
M.E.S., Numéro 109, Avril-Juin 2019

<https://www.mesrids.org>

Dépôt légal : MR 3.02103.57117

Mise en ligne le 11 janvier 2022

L'INTERET SUR LE PLAN DU CONTENTIEUX DE LA LEGALITE

par

**GBUA SOBELA Désiré et BATUNZI mwene
BATENDE**

Faculté de Droit, Université de Kinshasa

Introduction

La détermination des règles applicables au contentieux de la légalité *sunsu lato* se fait selon les principes qui concernent le fond de l'affaire, d'une part, et la procédure à suivre d'autre part. Quant au fond, ce sont les textes juridiques en vigueur « *in illo tempore non suspecto* », c'est-à-dire au moment de la commission des faits, qui doivent être appliqués par le juge. Quant à la procédure, ce sont en principe les règles en vigueur au moment du prononcé de la décision juridique qui doivent être appliquées, sauf en ce qui concerne les actes de procédure déjà accomplis régulièrement sous l'emprise des textes antérieurs, car selon Raymond Carré de Malberg, la hiérarchie des normes est largement déterminée par la hiérarchie des organes de la qualité de puissance de son auteur dépendant les propriétés juridiques de la règle⁹⁰.

⁹⁰ Raymond Carré de Malberg, Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa forme, 1933 : Rééd, Paris, CNRS, 1962, p. 1936.

Le pouvoir constituant étant au sommet, il est logique que la Constitution soit l'acte supérieur de l'ordre juridique interne de l'Etat. Dans la doctrine normativiste développée particulièrement par Hans Kelsen, la hiérarchie des normes vient de ce que pour être considérée comme valide, telle norme doit respecter les conditions de production.

L'ordre hiérarchique dans l'ordre interne de l'Etat des sources formelles, déterminé par le force juridique de chacune d'elles, se présente comme suit : la Constitution, les traités et accords internationaux, les actes législatifs, la coutume locale, les principes généraux du droit et les règlements administratifs. Il importe à présent de cerner précisément les notions et de justifier la place de chaque source, car contrairement à la France où il existe la notion de bloc de Constitutionnalité parce que les sources formelles de la Constitutionnalité y sont plures ; exemple la Constitution du 4 octobre 1958 et les textes auxquels renvoient les préambules de celles-ci, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de la Constitution de 1946 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ainsi que la charte de l'environnement de 2004, mais suivant la tradition belge, seules les dispositions coutumières dans les articles de la Constitution ont une valeur positive. Donc, en droit congolais comme en droit belge, la Constitution et la Constitutionnalité coïncident parfaitement (⁹¹) toutefois, en ce qui concerne la répartition des compétences entre l'Etat fédéral belge et les collectivités fédérées, il y a une

⁹¹ M. Verdussen, justice Constitutionnelle, Bruxelles, Larcier, Coll. Précis de la faculté de droit de l'UCS, 2012, p.88

certaine idée de bloc de Constitutionnalité. Il existe des règles établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de la collectivité fédérale, des communautés et des régions.

L'expression « bloc de Constitutionnalité » a été utilisée pour la première fois par Claude Emeri et Jean Louis Seurin dans son commentaire de la décision 69-37DC du 20 novembre 1969 relatif au règlement de l'Assemblée Nationale⁹².

En droit congolais, l'expression bloc de Constitutionnalité peut être utilisée concernant l'accord global et inclusif et la Constitution de la transition du 4 avril 2003, comme les deux textes fondamentaux de cette période de transition⁹³.

D'entrée de jeu, le contrôle de la Constitutionnalité est la mise en œuvre du principe de la séparation de pouvoir constituant et des pouvoirs constitués (⁹⁴). Ainsi, le contrôle de Constitutionnalité comme s'est prononcée la cour Constitutionnelle belge, « Aucune norme du droit Constitutionnel et du droit international ne donne aux Etats le pouvoir de faire des traités contraires à leur Constitution.

Le constituant congolais dispos dans ce sens que si la Cour Constitutionnelle déclare qu'un traité ou accord international comporte une clause contraire à la Constitution, la ratification ou l'approbation ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution (art 216 de la Constitution). Sinon, le processus de conclusion de ce traité ou accord international s'arrête, les autorités congolaises ne pouvant s'engager sur un objet contraire aux dispositions Constitutionnelles. Pour plus de clarté, l'article 43 de la loi organique du 15 octobre 2013

portant organisation et fonctionnement de la cour Constitutionnelle dispose expressément que celle-ci connaît de la Constitutionnalité des traités et accords internationaux. Dans cet ordre d'idées, le contrôle de la Constitutionnalité d'une loi d'approbation ou d'autorisation de ratification est d'abord possible sur pied de l'article 160, alinéa 3, de la Constitution. En cas de déclaration de sa non-conformité à la Constitution, le traité ou l'accord international concerné ne peut pas s'appliquer et l'acte de ratification émanant du Président de la République, un acte de gouvernement (⁹⁵) ne peut non plus intervenir. Après l'insertion d'un traité ou d'un accord international dans l'ordre juridique interne congolais, le recours en inconstitutionnalité d'une loi d'approbation ou d'autorisation de ratification est possible. En ce sens, l'article 50, alinéa 2 de la loi organique sur la cour Constitutionnelle précise que ce recours n'est recevable que s'il est introduit dans les soixante jours qui suivent la publication de la loi d'approbation ou d'autorisation de ratification ou journal officiel.

De même, en droit belge, le contrôle de la Constitutionnalité de la loi d'assentiment au traité depuis un arrêt du 16 octobre 1991 de la cour Constitutionnelle (⁹⁶) permet d'assurer le contrôle de compatibilité du contenu d'un traité directement applicable avec les dispositions Constitutionnelles, le contrôle de Constitutionnalité d'une telle loi implique en effet l'examen du contenu des dispositions du traité parce qu'en approuvant le traité, la loi s'approprie les

⁹² Vie et droit parlementaire, RDP, 1970, pp. 637-696

⁹³ F. Vunduawe te Pemako, J.M Mboko D'jandima, Droit Constitutionnel du Congo, Textes et documents fondamentaux, vol. II Louvain, La Neuve, Academia L'Harmattan, 2012, pp. 882-883

⁹⁴F. Vunduawe te Pemako, J.M Mboko D'jandima, op. cit., Vol. II, p. 1052.

⁹⁵ L. Yuma Biaba, Manuel de droit administratif général, Kinshasa, éd. CED, 2012, p. 42.

⁹⁶ Y. Lejeune, Droit Constitutionnel belge. fondements et institutions, Bruxelles, Larquier, 2010 n° 204, p. 155 ; M.F. Rigaux, B. Renaud, La cour Constitutionnelle, Bruxelles, Bruylant, 2008, n° 55, p. 49 ; M. Uyttendaele, op. cit., n° 8, p. 107.

Constitutionnalités éventuelles dont le traité serait entache⁽⁹⁷⁾.

En définitive, en droit interne, la Constitution reste la norme suprême, expression de la volonté du peuple souverain, les actes législatifs ne sont soumis qu'au contrôle de leur conformité à la Constitution devant le juge Constitutionnel, par voie d'action ou par voie de question préjudicielle de Constitutionnalité qualifiée par les textes, c'est-à-dire la Constitution et loi organique sur la cour Constitutionnelle d'exception d'inconstitutionnalité. Partant du déroulement de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, Guy Carcassonne et Olivier Duhamel relèvent qu'il s'agit bien d'une question de Constitutionnalité et non d'une exception d'inconstitutionnalité. En droit, une exception est une procédure particulière qui se greffe sur la procédure principale. Mais, en droit toujours et en règle générale, le juge de l'action est également le juge d'exception. Ici, au contraire, le juge de l'action ne peut statuer lui-même sur la Constitutionnalité⁽⁹⁸⁾.

La cour Constitutionnelle est en effet juge de la dite exception d'inconstitutionnalité soulevée devant ou par une juridiction ordinaire. De ce fait, cette dernière doit surseoir à statuer lorsque cette exception est soulevée et saisie, toute affaire cessante, la cour Constitutionnelle.

Ce travail s'articule en points..... une brève conclusion met un terme à cette étude

1. Contrôle du juge.

Il importe d'indiquer d'emblée que les autorités administratives indépendantes ne sont pas indépendants du juge, spécialement du juge

⁹⁷ C. Arb. arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991, J.T., 1992, p. 670, note Y. Lejeune, Ph. Brouwers.

⁹⁸ G. Carcassonne, O. Duhamel, QPC, La question prioritaire de Constitutionnalité, Paris, Dalloz, Coll. A savoir, 2011, p. 49.

administratif, qui peut censurer leurs actes⁽⁹⁹⁾. La censure directe des règlements et des actes individuels pris par une autorité administrative indépendante congolaise relève de la compétence du conseil d'Etat, à l'exception du règlement intérieur de la CENI, du CSAC ou d'une autre institution d'appui à la démocratie créée en vertu de l'article 222, alinéa 3, de la Constitution, qui est soumis au contrôle de sa Constitutionnalité devant la cour Constitutionnelle avant sa mise en application⁽¹⁰⁰⁾.

En effet, les actes réglementaires subordonnés qui interviennent dans le sillage de la loi pour en assurer l'exécution ou l'application sont avant tout, appréciés par rapport à la loi par le juge administratif en raison de la théorie de la loi écran ou de l'écran législatif¹⁰¹.

Toutefois, en base de l'article 162, alinéa 2, de la Constitution et de l'article 43 de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour Constitutionnelle, il y a lieu de signaler que celle-ci est compétente pour connaître de la Constitutionnalité des actes réglementaires de toute autorité administrative pour assurer le contrôle de Constitutionnalité des actes administratifs. Mais, la Cour constitutionnelle est compétente pour une raison simple, que la compétence reste d'attribution en droit public.

En application de la théorie de la loi écran ou de l'écran législatif, le juge administratif congolais ne peut censurer un règlement subordonné pris conformément à une loi qui serait inconstitutionnelle,

⁹⁹ Article 162 de la Constitution du 18 février 2006, J.O, n° spécial, 5 février 2011, p. 54.

¹⁰⁰ Article 160, alinéa 2 de la Constitution ; et article 48 de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour Constitutionnelle.

¹⁰¹ En ce sens, J.L AUTIN, Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat, RDP, 1991, J. WALINE, Op. cit., n° 94, p. 74.

mais non encore annulé par le juge Constitutionnel ⁽¹⁰²⁾.

En France, par exemple, en absence de loi-écran, le conseil d'Etat peut censurer les actes administratifs contraires à la Constitution ⁽¹⁰³⁾. L'appréciation de la légalité d'un acte administratif se fait ici en fonction de la Constitution pour autant que le contrôle du juge administratif ne se trouve pas affecté par une disposition législative faisant écran entre la Constitution et l'acte administratif en cause ⁽¹⁰⁴⁾.

En Belgique, cependant, les actes administratifs qui trouvent directement leur fondement dans la constitution et lui sont contraires sont annulés au fond l'objet d'un refus d'application s'ils sont réglementaires et ne sont plus susceptibles d'être annulés par le conseil d'Etat ⁽¹⁰⁵⁾. Toutefois, du fait qu'en droit congolais, l'acte législatif ou réglementaire (dont le règlement administratif) doit surseoir à statuer et saisir toutes affaires cessantes la cour constitutionnelle.

Il y a lieu de nous demander si le contrôle de Constitutionnalité des actes réglementaires administratifs ne peut s'exercer par le juge administratif. En outre, le juge Constitutionnel pouvant également être saisi, par voie d'action, par toute personne pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire (art. 162 al. 2, de la Constitution) ; il y a lieu aussi de nous demander si le juge administratif deviendrait incompétent pour connaître de l'inconstitutionnalité de tout acte réglementaire administratif, alors que le juge administratif de droit commun a la mission d'annuler,

¹⁰² En ce sens aussi, L. Yuma Buaba, op. cit., p. 38

¹⁰³ En ce sens, D. Turpin, op. cit., p. 27

¹⁰⁴ B. Genevois, le Conseil d'Etat et l'application de la Constitution en G. Drago (DIR), Application de la Constitution par la les cours suprêmes. Conseil Constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation, Paris, Davloz, Coll. Thème & commentaire, actes, 2007, p. 35..

¹⁰⁵ Article 162, 3 et 4 de la Constitution.

c'est-à-dire de mettre à néant avec effet rétroactif, tout acte administratif unilatéral, réglementaire ou individuel, pour irrégularité juridique sur ce dernier aspect, n'y a-t-il pas lieu de penser à la convenance de compétence entre le juge Constitutionnel et le juge administratif ? L'incompétence du conseil d'Etat à l'égard de règlements autonomes peut-elle s'affirmer à la lumière de l'article 155 alinéa 1^{er} de la Constitution ?

En définitive, le juge administratif ne peut pas censurer un règlement subordonné lorsque celui-ci pris conformément à une loi, et ce en vertu de la théorie de la loi écran ou de l'écran législatif. Car tout juge ordinaire dit le droit sous l'autorité de la loi au sens technique du terme. C'est ce qui explique que le juge judiciaire a le pouvoir de refuser d'appliquer les actes réglementaires administratifs dans le cadre d'un procès lorsqu'une exception d'illégalité est soulevée par l'une des parties qui est toute personne, un particulier ou une autorité administrative, sur pied de l'article 153 al. 4 de la Constitution. De son côté, le juge administratif ne peut méconnaître la loi, soutènement juridique d'un règlement lors d'un procès.

2. L'effet de l'annulation

Une fois l'annulation prononcée, elle produit ses effets à l'égard de tous, c'est-à-dire elle produit des effets *erga omnes*, l'acte administratif annulé est supprimé de l'arsenal juridique dès l'origine (*ab avo, ab initio*, de origine ou ex tunc). Autrement dit, l'annulation produit ses effets rétroactivement au jour de la prise de l'acte annulé. Toutefois, en droit comparé, il est reconnu au juge administratif le pouvoir de « modulation dans le temps » des effets de l'annulation ⁽¹⁰⁶⁾.

¹⁰⁶ En France, par décision du Conseil d'Etat (CE, ass., 11 mai 2004, Association AC, n° 2555886, Rec., 2004, p. 217 ; C. Broyelle, op. cit., n° 343, pp.251-252). Dans d'autres

En effet, il est dérogé à la rétroactivité de l'annulation lorsqu'une telle rétroactivité est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives. Il serait par exemple absurde d'exiger d'un fonctionnaire, dont la nomination a été annulée plusieurs mois après son entrée en fonction, le remboursement des sommes perçues, au motif qu'il devrait être considéré comme n'ayant jamais été embauché par l'Administration¹⁰⁷.

3. Le contentieux de l'indemnité

Contentieux subjectif : le contentieux de l'indemnité vise l'indemnisation de la personne lésée d'un préjudice causé par les services publics et leurs agents. Comme un contentieux subjectif, le contentieux de l'indemnité vise comme résultats l'indemnisation sur base de droits subjectifs dont se prévaut l'administré. Léon Duguit a eu à expliciter la notion de droit subjectif : « Le droit subjectif est un pouvoir pour l'individu vivant en société. C'est le pouvoir pour l'individu d'obtenir la reconnaissance sociale du résultat qu'il veut, quand l'objet voulu et le motif qui détermine son acte de volonté sont reconnus légitimes par le droit objectif. »⁽¹⁰⁸⁾ Dans tous les cas, seul un individu doté de la personnalité juridique (personne physique ou morale) peut avoir des droits, car les droits sont des pouvoirs d'action qui ne peuvent appartenir qu'à des êtres doués, soit immédiatement (personne physique ou être juridique naturel), soit médiatement (personne morale ou être juridique artificiel ou construit)⁽¹⁰⁹⁾. L'indemnité à verser est à charge de la partie civilement responsable.

Etats de l'Union européenne comme en Belgique, c'est par la loi (P. Lewalle, avec la coll. de L. Donnay, op. cit., n° 633, pp. 1116-1117.

¹⁰⁷ J.J. Thouroude, op. cit., n° 386, p. 272

¹⁰⁸ L. Duguit, Manuel de droit Constitutionnel, 4^{ème} éd. Paris, E. de Boccard, Editeur, 1923 ; rééd. Editions Panthéon Assa, 2007, n° 1, p. 1

¹⁰⁹ C. RICCI, Introduction à l'étude du droit, op. cit., p. 104

Ainsi ce contentieux a-t-il des effets *erga partes*, c'est-à-dire entre parties au procès.

Nature du préjudice réparable : le préjudice pour lequel il y a demande en réparation doit être certain, direct et avoir porté atteinte aux droits subjectifs de particuliers ou tout au moins à un intérêt juridiquement protégé. Le préjudice est généralement matériel, mais il peut être aussi moral dans la mesure où ce préjudice moral est souvent porté par quelques éléments matériels tels que les atteintes à l'intégrité et à l'harmonie corporelle pour le préjudice esthétique, la perte d'un être cher pour la douleur morale, etc.

Double objectif de la responsabilité de la puissance publique :

La responsabilité de la puissance publique ou de l'Administration poursuit un double objectif :

- la protection des administrés ou usagers par la réparation des dommages provoqués par l'action des services publics. Sous cet angle, on distingue la responsabilité pour faute (faute contractuelle, délictuelle¹¹⁰ ou quasi-délictuelle¹¹¹ préjudice physique, matériel ou moral : et le lien de causalité entre la faute et le dommage subi) de la responsabilité sans faute de l'Administration (pour risque pris par l'Administration par la création des choses dangereuses—explosifs, armes et engins dangereux, ouvrages publics dangereux ou pour rupture de l'égalité de tous devant les charges publiques mesures d'expropriation pour cause d'utilité publique ou de réquisition) ;
- la protection de l'Administration par la distinction du régime de la faute personnelle de l'agent ou de la faute détachable du service

¹¹⁰ La faute délictuelle est intentionnelle ou délit civil

¹¹¹ La faute quasi-délictuelle est intentionnelle, se commentant par imprudence ou négligence, par maladresse ou inattention (quasi-délit).

(faute étrangère à l'exercice normal de fonctions, dictée par les faiblesses de l'agent, ses passions ou ses imprudence) du régime de la fausse de service liée à la mauvaise organisation ou au mauvais fonctionnement du service (*culpa in végilando*).

Organisation par ailleurs d'une responsabilité spéciale :

le droit congolais admet l'existence d'une responsabilité spéciale de l'Administration fondée sur un double régime :

- le régime de substitution de responsabilité automatique de l'Etat pour des erreurs commises par le conservateur des titres immobiliers ou pour erreur judiciaire commise par un magistrat ou de l'autorité de tutelle lorsque la tutelle s'exerce par voie de substitution d'action en cas de faute lourde commise au cours de cette intervention ;
- le régime d'extension de responsabilité en cas de troubles. En cette matière, le droit congolais fait la distinction entre les victimes directes (émeutiers ou insurgés) et les tiers. L'Etat engage uniquement sa responsabilité pour les dommages causés à des tiers par les forces de l'ordre. Encore que celles-ci doivent commettre une faute, car si leur action s'est déroulée en conformité avec leur mission, la réparation par l'Etat ne sera possible¹¹².

4. Compétence de principe du juge civil.

Si en droit français la responsabilité de la puissance publique est administrative sur la base des principes autonomes dégagés par l'arrêt Blanco du 8

février 1873 du Tribunal des conflits¹¹³, en droit belge et congolais, cette responsabilité est civile sur la base des règles du droit civil (art. 258 et 260, code civil congolais, livre III) à la suite de l'arrêt la Frandria du 5 novembre 1920 de la cour de cassation de Belgique¹¹⁴. Conformément à l'article 122 de la loi organique du 11 avril 2013 sur les juridictions de l'ordre judiciaire, la compétence du tribunal est déterminée par la nature et le montant de la demande. Les fruits, intérêts, arrérages, dommages-intérêts, frais et autres accessoires ne sont ajoutés au principal que s'ils ont une cause antérieure à la demande. Le tribunal de paix connaît des contestations dont la valeur ne dépasse pas 2.500.000 francs congolais et le tribunal de grande instance au-delà de ce montant.

Compétence résiduaire du conseil d'Etat

L'article 155, alinéa 3, de la Constitution dispose que « le Conseil d'Etat connaît, dans les cas où il n'existe pas d'autres juridictions compétentes, de demandes d'indemnités relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel, matériel ou moral résultant d'une mesure prise ou ordonnée par les autorités de la République. Il se prononce en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public ou privé ». Le dommage exceptionnel peut résulter d'une mesure prise ou ordonnée par les autorités centrales comme par les autorités provinciales et locale¹¹⁵. Le

¹¹³ Voy. M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, op. cit., p. 1; J.C. Ricci, Mémento de la jurisprudence, op. cit., p. 9

¹¹⁴ Voy. par exemple, M. Uyttendaele, op. cit., n° 3, pp. 597-598 ; R. Ergéc, op. cit., n° 503, p. 208

¹¹⁵ Si en Belgique, il est précis qu'il doit s'agir d'une mesure émanant des autorités administratives *stricto sensu*, c'est-à-dire des organes qui ressortissent au pouvoir exécutif (fédéral, régional, communautaire, provincial ou communal) ainsi que des organes créés par ces autorités (établissements publics notamment), mais également des ordres professionnels et des personnes privées investies par la loi d'une mission de service public, en revanche, en République Démocratique du Congo, le constituant utilise

¹¹² En ce sens aussi, C. Kabange Ntambala, Droit administratif, op. cit., t. 1, pp. 198-200

constituant vise ici le cas où un particulier est inéquitablement lésé par un acte dont l'annulation ne peut être obtenue, car il s'agit d'une mesure qui n'est pas entachée d'illégalité.

Le préjudice doit en effet avoir « un caractère exceptionnel en ce sens que celui qui en est victime par un choix arbitraire de l'autorité ou par un effet malheureux du hasard, se trouve inéquitablement défavorisé par rapport aux autres citoyens »¹¹⁶. Ce préjudice exceptionnel doit être direct (la conséquence immédiate de la mesure de l'autorité), certain (il doit résulter d'une mesure définitive, c'est-à-dire la demande en indemnité ne peut être introduite par crainte d'une décision à intervenir) et spécial (dans la mesure où il est imprévisible, d'une certaine gravité et frappe spécialement un particulier ou un groupe limité de particuliers)¹¹⁷.

En réalité, l'indemnisation du préjudice exceptionnel est d'inspiration directe du droit belge. Aussi, la consultation de la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique et de la doctrine belge est-elle nécessaire en la matière¹¹⁸. En effet, la doctrine belge précise à cet égard que le contentieux de l'indemnité pour

l'expression « les autorités de la République ». Il est dès lors difficile de se limiter aux seules autorités administratives. Le terme « République » vise la forme du gouvernement de l'Etat, personne morale à qui est reconnu l'exercice de l'autorité souveraine sur un territoire déterminé. Dans ces conditions, il peut même être envisagée la réparation d'un dommage exceptionnel causé par un acte législatif

¹¹⁶ A. Rubbens, *Le droit judiciaire congolais*, t. 1, Kinshasa, Université Lovanium, Bruxelles, Larcier, 1970, n° 255, p. 289.

¹¹⁷ En ce sens, J. de Burlet, op. cit., t.1, n° 496, pp. 255-256 ; F. Vunduawe te Pemako, op. cit., p. 789

¹¹⁸ Voy. not. C. Cambier, op. cit., 115-520 ; M.A. Flamme, op. cit., t.2, pp. 1300-1315 ; J. Jaumotte, E. Thibaut, op. cit., vol. 1, pp. 333-342 ; M. Leroy, *Contentieux administratif*, op. cit. pp. 849-898 ; P. Lewalle, avec la coll. de L. Donnay, op. cit. pp. 499-525 ; D. Batselé T. Mortier, M. Scarcez, op. cit., pp. 784-786 ; D. Renders, *Droit administratif*, op. cit., t.3, pp. 381-396 ; M. Uyttendaele, op. cit., pp. 580-583.

dommage exceptionnel¹¹⁹ devant le Conseil d'Etat a pour objet de permettre l'indemnisation de personnes que l'action régulière des pouvoirs publics lèse gravement de manière anormale, au mépris du principe de l'égalité devant les charges publiques¹²⁰. Dans cet ordre d'idées, « pour qu'une demande de réparation ressortisse à la compétence du Conseil d'Etat, la demande doit trouver son fondement dans l'équité, non dans une règle de droit dont il s'agirait de requérir l'application ou de sanctionner la violation »¹²¹. C'est dans ce sens qu'à l'alinéa 3 *in fine* de l'article 155, la Constitution congolaise dispose : « il (le Conseil d'Etat) se prononce en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public ou privé ». Car, ici, comme le souligne Cyr Cambier, « Le Conseil d'Etat ne se prononce point en droit sur un

¹¹⁹ La notion de « dommage exceptionnel » a été conçue pour permettre l'indemnisation des préjudices non couverts par le juge judiciaire, car les citoyens ne doivent pas subir sans indemnisation, de lourds sacrifices à la suite de la rupture de l'égalité devant les charges publiques, alors que la collectivité (l'Etat, la province ou l'entité territoriale décentralisée) retire un avantage des mesures à l'origine des préjudices subis. (M. Uyttendaele, op. cit., p. 500 ; P. Lewalle, avec la coll. de L. Donnay, op. cit., n° 353, pp. 500-502 ; M. Leroy, *Contentieux administratif*, op. cit., pp. 849-850)

¹²⁰ J. Salmon, J. Jaumotte, E. Thibaut, op. cit. vol.1, p. 335, n°138 ; M. Uyttendaele, *Trente leçons de droit Constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 580-581. En droit congolais, voir notamment J. de Burlet, op. cit., pp. 254-257 ; F. Vunduawe te Pemako, op. cit., pp. 787-789 et 885-887 ; C. Kabange Ntabala, *Droit administratif*, op. cit., t.1, pp. 188-193 ; Mboko Dj'Andima, *Etat de droit Constitutionnel*, op. cit., vol. 2, pp. 618-621 ; 636 ; Akele Batanga, *du contentieux de la responsabilité devant le juge administratif congolais : contribution pour une théorie de réforme*, Thèse de doctorat, Université de Kinshasa, 2013, pp. 268-313

¹²¹ Il convient d'invoquer un traitement inéquitable ou anormal sans se référer à une règle violée qui induirait nécessairement l'existence d'une faute (D. Renders, op. cit., t.3, n° 819, p. 383).

conflit de droits, mais en équité sur un conflit d'intérêts non protégés par une loi».

5. Intervention aussi du juge pénal

Le juge pénal peut connaître en même temps de la réparation du préjudice causé par une infraction commise par un agent public dans l'exercice de ses fonctions ou en vertu de celles-ci (art. 107). L.O, sur les juridictions de l'ordre judiciaire). La victime bénéficie aussi des facilités prévues par la loi qui voudraient que le juge répressif se saisisse de l'action publique, prononce d'office les dommages-intérêts et réparations, qui peuvent être dus en vertu de la loi, de la coutume ou des usages locaux¹²². (art. 108, L.O sur les juridictions de l'ordre judiciaire).

6. Le contentieux de pleine juridiction

Bases juridiques ou siège de la matière.

L'article 149 de l'ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaire est maintenu transitoirement par l'article 154 de la loi organique du 11 avril 2013 sur les juridictions de l'ordre judiciaire.

Caractéristiques

Le contentieux de pleine juridiction est un double contentieux objectif et subjectif qui vise à la fois l'annulation de l'acte administratif jugé illégal et l'indemnisation pour le préjudice subi. Ces deux requêtes doivent s'introduire à titre principal et au même moment devant le juge administratif compétent. La requête en réparation pour dommage causé ne peut pas être une question nouvelles dont le juge n'a pas été saisi in *limine litis*. Le contentieux de l'indemnité pour réparation d'un dommage exceptionnel ne peut être combiné avec une requête

¹²² Le principe de l'allocation d'office des D.I est propre au droit congolais : cela vient du droit colonial qui avait prévu ce mécanisme en faveur des indigènes

en annulation pour excès de pouvoir. Le requérant doit choisir la seule voie à suivre (*electa una via, non datur recursus ad alteram*, c'est-à-dire une voie ayant été choisie, on ne peut en adopter une autre). Car, en droit congolais, le contentieux de l'annulation ne se combine pas avec le contentieux de l'indemnité dans le cadre du contentieux de pleine juridiction que s'il s'agit d'un préjudice ordinaire subi.

7. Le contrôle par la Cour Constitutionnelle

7.1. Présentation générale

La Cour Constitutionnelle est jugée de la Constitution dans le cadre d'un système concentré suivant le modèle européen, mieux autrichien¹²³. L'exercice de la justice Constitutionnelle implique que le juge Constitutionnel concentré ou unique contrôle la conformité des normes infra-Constitutionnelles à la Constitution, expression juridique de la souveraineté ; vérifié le respect de la réparation des compétences entre organes actifs de l'Etat ou entre l'Etat central et les collectivités politiques infra-étatiques. La Cour Constitutionnelle congolaise est en outre le juge des conflits d'attribution entre les deux ordres de juridictions institués (art. 153, al. 1^{er}, et 154, Const.). Cette cour exerce également des compétences non contentieuses (art. 74, 76 et 99, Const.)¹²⁴ et est juge du contentieux

¹²³ Les Cours Constitutionnelles n'auraient jamais existés sans Hans Kelsen. Par ses travaux et son projet de Constitution autrichienne de 1920, le maître de Vienne a mis au point un nouveau type de justice Constitutionnelle fonctionnant différemment de celui des Etats-Unis. (L. Favoreu, W. Mastor, Les Cours Constitutionnelles, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2011, p. 7 ; M. Verdussen, Justice Constitutionnelle, op. cit., p. 34 ; F. Vunduawe te Pemako, J.M. Mboko Dj'Andima, op. cit., vol. II, pp. 1041-1042.

¹²⁴ Ces compétences non contentieuses sont organisées par les articles 82 à 87 de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle (JO n° spécial, 18 octobre 2013, col. 17-18). Elles concernent la réception

électoral pour les élections présidentielle et législative nationales ainsi que pour le référendum. Par conséquent, c'est à elle que revient la compétence de proclamer les résultats définitifs de ces consultations.

Au demeurant, le Cour Constitutionnelle congolaise est principalement «juge de la Constitutionnalité» des traités et accords internationaux, des lois, des actes ayant force de loi, des édits, des règlements intérieurs des Chambres parlementaires, du Congrès et des institutions d'appui à la démocratie ainsi que des actes réglementaires des autorités administratives. A l'exception des traités et accords internationaux, la saisine directe par toute personne (physique ou morale de droit public ou de droit privé) contre les autres actes ne peut se faire que dans les six mois suivant la publication de l'acte législatif ou réglementaire administratif ou suivant la date de la mise en application du règlement intérieur concerné (art. 50, al. 1^{er}, L.O sur la Cour Constitutionnelle).

S'agissant des traités et accords internationaux, le recours en inconstitutionnalité d'une loi d'approbation ou d'autorisation de ratification d'un traité n'est recevable que s'il est introduit dans les 60 jours qui suivent la publication de cette loi au Journal officiel (art. 50, al. 2, L.O sur la Cour Constitutionnelle). Tout acte déclaré non conforme à la Constitution est nul de plein droit (art. 168, al. 2, Const). A son installation¹²⁵, la Cour

du serment du Président de la République, la connaissance de la déclaration du patrimoine familial du Président de la République et des membres du Gouvernement, la déclaration de vacance de la président de la République et la prolongation du délai de l'élection présidentielle en cas de force majeure.

¹²⁵ En attendant l'installation de la Cours Constitutionnelle, la CSJ a reçu mandat du constituant d'exercer ses attribution (art. 233, Const.) Instituée par la Constitution (art. 157). La cour Constitutionnelle devrait impérativement être mise en place dans les six mois de la promulgation de la loi organique du 15 octobre 2013

Constitutionnelle sera appelée à contrôler, à plusieurs titres, l'activité administrative et le comportement de certaines autorités administratives.

La Cour est juge d'interprétation de la Constitution (art. 161, al. 1^{er}, Const.) Dans ce cadre, elle peut préciser, en cas de difficultés, la portée des attributions reconnues à de nombreuses autorités administratives notamment : Président de la République, Premier ministre, ministres, autorités administratives indépendantes, etc. La requête à formuler par des organes publics ou un dixième des membres de l'Assemblée nationale ou du Sénat avec possibilité pour l'opposition politique de saisir le juge constitutionnel mentionne les dispositions dont l'interprétation est sollicitée. La cour statue, dans le délai de 30 jours ou de 8 jours en cas d'urgence exprimée par le Gouvernement de la République, par voie d'arrêt qui s'impose aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, civiles et militaires, ainsi qu'aux particuliers (art. 56, I.O sur la Cour Constitutionnelle).

La Cour est aussi juge des conflits d'attribution d'un litige entre les juridictions de l'ordre judiciaire et celle de l'ordre administratif (art. 161, al. 4, Const.). Il y a conflit d'attribution, lorsque la Cour de cassation et le Conseil d'Etat déclarent tous une juridiction de l'ordre judiciaire et une juridiction de l'ordre administratif compétente ou incompétente pour connaître une même demande mue entre les mêmes parties. Le recours n'est recevable

portant son organisation et son fonctionnement (art. 118 de cette loi organique). Autrement dit, les membres de la cour Constitutionnelle auraient dû être présentés à la Nation représentée par le Président de la République, l'Assemblée nationale, le Sénat et le Bureau du Conseil supérieur de la magistrature et prêté serment devant le Président de la République au plus tard le 15 avril 2014. A cette date, rien n'y avait été fait. Les membres de la Cour Constitutionnelle ne seront désignés et nommés qu'en juillet 2014. Jusqu'à la fin de l'année 2014, cette installation n'est pas aussi intervenue malheureusement !

que si une exception d'incompétence a été soulevée par ou devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat au motif que la demande relève en tout ou en partie de l'autre ordre. L'arrêt de règlement de conflit s'impose aux deux ordres de juridiction (art. 71, L.O sur la Cour Constitutionnelle).

La Cour est juge des conflits de compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif au niveau central de l'Etat et des conflits de compétences entre le Pouvoir Central et les provinces (art. 161, al. 3, Const.). Dans le premier cas, la Cour se prononce sur le caractère législatif ou règlement des matières en cause ou à la demande du gouvernement, détermine le caractère réglementaire d'une matière réglée par la loi mais relevant désormais du domaine réglementaire art. 59 et 60, L.O sur la cour constitutionnelle. Dans le second cas, la cour se prononce sur l'échelon du pouvoir compétent (art. 63, L.O sur la Cour Constitutionnelle). Par ailleurs, dans les matières relevant de la compétence concurrente, le recours doit être précédé de la notification de la nature de l'incompatibilité à la province concernée (art. 64, I.O sur la Cour Constitutionnelle). A ce sujet, l'article 205, alinéa 4, de la Constitution dispose que tout édit incompatible avec les lois et règlements nationaux, intervenu dans les matières de la compétence concurrente entre l'Etat et les provinces, est nul de plein droit.

La cour est juge pénal du Président de la République et du Premier ministre (art. 163, Const.), qui sont bel et bien les plus hautes autorités administratives à la tête de l'Administration d'Etat. Ces deux hautes autorités de l'Etat sont justiciables de la Cour Constitutionnelle pour des infractions politiques comme pour des infractions de droit commun commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En sus de l'infraction politique d'outrage au Parlement qui concerne spécialement le Premier ministre, l'article 165 de la Constitution, tel qu'appliqué par les articles 73 à 78

de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle, énuméré trois autres infractions politiques : la haute trahison, l'atteinte à l'honneur ou à la probité et le délit d'initié.

En principe, une infraction est politique lorsque son auteur agit avec l'intention de porter atteinte à l'ordre politique (intention politique) et que les faits commis portent directement atteinte à des institutions politiques (effet politiques)¹²⁶. La décision de poursuites et la mise en accusation du Président de la République ou du Premier ministre sont votées à la majorité de 2/3 des membres du Parlement réunis en Congrès.

La Cour est juge du contrôle de Constitutionnalité, par voie d'action, des actes réglementaires de toute autorité administrative (art. 162, al. 2, Const. ; art. 43 et 46, I.O sur la Cour Constitutionnelle), sur saisine de toute personne physique ou morale de droit public ou de droit privé. Si le contrôle de Constitutionnalité des règlements autonomes par la Cour Constitutionnelle n'appelle aucune nuance, la doctrine estime que « le juge Constitutionnel ne peut apprécier la Constitutionnalité du règlement subordonné intervenant dans la sillage de la loi sans évoquer au préalable la Constitutionnalité de la loi sur la base de laquelle le règlement subordonné tire son fondement juridique¹²⁷.

Le même raisonnement devra être tenu en ce qui concerne l'édit et le règlement de son exécution. Au demeurant, le juge Constitutionnel n'est compétent à cet égard que pour censurer l'inconstitutionnalité des actes administratifs réglementaires. Or les actes administratifs unilatéraux sont, du point de vue du contenu ou suivant le critère

¹²⁶ En ce sens, M. Verdussen, *Contours et enjeux du droit Constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Bibliothèque de la faculté de Droit de l'UCL, XXVI », 1995, pp.632-633

¹²⁷ L. Yuma Biaba, *op. cit.*, p. 48

matériel, soit règlementaires soit non règlementaires, c'est-à-dire individuels et particuliers ou des décisions d'espèce¹²⁸. Par conséquent, il importe de noter que le contrôle de Constitutionnalité des actes administratifs individuels ou particuliers relève plutôt du juge administratif. Le contrôle a priori par voie d'action des actes législatifs formels et des règlements intérieurs (des chambres parlementaires, du congrès ou des institutions d'appui à la démocratie), lorsqu'il aboutit à un arrêt d'inconstitutionnalité, empêche la promulgation ou la mise en application de l'acte ou du texte juridique entrepris. Toutefois, si la disposition déclarée contraire à la Constitution n'est pas jugée inséparable de l'ensemble du texte ou de l'acte juridique, celui-ci peut, selon le cas, être promulgué ou appliqué, à l'exception de ladite disposition.

La Cour est juge de l'exception d'inconstitutionnalité, plutôt de la question préjudicielle de Constitutionnalité¹²⁹ soulevée par toute personne (physique ou morale de droit public ou privé) devant une juridiction ou par celle-ci (art. 162, al. 1^{er} et 3, Const.). Signalons d'emblée que hormis les traités et accords internationaux, la procédure d'exception d'inconstitutionnalité ne concerne pas que les actes législatifs, (lois formelles, actes ayant

¹²⁸ La distinction entre actes règlementaire et actes individuels n'épuise pas la classification des actes administratifs unilatéraux (en ce sens, R. Chapus, Droit administratif général, op. cit., t. 1, n° 700, p. 525 ; G. Vedel, P. Delvolvé, op. cit., t. 1, p. 271). Par exemple, l'acte de convocation ou de dissolution d'un conseil communal, les actes de tutelle administrative, la décision de fusion de communes ou de transfert du chef-lieu d'un entité territoriale, l'acte par lequel le statut de ville ou de commune est conféré à une agglomération, la décision d'ouverture d'un recours de recrutement, l'acte de convocation des électeurs à une élection ou la décision de classement d'un site, d'un immeuble ou de déclassement d'un véhicule d'un service public sont des décisions d'espèce ou des actes particuliers

¹²⁹ J.M, Mboko Dj'Andima, Etat de droit Constitutionnel, op. cit., vol. I, pp. 312-325.

force de loi et édits). L'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée à l'égard des actes réglementaires des autorités administratives de tous les trois niveaux d'exercice du pouvoir d'Etat en République Démocratique du Congo (pouvoir central, provinces et ETD), que ces autorités administratives soient indépendantes vis-à-vis du Gouvernement de la République, sous tutelle ou oeuvrant dans le cadre d'une Administration déconcentrée. Dans le cadre de cette procédure d'exception d'inconstitutionnalité, le législateur organique a disposé que « l'acte déclaré non-conforme à la Constitution ne peut être appliqué dans le procès en cours »¹³⁰. Cette disposition est rédigée dans le sens de dire dans le cadre de cette procédure que l'arrêt de la Cour produirait un effet relatif comme c'est le cas dans le système diffus suivant le modèle américain¹³¹. L'erreur part de la qualification de la procédure d'une « procédure d'exception d'inconstitutionnalité » au lieu de la « question préjudicielle de Constitutionnalité ». En droit, le juge de l'action est le juge de l'exception. Dans ce cas, le juge saisi de l'action principale est en face d'une question préalable, qui est tranchée par lui. En revanche, en cas de question préjudicielle, qui ne relève donc pas de la compétence du juge saisi de l'action principale, celui-ci doit surseoir à statuer et attendre la décision d'un autre juge.

En l'espèce, le juge de l'action est incompetent pour statuer sur notre soi-disant exception d'inconstitutionnalité. La question est plutôt posée à un autre juge, le seul compétent en la matière. La décision de ce juge a effet *erga omnes* sur la

¹³⁰ Article 53, alinéa 2, de la loi organique du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cours Constitutionnelle. J.O, n° spécial, 18 octobre 2013, col 12.

¹³¹ Même dans ce modèle, il faut nuancer le propos en raison du jeu de la règle du précédent (*Stare decisis*) dans le cadre du système de judicial review. (F. Vunduawe te Pemako, op. cit., vol. II, note en bas de page n° 80, p. 1040)

question soulevée¹³². Il n'y a donc pas lieu à faire de confusion entre exception d'illégalité, comme question préalable de légalité devant un juge ordinaire autre que le juge administratif, et la question préjudicielle de Constitutionnalité baptisé en droit congolais depuis la rédaction malencontreuse, sur ce point, de la Constitution du 1^{er} août 1964 d' « exception d'inconstitutionnalité ».

Conclusion

Le contrôle juridictionnel peut aboutir à l'annulation des actes et décisions des autorités administratives qui sont jugés inconstitutionnels, illégaux ou à leur inapplicabilité, à la condamnation des responsables et agents des services publics à des sanctions pénales (peines de servitude pénale et amendes), à la condamnation des services publics et de leurs agents à la réparation du préjudice causé à la victime, à l'application des peines disciplinaires à l'endroit des magistrats relevant de deux ordres de juridictions (judiciaires et administratives) ou à l'endroit des membres des ordres professionnels ainsi qu'à la condamnation de la réparation du préjudice causé à la victime, comptables publics à la réparation du préjudice causé à la collectivité nationale ou locale, ou à la restitution du trop-perçu indûment.

Enfin, il importe de signaler qu'à la requête du Ministère public ou de la partie la plus diligente, toute juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif est tenue de rétracter toute décision même coulée en

force de chose jugée, rendue en application de tout acte législatif ou réglementaire déclaré contraire à la Constitution ou en application de tout règlement pris en exécution d'un tel acte¹³³.

De lege ferenda.

Du fait que l'introduction du recours n'a pas d'effet suspensif, il est indiqué que la demande devant le juge administratif de suspension de l'exécution d'un acte administratif bénéficiant naturellement du privilège du préalable en vertu de sa présomption de légalité soit envisagée devant le juge administratif. En effet, la suspension de l'exécution d'un acte administratif a pour but de prévenir la survenance d'un dommage que pouvait causer l'exécution immédiate de l'acte.

Ce pouvoir de suspension de l'exécution d'un acte administratif a pour finalité de préserver l'effet utile d'une annulation éventuelle et permet au juge administratif de prendre des mesures qui préservent les intérêts des parties, et principalement du requérant, de manière à ce que, après une annulation éventuelle, celui-ci puisse être replacé dans une situation semblable à celle qu'il aurait connue si cet acte n'avait pas été émis.

¹³² En ce sens, P. BON, « Les conditions de recevabilité de la question préjudicielle de Constitutionnalité en droit comparé, in L. Gay (dir.), La question prioritaire de Constitutionnalité. Approche de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, coll. « A la croisée des droits », vol 11, 2014, p. 49 ; M. Fromont, Justice Constitutionnelle comparée, Paris, Dalloz, 2013, p. 115, M. Verdussen, Justice Constitutionnelle, op. cit., p. 285 ; D. Rousseau, « Le procès Constitutionnel », in La question prioritaire de Constitutionnalité. Pouvoirs, n° 137, Paris, Seuil, 2011, p. 54.

¹³³ La décision rendue par toute juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif rendue dans ce cadre n'est aussi susceptible d'aucun recours (art. 115, I.O, sur la Cours Constitutionnelle)