



Doc & Juris

By OVK LAW FIRM

**REVUE DE DROIT PRIVÉ
DOCTRINE ET JURISPRUDENCE**

ACTUALITÉS DU DROIT CONGOLAIS ET OHADA

VOL 3
2020 -2022

MERCREDI 18 OCTOBRE 2023

**LA JUSTICIABILITÉ DES ACTES
DITS DE GOUVERNEMENT
EN CONTENTIEUX
CONSTITUTIONNEL CONGOLAIS**

Par

Alexandre-Chancel FUNGA LUFÉ MOTEMA,

Avocat au Barreau près la Cour d'appel de Kinshasa/Matete
Assistant à la Faculté de Droit de l'Université Pédagogique Nationale (RDC)

En raison tant de leur intérêt théorique que de leurs conséquences normatives immédiates sur la régulation de la société, certaines décisions juridictionnelles échappent à la discrétion. Il en est ainsi de l'arrêt R.Const. 1200 du 13 avril 2020¹ qui, rendu par la Cour constitutionnelle, a été une sentence sans précédent dans l'histoire du règlement du contentieux constitutionnel congolais.

Très attendu et largement controversé², cet arrêt est intervenu dans un contexte de crise consécutive à l'existence, en République démocratique du Congo, d'une épidémie qui a conduit le Chef de l'État à procéder à la proclamation, sur l'ensemble du territoire national, d'un « état d'urgence » à vocation sanitaire. Se conformant au deuxième alinéa de l'article 85 de la Constitution du 18 février 2006³, il en a informé, en date du 24 mars 2020, la nation par message⁴.

Signée à la même date, l'ordonnance n° 20/014 portant proclamation de l'état d'urgence sanitaire pour faire face à l'épidémie de covid-19⁵, texte à double objet, a été l'acte par le biais duquel le Président de la République a non seulement décidé de la proclamation de l'état d'urgence, mais aussi pris, sur pied de l'article 145 de la Constitution, des mesures considérées comme nécessaires pour faire face à la situation. Pour satisfaire à la formalité substantielle de vérification préventive de la conformité de cette ordonnance à la Constitution, celle-ci devait être déférée à la censure de la Cour constitutionnelle qui, censée être saisie dès la signature de l'acte, devait se prononcer toute affaire cessante⁶.

Saisie par un exploit introductif d'instance du 10 avril 2020, soit dix-huit jours après l'entrée en vigueur et l'application de l'ordonnance décrétant l'état d'urgence pour un délai de trente jours, ce n'est qu'en date du 13 avril 2020 que la Cour constitutionnelle s'est, par son arrêt R.Const. 1200 du 13 avril 2020, prononcée en faveur d'une déclaration de la conformité pure et simple de l'acte soumis à son contrôle, bien après s'être totalement déclarée compétente à son égard, excluant ainsi la thèse de l'immunité juridictionnelle dont jouirait l'acte dans son volet proclamation de l'état d'urgence qui, en doctrine, est tenu pour un « acte de gouvernement », échappant par voie de conséquence au contrôle des juges administratif et judiciaire.

La présente note tend, de manière succincte, à exposer sur l'impertinence de l'injusticiabilité de cette catégorie d'acte dans le procès constitutionnel congolais (II). Elle commande, par ailleurs, et pour une meilleure intelligibilité de nos développements, une correcte appréhension de la théorie des actes de gouvernement telle que conçue et développée par le juge ordinaire (I).

volet proclamation de l'état d'urgence qui, en doctrine, est tenu pour un « acte de gouvernement », échappant par voie de conséquence au contrôle des juges administratif et judiciaire⁷.

La présente note tend, de manière succincte, à exposer sur l'impertinence de l'injusticiabilité de cette catégorie d'acte dans le procès constitutionnel congolais (II). Elle commande, par ailleurs, et pour une meilleure intelligibilité de nos développements, une correcte appréhension de la théorie des actes de gouvernement telle que conçue et développée par le juge ordinaire (I).

1 J.O.R.D.C., n° spéc., 16 avril 2020, pp. 12-21.

2 Consécutivement au prononcé de cet arrêt, en date du 2 mai 2020, une conférence-débat sous le thème « Quelles leçons à tirer de l'arrêt R.Const. 1200 de la Cour constitutionnelle » a notamment été animée par les professeurs Jacques Djoli Es-eng'Ekeli, Dieudonné Kaluba Dibwa, José-Marie Tasoki Manzele, et M. Delly Sesanga Hipungu Dja Kaseng, sous la modération du regretté avocat congolais Emery Mukendi Wafwana du Barreau près la Cour de cassation et le Conseil d'État, aujourd'hui de pieuse mémoire.

3 Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 (Texte coordonné), in J.O.R.D.C., n° spéc., 5 février 2011.

4 C'est par message radiotélévisé que le Président de la République a, en date du 24 mars 2020, informé la nation de la proclamation de l'état d'urgence dit sanitaire.

5 J.O.R.D.C., n° spéc., 16 avril 2020, pp. 5-10.

6 Art. 145, al. 2, de la Constitution du 18 février 2006, précitée.

7 F. VUNDUAWA et PEMAKO, Traité de droit administratif, Bruxelles, Larcier-Afrique Éditions, 2007, p. 242 ; J. MORAND-DEVILLER, Droit administratif, 13e éd, Paris, L.G.D.J., coll. « Cours », 2013, p. 586.

I. Les actes dits de gouvernement en théorie

Invention originelle du juge administratif français⁸, la théorie des actes de gouvernement s'est, au fur des années, rependue dans la jurisprudence de plusieurs juridictions administratives dans le monde⁹. Son affirmation a été un point de départ déterminant dans l'autolimitation de la compétence du juge administratif dont l'audace n'a pas été d'un même élan et d'une même envergure que le juge constitutionnel¹⁰.

D'après René Chapus, initialement, l'on qualifiait d'actes de gouvernement tous les actes que le Conseil d'État français estimait opportun de ne pas contrôler en raison des considérations politiques dont ils procédaient¹¹.

Leur conception initiale était donc politique en ce que toute mesure inspirée par un mobile politique, à l'instar de celle décidant de la saisie d'un ouvrage hostile à un régime¹², constituait à ce titre un acte de gouvernement qui ne pouvait être déféré à l'office du juge administratif de l'excès de pouvoir¹³. Suivant cette même logique mettant en avant la nature et le mobile politique des actes de gouvernement, André Gros estimait que ces actes de nature spéciale ne sont que la « survivance de la raison d'État », et que touchant à ses intérêts essentiels, l'on ne saurait les soumettre à un contrôle juridictionnel¹⁴. Mais ce critère a très vite été jugé subjectif et imprécis. Voilà pourquoi, en faveur d'un revirement de jurisprudence, le Conseil d'État français a, depuis l'arrêt *Prince Napoléon* prononcé le 19 février 1875¹⁵, soit deux années après *l'arrêt Blanco*¹⁶, abandonné la « théorie du mobile politique » qui fondait l'incompétence du juge administratif à l'égard des actes de gouvernement, sans pour autant remettre en cause l'idée de l'injusticiabilité de ces actes¹⁷.

La justification des actes de gouvernement tenait ainsi à la distinction alors établie entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale¹⁸ : seuls les actes décisifs relevant de la première sont susceptibles de contrôle juridictionnel, et ceux pris dans les giron de la seconde forment des actes de gouvernement, échappant ainsi au contrôle du juge administratif¹⁹ pour ne relever que du contrôle politique exercé par le Parlement²⁰. Malgré cette distinction, il est apparu une réelle difficulté de circonscrire théoriquement la notion. Face à cette peine, il a été fait recours à la « technique de la liste »²¹ se basant sur une énumération progressive des actes de gouvernement par la jurisprudence

8 Déjà en 1822, par un arrêt du 1er mai, le Conseil d'État français considérait comme touchant à une « question politique » la décision du ministre des finances intéressant le statut de la famille Bonaparte. (C.E.fr., 1er mai 1822, Laffitte).

9 En Italie, par exemple, l'article 31 du décret royal de 1924 disposait déjà que « ne sont pas recevables devant le Conseil d'Etat les recours intentés contre les actes ou mesures prises par le gouvernement dans l'exercice de son pouvoir politique ». (J.-M. AUBY, Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit des États membres de la CEE, Bruxelles, Commission des communautés européennes, coll. « Études », 1971, p. 21).

10 La Cour suprême des États-Unis d'Amérique a en effet été la première juridiction constitutionnelle identifiée en droit comparé. Son audace a été d'une envergure sans précédent depuis l'affirmation du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois à travers un arrêt du 24 février 1803 dit *Marbury c. Madison*. (Trad. fr., in E. ZOLLER, Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, p. 1-13).

11 R. CHAPUS, Droit administratif général, t. 1, 15e éd, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 2001, p. 947.

12 C.E.fr., 9 mai 1867, Duc d'Aumale.

13 C. DEBBASCH, F. COLIN, Droit administratif, 10e éd, Paris, Economica, 2011, p. 106.

14 A. GROS, Survivance de la raison d'État, Paris, Dalloz, 1932, 390 p.

15 C.E.fr., 19 février 1875, Prince Napoléon.

16 Trib.conf.fr., 8 février 1873, Blanco.

17 L'arrêt *Prince Napoléon* n'avait pas vocation à remettre en cause l'existence des actes de gouvernement ; il s'était borné à en éliminer le critère ancien, excessivement large, tiré du mobile politique. (M. LONG, P. WEIL et G. BRAIBANT, P. DEVOLVÉ, B. GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 18e éd, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2011, p. 16-26).

18 La première serait une fonction d'initiative, d'impulsion, de direction ; se situant à un degré ou à un échelon supérieur, elle serait la tête, et agirait par voie d'impulsion générale. La seconde, en revanche, serait une simple fonction d'exécution, se situant à un niveau inférieur à la première. (P. SERRAND, « Administrer et gouverner : Histoire d'une distinction », in *Jus Politicum*, n° 4, 2010, p. 8). Voir également les développements forts utiles de : D. de BÉCHILLON, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État, Paris, Economica, coll. « Droit public positif », 1996, p. 102 et s.

19 C. DEBBASCH, F. COLIN, op.cit., p. 106.

20 J. WALINE, Droit administratif, 27e éd, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2018, p. 372.

21 W. BUSANE RUHANA MIRINDI, Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration par le juge administratif congolais, Université catholique de Louvain, Faculté de Droit et de Criminologie, Thèse de doctorat en droit public, Vol. I,

du Conseil d'État et du Tribunal des conflits²². Actuellement, la catégorie comprend essentiellement les actes concernant les relations du gouvernement et du Parlement, et ceux qui ont trait aux rapports internationaux²³.

En droit public belge, la théorie de l'immunité de la puissance publique a, pendant longtemps, rendue inutile la notion d'acte de gouvernement²⁴. En effet, jusqu'à la période d'avant l'arrêt *La Flandria* prononcé le 5 novembre 1920 par la Cour de cassation de Belgique²⁵, les tribunaux étant incompétents pour connaître des actes des autorités administratives – quels qu'ils fussent –, il était superflu d'introduire une théorie visant à soustraire à leur contrôle certains de ces actes seulement²⁶. L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État de Belgique a toutefois été révélatrice de la consécration d'une immunité contentieuse au profit de certains actes qui, à l'instar d'une décision de demande d'extradition adressée par le gouvernement belge à un gouvernement étranger, sont soustraits de la censure du juge administratif²⁷.

En droit congolais, la notion d'acte de gouvernement ne connaît à ce jour aucun fondement législatif²⁸, même si l'on retrouve ses traces et critères de définition dans la jurisprudence administrative d'avant l'installation du Conseil d'État²⁹.

Autrefois, la possibilité pour le juge administratif suprême congolais de relever l'existence d'un acte de gouvernement avait, d'abord, été rattachée au deuxième alinéa de l'article 88 de l'ordonnance-loi n° 69-2 du 8 janvier relative à la procédure devant la Cour suprême de justice qui disposait que « la Cour apprécie souverainement quels sont les actes du gouvernement qui échappent à son contrôle³⁰ ». Cette disposition sera plus tard reprise par l'ordonnance-loi du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice qui, à son article 87 alinéa 2, reconnaissait également à la section administrative de la Cour le pouvoir discrétionnaire d'apprécier souverainement les actes de l'exécutif qui échappaient à son contrôle³¹. Dans sa formulation, cette disposition légale – non reprise par la loi organique du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif³² – n'utilisait cependant pas l'expression « acte de gouvernement³³ ». Antoine Rubbens déduisait tout de même que la loi avait procédé à la soustraction des « actes de gouvernement » du contrôle judiciaire³⁴.

Sur cette base, la Cour suprême de justice avait développé une jurisprudence faisant systématiquement échapper, à son contrôle de légalité, certains actes qu'il n'hésitait pas de qualifier expressément d'acte

2010, p. 95.

22 A. de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, 5e éd, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 245 ;

23 J.-M. AUBY, *op.cit.*, p. 22.

24 J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 463.

25 Dans la jurisprudence du droit public belge, la toute première affirmation du rejet de la « théorie de l'immunité de la puissance publique » a été l'œuvre de la Cour de cassation de Belgique. (Cass.b., 5 novembre 1920, *La Flandria* ; observations : S. de KETELAERE, *La responsabilité civile de l'État-législateur. La progression du droit commun au sein d'un Etat de droit*, Université catholique de Louvain, Faculté de droit et de criminologie, Mémoire de master en droit, 2012-2013, pp. 11-13). Le Conseil d'État de Belgique n'ayant été créé qu'en 1946, par la loi du 23 décembre. (P. BOUVIER, *La naissance du Conseil d'État de Belgique : une histoire française ?*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Centre Montesquieu d'étude de l'action publique », 2012).

26 J. SALMON, J. JAUMOTTE, E. THIBAUT, *op.cit.*, p. 463.

27 C.E.b., 4 mai 1962, Geldof.

28 Aucune trace de la théorie des actes de gouvernement n'est à ce jour repérable dans la législation congolaise qui, à travers l'article 104 in fine de la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, reconnaît plutôt à la section du contentieux du tribunal administratif la compétence de juger tout contentieux administratif dont la connaissance n'aura pas été expressément attribuée à une autre juridiction administrative. (J.O.R.D.C., n° spéc. 18 octobre 2016).

29 *Infra*.

30 Art. 88, al. 2, de l'ordonnance-loi n° 69-2 du 8 janvier relative à la procédure devant la Cour suprême de justice, M.C., n° 2 du 15 janvier 1969.

31 Art. 87, al. 2, de l'ordonnance-loi 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice, in J.O.Z., n° spéc., 1er avril 1982 ; Codes Larcier RDC, t. I, *Droit civil et judiciaire*, 2003, p. 327.

32 J.O.R.D.C., n° spéc. 18 octobre 2016, précité.

33 M. BOJABWA BONDIO NJEKO, V. YENYI OLUNGU, « La procédure de cassation et d'annulation devant la Cour suprême de justice », in *Interprétation, cassation et annulation en droit congolais*, Parquet Général de la République, 2013, p. 95.

34 A. RUBBENS, *Droit judiciaire congolais*, t. I, *Organisation de compétence judiciaire*, Kinshasa, P.U.C., 2010, p. 32. Dans le même sens, voir : F. VUNDUAWA te PEMAKO, *op.cit.*, p. 882.

de gouvernement. Il a été jugé que constituent des actes de gouvernement à caractère politique, essentiels pour assurer le fonctionnement de pouvoirs publics en ce qu'elles tendent à doter le pays d'un gouvernement, les ordonnances prises par le Président de la République en exécution des actes et procédures accomplis par le Haut Conseil de la République-Parlement de Transition³⁵. De même, la section administrative de la Cour suprême de justice a eu à juger, par son arrêt R.A. 459 du 26 septembre 2001 prononcé dans l'affaire des 315 magistrats, que le décret du 6 novembre 1998 par lequel le Président de la République révoqua des magistrats civils et militaires constituait un acte de gouvernement à caractère politique échappant au contrôle de la juridiction administrative³⁶.

La théorie des actes de gouvernement s'est même révélée opératoire devant le juge judiciaire congolais qui, la consacrant comme « principe général du droit », n'a pas hésité de s'en servir comme fondement de son incompétence à l'égard de certains actes pris par les autorités publiques. En effet, par son arrêt R.C. 2407 du 8 février 2002 statuant sur un pourvoi en cassation en matière de droit privé, la Cour suprême de justice a, en ce que le litige prenait sa source dans une décision du 15 septembre 1971 prise par le Bureau politique du MPR ordonnant l'expulsion des Ouest-africains du territoire national et la vente de leurs biens aux congolais, soulevé d'office un moyen d'ordre public³⁷ tiré de la violation par le demandeur en cassation des principes généraux du droit applicable en vertu de l'article 1er de l'ordonnance du 14 mai 1886 approuvée par le décret du 12 novembre 1886 du Roi souverain, dont celui consacrant la théorie des actes de gouvernement selon laquelle certains actes accomplis par les autorités administratives et, qui par leur nature et leur objet ont un caractère politique, ne sont susceptibles d'aucun recours devant les tribunaux tant administratifs que judiciaires³⁸.

Cette orientation jurisprudentielle, délibérément décidée par le juge administratif et acceptée par son homologue judiciaire, a donc eu comme conséquence immédiate la consécration de l'injusticiabilité d'une certaine catégorie d'actes que les juges qualifient, de manière discrétionnaire, d'« actes de gouvernement ». Ce mode de raisonnement n'a cependant pas connu une transposition dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle qui, depuis l'arrêt R.Const. 1200 du 13 avril 2020, se construit autour de la règle de l'impertinence de l'immunité contentieuse que les juridictions ordinaires reconnaissent aux actes dits de gouvernement.

II. L'impertinence de l'immunité juridictionnelle reconnue aux actes dits de gouvernement dans le procès constitutionnel congolais

L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement résulte de l'incompétence des juridictions administrative et judiciaire³⁹. Ce défaut de pouvoir juridictionnel entraîne l'injusticiabilité de ces actes émanant des autorités publiques. Cette injusticiabilité traduit, tout d'abord, l'impossibilité pour les juges de juger ; mais elle est surtout la manifestation du refus du juge de juger⁴⁰. En effet, l'injusticiabilité des

35 C.S.J., R.A. 320 du 21 août 1996, in Bull. CSJ, 1990-1999, Kinshasa, Éditions du service de documentation et d'études du ministère de la Justice, 2003, pp. 156-163 ; KATUALA KABA KASHALA, YENYI OLUNGU, Cour suprême de justice : historique et textes annotés de procédure, Kinshasa, Éditions Batena Ntambua, 2000, p. 146 ; R. NYABIRUNGU mwene SONGA, « De l'interprétation en droit », in Interprétation, cassation et annulation en droit congolais, Parquet général de la République, 2013, p. 36.

36 C.S.J., R.A. 459 du 26 septembre 2001 ; En doctrine, voir : J.-P. KILENDA KAKENGI BASILA, L'affaire des 315 magistrats de Kinshasa. Une purge néo-mobutiste, Paris, L'Harmattan, coll. « Études Africaines », 2004, p. 290 ; M. WETSH'OKONDA KOSO, « La théorie des actes de gouvernement dans l'arrêt de la Cour suprême de justice RA 459 et consorts du 26 septembre 2001 sur la révocation de 315 magistrats », in Les Analyses Juridiques, n° 5/2005, pp. 13-27 ; J.-L. ESAMBO KANGASHE, Traité de droit constitutionnel congolais, Paris, L'Harmattan, coll. « Études africaines », 2017, p. 39.

37 Théoriquement, le « moyen d'ordre public » s'oppose au « moyen d'ordre privé ». Il se rapporte à une matière intéressant l'ordre public ou une prescription impérative et peut même être invoqué pour la toute première fois en cassation, soit par les parties, soit d'office par le juge. (C. T. TUKA IKA BAZUNGULA, La cassation en droit congolais, Kinshasa, P.U.C., 2017, p. 207 ; J. BORÉ, L. BORÉ, La cassation en matière civile, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2008, p. 504).

38 C.S.J., R.C. 2407 du 8 février 2002, in Bull. CSJ, 2000-2003, Kinshasa, Éditions du service de documentation et d'études du ministère de la Justice, 2004, pp. 112-115.

39 R. CHAPUS, op.cit., p. 949.

40 M. CHARITÉ, « L'injusticiabilité des actes rattachables à l'office du Conseil constitutionnel devant le juge administratif », in L'injusticiabilité : émergence d'une notion ? Études en hommage au Professeur Jacques Leroy, (sous. dir. Pierre Serrand et Piotr Szwed), Cracovie, Biblioteka Jagiellońska, 2018, p. 78.

actes de gouvernement dénote une certaine dose d'inefficacité du contrôle juridictionnel⁴¹. Elle entre par ailleurs en parfaite contradiction avec l'idée de l'État de droit⁴² qui, d'après Jacques Chevalier, suppose une soumission de l'exécutif et de l'administration à la loi, sous la garantie de l'existence d'un contrôle juridictionnel⁴³. Théoriquement, l'existence d'une zone inaccessible au juge, où peut régner l'arbitraire des autorités publiques, paraît scandaleuse⁴⁴. La théorie des actes de gouvernement apparaît, par là, dans un système juridique moderne à base de légalité, comme un paradoxe et un archaïsme, une survivance d'une notion liée à un système de droit antérieur même à « l'État légal »⁴⁵, celle de la vieille « raison d'État »⁴⁶.

Suivant une logique respectueuse de la primauté du droit constitutionnel, par son arrêt R.Const. 1200 du 13 avril 2020, le juge constitutionnel congolais a dénié toute immunité contentieuse à l'ordonnance présidentielle du 24 mars 2020 qui, dans son premier volet, proclamait un état d'urgence à vocation sanitaire⁴⁷. Dans la droite ligne de cette sentence, la Cour constitutionnelle a également, par ses arrêts R.Const. 1203/1204/1205 du 30 avril 2020⁴⁸, R.Const. 1225 du 21 mai 2020⁴⁹, R.Const. 1223 du 29 mai 2020⁵⁰, R.Const. 1244 du 17 juin 2020, affirmé sa compétence à connaître de la constitutionnalité des ordonnances n° 20/028 du 23 avril 2020, n° 20/041 du 7 mai 2020, n° 20/044 du 22 mai 2020 et n° 20/046 du 6 juin 2020 portant prorogation de l'état d'urgence sanitaire en application des lois du 23 avril 2020, du 7 mai 2020, du 22 mai 2020 et du 6 juin 2020.

Pour la Cour, l'ordonnance proclamant l'état d'urgence – comme celle le prorogeant – est une décision administrative réglementaire relevant de sa compétence d'attribution, sur le fondement de la Constitution de la République⁵¹.

Le raisonnement par induction⁵² nous permet donc de soutenir qu'en affirmant son pouvoir juridictionnel à l'égard de cette catégorie d'actes réputés avoir la nature d'actes de gouvernement, la Cour constitutionnelle de la République démocratique du Congo, contrairement à celle du Bénin⁵³, écarte définitivement de son office la thèse de son immunité juridictionnelle qui se révèle impertinente en contentieux constitutionnel.

41 T. KHADIM, *Le contrôle de l'exécutif dans la création de l'État de droit en Afrique francophone*, Université de Bordeaux, Ecole doctorale de Droit, Thèse de doctorat en droit public, 2018, p. 83.

42 R. CHAPUS, *op.cit.*, p. 949.

43 J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 6e éd, Paris, L.G.D.J., coll. « Clefs », 2017, p. 67.

44 P. WEIL, D. POUYAUD, *Droit administratif*, 24e éd, Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 2013, p. 65.

45 Sur l'entendement théorique de la notion d'« État légal », voir : F. VUNDUAWE et PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Droit constitutionnel du Congo. Textes et documents fondamentaux*, Vol. 1, Louvain-la-Neuve, Academia- L'Harmattan, 2012, p. 7.

46 Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, 20e éd, Paris, L.G.D.J., coll. « Manuel », 2012, p. 141.

47 J.O.R.D.C., n° spéc., 16 avril 2020, précité.

48 C.C., R.Const. 1203/1204/1205 du 30 avril 2020.

49 C.C., R.Const. 1225 du 21 mai 2020.

50 C.C., R.Const. 1233 du 29 mai 2020.

51 Aux termes de l'article 162, alinéa 2, de la Constitution de la République, « toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire ».

52 Le raisonnement par déduction procède du général au particulier, tandis que le raisonnement par induction chemine dans le sens opposé, c'est-à-dire qu'il part du particulier au général. (G. GOHAU, « Esprit déductif versus esprit inductif », in *Aster*, n° 14, 1994, p. 9). En l'espèce, le procédé inductif consiste en une analyse critique de la pratique juridique réelle pour en dégager des principes. (J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, *Droit congolais des services publics*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2015, p. 22).

53 La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin reconnaît aux mesures exceptionnelles une immunité juridictionnelle tenant à leur nature d'acte de gouvernement. Cette jurisprudence remonte à une décision du 24 août 1994. (A. KPO-DAR, « Observations sous la décision DDC 10-129 du 21 octobre 2010 », in *Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle*, I-2013, p. 205). En effet, la Cour fut saisie d'un recours par lequel le président de l'Assemblée nationale sollicitait le contrôle de la constitutionnalité des ordonnances n° 94-001 et 94-002 du 1er août 1994, en invoquant, notamment, la violation des articles 98, 99, 109, 110 et 68 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990. Par sa décision DCC 27-94 du 24 août 1994, la Cour constitutionnelle du Bénin a d'abord précisé que « les actes querelés ont été pris dans le cadre de l'exercice des pouvoirs exceptionnels organisés par les dispositions des articles 68 et 69 de la Constitution ». En conséquence, elle a considéré que « le recours à l'application de l'article 68, dès lors qu'il a été exercé dans les conditions prescrites par la Constitution, est un acte de gouvernement qui n'est susceptible de recours devant la Cour constitutionnelle ». (Décision DCC 27-94 du 24 août 1994).

En effet, les actes de gouvernement sont, ainsi que l'opine Pierre Serrand, par nature justiciables⁵⁴. Ils ne sont pas insaisissables⁵⁵. Tout au long de l'histoire du droit, ils n'ont été injusticiables que par accident, l'accident consistant en une carence dans l'organisation juridictionnelle⁵⁶.

Pour le Doyen Louis Favoreu, entre autres hypothèses, l'injusticiabilité des actes de gouvernement ne pouvait se justifier que par la défaillance de l'ensemble de l'organisation juridictionnelle. En outre, elle s'expliquait par l'existence d'une lacune dans la réglementation de la compétence de plusieurs ordres juridictionnels spécialisés et juxtaposés.

Pour le Doyen Louis Favoreu, entre autres hypothèses, l'injusticiabilité des actes de gouvernement ne pouvait se justifier que par la défaillance de l'ensemble de l'organisation juridictionnelle. En outre, elle s'expliquait par l'existence d'une lacune dans la réglementation de la compétence de plusieurs ordres juridictionnels spécialisés et juxtaposés⁵⁷.

Selon cette façon de voir, la pleine injusticiabilité des actes de gouvernement consacrée en contentieux administratif comme dans le contentieux relevant de la compétence du juge judiciaire n'était qu'accidentelle, et résultait de l'absence d'un juge constitutionnel compétent⁵⁸. Autrement dit, l'immunité juridictionnelle des actes de l'exécutif regroupés sous le vocable « actes de gouvernement » était due à l'absence du juge compétent, et que ce juge, dont la compétence faisait défaut, est le juge constitutionnel⁵⁹. C'est ainsi qu'en l'absence d'une juridiction constitutionnelle pouvant affirmer sa compétence, les décisions qualifiées d'actes de gouvernement par le Conseil d'État français et les autres juridictions ordinaires demeuraient sans possibilité de recours, occasionnant par voie de conséquence un déni de justice et une atteinte au « droit au juge »⁶⁰.

Depuis l'avènement de la justice constitutionnelle, ces décisions ont continué à échapper à tout contrôle exercé par les juridictions ordinaires pour n'être soumises qu'au contrôle de constitutionnalité du juge constitutionnel qui faisait autrefois défaut dans l'organisation juridictionnelle.

Partant de ce postulat, la position du juge constitutionnel congolais sous l'arrêt R.Const 1200 du 13 avril 2020 paraît soutenable à tout point de vue. Elle marque une volonté affirmée du juge d'assurer la saisine des actes du pouvoir politique par le droit⁶¹.

54 P. SERRAND, « Les explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement : contribution à une typologie des injusticiabilités », in *L'injusticiabilité : émergence d'une notion ? Études en hommage au Professeur Jacques Leroy*, (sous. dir. Pierre Serrand et Piotr Szwed), Cracovie, Biblioteka Jagiellońska, 2018, p. 72.

55 E. CARPENTIER. « L'acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », in *R.F.D.A.*, n° 4, 2006, pp. 661-677.

56 P. SERRAND, *op.cit.*, p. 72.

57 L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 32 ; réf. citées par : P. SERRAND, « Les explications doctrinales de l'injusticiabilité de l'acte de gouvernement : contribution à une typologie des injusticiabilités », *op.cit.*, p. 72.

58 L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op.cit.*, p.169.

59 *Ibid.*, p. 217.

60 Contre toute attente, la Cour européenne des droits de l'homme a, par un arrêt du 14 décembre 2006, jugé que l'immunité juridictionnelle reconnue aux actes de gouvernement n'était pas contraire au droit recours ou au droit au juge. (C.E.D.H., 14 décembre 2006, Markovic c. Italie ; M. VOSNY, « Acte de gouvernement et droit au juge. À propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, 14 déc. 2006, Markovic c. Italie, req. 1398/03 », in *R.F.D.A.*, juillet-août 2008, pp. 728-735). Sur le « droit au juge », voir : NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Droit congolais des droits de l'homme*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, coll. « Bibliothèque de droit africain », 2004, pp. 243-244.

61 Pour une doctrine favorable à la saisine de la politique par le droit, voir : L. FAVOREU, *La politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, 153 p ; V. ROUSSEL, « La judiciarisation du politique, réalités et faux semblants », in *Mouvements*, n° 29, septembre-octobre 2003/4, pp. 12-18.

Aussi, cette ligne jurisprudentielle tracée s'accommode avec le dogme de l'État de droit constitutionnel qui, au final, repose sur l'effectivité du contrôle du juge et l'absence de décisions injusticiables⁶².

S'agissant toujours de l'État de droit constitutionnel, ici est le lieu de noter que la tendance de la jurisprudence tracée par la Cour constitutionnelle penche sensiblement en faveur de la généralisation du contrôle du juge à l'égard de tous les actes émanant des autorités publiques. En effet, l'on s'accorde à affirmer que, dans le droit public moderne, les « îlots d'injusticiabilité » sont de moins en moins tolérables et contrastent avec l'idée de la primauté du droit trônant au plus haut sommet de la hiérarchie normative⁶³.

Ainsi, se fondant notamment sur l'article 1er de la Constitution aux termes duquel la République démocratique du Congo est un « État de droit », la Cour constitutionnelle a, de manière purement prétorienne, étendu sa compétence aux actes d'assemblée non expressément soumis à son contrôle⁶⁴. À ce titre, par les arrêts R.Const. 356 du 10 mars 2017 et R.Const. 469 du 26 mai 2017, les motions destituant les gouverneurs des provinces de la Tshuapa et du Haut-Katanga ont été respectivement jugées non conformes à la Constitution de la République⁶⁵.

Sans entretenir l'existence d'un « spectre de gouvernement des juges »⁶⁶, l'affirmation de la compétence du juge constitutionnel congolais en matière de contrôle des décisions tenues pour « actes de gouvernement », comme en matière de contrôle d'actes d'assemblée, est donc heureuse, étant entendue qu'elle s'inscrit dans la logique d'une politique jurisprudentielle conforme aux implications de l'État de droit qui repose sur la justiciabilité ou la juridictionnalité de tout acte⁶⁷.

La violation de la Constitution, intérêt supérieur et suprême de la nation, ne devrait être justifiée par aucune théorie empêchant le juge constitutionnel de redresser les torts causés à l'ordre juridique⁶⁸. Il est ainsi admis que les actes de gouvernement, comme les ordonnances présidentielles de proclamation de l'état d'urgence, de dissolution de l'Assemblée nationale,

62 Sur l'« État de droit constitutionnel » et ses contours théoriques, se référer à : J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, État de droit constitutionnel : Ancrage et implication de réalisation en République démocratique du Congo, Vol. I et II, Université de Kinshasa, Faculté de Droit, Thèse de doctorat en droit public, 2011 ; F. VUNDUAWA te PEMAKO, J.-M. MBOKO DJ'ANDIMA, Droit constitutionnel du Congo. Textes et documents fondamentaux, Vol. 2, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2012, pp. 1024-1025.

63 A. JULLY, « Propos orthodoxes sur l'acte de gouvernement », in Civitas Europa, n° 43, 2019/2, p. 169

64 C.C., R.Const. 356 du 10 mars 2017 ; C.C., R.Const. 469 du 26 mai 2017 ; C.C., R.Const. 569/599 du 29 décembre 2017.

65 Pour commentaires, voir : A.-C. FUNGA LUFÉ MOTEMA, « État de droit et protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Une lecture de l'arrêt R.Const. 356 de la Cour constitutionnelle de la République démocratique du Congo », in Annuaire Congolais de Justice Constitutionnelle, Vol. 2, 2017, pp. 495-506. Soulignons toutefois, du moins pour rappel, que cette compétence du juge constitutionnel en matière de contrôle d'actes d'assemblée avait déjà été consacrée par la jurisprudence de la Cour suprême de justice qui, pour étendre son champ de contrôle, se fondait cependant sur une autre base. En effet, la Cour suprême de justice contrôlait ces actes sur pied de l'article 162 de la Constitution, partant d'une définition large de la notion d'acte législatif qui, d'après elle, couvrait 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 d'une motion de défiance ou de censure. (C.S.J., R.Const. 51 /TSR du 31 juillet 2007, in Bull. CSJ, n° spéc., matière de constitutionnalité, Éditions du Service de documentation et d'études du ministère de la justice, garde des sceaux et droits humains, 2015, pp. 10-12 ; C.S.J., R.Const. 062/TSR du 26 décembre 2007, *ibid.*, pp. 12-15 ; C.S.J., R.Const. 078/TSR du 4 mai 2009, *ibid.*, pp. 20-25 ; C.S.J., R.Const. 137/TSR du 22 octobre 2010, *ibid.*, pp. 42-45 ; C.S.J., R.Const. 152/TSR, du 26 avril 2011, *ibid.*, pp. 56-61).

66 Il est d'une réalité incontestable que le « spectre du gouvernement des juges » hante en permanence la conscience juridique. (D. TERRÉ, « Gouvernement des juges et démocratie », in Archives de philosophie du droit, 47, 2003, p. 409). Aux États-Unis d'Amérique, Édouard Lambert a magistralement observé ce phénomène de renversement d'équilibre au profit du pouvoir judiciaire, qui a soumis les deux autres à son contrôle et établi, par-là, un régime de gouvernement par les juges. (É. LAMBERT, Le gouvernement des juges, Paris, Éditions Giard, 1921, rééd. Dalloz, coll. « La bibliothèque Dalloz », 2005, pp. 15-16).

67 J. CHEVALLIER, *op.cit.*, p. 74.

68 D. KALUBA DIBWA, La justice constitutionnelle en République démocratique du Congo, Kinshasa-Bruxelles, Eucalyptus-Academia, 2013, p. 421.

ou de nomination d'un Premier ministre, devraient aujourd'hui être susceptibles de recours en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle sans que leur non-censure ne soit invoquée⁶⁹. Aujourd'hui, l'évolution des démocraties modernes tend vers l'établissement de l'État de droit et donc vers le contrôle de tous les actes des dirigeants, lesquels ne sont que les représentants du peuple⁷⁰.

En effet, tout moyen tendant à soutenir l'injusticiabilité de la catégorie d'actes regroupés sous l'appellation « actes de gouvernement » est, devant le juge constitutionnel, inopérant⁷¹ car manquant en droit⁷². À l'état actuel de la jurisprudence, il demeure tout de même invocable devant les juridictions administratives et judiciaires qui peuvent, toujours, souverainement faire varier leur pouvoir d'appréciation avec tous les risques d'arbitraire⁷³.

69 D. KALUBA DIBWA, *op.cit.*, p. 421.

70 MATADI NENGA GAMANDA, *Éléments de philosophie du droit*, Kinshasa, Éditions Droit et Idées Nouvelles, 2013, p. 18.

71 En théorie du droit juridictionnel, l'on considère qu'un moyen est « inopérant » chaque fois qu'il est insusceptible d'exercer une influence sur la solution du litige. (C.-É. SÉNAC, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2015, p. 431 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. B. LAMENT, *La technique de cassation*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 196).

72 Tel moyen manque en droit en ce qu'il s'appuie sur une argumentation juridiquement erronée en droit du contentieux constitutionnel. Sur les « moyens manquant en droit », dans la pratique du droit congolais de la cassation, voir : C. T. TUKA IKA BAZUNGULA, *La cassation en droit congolais*, *op.cit.*, p. 204.

73 En effet, plusieurs voix se sont levées en faveur de l'éradication de la notion d'acte de gouvernement au motif qu'elle serait de nature à ouvrir la porte à l'arbitraire. (W. BUSANE RUHANA MIRINDI, *Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'Administration par le juge administratif congolais*, *op.cit.*, p. 97).

REVUE DE DROIT PRIVÉ DOCTRINE ET JURISPRUDENCE

ACTUALITÉS DU DROIT CONGOLAIS ET OHADA



Doc & Juris

By OVK LAW FIRM