010.
6. CHEVALLIER J., *L'Etat de droit*, 5^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2010.
7. DEVILLIERS, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 4^e éd., Armand colin, Paris, 2003.
8. DEVILLIERS, *Philosophie du droit : définitions et fin du droit, les moyens du droit*, Dalloz, Paris, 2001.
9. DJOLI ESENG'EKELI (J), *Le constitutionnalisme africain. Entre la gestion des héritages et l'invention du futur. Contribution à l'émergence d'une théorie africaine de l'Etat*, éd. Connaissances et Savoirs, Kinshasa, 2006.
10. EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, Paris, 1986.
11. ESAMBO KANGASHE (J.L.), *Le droit constitutionnel*, Academia-L'Harmattan s.a, Louvain-la-Neuve, 2013.
12. FAVOREU, et al, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2001.
13. FOILLARD (P.) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 10^{ème} éd., Paradigme, Paris, 2004-2005.
14. FROMONT (M.), *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996.

15. GUETTIER (C.), *Droit administratif*, 3^{ème}, Montchrestien, Paris, 2009.
16. HAYEK F., *La Constitution de la liberté*, Litec, Paris, 1994.
17. KABANGE NTAMBALA (C.), *Droit des services et entreprises publics et problématique de la transformation des entreprises publiques en république démocratique du Congo*, éd., Dieu est bon, Kinshasa, 2007.
18. KALUBA DIBWA (D.), *La justice constitutionnelle en République démocratique du Congo. Fondements et modalités d'exercice*, éd. Eucalyptus-Academia-L'Harmatan, Kinshasa-Louvain-la-Neuve, 2013.
19. KALUBA DIBWA (D.), *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit positif congolais. Lecture critique de certaines décisions de la Cour Suprême de Justice*, éd. Eucalyptus, Kinshasa, 2007.
20. KALYNDYE BYANJIRA (D.), *Civisme, Développement et Droits de l'homme. Conditions d'instauration d'un Etat de droit en République Démocratique du Congo*, éd., IADHD, Kinshasa, 2003.
21. KAMUKUNY MUKINAY (A.), *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel Congolais*, LOUVAIN-LA-NEUVE, Academia-Bruylant, Bibliothèque de droit africain, Bruxelles, 2011.
22. KAMUKUNY MUKINAY (A.), *Droit constitutionnel congolais*, EUA, Kinshasa, 2011.
23. KIRONGOZI LIMBAYA S., *Les modalités malentendus de la démocratisation en Afrique subsaharienne. Le paradoxe congolais*, Kinshasa, éd., Sirius, 2010.
24. KOUASSIGAN ADJET (G.), *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique francophone*, éd., Pedone, Paris, 1974
25. LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Armand colin, Paris, 1995.
26. LOMBARD (M.) et DUMONT (G.), *Droit administratif*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2003.
27. MARTENS (P.), *Théorie du droit et pensée juridique contemporaine*, Larcier, Bruxelles, 2003.
28. MBATA MANGU (A), *Abolition de la peine de mort et constitutionnalisme en Afrique*, l'Harmattan, Paris, 2011.
29. MBATA MANGU (A), *Introduction générale au droit*, 1^{ère} éd., Kinshasa, Gallimage, 2009.
30. MPONGO BOKAKO (E.), *Institutions politiques et droit constitutionnel. Théories générales des institutions de l'Etat*, t.1, E.U.A, Kinshasa, 2001.
31. MUTUZA KABE (R.E.), *Apport de la psychologie dans la formation du juriste*, Kinshasa, 2007.
32. PERROT (R.), *Instituteurs judiciaires*, 7^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 1995 ;
33. ROUSSEAU (D.), *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, 1992.
34. TENZER (N)., *Philosophie politique*, 2^e éd., P.U.F., Paris, 1998.
35. TERRE F, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Dalloz, Paris, 2000.

B. Articles et communications scientifiques

1. AKELE ADAU (P.) et SITA AKELE (A.), « Les lois indispensables à l'application de la constitution du 18 février 2006 », in *Revue Congo-Afrique*, CEPAS, Kinshasa, 2006.
2. ESAMBO KANGASHE J.-L., « Regard sur l'Etat de droit dans la Constitution congolaise du 04 avril 2003 », in *Revue juridique : Justice, Science et Paix*, n°001, Kinshasa, 2004.
3. FAVOREU (L.) « Juridiction constitutionnelle », dictionnaire constitutionnel, sous la dir. de DUHAMEL (O.) et MENYI (Y.) P.U.F, Paris, 1992.
4. MBOLOKALA IMBULI M., « Aliénation et désaliénation de l'Etat de droit en République démocratique du Congo. Pour une meilleure compréhension des préalables et des implications », in *Annales de la Faculté des Lettres et Sciences humaines*, n° IV, P.U. K., 2003.
5. MOBUTU SESE SEKO, « Discours d'ouverture du Deuxième Congrès du M.P.R. à N'SELE, 25 novembre 1977 », in *Mobutu discours, allocutions et messages*, tome 3, années 1976 à 1982, Paris, Editions du JAGUAR, 1988.
6. RIVERO (J.), « Etat de droit, Etat du droit », *Etat du droit*, mélanges en l'honneur de Guy BRAIDANT, Dalloz, Paris, 1996.

C. Thèses de doctorat

1. MBOKO NDJADIMA (J.-M.), *Etat de droit constitutionnel. Ancrage et implications de réalisation en République Démocratique du Congo*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Kinshasa, année académique 2010-2011.
2. NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA (P.G.), *Le contrôle de constitutionnalité en République Démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique*, Thèse de doctorat en science juridiques, Université catholique de Louvain, 2008.
3. ODIMULA LOFUNGUSO (L.), *La justice constitutionnelle à l'épreuve de la juridicisation de la vie politique en droit positif Congolais*, Thèse de doctorat en Droit Public, 2013.
4. OMEONGA TONGOMO (B.), *Le contrôle juridictionnel de l'administration et l'Etat de droit en République Démocratique du Congo. Bilan et perspectives d'une justice en mutation*. Thèse de doctorat en droit public, Université de Kinshasa, 2012.

III. JURISPRUDENCE

- a. R. Const. 112/T.S.R, avis de la Cour Suprême de Justice de la RDC du 5 février 2010.