

Nexus Démocratie – Etat de droit – Fonction du juge : quelle perception en droit constitutionnel congolais ?

Leçon inaugurale donnée à l'occasion de la Conférence sur le thème « Droit constitutionnel : Démocratie et Etat de droit », mercredi 26 mars 2025

Par

François BOKONA WIIPA BONDJALI

Professeur de droit public/UNIKIN et Juge à la Cour constitutionnelle/RDC

C'est pour moi, un plaisir tout particulier d'introduire cette séance qui porte sur un sujet très actuel et à l'intersection de trois mondes, le monde politique, le monde judiciaire et le monde universitaire.

Et me retrouver dans cet environnement parmi les collègues et anciens collègues venant de ces trois milieux, dont je suis ou j'ai été un membre fidèle, est un motif supplémentaire de satisfaction.

Il n'est pas facile de donner une leçon inaugurale à une occasion comme celle-ci. Prendre la parole avant des intervenants aussi éminents que pertinents pour tenter d'imaginer ce qu'ils diront, ou du moins leur préparer le terrain constitue un sport dangereux, un pari risqué. Cela peut vous exiger de vous mettre dans la peau d'un devin que je ne suis pas du tout, malheureusement.

La mission se complexifie davantage lorsqu'il s'agit d'un thème aussi vaste et portant sur des notions longuement débattues, voire combattues dans des discours comme dans des écrits juridiques et politiques : la démocratie, l'Etat de droit et l'office du juge.

Ces notions sont historiquement évolutives depuis leurs lointaines origines à nos jours. Il en est particulièrement de la démocratie dont l'acceptation a changé au gré d'époques et d'espaces.

En les étudiant ensemble, il m'a paru judicieux de situer le triptyque démocratie, Etat de droit et fonction du juge à trois niveaux de discussion avant de rechercher sa perception en Suisse et en République démocratique du Congo (RD Congo) sous la Constitution du 18 février 2006. Dans cet exercice, j'essaierai de prime abord de parler de comment la démocratie se conjugue sans Etat de droit, ensuite relever son évolution à la rencontre de l'Etat de droit, avant de démontrer sa situation dans une tentative de dépassement de l'Etat de droit.

Premier niveau de discussion : Démocratie sans Etat de droit

Pouvoir ou gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple, résumait Abraham Lincoln dans son discours de Gettysburg du 19 novembre 1863. Cette formule « fétichisée » est devenue au fil du temps la définition largement reprise de la **démocratie**. Elle fonde même le système de démocratie représentative ou électorale dans lequel la loi est au-dessus de tout, elle est autorisée de tout et rien, même les citoyens eux-mêmes, ne peut l'arrêter.

On parle alors de « **la supériorité de la loi** » ou encore du « **légicentrisme** » qui, basé sur la pensée considérant la loi votée et adoptée par le parlement comme la traduction directe de la souveraineté du peuple, est la croyance dogmatique en la toute-puissance de la loi ou une confiance absolue à l'égard du législateur, laquelle a favorisé l'avènement de la **légicratie**.

Cela s'apparente à la théorie de « **l'Etat législatif ou parlementaire** » développée par Carl Schmitt dans son livre sur « Légalité et légitimité ». Il voyait en cela l'Etat dans lequel le Parlement représente l'institution dominante, le juge ne pouvant jamais devenir le gardien de la Constitution contre les lois, étant toujours et seulement la bouche de la loi.

Ce régime politique qui visait au départ la fin de la dictature d'un seul, a fini par engendrer la dictature d'un groupe au point qu'en toute impunité, la loi et son acteur majeur, le législateur, pouvaient impunément porter atteinte

aux droits fondamentaux des citoyens.

Dans ce contexte, qui pouvait protéger le peuple et la Constitution des abus de leur protecteur naturel ? Alors, l'Etat de droit !

Deuxième niveau de discussion : Démocratie sous l'Etat de droit

Théorisée notamment par Hans Kelsen, dans *Théorie pure du droit*, « l'Etat de droit implique que la liberté de décision des organes de l'Etat, en l'occurrence le législateur, est limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention du juge qui devient donc la clef de voûte et la condition de réalisation de l'Etat de droit ». On reconnaît donc à cette notion plusieurs critères dont les principaux sont la hiérarchie pyramidale des normes au-dessus desquelles on trouve la Constitution, d'où le principe de la « **primauté de la Constitution** ». Il y a aussi le critère de la garantie et la protection des droits fondamentaux des citoyens.

Malgré les controverses autour des rapports difficilement conciliables qui caractérisent la démocratie et l'Etat de droit, il existe toutefois la dialectique ou l'influence mutuelle entre ces deux notions conduisant à la notion « **d'Etat de droit démocratique** ». A cet égard, il est généralement admis que tout Etat de droit n'est pas nécessairement démocratique, mais que toute démocratie moderne devrait être un Etat de droit qui en est la garantie. Ainsi donc, la démocratie n'est pas une condition de l'Etat de droit, mais à l'inverse, l'Etat de droit est une condition de la démocratie.

A la faveur de l'Etat de droit, la démocratie tend de nos jours à désigner un système politique où les droits fondamentaux sont garantis et protégés par la Constitution et d'autres normes nationales et internationales, et dont la violation est sanctionnée par le juge. Dès lors, le légicentrisme est délogé par le **constitutionnalisme** qui favorise le contrôle de constitutionnalité des actes des gouvernants, législatif comme exécutif, et met en avant la **primauté de la constitution**. On peut affirmer que cette période marque la

création ou la confirmation du rôle des cours ou tribunaux constitutionnels. Certains théoriciens du droit ne se sont pas abstenus de parler du « **constitutionnalisme démocratique** ». Celui-ci, d'après Luc Klein, considère que les élections comme mode d'accès au pouvoir demeurent au cœur du système démocratique, le constitutionnalisme dont le juge est le gardien n'étant qu'un outil pour améliorer son fonctionnement. On vit alors sous l'ère de ce qu'on peut appeler « **constitocratie** », prélude au troisième niveau d'analyse.

Troisième niveau de discussion : Démocratie au-delà de l'Etat de droit

D'après Bastien François, avec l'évolution récente du droit constitutionnel on serait passé d'un simple Etat de droit à une « **démocratie constitutionnelle** » dont la portée consiste à dire que « "l'Etat de droit" n'est plus seulement un principe juridique sans véritables conséquences pratiques quant à la définition et la légitimité de la représentation politique ; à travers la nouvelle place accordée au contrôle de la constitutionnalité des lois, il tend à devenir une "République du droit" ».

Cette forme de démocratie se rapproche de la démocratie sous Etat de droit. En effet, cette théorie prend en compte le rôle du juge faisant de lui en conséquence « le véritable centre institutionnel d'expression démocratique [dans l'objectif de convaincre ce dernier qu'il] est démocratiquement légitime à remplir ce rôle ».

A cet effet, le principe devient celui de la « **primauté du droit** » servant à exercer une contrainte effective sur l'action des gouvernants indépendamment de l'existence d'une disposition législative ou constitutionnelle expresse. Au sens d'Evariste Boshab et d'Albert Venn Dicey, cette soumission de tous au droit doit se fonder sur l'administration qu'en font les tribunaux.

C'est certainement dans ces circonstances qu'est née et se développe

encore de nos jours la notion de « **gouvernement des juges** » au sens duquel « les juges disposent d'un pouvoir autonome, d'un pouvoir d'interprétation qui leur permet d'opérer des choix discrétionnaires et disposent d'une véritable marge de manœuvre pour trancher un litige ». Très critiquée par les uns et adulée par les autres, à tort ou à raison, cette idée se vit principalement aux USA où la Cour suprême est de plus en plus un acteur politique incontournable.

Mais comment, par-dessus tout, les juges peuvent forger une légitimité acceptable et convaincre que leur office sert les intérêts de la démocratie et du droit en général ? Cette légitimité devrait découler, si on emprunte les mots de Nicolo Zanon, « dans leur œuvre même, dans le consensus que leurs décisions sont capables de susciter, dans les enseignements que les motivations et les raisonnements suivis dans un arrêt sage et apprécié peuvent nous donner ».

De tout ce qui précède, il reste de voir où se situe la République démocratique du Congo, mais aussi la Confédération helvétique dans ce débat théorique. La situation et l'histoire de la démocratie en Suisse est on ne peut plus complexe. C'est la raison pour laquelle je n'ai pas voulu me lancer dans un exercice de qualification à ce niveau, surtout pas en présence de Son Excellence Monsieur l'Ambassadeur Chasper SAROTT, ici présent, à qui je laisse toute l'exclusivité de nous parler de « **Démocratie directe et Etat de droit en Suisse** ». Ne dit-on pas "à seigneur, tout honneur" ?

La RD Congo quant à elle semble combiner les vertus et virtuosités de chacun de trois niveaux étudiés avec une nette prédominance de la démocratie sous l'Etat de droit. La lecture de l'article 5 de la Constitution du 18 février 2006 tranche pour une démocratie représentative et élective en disposant que « tout pouvoir émane du peuple qui l'exerce directement par voie de référendum ou d'élections et indirectement par ses représentants ».

Toutefois, la loi fondamentale vire aussi en faveur de la démocratie avec Etat de droit, lorsqu'elle prévoit en son article 1^{er} que : « La République Démocratique du Congo est [...] un Etat de droit [...] démocratique ».

Pour accompagner cette philosophie du pouvoir politique, le Constituant congolais a posé plusieurs garanties contre toute forme de légicratie. Parmi elles, outre la reconnaissance du juge comme garant des libertés individuelles et droits fondamentaux des citoyens à l'article 150 de la Constitution, il y a l'institution du contrôle de constitutionnalité tant *a priori* que *a posteriori* au profit de la Cour constitutionnelle telle que prévu aux articles 160 et 162 de la Constitution.

Il s'est avéré qu'avec le temps, par sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle a étendu son pouvoir de contrôle de constitutionnalité aux actes dits d'assemblée et autres actes similaires pour violation des droits fondamentaux. Elle a justifié cette tendance évolutive par la poursuite de l'idéal de l'Etat de droit et le pouvoir de « **régulateur de la vie politique** » en cas de vide constitutionnel, alors que, au sens strict des prescrits constitutionnels et légaux, cela ne relève pas de sa compétence expresse.

Peut-on, sur cette base, considérer qu'on tend vers une « démocratie constitutionnelle » dans la pratique de la justice constitutionnelle congolaise ? Du point de vue simplement théorique et dans une moindre mesure pratique, ça y ressemble un peu, sans méconnaître les critiques portées sur cette option du juge constitutionnel congolais. Lorsque le Président Dieudonné KAMULETA BADIBANGA viendra parler du « **rôle de la Cour constitutionnelle dans l'avènement de l'Etat de droit démocratique en RDC** », ce sera l'occasion propice et une opportunité à saisir pour l'assistance pour y voir clair.

Par ailleurs, si pendant les circonstances exceptionnelles le Président de la République dévient quelque peu « un dictateur constitutionnel », dira le Professeur Félix Vunduawe, le juge constitutionnel constitue une barrière

contre l'arbitraire en vertu de l'article 145 de la Constitution, et ce, pour veiller principalement au strict respect de l'article 61 de la Constitution qui consacre le noyau dur des droits humains ou les droits insusceptibles de dérogation.

Le Professeur KODJO NDUKUMA pourra bien nous en dire plus lorsqu'il parlera de : « **Le juge constitutionnel, protecteur des libertés sous état d'urgence et état de siège, dans un Etat de droit** ». Ce sujet est d'actualité surtout dans ces circonstances exceptionnelles que vit le pays du fait de l'agression armée qu'il subit dans sa partie orientale et sur lesquelles l'ombre de la Cour constitutionnelle devrait planer.

Il est aussi louable que le contrôle de constitutionnalité se soit transporté à l'échelle du droit international permettant ainsi une énième dialectique de pouvoirs entre le juge constitutionnel et l'exécutif dont le chef est revêtu d'une légitimité populaire le fondant à conclure et de ratifier ces instruments. Il sera alors très intéressant de voir le Professeur Marcel WETSH'OKONDA KOSO nous parler de « **Traités internationaux dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle congolaise : norme de référence et/ou source d'inspiration** ».

Dans un autre registre, il est vrai que dans un Etat de droit démocratique, l'élection des gouvernants tient encore pour règle de base. Dès lors, le juge en tant qu'acteur légitime est utile et permet à la démocratie électorale de fonctionner au mieux en veillant la vérité des urnes. A cet effet, le Professeur Didier YANGONZELA nous édifiera dans son intervention qui va porter sur « **La part du juge (judiciaire, administratif et constitutionnel) dans la résolution des crises électorales pour un Etat de droit démocratique en RDC** ».

Par ailleurs, lorsque j'ai appris que le Professeur KAYAMBA TSHITSHI NDOUBA avait accepté de traiter du sujet portant sur « **des actes non juridictionnels du juge constitutionnel et l'Etat de droit** », je me suis

convaincu que c'est une belle occasion qui m'est offerte, à moi et sûrement à plusieurs autres participants à cette conférence, pour en savoir plus et nous en faire une idée plus précise de ce concept au contenu notionnel imprécis, volatil et évanescent, surtout que cette notion sera confrontée à la démocratie et à l'Etat de droit.

Je suis convaincu que ces assises seront riches en enseignements. Alors que je vais quitter cette tribune pour reprendre ma place, je serai très attentif à chaque intervention pour noter, éventuellement poser des questions et, dans la mesure du possible, répondre à celles qui me seront posées. J'invite les participants à la même attention.

Je vous remercie !