

**L'exception d'inconstitutionnalité sous la loi organique
n°13/026 du 15/10/2013 portant organisation, compétence et
fonctionnement de la Cour Constitutionnelle :**

Question préalable ou question préjudicielle de constitutionnalité

NZONGO EKOMBO VICTOR*

Résumé

Les auteurs de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen affirmaient, le 26 Août 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Par cette affirmation, ils assignaient à la Constitution deux objets essentiels : éviter l'autoritarisme et la dictature en « arrêtant le pouvoir par le pouvoir » et protéger les droits et libertés fondamentaux. Grâce à la procédure dite d'exception d'inconstitutionnalité, mieux de question préjudicielle de constitutionnalité, toute personne peut saisir la Cour Constitutionnelle pour inconstitutionnalité d'un acte législatif ou réglementaire invoqué contre elle à l'occasion d'un procès pendant devant tout juge ; et, partant, faire assurer la garantie de ses droits et libertés fondamentaux. Du point de vue de l'Etat de droit, il s'agit d'un intérêt certain.

Le juge de l'action principale qui est également celui des incidents de procédure n'étant pas compétent pour la question préjudicielle de constitutionnalité, d'une part ; et que l'effet de sa décision sur une question préalable étant relatif aux parties alors que celui du juge de la constitutionnalité est absolu, d'autre part, il n'y a pas lieu à confusion entre ces deux procédures. L'art. 53, al. 2 ci-haut aurait donc dû être rédigé dans le sens d'un effet, non

Abstract

On August 26, 1789, authors of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen stated that any society in which the guarantee of human rights is not assured, nor the separation of powers determined, has not the Constitution. By this affirmation, they assigned to the Constitution two essential objectives: avoiding authoritarianism and dictatorship by "stopping power by power", and protecting fundamental rights and freedoms. The unconstitutional exception procedure or the preliminary question of constitutionality, allows any person to seize the Constitutional Court for unconstitutionality of an administrative or regulatory act invoked against him during a trial pending before any judge; and thereby ensure the guarantee of its fundamental rights and freedoms. From the point of view of the rule of law, this is of definite interest.

The judge hearing the main action, who is also judge of the procedural incidents, is not competent for the preliminary question of constitutionality, on the one hand; and the effect of his decision on a prior question being relative to the parties while that of the judge of constitutionality is absolute, on the other hand, there is no cause for confusion between these two proceedings. Article 53, paragraph 2

pas, inter partes mais plutôt erga omnes.

above, should therefore have been drafted in the sense of an effect, not inter partes but erga omnes.

Mots clés/Key-words : *exception d'inconstitutionnalité, question préalable, question préjudicielle, droit constitutionnel*

INTRODUCTION

L'importance de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité appelle *un distinguo* entre question préalable et question préjudicielle (II). Ce qui conduit à présenter l'intérêt attaché à ladite procédure (III). Mais, le concept a une histoire qu'il importe de découvrir, *in limine litis*, par un regard diachronique (I).

Aux termes de l'art. 53 al.2¹, « *L'acte déclaré non conforme à la Constitution ne peut être appliqué dans le procès en cours* ».

Cette rédaction évoque l'effet *inter partes* (effet relatif) de l'arrêt de la Cour Constitutionnelle, c'est-à-dire, dans le cadre de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité, la décision de la Cour Constitutionnelle n'est opposable qu'aux parties au procès pendant devant le juge ordinaire saisi. C'est l'hypothèse de la question préalable.

Or cette compréhension est non conforme à l'art. 168 de la Constitution qui dispose, elle-même, que « *Les arrêts de la Cour Constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours et sont immédiatement exécutoires. Ils sont obligatoires et s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ; civiles et militaires ainsi qu'aux particuliers.*

Tout acte déclaré non conforme à la Constitution est nul de plein droit ».

* Diplôme d'Etudes Supérieures en Droit Public (Université de Kinshasa) ; Licence en Droit (Université de Kinshasa) ; Assistant à l'Université de Goma ; Directeur d'Administration Publique ; e-mail : <nzongoekombo@gmail.com>

¹ Art. 53, al. 2 de la Loi organique n°13/026 du 15/10/2013 portant organisation, compétence et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle, *in JORDC*, n° spécial du 18/10/2013.

Il s'agit, ici, de l'effet *erga omnes* (effet obligatoire à l'égard de tous). C'est donc le cas de question préjudicielle de Constitutionnalité dans le cadre de la procédure de ce qu'on a pris l'habitude d'appeler exception d'inconstitutionnalité. Car le juge de l'action n'est pas, ici, le juge de l'exception.

Dès lors, la question se pose : l'al. 2 de l'art. 53 précité fait-il de l'exception d'inconstitutionnalité une question préalable ou question préjudicielle de constitutionnalité ? Comment le législateur attend-t-il concilier cette disposition à celle de l'art. 168 de la Constitution à laquelle elle doit pourtant être conforme ?

Il nous faut définir le cadre conceptuel de la réflexion qui permettra d'une part, d'opérer un *distinguo* entre une exception et une question préjudicielle au travers les juges compétents et les effets de décisions de ceux-ci (II) et, d'autre part, de présenter l'intérêt attaché à ces procédures (III). Mais avant tout, un regard diachronique depuis le premier texte constitutionnel congolais nous aidera à comprendre l'évolution de la question dans le temps(l).

I. REGARD DIACHRONIQUE SUR L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE EN DROIT CONGOLAIS

1.1. La Loi Fondamentale

Cette Loi est, en réalité constituée de deux lois fondamentales : celle du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo et celle du 17 juin 1960 relative aux libertés publiques.

Analyse faite du titre VI relatif à la Cour constitutionnelle, il n'est nulle part fait mention à la procédure d'exception d'inconstitutionnalité.

Qu'en est-il de la constitution de Luluabourg ?

1.2. La Constitution du 1^{er} Août 1964 dite de Luluabourg

C'est la Constitution du 1^{er} août 1964, œuvre congolaise, qui organise, pour la première fois, en son art. 168, e), l'exception d'inconstitutionnalité : « *Peuvent saisir la Cour constitutionnelle d'un recours en appréciation de la constitutionnalité :*

e) Des lois nationales, des actes du Président de la République ayant valeur de la loi nationale, des lois provinciales et des actes des gouverneurs des provinces ayant valeur de loi provinciale : la Cour suprême de justice lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée devant elle ».

De ce texte, l'on note que :

- 1° La saisine de la Cour constitutionnelle n'était pas ouverte aux particuliers ;
- 2° Elle n'était ouverte aux particuliers que devant la Cour suprême de Justice, encore qu'ici aussi, les particuliers ne pouvaient soulever l'exception d'inconstitutionnalité devant la Cour suprême de justice que lorsqu'ils y introduisent un pouvoir en cassation² ;
- 3° Il va de soi que la saisine de la Cour constitutionnelle n'était pas ouverte aux autres juridictions.

La situation a-t-elle évolué sous l'empire de la Constitution révolutionnaire de la II^e République ?

1.3. La Constitution de la République Démocratique du Congo du 24 juin 1967

Le texte originel de Constitution du 24 juin 1967 reconduit, en son art. 72, la même disposition : « *Peuvent saisir la Cour constitutionnelle d'un recours en appréciation de la constitutionnalité :*

- Des lois et du règlement de l'Assemblée nationale : le Président de la République ;
- Des actes du Président de la République ayant valeur de la loi : le bureau de l'Assemblée nationale ;
- Des lois et des actes du Président de la République ayant valeur de loi : la Cour suprême de justice, de sa propre initiative, ou lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée devant elle ».

Il y a lieu de faire remarquer :

- Qu'à la différence de la Constitution du 1^{er} août 1964, celle-ci ajoute une autre possibilité de la saisine de la Cour constitutionnelle par voie d'exception dans la mesure où la Cour suprême ne saisit pas la Cour constitutionnelle que lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée devant elle à l'occasion d'un procès pendant mais aussi *proprio mutuo* ;

² Voir M-A LIHAU EBWA LIBANA- la- MOLENGO, 'mémoire explicatif du projet de Constitution', in *M.C.*, n°14, 15 juillet 1967, p.551.

- L'exception d'inconstitutionnalité est soulevée même s'il n'y a pas pourvoi en cassation.

Pour autant que l'al. 2 de l'art. VII du titre IX de la Constitution disposait que « Si la Cour suprême de justice est créée avant la Cour constitutionnelle elle exercera en attendant la création de celle-ci, les attributions de la Cour constitutionnelle ».

Le législateur, en application de cette disposition, a reconnu à la Cour suprême de justice, toutes sections réunies, la compétence du juge constitutionnel. En effet, aux termes de l'al. 1^{er} de l'art. 122 du 08/01/1969 de la Procédure devant la Cour suprême de justice, *“La Cour suprême de justice, sections réunies, exercera jusqu'à l'installation de la Cour constitutionnelle, les attributions de celle-ci”*.

Il s'agissait là d'une avancée considérable, du moins sur le plan formel, en matière de justice constitutionnelle.

Mais c'est surtout avec l'al. 2 de l'art. 70 de la Loi n°74-020 du 15 août 1974 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967 qu'il y a eu une évolution notable : la Cour suprême de justice devient juge constitutionnel définitif avec la suppression de la Cour constitutionnelle. En effet, cet alinéa disposait : *« le contrôle de constitutionnalité relève de la Cour suprême de justice »*.

Avec cette révision, l'exception d'inconstitutionnalité est ouverte aux parties au procès pendant devant tout juge. Ainsi, en application de l'al. 2 de l'art. 70 précité, l'art. 133 de la Procédure devant la Cour suprême de justice prévoyait qu'en cas d'exception d'inconstitutionnalité soulevée par une partie à l'occasion d'un procès, il apprécie, par un jugement avant-dire droit le caractère fondé ou non de l'exception.

Dans l'hypothèse où il retient l'exception, il sursoit à statuer sur l'affaire pendante, saisit la Cour suprême de Justice, par le Procureur Général de la République, sur la Constitutionnalité demandée.

Toutefois, le Procureur Général de la République demeure personnage-clé dans cette procédure.

Le processus de la démocratisation de la République du Zaïre commencé le 24 novembre 1990 a nécessité une transition politique régie par une Constitution de la Transition appelée Acte Constitutionnel de la Transition.

1.4. Acte constitutionnel de la Transition du 09/04/1994

L'Acte Constitutionnel de la Transition ne parle pas, *expressis verbis*, de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Cependant, en partant de l'al. 1^{er} de l'art. 102, l'on peut déduire la procédure d'exception d'inconstitutionnalité. En effet, l'al. 1^{er} de l'art. 102 disposait : « *Sans préjudice des autres compétences qui lui sont reconnues par le présent Acte ou par les lois, la Cour suprême de justice connaît des recours en appréciation de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi ainsi que des recours en interprétation du présent Acte, des pourvois en cassation formés contre les décisions rendues en dernier ressort par les Cours et Tribunaux et des recours en annulation des actes et décisions des autorités centrales de la République ainsi que des contestations nées des élections et du référendum* ».

De même, le point 1 de l'art. 160 de l'O-L n°82-020 du 31 mars 1982 portant C.O.C.J. prévoyait que : « *La Cour suprême de justice siège toutes sections réunies lorsqu'elle connaît : des recours en appréciation de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi ainsi des recours en interprétations de la Constitution* ».

Or, l'appréciation de la constitutionnalité se fait soit par voie d'action soit par celle d'exception.

L'on peut donc, de façon déductive, affirmer que la procédure d'exception d'inconstitutionnalité a existé conformément à l'art. 133 de l'O-L n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la Procédure devant la Cour suprême de justice.

Le processus de démocratisation a été interrompu par la rébellion de l'Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo (AFDL). Après le renversement du régime de la II^e République, le 17 mai 1997, l'exercice du pouvoir a été régi par un Décret – Loi Constitutionnel.

1.5. Décret-Loi constitutionnel n°003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et l'exercice du pouvoir en RDC

Pris dans un contexte révolutionnaire de l'Alliance des Forces Démocratiques pour la Libération du Congo (AFDL), ce Décret- Loi constitutionnel n'a pas organisé de contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

Vint la nouvelle transition politique.

1.6. Constitution de la Transition du 04/04/2003

La Constitution de la Transition du 04/04/2003 a, de nouveau, réorganisé le contrôle de la constitutionnalité par voie d'exception. En effet, l'al. 1^{er} de l'art. 150 disposait : « *sans préjudice des autres compétences qui lui sont reconnues par la présente Constitution ou par les Lois de la République, la Cour suprême de justice connaît, par voie d'action et par voie d'exception, de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi, ainsi que des recours en interprétation de la Constitution de la Transition* ».

S'agissant de la procédure, elle reste la même telle que prévue par l'art. 133 de O-L. n°82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice, c'est-à-dire à l'occasion d'un procès pendant devant tout juge ordinaire, si l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée par une des parties au procès, ce juge ordinaire statue par un jugement sur le bien-fondé et la recevabilité ou non de l'exception. S'il retient l'exception, la juridiction sursoit à statuer sur l'action principale pendante. Sa décision est communiquée au Procureur Général de la République qui, à son tour, saisit la Cour suprême de Justice, toutes sections réunies, pour une décision relevant de sa compétence.

Enfin, l'on notera une avancée considérable avec la Constitution en vigueur depuis le 18 février 2006.

1.7. Constitution de la RDC du 18 février 2006

Aux termes de deux derniers alinéas de l'art. 162, « *Elle (toute personne) peut, en outre, saisir la Cour constitutionnelle, par la procédure de l'exception de l'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui la concerne devant une juridiction.*

Celle-ci sursoit à statuer et saisit, toutes affaires cessantes, la Cour constitutionnelle ».

Il ressort de ces dispositions qu'ici, à l'occasion d'un procès pendant devant une juridiction, lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée par une des parties, cette juridiction sursoit à statuer, saisit elle-même, toutes

affaires cessantes, la Cour constitutionnelle sans transiter par le Procureur Général de la République.

A ce sujet, il est important de noter :

- 1) L'office du Procureur Général près la Cour constitutionnelle n'est plus requis à l'instar du Procureur Général de la République sous l'empire des Constitutions antérieures ;
- 2) Le juge ordinaire, devant qui l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée, sursoit à statuer, saisit elle-même la Cour constitutionnelle et ce, sans possibilité d'apprécier la prise en compte ou le rejet de l'exception ;
- 3) L'exception concerne, désormais non seulement les lois, actes ayant force de loi, édits mais aussi les actes réglementaires.

Ce faisant, le constituant de 2006 fait de cette Constitution une avancée considérable du point de vue de contrôle de constitutionnalité en général et de droits et libertés fondamentaux en particulier.

En effet, le constituant du 18 février 2006 a innové en corrigeant les inconvénients observés sous la Constitution de la Transition : il retire du juge ordinaire le pouvoir d'appréciation du bien-fondé d'une exception d'inconstitutionnalité évitant ainsi la possibilité d'erreurs d'une part, et des appels dilatoires contre les jugements avant-dire droit par les parties, d'autre part³.

II. PRECISIONS TERMINOLOGIQUES

2.1. *Exception (en droit)*

Une exception s'analyse en un moyen de défense sur la forme et non au fond. A en croire P. Cuche, « *une exception est un moyen invoqué par l'une des parties (habituellement par le défendeur) qui aboutit à provoquer un arrêt momentané de la procédure, sans engager le débat sur le fond* »⁴.

³ Lire V. NZONGO EKOMBO, *Le juge constitutionnel dans la Construction de l'Etat de droit en droit congolais*, Mémoire de Diplôme d'Etudes Supérieures en Droit Public, Université de Kinshasa, année académique 2005-2007, pp. 46- 47.

⁴ P. CUCHE, *Nouveau Dictionnaire de Droit et de Sciences Economiques*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1974, p.208.

Il est à comprendre de cette définition que l'objet d'une exception porte sur la régularité de la procédure en cours, sur la voie à suivre pour arriver au fond et non sur le fond lui-même ; la réponse à une exception n'est pas une solution sur litige lui-même, elle ne dégage que l'obstacle à la solution du litige.

L'arrêt momentané provoqué par l'exception, permet au même juge de l'action principale de vider l'exception avant de poursuivre l'examen au fond. Dans le même ordre d'idées, César-Bru considère qu' « *une exception est un moyen qui consiste sans entrer dans le fond de la demande, à en critiquer la forme ou bien à en retarder l'examen* »⁵.

Dans des nombreux cas, une exception ne vise qu'à retarder l'examen au fond de la demande. L'on peut donc considérer que les préoccupations faisant l'objet d'une exception sont périphériques à la question de fond.

Ainsi donc, il doit être précisé que :

- L'exception est une question préalable ;
- L'exception a, habituellement pour objet les préoccupations relatives à la forme et/ou au délai ;
- L'exception est soulevée devant le juge de l'action principale qui y répond lui-même par un jugement avant-dire droit;
- L'exception est régie par l'art. 143⁶ qui dispose : « *Le juge compétent pour statuer sur la demande principale connaît de tous les incidents et devoirs d'instruction auxquels donne lieu la demande* »;
- L'exception est un incident dans la mesure où elle interrompt ou retarde la procédure normale d'une action. Néanmoins à ce stade de réflexion, indiquons, tout de suite, que tout incident n'est pas exception.

Le concept d'exception ayant été compris, il y a lieu de s'interroger sur l'exception d'inconstitutionnalité.

2.2. Exception d'inconstitutionnalité

Ce qu'on a pris l'habitude d'appeler l'exception d'inconstitutionnalité est une question soulevée devant le juge de l'action principale à l'occasion d'un

⁵ CEZAR- BRU, *Ibid*, p. 208.

⁶ Art. 143 de la Loi Organique n°13/011-B du 11/04/2013 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire, in *JORDC*, n° spécial du 4/05/2013.

procès pendant et qui tend à montrer la non- conformité d'une loi, d'un acte ayant force de loi, d'un édit ou de certains règlements à la Constitution.

Etant incompétent pour y répondre, il sursoit à statuer, saisit le juge compétent, en l'occurrence, le juge de la constitutionnalité, c'est-à-dire le juge constitutionnel et attend la décision de celui-ci.

L'on comprend, *ipso facto*, qu'ici, le juge de l'action principale n'est pas celui de l'exception.

La décision attendue du juge constitutionnel produira, non pas, l'effet *inter partes*, mais bien l'effet *erga omnes*.

L'on retiendra que l'exception d'inconstitutionnalité est reconnue à ceci :

- Elle est soulevée devant le juge de l'action principale mais non examinée par lui ;
- Elle fait l'objet d'examen par un autre juge compétent, le juge constitutionnel ;
- La décision du juge constitutionnel à l'issue de cet examen est de portée générale.

Comme l'on peut s'en rendre compte, à la lumière de la notion d'exception développée précédemment, ce qu'on appelle exception d'inconstitutionnalité, s'analyse correctement en une question préjudicielle de constitutionnalité. Elle s'entend comme un "*problème juridique particulier qui peut être d'ordre administratif, civil ou pénal, qui doit être résolu par la juridiction normalement compétente avant que la juridiction saisie d'un litige dont la solution dépend de celle qui sera donnée à ce problème particulier, puisse statuer au fond. Elle est posée par voie d'exception et peut même en certains cas être soulevée d'office par le juge*"⁷.

L'on comprend que la question préjudicielle ne concerne pas que la constitutionnalité, elle peut être d'ordre administratif, civil ou pénal. C'est ainsi qu'en France, la Loi Organique du 10 décembre 2009, prise en application de l'art. 61-1 de la Constitution relatif à la question de constitutionnalité, l'a qualifiée de « *question prioritaire de constitutionnalité* ».

⁷ R. BARRAINE, *Nouveau Dictionnaire de Droit et de Sciences Economiques* 4^e éd, Paris, LGDJ, 1974, p.385.

Il en faut des précisions ci-après :

- La question préjudicielle de constitutionnalité s'entend d'un problème de droit et non une préoccupation de forme ;
- La question préjudicielle de constitutionnalité est une question posée par un juge à autre juge, donc une question entre juges et non une exception soulevée par une partie au procès uniquement au titre d'un moyen de défense au procès pendant devant le juge de l'action principale ;
- Le juge de l'action n'en est pas compétent et n'y répond pas ;
- La question est plutôt posée à un autre juge, le juge constitutionnel qui en est compétent et de qui le juge de l'action attend la décision- réponse pouvant lui permettre de poursuivre le procès pendant devant lui ;
- La décision du juge compétent sur la constitutionnalité du problème juridique posé produit un effet, non pas *inter partes*, mais plutôt *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous, absolu et non relatif.

Il ressort de ces traits caractéristiques que la question préalable, régie par l'art. 143⁸ est distincte de la question préjudicielle où la décision sur la Constitutionnalité relève d'un autre juge compétent qui est le juge constitutionnel et non le juge de l'action principale qui est le juge ordinaire.

Il s'en suit que la rédaction malencontreuse de l'al. 2 de l'art 53 sous examen serait, à notre avis, influencée par le modèle américain de contrôle de constitutionnalité d'une part et, de la procédure d'exception d'illégalité en droit administratif, d'autre part.

En effet, suivant le modèle américain de contrôle de constitutionnalité, qui remonte au célèbre Arrêt du Président Marshall dans l'affaire Marbury contre Madison en 1803 aux Etats-Unis d'Amérique, tout juge est compétent pour le contrôle de constitutionnalité et l'effet de sa décision est relatif, c'est-à-dire non opposable aux tiers au procès.

La compétence n'est pas exclusive pour la Cour suprême des Etats- Unis. C'est pourquoi certains auteurs le qualifie de modèle '*décentralisé*' par opposition au modèle Kelsénien (Européen), notamment le Conseil constitutionnel français (art. 62, al. 2, Const.), la Cour constitutionnelle

⁸ Art. 143 de la Loi Organique n°13/011-B du 11/04/2013 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire, in *JORDC*, n° spécial du 4/05/2013.

italienne (art. 136, Const.), la Cour constitutionnelle fédérale allemande (art. 100, Loi Fondamentale) prennent des décisions aux effets *erga omnes* comme la Cour constitutionnelle congolaise, *considéré* comme centralisé. A l'expression décentralisé, je préfère *déconcentré*, car bien que cette compétence soit répartie entre tous les juges, le principe de l'unité juridictionnelle fait que le contentieux peut remonter jusqu'à la plus haute juridiction (Cour suprême) par la procédure de recours en *certiori* et en application de la règle du précédent (*stare decisis*), la Cour suprême des Etats-Unis assure l'unité jurisprudentielle, évitant ainsi le risque des arrêts contradictoires des différentes juridictions ou Etats fédérés.

Encore que, même dans ce système juridictionnel, les Prof. Vunduawe te Pemako et Mboko D'jandima sont d'avis que « *Bien que ce jugement ne vaut que pour l'affaire et les parties en cause, le jeu de la règle du précédent vient nuancer la relativité des effets et le risque de variation ou de contrariété d'un Etat à un autre ou d'un juge à un autre. En effet, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique procède, par le biais de l'appel, à la « certification » des décisions rendues par les juridictions inférieures.*

Ainsi, ce droit jurisprudentiel s'impose-t-il en vertu de la règle du précédent (stare decisis) dans le cadre du système de judicial review.

Si l'arrêt de la Cour suprême ne peut annuler formellement une loi, il peut en paralyser l'application sur l'ensemble des Etats américains dans la mesure où les juridictions inférieures devront s'y conformer »⁹.

Dans le même ordre d'idées, le Prof KALUBA DIBWA considère que « *Le texte de loi est comme paralysé dans un coma profond en ne pouvant produire aucun effet en vertu de la règle du précédent* »¹⁰.

Il est également possible que la rédaction malencontreuse de l'al. 2 de l'art. 53 précité soit partie d'un rapprochement incorrect de la procédure de l'exception d'illégalité.

⁹ F. VUNDUAWA te PEMAKO et J.M MBOKO D'JANDIMA, *Droit Constitutionnel du Congo*. Textes et documents fondamentaux, vol. 2, Louvain-la-Neuve, Académia-L'Harmattan, 2012, note infrapaginale n°80, p. 1041

¹⁰ D. KALUBA DIBWA, *Du contentieux Constitutionnel en RDC ? Constitution à l'étude des fondements et des modalités d'exercice de la justice*, Thèse de Doctorat en Droit, UNIKIN, 2009-2010, p.74.

S'agissant de cette procédure, il doit être précisé qu'elle trouve son fondement légal dans l'art. 143¹¹ qui stipule : « *Le juge compétent pour statuer sur la demande principale, connaît de tous les incidents et devoirs d'instruction auxquels donne lieu cette demande* ».

En effet, il arrive qu'au cours d'un procès pendant devant le juge, une partie invoque un acte ou une décision administrative ; la partie contre laquelle l'acte est invoqué, constatant l'irrégularité juridique de celui-ci, peut l'attaquer. Ce faisant, elle soulève donc ce qu'on appelle l'exception d'illégalité.

Au regard de l'article 78¹², l'incident que constitue cette exception d'illégalité est, *en droit congolais une question préalable* dans la mesure où, saisi de l'exception, le juge du fond, plutôt que de renvoyer la question devant le juge administratif pour examen de la légalité ou de l'illégalité de cet acte (hypothèse de la question préjudicielle), va immédiatement surseoir à statuer au principal pour vider d'abord l'exception pour lui permettre d'y revenir sans obstacle.

Si après examen, l'illégalité est établie, ce juge ne pourra pas annuler cet acte administratif (car seul le juge administratif en est compétent) mais devra plutôt écarter son application à ces parties en cause.

C'est ce qu'on appelle effet *inter partes* par opposition à l'effet *erga omnes* lorsqu'il s'agit de l'annulation d'un acte administratif pour illégalité par le juge administratif saisi d'un recours en annulation pour excès de pouvoir¹³.

Or, dans la procédure de la question préjudicielle de constitutionnalité, le juge de l'action n'est pas celui de l'exception. Une fois saisi d'une « exception d'inconstitutionnalité », répétons-le, il sursoit à statuer et pose la question à un autre juge qui en est compétent, le juge constitutionnel. Bien plus, alors que dans l'hypothèse de l'exception d'illégalité, l'effet de décision du juge de l'action qui est également celui de l'exception, est relatif car constatant

¹¹ Art. 143 de la Loi Organique n°13/011-B du 11/04/2013 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire, *in JORDC*, n° spécial du 4/05/2013.

¹² Art. 78 de la Loi Organique n°16/027 du 15/10/2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, *in JORDC*, n° spécial du 18/10/2016.

¹³ Voir V. NZONGO EKOMBO, *Op. cit.*, pp. 112-113.

l'illégalité de l'acte incriminé, en écarte l'application aux parties dans la cause pendante, la décision du juge de la constitutionnalité produit, elle, un effet absolu.

Le législateur congolais pourrait objecter en soutenant qu'il se serait enfin inspiré de la procédure belge de question préjudicielle de constitutionnalité.

En effet, les particularités de la procédure de renvoi préjudiciel belge évitent de la confondre avec la procédure congolaise et même américaine (Etats-Unis) dans la mesure où le juge constitutionnel belge, dans l'hypothèse de renvoi préjudiciel, ne prend pas « des arrêts de rejets ou des arrêts d'annulation, mais des arrêts de réponse »¹⁴. En principe, poursuit l'auteur, la Cour ne prononce qu'un constat d'inconstitutionnalité et non une annulation, la norme inconstitutionnelle subsiste dans l'ordre juridique. L'arrêt de la Cour se limite au seul procès qu'a donné lieu au renvoi de la question préjudicielle : la décision vaut *inter partes*. Le juge appelé à statuer dans l'affaire se conformant à ce constat et, par conséquent, n'applique pas en l'espèce la norme sanctionnée¹⁵.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 142 al. 3 de la Constitution belge, la Cour constitutionnelle ne peut être saisie, à titre préjudiciel, que par une juridiction, et non directement par les particuliers. A ce sujet, la doctrine affirme que « *la question préjudicielle est l'expression d'une interrogation posée par un juge à un autre juge ... La question préjudicielle ne saurait être confondue avec une exception, moyen de défense soulevé par une partie devant un juge* »¹⁶. Ceci est, bien sûr sans préjudice, de la dérogation à l'obligation de poser une question préjudicielle introduite par la Loi spéciale du 09 mars 2003,

¹⁴ J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « *La réception des décisions d'une Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour de Belgique* », in Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°14, 2003, p.87 cité par MBOKO DJ'ANDIMA, *Op. cit.*, p.338.

¹⁵ M. VERDUSSEN, « *Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage* », *Op. cit.*, p.192 ; A. RASSON- ROLAND, « *Commentaire de l'article 142* », in M. VERDUSSEN (dir), La Constitution belge. Lignes & entrelignes, *Op. cit.*, p.318 ; M.- F. RIGAUX et B. RENAULD, *Op. cit.*, 207, n°270, cité par MBOKO DJ'ANDIMA, *ibidem*.

¹⁶ M.- F. RIGAUX et B. RENAULD, *Op. cit.*, pp.173, n°233 et 174, n°243. *Le mécanisme de la question préjudicielle suppose ici un apport de juge à juge.* (F. DELPEREE et A. RASSON- ROLAND, *Op. cit.*, p.66, n°28), cité par MBOKO DJ'ANDIMA, *ibidem*.

concernant la question soulevée dans le cadre d'une procédure d'urgence (en référé, référé administratif qui porte sur une détention préventive)¹⁷.

L'on comprend dès lors que la procédure de question préjudicielle en droit belge est bien différente de celle congolaise, car là, l'arrêt produit l'effet *inter partes*, ici, *erga omnes* ; là (en droit belge), il est fait dérogation à l'obligation de poser question préjudicielle en cas de procédure d'urgence (cfr supra), ici (en droit congolais), non.

Elle s'éloigne autant de l'exception d'inconstitutionnalité à l'américaine dans la mesure évidente où, rappelons-le, bien que par l'effet *inter partes*, la norme n'est pas formellement annulée pour non-conformité à la Constitution américaine, matériellement elle n'est appliquée par aucun juge, et se trouve donc comme annulée dans la pratique, tempérant ainsi la relativité de son effet.

Cet éclairage ayant été fait sur le distinguo entre la question préalable et la question préjudicielle de constitutionnalité, mieux la question prioritaire de constitutionnalité, indiquons l'intérêt attaché à cette dernière.

III. L'INTERET DE LA PROCEDURE DE QUESTION PREJUDICIELLE DE CONSTITUTIONNALITE

Plusieurs intérêts majeurs sont à épinglez, notamment :

Primo : Dans le cadre de l'Etat de droit, la procédure de question préjudicielle de constitutionnalité présente d'intérêt certain pour la protection des droits et libertés fondamentaux constitutionnalisés par le constituant du 18 février 2006. En effet, la saisine de la Cour constitutionnelle n'étant pas ouverte à toute personne dans le cadre de contrôle de constitutionnalité par voie d'action, la voie d'exception permet à toute personne de se protéger par le juge constitutionnel contre tout acte législatif ou réglementaire invoqué contre elle à l'occasion d'un procès pendant auquel elle est partie.

Secundo : En retirant du juge ordinaire le pouvoir d'appréciation du bien-fondé d'une exception d'inconstitutionnalité, l'on évite la possibilité d'erreur

¹⁷ En ce sens, M.UYTTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge. Regard sur un système institutionnel paradoxal*, 3^e éd, Bruxelles, Bruylant, coll. « *Précis de la Faculté de Droit de l'ULB* » 2005, p. 597, n°505.

d'appréciation d'une part, et l'on barre la voie aux appels dilatoires contre les jugements avant-dire droit, d'autre part.

Tertio : L'effet *erga omnes* de la décision du juge de la constitutionnalité ne suspend pas, mais annule l'acte législatif ou réglementaire jugé inconstitutionnel, protégeant ainsi toute partie à un procès futur contre l'application d'un acte inconstitutionnel.

Quarto : Par l'annulation d'un acte législatif ou réglementaire à l'issue de la procédure de question préjudicielle de constitutionnalité, le juge constitutionnel pose (produit) une norme générale et obligatoire consistant à interdire l'application dudit acte non seulement aux parties dans l'affaire pendante mais aussi à toutes les parties au procès postérieurs. Parce que « Annuler une loi, affirmait Hans Kelsen lui-même, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative »¹⁸.

CONCLUSION

La Constitutionnalisation de l'Etat de droit passe par la justice constitutionnelle vue comme garantie de celui-ci. Le citoyen ne jouit effectivement de ses droits et libertés que lorsque le respect de la Constitution est assuré par le juge constitutionnel.

La saisine de celui-ci par la procédure dite d'exception d'inconstitutionnalité, mieux de question préjudicielle de constitutionnalité est la meilleure voie.

Elle n'est pas à confondre avec la question préalable. Car, ici (question préalable), le juge de l'action principale est aussi celui de l'exception alors que là (question préjudicielle), le juge de l'action principale n'est pas compétent pour répondre à une question préjudicielle, c'est le juge de la constitutionnalité qui en est compétent ; la *réponse-décision* à une question préjudicielle produit un effet *erga omnes* alors que pour une question préalable le juge ordinaire rend arrêt aux effets *inter partes*.

¹⁸ KELSEN, H., Théorie pure du droit, in RDP, 1928, p.224.

Il est donc souhaitable que le législateur en tire la conséquence quant à la reformulation de l'art. 53, al. 2 sous examen.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I. OUVRAGES

I.1. OUVRAGES GENERAUX

1. ARDANT P., *Institution politiques et droit constitutionnel*, 12^e éd., LGDJ, 2000.
2. BIBOMBE MUAMBA B. et HANGI BINDU, « *Formes de l'Etat, régimes politiques et systèmes électoraux* ». in *Dossiers de droit constitutionnel et Institutions politiques*, ULPGL, Goma, 2002.
3. BOYER L. et ROLAND H., *Locutions latines du droit français*, Litec., 3^e éd., 1995.
4. KABANGA NTABALA C., *Droit Administratif*, t.1. ; 2^e éd. Publications 1995, rééd. Flammarion, Coll. « champs », 1996.
5. MATADI NENGA G., *La question du pouvoir judiciaire en RDC*. Contribution à une théorie de réforme, éditions Droit et idées nouvelles, Kinshasa, 2001.
6. MBOKO D'JANDIMA J.-M., *Principes et usages en matière de rédaction d'un travail universitaire*, Ed. DACIDEC- UNIAPAC/Congo, Kinshasa, 2004.
7. MPONGO BOKAKO B. E., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, E.U.A., Kinshasa, 2002.
8. VUNDUAWE te PEMAKO F., *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Editions Larcier, 2007.
9. VUNDUAWE te PEMAKO F. et MBOKO DJ'ANDIMA J.-M., Droit Constitutionnel du Congo, Textes et documents fondamentaux, France, éd. L'Harmattan- Académia, 2012.
10. WETSH'OKONDA KOSO S. M., *Les perspectives des droits de l'homme dans la constitution congolaise du 18 février 2006*, Editions (DAC-ASQL) ; Kinshasa, 2006.

I.2. OUVRAGES SPECIALISES

1. BLACHER P., *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris P.U.F., 2001.
2. CARPPELETTI M., *Les pouvoirs des juges*, préface Louis Favoreu, Economica, PUAM, Coll. « Droit public positif », 1990.
3. DJOLI ESENG'EKELI J., *Principes fondamentaux de droit Constitutionnel*, Kinshasa, DJES, 2015.
4. DELPEREE F. et FOUCHER P. dir., *La saisine du juge constitutionnel*. Aspects de droit comparé, Bruxelles, éd. Bruylant, 1998.
5. DELPEHEE F. et PASSON- ROLAND A., *Droit Public*. La Cour d'arbitrage, Bruxelles, Larcier, 1996.
6. LERAT C., *La Cour suprême des Etats- Unis*, Pouvoir et évolution historique, P.V. de Bordeaux, 1987.
7. CAPELLETTI, M., *Le pouvoir des juges*, Economica- PUAM, 1990.
8. KAMUKUNY MUKINAY A., *Droit Constitutionnel Congolais*, Kinshasa, éditions Universitaires Africaines, Collection « *Droit et Société* », 2011.

II. THESES

1. KALUBA DIBWA D., *Du contentieux constitutionnel en République Démocratique du Congo*, Contribution à l'étude des fondements et des modalités d'exercice de la justice constitutionnelle, Université de Kinshasa, Kinshasa, 2009- 2010.
2. MBOKO DJ'ANDIMA J.- M., *Etat de Droit Constitutionnel*. Ancrage et implication de réalisation en République Démocratique du Congo, Université de Kinshasa, Kinshasa, 2009- 2010.

III. CONTRIBUTIONS

1. KAMUKUNY MUKINAY, A., « *La Constitution de la Transition Congolaise à l'épreuve du constitutionnalisme* », in Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise. *Liber amicorum*. Marcel Antoine LIHAU,

Bruxelles, Bruylant, Kinshasa, PUK, Collection
Bibliographique de la Fac de Droit, 2006, pp. 153-
183.

2. VERDUSSEN, M., « *Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage* », in DELPEREE F. et FOUCHER (dir.). *La saisine du juge constitutionnel. Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 175-176.
3. VAN COMPARNOLLE, J., et VERDUSSEN, (M.), « *La réception des décisions d'une Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique* » in *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 14, 2003, p.87.

IV. Dictionnaires

1. BARRAINE, R., *Nouveau Dictionnaire de droit et de sciences économiques*, 4^e éd, Paris L.G.D.J., , 1974.
2. *Dictionnaire Universel*, 2^e éd. Paris, Hachette, 1995.
3. LALANDE A., : - *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 9^e éd., Paris, 1962.
- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 17^e, P.U.F, éd. Paris, 1991.
4. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, France, Quadrige/PUF, 2011.