

---

M.E.S., Numéro 131, Vol.1, novembre – décembre 2023

<https://www.mesrids.org>

Dépôt légal : MR 3.02103.57117

N°ISSN (en ligne) : 2790-3109

N°ISSN (impr.) : 2790-3095

Mise en ligne le 08 novembre 2023

---



***Revue Internationale des Dynamiques Sociales***  
***Mouvements et Enjeux Sociaux***  
*Kinshasa, novembre - décembre 2023*

## ETAT DE DROIT CONSTITUTIONNEL ENTRE LE MARTEAU ET L'ENCLUME DU CONTROLE DE CONSTITUTIONALITE JURIDICTIONNEL ET EXTRA JURIDICTIONNEL

par

**Léon Ignace NKOY OKITOLENGA**

*Apprenant D.E.S. Faculté de Droit,  
Université de Kinshasa*

### Résumé

*L'examen au cœur de cet article, porte essentiellement sur l'inefficacité du contrôle parlementaire constaté en République Démocratique du Congo (RDC), occasionnant une certaine complicité avec l'exécutif; s'agissant du contrôle parlementaire, à cause des intérêts politique et partisan ou simplement par erreur, les représentants du souverain votent parfois pour une loi qui n'est pas l'expression de la volonté générale, car ne respectant pas la constitution.*

*En ce qui concerne l'exécutif à contrario, la loi votée dans le non-respect de la constitution, n'exprime pas la volonté générale. C'est ce qui explique parfois, l'opposition de la minorité parlementaire au vote claqué la porte, du point de vue de la majorité se présente ainsi une thèse, celui de l'opposition, comme son antithèse. La synthèse est à rechercher dans la décision d'une instance neutre, d'un tiers pouvoir.*

**Mots-clés :** *Etat de droit constitutionnel, marteau, enclume, contrôle de constitutionnalité juridictionnel, extra juridictionnel*

### Abstract

*The examination at the heart of this article essentially concerns the ineffectiveness of parliamentary control observed in the Democratic Republic of Congo (DRC), causing a certain complicity with the executive; with regard to parliamentary control, because of political and partisan interests or simply by mistake, the representatives of the sovereign sometimes vote for a law which is not the expression of the general will, because it does not respect the constitution.*

*As for the executive, on the contrary, the law passed in non-compliance with the constitution does not express the general will. This is what sometimes explains, the opposition of the parliamentary minority to the vote slams the door, from the point of view of the majority thus presents a thesis, that of the opposition, as its antithesis. The synthesis is to be sought in the decision of a neutral body, of a third power.*

**Keywords :** *Constitutional rule of law, hammer, anvil, jurisdictional, extra-jurisdictional constitutionality review*

### INTRODUCTION

Lorsque le parlement travaille à la solde de pouvoir en place, le contrôle parlementaire devient une sorte de mise en scène, concernant par exemple l'infraction de la haute trahison, la notion appelle une application correcte du parlement.

En effet, la constitution elle-même dit qu' « il y a haute trahison lorsque le Président de la République a violé intentionnellement la constitution ou lorsque lui ou le Premier Ministre sont reconnus auteurs, co-auteurs ou complices des infractions graves et caractérisées des droits de l'Homme, de cession d'une partie du territoire national ». Ainsi qu'il s'aperçoit, l'infraction de haute trahison n'est pas précisément définie. Il y a donc là une matière qui appelle un véritable Droit constitutionnel pénal.

Que par ailleurs, si le juge constitutionnel ne fait pas correctement son travail, on tombe dans la situation de non Etat, il revient au peuple de reprendre la situation en main en se référant sur son droit de résistance pour sauver la mère patrie.

Ce texte s'articule en deux points. Le premier traite du contrôle juridictionnel alors que le second analyse le contrôle extra juridictionnel. Une brève conclusion met un terme à ce travail.

## I. CONTROLE JURIDICTIONNEL

Ce contrôle désigne celui qu'assure le juge en vertu de son pouvoir de gardien de la loi et de l'ordre public. L'opération se réduit à une analyse de conformité entre la norme de référence, c'est-à-dire la constitution (préambule inclus) et les normes contrôlées.

Le contrôle juridictionnel est réalisé par deux modalités :

- contrôle par voie d'action ;
- contrôle par voie d'exception.

### 1.1. Contrôle par voie d'action

Par ce contrôle dit objectif, le requérant demande directement au juge l'annulation de la loi pour inconstitutionnalité (contrôle *a priori*) ou de la censurer (contrôle *a posteriori*). Il s'agit donc d'un procès objectif ou abstrait fait à la loi. La loi inconstitutionnelle sera annulée *ex tunc*, c'est-à-dire qu'elle sera supposée n'avoir jamais existée et cette annulation vaut *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous les citoyens qui en bénéficient.

Ce contrôle est cristallisé à partir d'une instance dirigée contre une loi inconstitutionnelle. Il suffit de se faire l'écho d'une loi inconstitutionnelle, pour que chaque citoyen décide de la déférer, par une action directe, devant la Cour constitutionnelle. Pour être reçue, la requête doit être introduite dans les six mois qui suivent la publication de la loi au journal officiel, délai réduit à trente jours pour le recours en inconstitutionnalité d'une loi d'approbation ou d'autorisation de ratification d'un traité ou d'un accord international.

Est irrecevable, pour forclusion, la requête visant l'inconstitutionnalité de certains articles du code pénal ordinaire, du code de justice militaire et de toutes les autres dispositions légales relatives à la peine de mort, en RDC, parce qu'introduite au-delà du délai légal imposé par la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013, portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle. Lorsque la requête est, en revanche, recevable, la juridiction se prononce sur la constitutionnalité de la loi et, au besoin, l'annule, en partie ou en totalité, en cas de contrariété partielle ou totale à la Loi fondamentale, sa décision ayant l'autorité absolue de la chose jugée, la loi ou sa disposition annulée est retirée de l'usage officiel, elle est sensée n'avoir pas existé<sup>1</sup>.

### 1.2. Le contrôle par voie d'exception

À la différence du contrôle par voie d'action, celui par voie d'exception n'intervient qu'incidemment devant un juge, au cours d'une instance ordinaire devant le juge de fond. Assuré au moyen d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée en cours d'un procès, il n'aboutit pas à l'annulation de la loi jugée inconstitutionnelle, mais à différer, plutôt, son application dans le procès en cours. La loi incriminée ne cesse, donc, pas d'exister dans l'ordre juridique, dans la mesure où elle pourra être appliquée dans une autre affaire ; ce qui rend compte du caractère relatif de l'autorité de la chose jugée qui y est attachée. Pour ce contrôle, l'institution d'un tribunal spécial n'est pas nécessaire, le juge ordinaire peut bien s'en occuper.

À l'actif de ce contrôle, on fait valoir, d'abord, le souci de ménager les susceptibilités du législateur, plus porté vers l'issue du procès contre la loi qu'il a produite. La technique préserve, ensuite, la loi incriminée d'une éventuelle disparition de l'ordre juridique positif, seule son inapplication est ordonnée par le juge chargé du contrôle. Rentrant dans la mission traditionnelle du juge, ce contrôle participe, enfin, à la résolution quotidienne des conflits nés de l'application ou de l'interprétation de la loi.

Comme bien d'autres pays, la RDC reste encore attachée au contrôle par voie d'exception, sa Constitution faisant de la Cour constitutionnelle, le juge de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant ou par une juridiction.

Pour que ce contrôle soit enclenché, une partie à l'instance devant la juridiction de fond doit faire demande sous forme d'une exception d'inconstitutionnalité contre une loi, en vigueur, mais dont l'application est dénoncée dans une instance en cours. Saisie d'une telle requête, la

---

<sup>1</sup> J.-L. ESAMBO KANGASHE, *Traité de Droit Constitutionnel*, édition l'Harmattan, Paris, 2014, p.87.

juridiction de fond s'assure que la sollicitation porte uniquement sur une loi ou un acte ayant force de loi, à l'exception de toute contestation sur les faits de la cause ou la procédure en cours devant elle.

Soulevé au cours du procès, le moyen d'inconstitutionnalité est évoqué, soit par une requête écrite, soit par un argumentaire développé pendant l'instruction de la cause, soit encore dans une note de plaidoirie présentée par la partie intéressée ; le juge peut, lui-même, l'évoquer d'office.

Portée devant la juridiction de jugement, l'exception d'inconstitutionnalité doit, en plus, avoir un lien juridique avec le droit que celle-ci se propose de dire et préjuger de l'issue de l'instance en cours.

Convaincue de cette incidence, la juridiction sursoit à statuer, par un jugement ou un arrêt avant de dire le droit, notifié, selon la procédure ordinaire, au greffe de la Cour constitutionnelle.

C'est, en effet, par lettre du greffe responsable de la juridiction de fond qu'est saisie la Cour constitutionnelle. Ne sont communiquées à la juridiction constitutionnelle que les pièces nécessaires à l'examen de l'exception d'inconstitutionnalité y compris la décision de surséance prise par la juridiction de fond.

Jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle, la juridiction du jugement met la cause en veilleuse, mais en vue d'éviter la surcharge devant laquelle cette juridiction peut se trouver en raison de la répétition, dans la même cause, des exceptions d'inconstitutionnalité devant la même juridiction, il est suggéré que ce moyen ne soit soulevé qu'une seule fois et *in limine litis*<sup>2</sup>.

Le contrôle par voie d'exception ou contrôle subjectif ou encore concret s'effectue au cours d'un litige, l'une des deux parties demande au tribunal de ne pas faire application de la loi évoquée par l'autre partie, l'estimant contraire à la constitution : on parle alors de l'exception d'inconstitutionnalité.

Cette question devra être tranchée avant que le juge ne statue sur le fond. Ce contrôle est donc un incident qui vient se greffer sur la procédure principale. C'est ce qui ressort de l'analyse de l'article 162 de la constitution du 18 février 2006<sup>3</sup>.

Ce contrôle ne conduit pas à l'annulation de la loi, mais seulement à la mise à l'écart « hic et nunc » de la loi dans les cas en examen.

### 1.3. Les applications du contrôle de constitutionnalité

On distingue deux systèmes : américain et européen.

#### 1.3.1. Le système américain

Aux Etats-Unis, tous les tribunaux depuis le plus modeste jusqu'à la cour suprême peuvent contrôler la constitutionnalité des lois. Ils le font à l'occasion de n'importe quel procès. Le problème de la constitutionnalité s'ajoute donc indirectement au procès, le juge est saisi par voie d'exception. Il s'agit d'un contrôle diffus ; ce modèle a été transposé au Canada, Mexique, Brésil, Argentine et au Japon.

Il n'était pas prévu par la constitution de 1787; il s'est développé à l'initiative des tribunaux eux-mêmes, à partir de 1803, à l'occasion de l'affaire Marbury contre Madison. Marbury en demandait à la cour suprême l'application par le gouvernement fédéral d'une décision de nomination était le bénéficiaire. Le juge Marshall qui présidait la cour, recevra la demande de Marbury, mais tout en la considérant comme non fondée; il reconnut et posa le principe fondamental de contrôle de constitutionnalité de loi par voie juridictionnelle.

#### 1.3.2. Le système européen

C'est le professeur de droit public autrichien Hans Kelsen qui est à l'origine de ce système. Dans sa conception, l'Etat n'est qu'un ensemble de normes hiérarchisées, et la constitution est au sommet de la hiérarchie. Ainsi, il faut faire respecter l'autorité de la constitution par une

<sup>2</sup> J.-L. ESAMBO EKANGASHE, *Op.cit.*, p.88.

<sup>3</sup> J.DJOLI Eseng'Ekeli, *Droit Constitutionnel, Tome 1 : Principes structureaux*, Ed. Universitaires africains, 2006, p.186.

juridiction unique. Kelsen a eu une idée de la faire respecter par un tribunal créé spécialement à cet effet et la constitution autrichienne de 1920 a mis ce projet en application.

Les constitutions Tchèque de 1920, et Espagnole de 1931 vont emboîter le pas à la constitution Autrichienne.

En 1970, le Portugal et la Grèce vont se doter également de juridictions constitutionnelles. L'Allemagne et l'Italie ont suivi après la 2<sup>ème</sup> guerre mondiale. La France s'est dotée dès 1958 d'une juridiction constitutionnelle. Il en est ainsi pour les pays africains francophones. En RDC, la cour constitutionnelle est l'unique juge de l'exception d'inconstitutionnalité.

Il faut dire qu'il y a possibilité de combiner les deux méthodes, mais tout est question de l'environnement politique et de la dextérité des juges.

En définitive, le contrôle de constitutionnalité est le reflet par excellence de la saisine de la politique par le droit, mieux de la juridisation et la judiciarisation de la vie politique. Ces glissements font craindre l'émergence du « gouvernement des juges ». Mais il faut se méfier davantage d'un « gouvernement sans juges » au sein duquel la force attachée à une dictature de la majorité politique supplante celle du droit. Le contrôle de constitutionnalité nous permet de dire qu'on n'a pas juridiquement tort, parce qu'on est politiquement minoritaire<sup>(4)</sup>.

L'ensemble des systèmes politiques modernes ont opté pour le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois. En faveur de ce contrôle, on fait valoir le fait que, la question posée est exclusivement juridique, pour qu'elle ne soit confiée qu'au seul juge. La formation du juge, ses habitudes, le prédisposent à assurer parfaitement ce type de contrôle ; de même, la procédure juridictionnelle avec, notamment la publicité des audiences, la contradiction dans les débats, ainsi que l'obligation de motiver les décisions de justice, sont autant d'arguments qui caressent le bien-fondé de ce type de contrôle.

### 1.3.3. Système congolais

En RDC, le contrôle de constitutionnalité des lois, par une juridiction spécialement désignée, semble traduire la préoccupation du constituant. On note cependant qu'attendue depuis plus de cinq décennies, la Cour constitutionnelle n'est définitivement installée ; sa mise au travail ayant été décidée qu'après une longue et pénible période d'hésitation, marquée par l'absence de volonté politique, et le refus d'assurer l'effectivité du contrôle juridictionnel des actes des gouvernants. Instituée par la Constitution, la juridiction est structurée suivant sa loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 dont la promulgation a rendu possible la nomination des membres.

L'importance reconnue à la Cour constitutionnelle aurait suffi pour convaincre de l'adoption, en urgence, de sa loi organique. On relève que forme en vertu de l'ordonnance n° 07/001 du 5 février 2007, le gouvernement issu des élections générales, de 2006 à 2007, n'a pas été capable d'initier un projet de loi dans ce sens, sa copie n'a été rendue disponible qu'une année et un mois, après soit cinq mois après l'initiative parlementaire sur la même matière. En application du Règlement intérieur de cette chambre législative, le projet gouvernemental a été joint à la proposition de loi pour servir de document de travail.

Examinant le texte de la proposition de loi sur la Cour constitutionnelle, les deux chambres parlementaires l'ont adoptée avec divergences, ouvrant ainsi la voie à la constitution d'une commission mixte paritaire, Assemblée nationale-Sénat.

On signale que, définitivement, adoptée par le parlement, la version harmonisée de la loi a été, avant sa promulgation, soumise au contrôle de constitutionnalité de la Cour suprême de justice agissant comme Cour constitutionnelle. Saisie par requête initiale du président de la République datant du 16 novembre 2010, la Cour a déclaré conforme à la Constitution la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, à l'exception de certains articles dont celui 246. Elle relève que : « comme libellés, ces articles permettent à toute personne et au ministère public de saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité ou

---

<sup>4</sup> Jacques DJOLI Eseng'Ekeli, op.cit,p188

pour invoquer l'inconstitutionnalité de tout acte visé à l'article 43, lequel détermine les matières du contentieux de constitutionnalité, à savoir, les traités et accords internationaux, ainsi que les actes législatifs et réglementaires. De même, en disposant ainsi et sans exclure, de leur champ d'application, les traités et accords internationaux, ces articles violent, selon la Cour, la Constitution, laquelle ne vise que les actes législatifs et réglementaires».

Retournée en seconde délibération au parlement, la loi fut adoptée, en assemblée paritaire mixte, extirpée des dispositions jugées contraires à la Constitution par la Cour suprême de justice. En vertu de la Constitution, le président de la République a, pour le même objet, saisi, à nouveau, le 18 juillet 2011, la Cour suprême de justice par une requête subséquente qui déclara conforme à la Constitution la susdite loi, promulguée, le 15 octobre 2013, soit plus d'une année après. Devenue congénitale, voire systémique, les institutions concernées par la désignation des membres de la Cour constitutionnelle s'octroieront neuf mois, en violation de la même loi, pour rendre publique la liste des juges devant former la première composition de la juridiction. Rien d'étonnant, le spectre de voir dans l'installation de la nouvelle Cour, un début d'institution d'un gouvernement des juges aurait été à la base du laborieux processus d'élaboration de la loi organique et la mise en place effective de la juridiction. Dans le système juridique congolais, le contrôle juridictionnel de constitutionnalité s'exerce par voie d'action, d'exception ou d'incidence<sup>5</sup>.

Le contrôle de constitutionnalité s'analyse comme un moyen par lequel le juge constitutionnel acquiert la qualité de représentant fidèle du peuple perpétuel et souverain ou mieux de gardien de sa volonté.

En tant que tel il parle le dernier et a le dernier mot après tous ceux qui prétendent parler et agir au nom et pour le compte du peuple. Cette qualité lui permet ; par le contrôle a priori, de participer à la procédure de l'élaboration des lois, uniquement pour éviter aux représentants politiques de s'écarter de la volonté du peuple/contenue dans la constitution; par le contrôle de constitutionnalité (a priori et a posteriori), il protège les gouvernés contre les abus des pouvoirs législatif et exécutif et impose aux gouvernants le respect de la constitution en reconnaissant les élections comme l'unique mode d'accession au pouvoir, en regardant le principe de la séparation des pouvoirs pour l'autoritarisme et permettre ainsi la reconnaissance et la puissance effective des droits humains, malgré que le juge constitutionnel n'est pas exempté des reproches.

## II. CONTROLE EXTRA-JURIDICTIONNEL

### 2.1. Le contrôle par un organe politique

Le contrôle par un organe politique est le système dans lequel, une assemblée politique est chargée d'examiner la constitutionnalité des lois de manière préventive par les mécanismes de régulation interne et mutuelle : le droit de veto, motions de censure ou de défiance, l'interpellation...

Mais ces techniques sont souvent aléatoires, car elles relèvent de l'autolimitation. Elles sont souvent théoriques ou même inefficaces surtout lorsqu'il y a coïncidence des majorités présidentielle et parlementaire. Le parlement, transformé en une caisse de résonance des décisions de l'exécutif, n'ose pas annuler un acte ayant force de loi qui violerait la constitution<sup>6</sup>.

La RDC a, dans son histoire, connu un contrôle politique de constitutionnalité des lois. À une époque relativement récente, il suffit de se rappeler que, dépositaire et gardien du mobutisme, le Comité central du Mouvement populaire de la révolution pouvait censurer tout acte contraire à la Constitution.

Inspiré des démocraties populaires de l'Europe orientale, ce contrôle que l'on a voulu préventif, servit de gage à l'instauration, éventuelle, d'un gouvernement des juges. De nature essentiellement politique, il constituerait un obstacle à l'adoption, en amont, d'une loi dont le contenu pouvait paraître inconstitutionnel.

<sup>5</sup> J.-L. ESAMBO, *Op.cit.*, p.86.

<sup>6</sup> J. DJOLI ESENG'EKELI, *Op.cit.*, p.186.

Dans les pays où ce contrôle existe encore, l'organe de contrôle est saisi par le gouvernement, le parlement ou toute autre autorité désignée à cette fin. Dans l'une ou l'autre hypothèse, on court le risque de politisation, mais également d'entraîner la partialité de l'organe de contrôle qui apparaît comme juge et partie, le contrôle est globalement décevant<sup>7</sup>.

## 2.2. Le contrôle populaire

Depuis la deuxième moitié du 20<sup>ème</sup> siècle, bon nombre de systèmes politiques autorisent l'appréciation, par le peuple, de la constitutionnalité des actes des pouvoirs publics. Intervenant souvent dans le cadre de la régulation de la vie politique, ces actes peuvent être entachés d'inconstitutionnalité, pour que l'on reconnaisse aux citoyens le droit de s'opposer à leur exécution et, au besoin, de les « censurer ».

Le droit de regard du peuple sur les décisions des pouvoirs publics constitue, à ne point douter, un contrôle diffus de constitutionnalité et une véritable arme contre tout acte contraire à la Constitution. La formation de l'opinion publique aux valeurs de la démocratie est, en RDC, si faible que l'effectivité de ce contrôle paraît fastidieux, même si la Constitution s'autorise à reconnaître à tout congolais le devoir de faire échec à tout individu ou groupe d'individus, qui prend le pouvoir par la force ou l'exerce en violation de la Constitution<sup>8</sup>

Sanction politique inorganisée, ce contrôle est exercé par le peuple en vertu de son droit de résistance à l'oppression voire à l'insurrection. (Article 2 de la déclaration des droits de l'homme). En effet, toute souveraineté déléguée est contrôlable

Ainsi, la déclaration d'indépendance américaine de 1776 affirme: « quand le gouvernement viole le droit du peuple, l'insurrection est pour le peuple et chaque portion du peuple, la plus sacrée et la plus indispensable des obligations.»

L'article 64 de la constitution congolaise stipule: « tout congolais a le droit de faire échec à tout individu qui prend le pouvoir par la force ou l'exerce en violation des dispositions de la constitution »<sup>9</sup>.

En somme, « Ce ne sont pas des pierres, mais les hommes qui constituent le véritable rempart des cités » disait Platon. La constitution grecque du 9 juin 1975 stipule en son article 120 que « l'observation de la constitution est confiée au patriotisme des Hellènes qui ont le droit et le devoir de résister par tous les moyens contre toute personne entreprenant son abolition par la violence.»

## CONCLUSION

Nos parlementaires, à cause des enjeux et intérêts politiques entre la majorité gouvernante et la minorité, les représentants gagnant du souverain, créant une distorsion entre les deux à telle enseigne que les premiers agissent de plus en plus, contre les intérêts du second.

Il n'y a pas que le législateur qui abuse de son pouvoir, le Président de la République ou le Premier Ministre peut aussi abuser de son pouvoir, ce qui constitue un danger pour les droits et libertés des citoyens, danger contre lequel le juge constitutionnel doit également les garantir.

En effet, à travers l'analyse des décisions de la Haute Cour relatives aux contentieux sur la protection et à la promotion des droits et libertés fondamentaux le juge constitutionnel oblige le peuple d'accepter ses verdicts; non pas parce que, ce que le juge décide est toujours vrai mais parce que l'État accepte aussi les décisions de la Haute Cour qui sont, soit sans recours, soit obligatoires et opposables à tous.

D'où la nécessité de reconnaître officiellement l'existence d'une cour constitutionnelle populaire, outre les juges constitutionnels, le peuple est lui-même protecteur numéro un de sa constitution et, il veille à son respect, comme ce depuis 1748 que Montesquieu, dans son célèbre ouvrage : De l'esprit des lois a déjà fait observé en écrivant « La liberté n'existe que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir, cette théorie est vérifiée de tout le temps, les détenteurs du pouvoir

<sup>7</sup> J.-L. ESAMBO, *Op.cit.*, p.88.

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> J. DJOLI ESENG'EKELI, *Op.cit.*, p.187.

étatique rêvent toujours un pouvoir illimité, c'est d'une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que le pouvoir arrête le pouvoir ».

#### **BIBLIOGRAPHIE**

- Constitution de la RDC du 18 Février précitée telle que modifiée à ce jour
- Décret-loi, du 29/01/1999 portant réglementation et manifestations et réunion publique, JO de la RDC ; n°spécial , février 1999
- DJOLI Eseng'Ekeli J., *Droit Constitutionnel, Tome 1 : Principes structuraux*, Ed. Universitaires Africains, 2006
- ESAMBO KANGASHE J.-L., *Traité de Droit Constitutionnel*, Paris, édition L'Harmattan, 2014
- Journal Officiel, n° spécial, septembre 2001, 42<sup>ème</sup> année, consacrée aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme et aux droits Humanitaires ratifiés par la RDC