Trimestrielle, 26ème année
ISSN 1372 - 6439

Numéro 108
Octobre 2023

REVUE DE DROIT AFRICAIN

Doctrine & Jurisprudence

---------- Depuis 1996 ----------

PUBLICATIONS DU GROUPE DE

Recherches et Documentation Juridiques Africaines

(R. D. J. A.)

Rédaction : Rue M. Van de Wiele, n° 16, 1030 Bruxelles (BELGIQUE)
Représentation et Fond Documentaire : Université de Kinshasa,
Faculté de Droit, B.P. 204, Kinshasa XI (RDC)

RECHERCHES ET DOCUMENTATION JURIDIQUES AFRICAINES ASBL

Revue de Droit Africain

Comité d'honneur :

Président : (+) M. François RIGAUX, Professeur Émérite de l'UCL, (Bruxelles);
Vice-président : M. Mark VAN HOECKE, Recteur honoraire de la *Katholiek Universiteit Brussel* (K.U.B.) Brussel, Professeur à *Gent Universiteit.*

Membres :

M. Jean-Luc FAGNART, Avocat au Barreau de Bruxelles, Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'ULB, Bruxelles;
M. le Doyen Francis DELPEREE, Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'UCL, Louvain-la-Neuve, (Belgique);
M. J. VANDERLINDEN (+), Professeur émérite de la Faculté de droit de l'ULB et au Centre de droit international de la *Common law* en français, École de droit, Moncton, Canada;
M. J. SALMON, Professeur émérite de la Faculté de Droit de l'ULB;
Mme PALOMA BIGLINO CAMPOS, Professeur à la Faculté de droit et Directrice honoraire de l'Institut d'Études Européennes de l'Université de Valladolid (Espagne);
M. José-Luis MARTINEZ LOPEZ-MUNIZ, Professeur à la Faculté de Droit, Université de Valladolid, Espagne;
M. MUBIALA MUTOY, Professeur à l'Université de Kinshasa,, Ancien Fonctionnaire (Retraité) des Nations Unies, Genève (Suisse);
M. Paul LUKUNKU KANYAMA, Avocat au Barreau de Kinshasa (Rép. Dém. du Congo);
M. Charles UNIKOWSKI, Avocat au Barreau de Bruxelles (Belgique).

Rédaction

Rédacteur en chef : V. KANGULUMBA MBAMBI
Rédacteurs en chef adjoints : L. KYABOBA KASOBWA et ZEGBE ZEGS
Secrétaires de rédaction : J.-P. KILENDA KAKENGI et S. SMIS
P.-G. NGONDANKOY et R. MUKENDI KABONGO
Documentation et Publications : M.-V. LESSAY BODUKA

Comité scientifique

Prof. (+) Fr. RIGAUX (UCL/Louvain-la-Neuve);
Prof. M. VAN HOECKE (RUG/Genk);
Prof. (+) J. VANDERLINDEN (ULB & Moncton, Canada);
Prof. Sayeman BULA-BULA (UNIKIN/ Kinshasa);
Prof. (–) P. AKELE ADAU (UNIKIN/Kinshasa);
Prof. P. KLEIN (ULB/Brux.);
Prof. MUBIALA MUTOY (N.U., Genève/Suisse)
Prof. E. BOSHAB (UNIKIN Kinshasa);
Prof. MAZYAMBO MAKENGO KISALA (UNIKIN/Kinshasa);
Prof. S. SMIS (VUB Brussel);
M. R. IPALA NDUE NKA, Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Matadi (RDC), Direction Juridique Gécamines Bruxelles ;
Prof. S. S. KUATE TAMEGHE, UCAC, Yaoundé et à l'Université de Yaoundé II (Cameroun) ;
Prof. J. N. VUDISA MUGUMBUSHI (Académie Afric. de Th. du Droit/Bruxelles, UNIKIK (RDC) ;
Patrick DE WOLF, (Chargé de cours UCL/Louvain-la-Neuve) ;
Prof. BEYA SIKU (UNIKIN/Kinshasa);
Dr J.-P. KILENDA KAKENGI (KUB/Brussel et Académie Afric. de Théorie du Droit/Bruxelles) ;
Prof. L. KYABOBA KASOBWA (UNIKIN/Kinshasa);
Prof. V. KANGULUMBA MBAMBI (UNIKIN et Académie Afric. de Théorie du Droit/Bruxelles) ;
Prof. C. KUYU MWISSA, (Paris I Sorbonne, LAPJ et Ac. Afric. de Théorie du Droit/Bruxelles) ;
Prof. R. KIENGE-KIENGE INTUDI (UNIKIN) ;
Prof. J.-P. FOFE DJOFA (UNIKIN et LAPJ/Paris) ;
Prof. I. MINGASHANG (UNIKIN) ;
Prof. J.-P. SEGIHOBE (UNIKIN et UNIGOM), (RDC).

SOMMAIRE

I. DOCTRINE

12. Qu'est-ce qu'un code ?

Prof. J. VANDERLINDEN (+) 379-400

13. Rationalisation et réorganisation de l'effet *ex tunc* des déclarations d'inconstitutionnalité. État des lieux et perspectives en droit congolais,

Prof. F. BOKONA WIIPA BONDJALI, ... 401-450

14. L'importance de l'identification correcte de l'autorité contractante en droit des marchés publics de la République Démocratique du Congo,

Prof. J. N. VUDISA MUGUMBUSHI, ... 451-478

15. Affaire Matata Ponyo et consorts : Encore un arrêt de la Cour constitutionnelle ! Et maintenant, que faire ?

Prof. B. ECA wa LWENGA, ... 479-498

→ **Erratum** – Sommaire 107-2023, **Lire :**
10. Santé et vie privée, analyse des rapports à partir du droit camerounais,
H. M. TCHABO SONTANG 303-336

II. JURISPRUDENCE

9. PROCEDURE PENALE – Exceptions liminaires – 1. Différent relatif aux investissements - Incompétence de la Cour constitutionnelle ? - Irrecevabilité de la citation à prévenu pour violation des articles 57 du code de procédure pénale et 17 alinéa dernier de la Constitution - **2. Irrecevabilité de la citation à prévenu pour défaut de l'instruction préjuridictionnelle** – **3. Contrainte juridique de surséance à l'instruction ou de la mise hors cause d'un prévenu** - Principe de l'autonomie de l'arbitrage international et de sa suprématie à l'égard de la juridiction nationale, y compris pénale – **Non fondées – Rejet.**
..... 499-510

10. **Cour suprême de Justice (CSJ, RDC), Section judiciaire - Cassation - matières civile et commerciale, RC 1202, 28 mars 1990 - PROCEDURE : MOYEN -** Violation Art. 9 du Code de l'Organisation et Compétences judiciaires – Exception - Incompétence Tribunal - Avis Ministère Public sur le banc : Sagesse Tribunal – Défaut d'Avis Ministère Public – **Fondé – Cassation avec renvoi,** 510-512

III. RECENSION BIBLIOGRAPHIQUE ET INFORMATIONS

2. **Jean-Paul SEGIHOBE BIGIRA & Ivon MINGASHANG (dir.),** *Le droit pénal entre douleur et enchantement dans le contexte contemporain, Liber amicorum* doyen Raphael Nyabirungu mwene Songa, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1605 p. 513-532

3. **Léon KYABOBA KASOBWA,** *L'Essentiel de l'Introduction au Droit Privé*, 2ème édition, Ed. RDJA, Bruxelles, 2023, 117 p. 532-533

4. **Léon KYABOBA KASOBWA,** *Législation et Réglementation de la protection des consommateurs en République Démocratique du Congo : Constats et mise en perspective de la codification du droit congolais de la consommation,* Ed. RDJA, Bruxelles, 2023, 291 p. 533

IV. TABLES GENERALES 2023

I. DOCTRINE 535-536
II. JURISPRUDENCE 537-538
III. RECENSION BIBLIOGRAPHIQUE ET INFORMATIONS 538-539
IV. TABLES GÉNÉRALES 2023 535-539

© RDJA ASBL 2023
Revue de Droit Africain
ISSN: 1372 - 6439
Dépôt légal : BD 47.630/97 – Bruxelles

13. Rationalisation et réorganisation de l'effet *ex tunc* des déclarations d'inconstitutionnalité. État des lieux et perspectives en droit congolais

François BOKONA WIPA BONDJALI
Professeur à l'Université de Kinshasa
Département de Droit public international et Relations internationales

« *Justice extrême est extrême injustice* »
Térence (190 -159 av. J-C.)

Introduction

1. L'office du juge constitutionnel est un exercice délicat, complexe, mais surtout déterminant dans le fonctionnement des institutions de l'Etat et la marche équilibrée et ordonnée de différents pans et articulations de la société. Pour ce faire, comme l'affirme Zanon, les juges constitutionnels [...] doivent chercher leur légitimité [...], dans le consensus que leurs décisions sont capables de susciter, dans les enseignements que les motivations et les raisonnements suivis dans un arrêt sage [...] peuvent [...] donner[1]. Le contrôle de constitutionalité des actes est une opération clef au sein d'un ordre juridique en ce que le juge constitutionnel est le dernier rempart contre tout acte ou toute règle en contravention à la Constitution. Tout acte est tenu de se conformer à la Constitution pour assurer sa « validité »[2], l'ordre juridique ne devant appliquer que ceux des actes ou des règles en conformité ou en « intimité»[3] avec la Constitution.

2. La question qui se pose le plus souvent dans cet exercice demeure la problématique du sort des situations, actes juridiques et des factualités découlant de l'acte déclaré par le juge constitutionnel contraire à la Constitution. Dans un certain nombre de système, la déclaration d'inconstitutionnalité entraîne l'anéantissement de tous actes pris en vertu de l'acte déclaré nul et le retour au

---

[1] N. ZANON (Paraphrasant Rudof Smed), « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle,* Paris, Economica, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991/5-1989, p. 189.

[2] F. HAMON, M. TROPER et G. BURDEAU, *Droit constitutionnel*, 27ème édition, Paris, LGDJ, 2001, p. 11.

[3] L. FAVOREU, P. GIA, R. GHEVONTIAN, F.M. SOUCRAMANIEN, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI, J. TREMEAU, *Droits et libertés fondamentales*, 2ème édition, Paris , Dalloz, 2002, p. 9.

pristin état de toute situation ou factualité née de l'acte juridique neutralisé. Dans ce système, le juge applique dans toute sa rigueur la légalité et les textes en vigueur. Le réflexe du juge demeure ici à la soumission à la régularité juridique. Dans d'autres systèmes par contre, aux fins d'épargner la société des ondes de choc prévisibles et résultant de la censure de l'acte inconstitutionnel, le juge aménage le temps d'application de sa décision, par le mécanisme généralement connu sous le concept de modulation. Ce régime introduit des nuances et atténue la rigidité et le rigorisme de la règle de droit.

3. En République Démocratique du Congo (RDC), le juge constitutionnel a reçu pour mission de vérifier, dans les limites de ses compétences, la conformité à la Constitution des actes bien déterminés par l'article 160 alinéas 1er et 2 de la Constitution et complété par les articles 43 et 48 de la Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle. Il s'agit des traités et accords internationaux, les lois, les actes ayant force de loi, les édits, les Règlements intérieurs des Chambres parlementaires, du Congrès et des institutions d'appui à la démocratie ainsi que les actes règlementaires des autorités administratives. Cependant, la jurisprudence de cette haute Cour étend-elle la compétence de celle-ci aux actes d'assemblée[4] et aux décisions de justice[5] sous deux conditions qui seront abordées plus loin. Dans cet exercice, le juge constitutionnel a le réflexe de ne déclarer nuls que ceux des actes contraires à la Constitution. Cet impératif de régularité le conduit à appliquer dans toute sa rigueur les textes de droit au préjudice souvent de certains intérêts primordiaux de la société, surtout lorsque l'acte attaqué est neutralisé.

4. A cet effet, il y a ainsi lieu de rappeler que dans l'hypothèse d'un contrôle *a priori*, l'acte déclaré non conforme à la Constitution ne peut entrer en vigueur, alors que dans le cas d'un contrôle *a posteriori*, par voie d'action ou d'exception, il sera soit annulé, abrogé, déclaré nul ou tout simplement écarté de la solution du litige en cours. Aussi, selon le système juridique, la sentence du juge constitutionnel peut se limiter à constater et déclarer l'existence d'un vice préexistant. La décision aura alors un effet rétroactif et fera disparaître l'acte en cause *ab origine*, dès son entrée en vigueur, c'est-à-dire pour le passé. C'est l'*effet ex tunc*. Son actionnement sur un acte appliqué pendant plusieurs années

[4] La Cour constitutionnelle l'a répété par les arrêts de principe sous RConst. 356 du 10 mars 2017, Affaire C.L.L. contre l'Assemblée provinciale de la Tshopo et RConst. 411/2017 du 17 mars 2017, affaire V.M.B contre l'Assemblée provinciale du Sud Kivu, etc.

[5] R. Const. 1800 du 22 juillet 2022 contre l'arrêt REA 183 du 27 mai 2022 du Conseil d'État.

risque de remettre en cause un nombre considérable des situations juridiques consolidées, voire établies, des intérêts publics, d'impôts perçus, des condamnations pénales devenues irrévocables, des prestations sociales payées, des contrats conclus, bref, des réalités métajuridiques inéluctablement fortifiées et affermies. En revanche, la sentence peut aussi constituer une nouvelle norme juridictionnelle, qualifiée d'abrogation de la norme en divorce avec la Constitution. En effet, celle-ci n'était pas nulle *ab initio,* mais la devient suite à l'intervention d'un juge saisi et suivant une procédure particulière. Ainsi, celle-ci ne pourra produire un effet rétroactif, mais plutôt *ex nunc*, à partir de l'édiction par le juge, au risque de ne produire aucun intérêt pour le justiciable. En effet, si elle n'est neutralisée qu'à compter de la décision, elle reste néanmoins applicable au cas d'espèce qui a généré la saisine du juge, lorsqu'elle était encore en vigueur. Car, maintenir les effets dans le passé d'un acte déclaré inconstitutionnel pourrait offusquer certains esprits.

5. En RDC où s'applique le régime de la régularité, les décisions de la Cour constitutionnelle ont un *effet rétroactif général.* Cet effet est établi même en excès, alors qu'entre le moment auquel un acte prend vie et celui auquel il est déclaré contraire à la Constitution, il est à même de produire des effets juridiques. D'où, le besoin de sauvegarder certains intérêts sociaux et même sociétaux issus desdits actes. Un choix cornélien pour le juge constitutionnel devant choisir entre la régularité juridique, le respect scrupuleux de la légalité et la prise en compte de certaines factualités. De façon concrète, l'article 168 de la Constitution dispose : « [l]es 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 ». Aussi, la Loi organique sur la Cour constitutionnelle dispose que tout acte déclaré non conforme à la Constitution est nul et de nul effet[6]. Plus fortes sont les conséquences de la déclaration de nullité sur les décisions de justice même ayant acquis autorité de la chose jugée et les règlements résultants de l'acte contrôlé[7].

6. De ce qui précède, il se dégage trois principes majeurs, à savoir : la disparition de l'ordre juridique congolais de l'acte déclaré nul[8] ; l'effet rétroactif ou *ex tunc* de l'arrêt intervenu et enfin, l'absence de tout tempérament particulier

[6] Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour Constitutionnelle, art. 50.

[7] Idem, art. 115, alinéa 1er.

[8] Il peut s'agir de tout l'acte ou seulement d'une de ses dispositions. (Lire notamment l'article 113 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle).

prévu formellement par le constituant ou le législateur dans l'application dans le temps de l'arrêt portant ladite décision. Dès lors, l'application rigoureuse de ce cadre juridique peut entrer en antagonisme avec certaines situations de fait de grande importance sociale, notamment l'ordre public, l'intérêt public, la sécurité juridique, etc. En effet, la justification, dans le système congolais, de l'application stricte de l'effet *ex tunc* repose sur le fait que la Constitution de la République Démocratique du Congo et la loi organique sur la Cour constitutionnelle, dans une tradition formaliste, instituent une application rigoureuse des règles et des principes.

Dès lors, les actes et les situations nés des actes déclarés nuls subissent, implacablement, le contre coup d'un retour au *statu quo ante*.

7. Il va de soi que, loin d'être une simple spontanéité, ce réflexe du juge constitutionnel pourrait trouver naturellement des justifications dans l'absence d'un fondement juridique pouvant couvrir une prise en charge expresse des effets des arrêts d'inconstitutionnalité. Ainsi, une fois que l'acte attaqué est neutralisé, les situations qui en découlent restent exposées à l'onde de choc provoquée par la décision intervenue. Tous les effets produits seront alors « gommés »[9]. Il y aurait alors besoin, pour ledit juge, de trouver une voie médiane entre ces deux exigences contradictoires : application de la régularité juridique et nécessité de considérer les réalités métajuridiques. A cet effet, la technique de modulation des effets des arrêts d'inconstitutionnalité se prête bien, en ce qu'elle permettra au juge constitutionnel d'équilibrer la rigueur du cadre juridique pré rappelé et certains intérêts fondamentaux de la société. Elle constitue la savante synthèse de la dialectisation des deux impératifs dans le contentieux de contrôle de constitutionnalité.

8. La question qui se pose est celle de savoir si en RDC, le juge constitutionnel devra ou non s'assumer comme ce juge d'équilibre entre les exigences textuelles et les réalités, intérêts majeurs ou vitaux sociaux ou sociétaux ? Empruntant les vertus et virtuosités des approches positivistes, criticiste, comparatiste et dialectique, les déploiements réflexifs subséquents tourneront successivement autour de la recherche en droit comparé du cadre juridique de la modulation de l'effet *ex tunc* des déclarations d'inconstitutionnalité pour comprendre (I) et des perspectives d'une optimisation et d'une rationalisation de cette pratique en RDC (II).

[9] Lire utilement à ce propos Olivier JOUANJAN, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelles et administratives en droit allemand », *RFDA*, 2004, p. 676.

I. Du cadre juridique de la modulation dans le temps des effets des déclarations d'inconstitutionnalité en droit congolais

9. L'étude du cadre juridique de la modulation renvoie à la précision des sources du pouvoir qu'aurait un juge constitutionnel de différer les effets dans le temps de certaines de ses décisions. Une question déterminante en ce qu'elle a trait à celle « d'habilitation normative des compétences régulièrement posées par le texte juridique» ou affirmée par la jurisprudence. Ainsi, dans l'objectif de déterminer les ressorts juridiques de l'aptitude du juge constitutionnel congolais à recourir à une telle technique, alors qu'aucun texte ne l'investit, à la lumière de grandes tendances de la modulation, il sera nécessaire et opportun de rappeler le fondement juridique en droit comparé (A), avant de se pencher sur son assise juridique plausible en droit congolais (B).

A. Retour sur le fondement juridique de la modulation en droit comparé

10. Les décisions de justice constitutionnelle sont classiquement revêtues, selon le système juridique en présence, d'un effet qui agit soit sur le passé[10], soit sur l'avenir[11] ou encore sur le présent[12] de l'acte neutralisé. A cet effet, comme il sera illustré plus loin, la jurisprudence comparée renseigne que dans bien de systèmes juridiques, des juges constitutionnels aménagent les effets dans le temps de leurs décisions à la suite de la sanction d'inconstitutionnalité prononcée contre les actes juridiques par eux contrôlés. Le fondement d'une telle aptitude est soit normatif, tiré du texte constitutionnel ou d'une loi, c'est le système d'habilitation textuelle (1), soit jurisprudentiel c'est-à-dire pétri au fur et à mesure par le juge constitutionnel, dans l'exercice de sa mission. C'est le régime prétorien ou d'auto-habilitation (2).

1. Le système d'habilitation par un texte

11. Dans le système d'habilitation par le texte, la modulation peut reposer, selon le cas, sur une prescription constitutionnelle ou légale. Il y a cependant lieu de distinguer, prenant en compte la portée du pouvoir que le texte concerné peut octroyer au juge constitutionnel, la modulation intrinsèque (a) de celle extrinsèque (b).

[10]Effet *ex tunc*.
[11]Effet *pro futuro*.
[12]Effet *ex nunc*.

a. Système de la modulation intrinsèque ou intestine

12. La déclaration d'inconstitutionnalité peut emporter des conséquences sur des impératifs de stabilité de l'ordre juridique, de paix sociale, de tranquillité publique et de bon fonctionnement d'un service public. Dans cette variante, le constituant ou le législateur, anticipant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité, impose au juge constitutionnel la modulation, en organisant de façon détaillée son mode opératoire. Cadré par ce prêt-à-porter normatif, ledit juge n'aura aucun pouvoir sur les prévisions constitutionnelles ou légales. Il devra en principe, transposer et appliquer mécaniquement les règles et les principes préétablis, la modulation étant directement organisée et bloquée dans le texte. La marge de pouvoir d'adapter le mécanisme prévue par les textes au cas d'espèce est très fine. Il est contraint de se limiter aux bornes fixées par le constituant ou le législateur.

13. L'organisation de la modulation a été prévue, notamment dans la Constitution du Portugal, lorsqu'elle affirme l'effet rétroactif de la censure et organise en même temps des tempéraments en cas d'inconstitutionnalité survenue après l'entrée en vigueur de la loi déclarée contraire à la Constitution. Dans ce système, en effet, la déclaration d'inconstitutionnalité avec force générale obligatoire produit ses effets dès l'entrée en vigueur de la norme déclarée inconstitutionnelle et entraîne la remise en vigueur des normes qu'elle aurait éventuellement abrogées. S'agissant d'inconstitutionnalité par violation d'une norme postérieure, constitutionnelle, la déclaration ne produit ses effets qu'à partir de l'entrée en vigueur de cette dernière. Les affaires déjà jugées ne sont pas remises en cause, sauf décision contraire du Tribunal constitutionnel, quand la nouvelle norme concernera la matière pénale, disciplinaire ou les actes illicites de *mera ordenacao social* et quand son contenu sera moins favorable au prévenu. Par ailleurs, quand des raisons de sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt public d'importance exceptionnelle qui devront être motivées l'exigeront, le Tribunal constitutionnel pourra attribuer aux effets de l'inconstitutionnalité ou d'illégalité une portée plus restrictive qu'il n'est prévu aux paragraphes 1er et 2 »[13].

14. Dans cette même veine, s'inscrit la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui limite l'effet de la rétroactivité. En effet, cette loi prescrit que dans les autres cas, et sous réserve de la disposition du paragraphe 95, alinéa 2 ou d'une disposition législative particulière, les décisions qui ne sont plus susceptibles de recours et qui reposent sur une norme déclarée nulle ne sont pas affectées. L'exécution d'une telle décision n'est pas admise. S'il doit être

[13] Voir l'article 282 de la Constitution (allemande).

procédé à une exécution forcée sur le fondement des dispositions du code de procédure civile, la disposition du paragraphe 767 de ce code s'applique mutatis mutandis. S'il y a eu enrichissement sans cause, une répétition de l'indu est exécutée. Des lors, les fondements d'une norme législative annulée sont être maintenus dans l'ordre juridique alors que l'exécution de telles normes est interdite et leur application ne saurait donner lieu à une indemnisation[14].

15. Pour sa part, la Constitution espagnole préserve des effets de l'annulation les décisions de justice qui ont acquis l'autorité de chose jugée. Elle prévoit en effet que le Tribunal constitutionnel exerce sa juridiction sur tout le territoire espagnol et il est compétent pour connaître notamment des recours en inconstitutionnalité contre des lois et des dispositions normatives ayant force de loi. La déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme juridique ayant force de loi, interprétée par la jurisprudence, affectera aussi cette dernière, mais la sentence ou les sentences rendues ne perdront pas l'autorité de la chose jugée[15]. De même, la loi organique sur le Tribunal constitutionnel espagnol prescrit à son tour que les arrêts déclaratoires de l'inconstitutionnalité de lois, dispositions ou actes ayant force de loi, ne permettront pas de réviser des procès terminés par un arrêt ayant force de chose jugée, où l'on aura appliqué des lois, des dispositions ou des actes inconstitutionnels, sauf dans le cas des procès criminels ou des contentieux administratifs concernant une procédure de sanction où, du fait de la nullité de la norme qui aura été appliquée, découlerait une réduction de la peine ou de la sanction ou une exclusion, une exemption ou une limitation de la responsabilité[16]. Ainsi, lesdites décisions échappent à la rétroactivité. Par ailleurs, dans le système slovaque « l'entrée en vigueur des décisions d'inconstitutionnalité est automatiquement repoussée de six mois »[17].

16. L'avantage de la modulation imposée au juge constitutionnel par le texte réside dans la prédétermination de son mode opératoire auquel ce juge recourt pour limiter les effets de sa décision. En d'autres termes, ce juge agit dans les limites des exigences constitutionnelles ou légales qui s'imposent à lui. Tel n'est pas le cas dans le régime de la modulation extrinsèque ou ouverte, celle dont le juge constitutionnel est habilité à moduler par la Constitution ou la loi.

b. Modèle de la modulation *extrinsèque ou système* d'habilitation ouverte

[14] Article 79.2.

[15] Lire l'article 161-1 a) de la Constitution et l'article 40-1 de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel espagnol.

[16] Article 40-1 de la loi sur le Tribunal constitutionnel espagnol.

[17] Article 132.1 de la Constitution.

17. Contrairement au précédent système, et dans le but de ne pas limiter la portée de l'action du juge constitutionnel aux seules possibilités organisées dans les textes, d'autres Constitutions ou lois habilitent le juge constitutionnel du pouvoir d'aménager les effets de ses décisions. Dès lors, nombre d'entre ces textes encadrent plus au moins rigoureusement les motifs et les possibilités pouvant justifier le recours à cette technique. C'est la variante à stricte habilitation. Cependant, d'autres se limitent plutôt à évoquer ou à énoncer la modulation, sans plus de précision ou encore avec très peu de précision, mais d'ordre général. Dans ce système, la Constitution ou la loi se limite à affirmer ou à consacrer le principe de modulation, laissant ainsi au juge constitutionnel une plus grande autonomie sur les modalités d'exercice ou d'application du mécanisme. C'est la variante à large habilitation ou habilitation générale.

18. Parmi les systèmes ayant conféré le pouvoir de modulation au juge constitutionnel, l'on peut citer notamment le système brésilien. En effet, la loi 9.868/99 prévoit que « pour des raisons de sécurité juridique ou d'intérêt social exceptionnelle, le Tribunal suprême fédéral, à la majorité de deux tiers de ses membres, peut limiter les effets de cette déclaration ou décider qu'elle ne produit d'effet qu'à compter du jugement ou d'un autre moment qu'il détermine »[18]. Le système portugais trouve encore sa place dans cette catégorie en ce que, sa Constitution encadre strictement le pouvoir de modulation. En effet, en vertu de son article 282-4, le Tribunal peut déroger au principe d'annulation. Cependant, le procédé pour y parvenir y est strictement encadré. Outre que le Tribunal devra motiver sa décision, cette disposition exige les motifs de « sécurité juridique, d'équité ou d'intérêt publique d'importance ». Aussi, la *Ley de la juridiction constitucional* du Costa Rica[19] qui immunise « les situations juridiques consolidées, tels que les droits acquis de bonne foi, les relations juridiques prescrites ou caduques ou acquises en vertu de sentences passées en force de chose jugée ou exécutée » rentre bien dans cette catégorie.

19. Il y a lieu de citer aussi le système belge qui, en vertu de l'article 8 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle, prévoit que l'effet *ex tunc* des décisions rendues en matière de recours en annulation peut être modulé, si la Cour l'estime nécessaire. Cette disposition prévoit, en effet, qu'au cas où le recours est fondé, la Cour constitutionnelle annule, en tout ou en partie, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution qui fait l'objet du recours. Et lorsque la Cour annule, en tout ou en partie, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, adopté conformément à l'article 92*bis*/1 de la loi

[18] Article 27 de la loi espagnole 9.868/99.
[19] En vertu de l'article 93.

spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, elle annule également les dispositions correspondantes figurant dans le ou les décrets, ou la ou les règles visées à l'article 134 de la Constitution, adoptés conjointement. Par ailleurs, si la Cour l'estime nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine[20].

20. En France, dans le cadre de la procédure des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), la Constitution habilite, de façon générale, le Conseil constitutionnel[21] de moduler les effets dans le temps des décisions de censure[22]. En effet, sans aucune restriction, le Conseil constitutionnel est à même de remettre en cause les effets produits par une disposition inconstitutionnelle. C'est une autorisation ou habilitation générale. Il se dégage de l'esprit de cette disposition qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est donc abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. A cet effet, le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

21. En Afrique, l'on peut citer notamment la République du Congo où la loi organique sur la Cour constitutionnelle se limite à affirmer, sans autre précision, que : « La Cour constitutionnelle peut moduler dans le temps, les effets de ses décisions d'inconstitutionnalité »[23]. Il y a lieu de relever que cette disposition légale laisse au juge constitutionnel congolais un champ libre d'appréciation des circonstances de modulation. Au-delà des développements ci-avant, notons que dans certains autres ordres juridiques, la technique de modulation est fondée sur la pratique des juridictions constitutionnelles elles-mêmes. Autrement dit, elle est jurisprudentielle ou prétorienne.

[20] Article 8 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle.

[21] Article 62 alinéa 2 de la Constitution française.

[22] Le caractère large et indéterminé de la formulation de l'article 62 de la Constitution est expressif de la large liberté accordée au juge de moduler dans le temps les effets des décisions de non-conformité à la Constitution qu'il est appelé à prononcer.

[23] Article 47 de la Loi organique n° 28-2018 du 7 août 2018 portant Organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle (Congo Brazzaville).

2. Le *système prétorien* ou *modèle d'auto-habilitation*

22. Dans certains systèmes juridiques où aucun texte ne prévoit la modulation, les juges constitutionnels se sont parfois attribués le pouvoir de différer dans le temps les effets de leurs décisions de censure. Cette modulation prétorienne ou le système d'auto-habilitation est pratiquée dans plusieurs Etats[24], même si certains parmi ces derniers ont viré vers le système d'habilitation par un texte à la suite d'une révision constitutionnelle ou d'une réforme législative. Deux éléments ont certainement motivé la démarche desdits juges. Il s'agit, en effet, de l'absence de texte sur la modulation et les conséquences qu'emporterait la neutralisation des actes (a) exprimant ainsi, un besoin, pour ces juges, d'avoir des décisions constitutionnelles équilibrées, en cohérence avec certaines réalités de grande importance sociale et sociétale, avant toute habilitation par un texte pertinent (b).

a. L'absence de toute base juridique

23. Le fait que le texte fixant les compétences de la juridiction constitutionnelle ne puisse prévoir la modulation a permis au juge constitutionnel, aux prises avec certains impératifs, de s'auto-habiliter le pouvoir d'aménager les effets de ses décisions. La légitimité d'un tel exercice serait fondée sur le fait que la Constitution est une œuvre inachevée dont ledit juge constitutionnel a la mission de parachever par sa jurisprudence. Il est donc contraint d'intervenir pour« escorter, protéger et assurer la suprématie constitutionnelle »[25] sur les autres normes de l'ordonnancement juridique. Le juge constitutionnel serait en quelque sorte investi du pouvoir de suppléer les insuffisances rédactionnelles de la Constitution en réanimant l'esprit des dispositions menacées de contre sens avec la finalité de l'ordre juridique lui-même, avec les fins ultimes du droit. Visiblement, une telle démarche peut paraître illégale et autoritaire. Le silence de la loi ne vaut pas un blanc-seing reconnu à un juge qui, en principe, n'est tenu qu'à la seule autorité de la loi. Mais c'est dans la dynamique des faits sociaux, notamment le sentiment de justice et, dans certains systèmes, les nécessités de régulation de la vie politique que le juge constitutionnel s'est attribué cette prérogative.

---

[24]Il en est ainsi de façon illustrative et non limitative des Cours constitutionnelles fédérale allemande, Canadienne, espagnole et italienne qui se sont auto habilitées pour moduler les effets de leurs décisions.

[25] A ce propos lire, G. AZEBOVE TETANG, *« L'excès de pouvoir du juge constitutionnel : entre dérapage et colmatage »in lex electrinica No 26-2, 2021,* p. 252.

24. Cependant, une frange de la doctrine ne partage pas ce point de vue. Elle considère que le juge constitutionnel ne peut pas aller au-delà des compétences qui lui sont expressément dévolues par un texte. Agir autrement serait commettre « un excès de pouvoir constitutionnel »[26]. Il faut considérer en définitive que ce juge ne peut pas rester de marbre dans l'orbite de sa spécialisation fonctionnelle dès lors que ses décisions peuvent avoir des effets néfastes sur certains équilibres indispensables dans la société. D'où, il était contraint d'intervenir pour équilibrer ses décisions, et éviter certaines levées de boucliers superflues. Mais alors, il faut encadrer ce pouvoir en vue du respect des équilibres pour éviter des abus et des conséquences éventuels.

b. Besoin des décisions constitutionnelles équilibrées

25. Certaines décisions de justice produisent des effets très radicaux, au nom de la régularité qu'elles sont censées protéger. La modulation vise alors à équilibrer cette rigueur et certains intérêts métajuridiques. C'est dans cet assouplissement que loge l'intérêt de la modulation. L'option exclusive de la régularité au sein d'un ordre juridique implique que les décisions d'inconstitutionnalité produisent un effet *ex tunc*. Ce qui conduira ce juge à donner à sa décision un effet rétroactif général et donc à considérer que l'irrégularité de la norme implique celle des actes et autres effets qu'elle a produits. Dès lors, ces actes et effets juridiques doivent être neutralisés par la décision déclaratoire d'inconstitutionnalité.

26. En revanche, le choix unique de la sécurité juridique conduira le juge constitutionnel à préserver les effets produits par l'acte censuré en ce qu'il cherchera à maîtriser l'application de sa décision au nom de la stabilité des relations juridiques, mais aussi de la prévisibilité qui doit caractériser le droit et la justice constitutionnels. Ainsi, malgré la censure de l'acte à la base des rapports juridiques, les effets juridiques produits sont donc tacitement considérés comme des droits acquis. Dès lors, les effets de l'arrêt de nullité de la Cour s'apparentaient à ceux d'une abrogation. Entre ces deux options, la tendance en droit comparé est orientée vers des options hybrides et non exclusives. En effet, des systèmes juridiques ont préféré tempérer les effets de leurs décisions dans l'objectif d'avoir des décisions équilibrées, que la censure ait un effet *ex tunc* ou *ex nunc*. C'est ainsi que plusieurs juges en charge du contrôle de constitutionalité ont été contraints dans leur raisonnement d'aller au-delà des prescrits textuels

[26] P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ?» in *Pouvoir* 2003 /2 (no 105), p. 17-28, on Cairn.Info.org (consulté le 28 avril 2023).

pour déterminer le moment auquel certaines de leurs décisions produiront des effets.

27. A titre historique, il y a lieu de citer notamment la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la *Bundenerfassungsgericht,* qui s'est affranchie des termes de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale du 12 mars 1951, par sa décision du 13 décembre 1961[27], « imposant *proprio motu*, une alternative à la nullité des normes »[28] avant que le législateur allemand ait pris « acte, *a posteriori* et de manière implicite, de cette innovation purement jurisprudentielle à l'origine (...) »[29]. Le *Tribunal constitucional* espagnol est aussi entré très tôt dans cette dynamique. En effet, alors que le cadre normatif relatif aux effets de ses décisions reposait sur le syllogisme déclaration d'inconstitutionnalité – nullité de la loi – effet rétroactif, « ce Tribunal va développer depuis 1989 une jurisprudence atténuant la rigueur de l'annulation avec effet rétroactif »[30]. C'est cette attitude et ce dynamisme de ce tribunal qui favorisera « l'introduction prétorienne d'une plus grande variété des effets et un pouvoir corrélatif de modulation »[31]. En outre, au début des années 1990, la Cour suprême du Canada, développant une jurisprudence riche dans l'arrêt Schachter c. Canada[32], a évolué vers la modulation, « sans faire expressément référence à la sécurité juridique »[33]. Par ailleurs, il y a lieu de ranger dans ce registre, le Conseil constitutionnel français dont la jurisprudence atteste qu'en 2008, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*[34] de la loi sur les organismes génétiquement modifiés, avait, dans sa décision CC n° 2008-564 DC du 19 juin

[27] (*BVerfGE* 13, p. 248 [p. 249]).

[28] Lire utilement O. JUANJAN, *op. cit.*, p. 92.

[29] J-C. BEGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne,* Paris, Economica, 1982, p. 233.

[30] O. LECUCQ, *op. cit.*, p. 79-90.

[31] *Loc.cit.*

[32] Voir arrêt Schachter c. Canada, [1992] 2, *R.C.S.*, 679.

[33] Ils sont de trois ordres : l'existence d'un « danger pour le public » ou d'une « menace sur la primauté du droit » résultant d'une annulation de la loi sans l'adoption d'un texte de remplacement, d'une part ; lorsque l'annulation de la loi priverait de bénéfices les personnes admissibles sans profiter à la personne dont les droits ont été violés, d'autre part (hypothèse où la loi est jugée inconstitutionnelle en raison de son caractère limitatif). Aspects. On y décèle clairement ses principaux aspects, sur les critères justifiant de suspendre temporairement l'effet d'une déclaration d'invalidité ». Lire à ce propos, M. DISANT, *Synthèse des réponses au questionnaire, Loc.cit.*, p. 150.

[34] M. DISANT, « Synthèse des réponses au questionnaire », Sécurité juridique, 8ème congres-ACCPUF-7 Lausanne, partie 2-synthese, p. 151.

2008, reporté les effets de l'inconstitutionnalité à une date ultérieure. Ce report avait permis au « législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée »[35].

B. Qu'en est-il du fondement juridique en droit congolais ?

28. Du cadre juridique congolais de contrôle de constitutionnalité, il y a lieu de noter que la rétroactivité de la décision est posée comme effet devant accompagner la sanction d'inconstitutionnalité. Ce rigorisme du cadre normatif (1) a fait que le juge constitutionnel congolais se soit attribué le pouvoir de modifier ledit effet, dans son arrêt sous R.Const. 627 (2) au point qu'il s'exprime le besoin d'une consécration textuelle de la technique (3).

1. Le rigorisme normatif et l'automatisme de l'effet *ex tunc*

29. La Constitution de la RDC du 18 février 2006 telle que modifiée à ce jour et la loi sur la Cour constitutionnelle, abordant le régime des arrêts de cette Cour, ne prévoient pas la technique de modulation. En revanche, les articles 168 de ladite Constitution et 51 de la loi organique pré rappelée ne se limitent plutôt qu'à préciser respectivement que l'acte déclaré non conforme à la Constitution est « nul de plein droit»[36] et « nul et de nul effet »[37]. D'où, l'inférence à l'effet rétroactif absolu. Par ailleurs, la même Constitution immunise les arrêts de la Cour contre tout recours, tout en consacrant leurs caractères obligatoire, exécutoire et leur opposabilité *erga omnes*, personnes privées, personnes publiques ou pouvoirs publics[38]. Aussi, la loi organique impose-t-elle aux juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif la rétractation de toute décision y compris celle coulée en force de chose jugée, lorsqu'elle est « rendue en application d'un acte législatif ou réglementaire déclaré contraire à la Constitution ou d'un règlement pris en exécution d'un tel acte »[39].

30. Comme on peut bien le constater, la Cour constitutionnelle de la RDC se trouve dans une situation qui ne lui laisse aucune marge de manœuvre dans l'atténuation et l'anticipation des effets de ses arrêts. Aucun des deux textes ne prévoyant ni n'organisant la modulation à son bénéfice. Face à cette réalité, il y a lieu de craindre du sort de certains intérêts vitaux d'importance exceptionnelle

[35] C. BEHRENDT, *op. cit.*, p. 2.

[36] Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, art. 168 alinéa 2, in *JORDC*, Numéro spécial 5 février 2011.

[37] Loi organique no 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, art. 53.

[38] Constitution de la RDC, *op. cit.*, art. 168 alinéa 1er.

[39] Loi organique sur la Cour Constitutionnelle, art. 115.

concernés par de telles décisions, étant donné que, comme pré rappelé, la Cour constitutionnelle statue en dernier ressort et ses décisions sont insusceptibles de tout recours. Puisqu'il en est ainsi, le juge constitutionnel congolais, devant faire face à ce que certains auteurs qualifient d' « omission coupable ou hypocrisie constitutionnelle »[40], a décidé de la modulation par la jurisprudentialisation de la technique.

2. L'arrêt sous R.Const. 627 ou le *hoquet* de la jurisprudentialisation de la modulation en RDC

31. Saisi par Monsieur K .T.P, Gouverneur de la Province de L., en inconstitutionnalité de la motion de défiance adoptée par l'Assemblée provinciale le 30 décembre 2017 contre le Gouvernement provincial de L., le juge constitutionnel, par l'arrêt sous R.Const. 627 du 05 février 2021[41] a différé dans le temps pour la première fois les effets de sa décision. En effet, après avoir déduit dans les motifs de cet arrêt que le demandeur n'a pas été en possibilité de présenter les moyens de défense contre la motion qui le visait ce qui violait notamment les articles 19 alinéa 3 et 61 alinéa 5 de la Constitution qui consacrent le droit de la défense[42], il a déclaré la motion de défiance sus-indiquée contraire à la Constitution. Dès lors, privilégiant l'ordonnancement juridique et politique de la Province de L., il a limité l'effet de cet arrêt « uniquement à la législature pendant laquelle elle [la motion] avait été adoptée »[43]. En réalité, en sauvegardant l'ordonnancement juridique et politique, le raisonnement du juge est large. Cet ordonnancement peut couvrir la sécurité juridique, en l'occurrence les droits régulièrement et définitivement acquis, l'ordre public, la paix sociale, etc. Le juge a évité de revenir sur une situation qui a suffisamment évolué et qui ne permet plus le retour au *statu quo ante* sans énerver les nouveaux équilibres auxquels a accédé l'ordre juridique et institutionnel de la province.

[40] G. AZEBOVE TETANG. *op. cit.*, p. 257.

[41] R.Const.627 du 05/02/2021, Affaire KTP, Gouverneur de la Province L. en inconstitutionnalité de la motion de défiance votée par l'Assemblée provinciale le 30 décembre 2017.

[42] Lire à cet effet, aux motifs de l'arrêt R.Const. 627 du 05/02/2021, le 2e paragraphe de la page 4.

[43] Voir à cet effet, le dispositif de l'arrêt. R.Const. 627 du 05/02/2021.

32. Cette nouvelle tendance est également perceptible dans trois autres arrêts qui ont suivi :

- Dans l'arrêt sous R.Const. 632 du 04 juin 2021[44], affaire T.S.P, Gouverneur de la Province du M., agissant en inconstitutionnalité de la motion de défiance adoptée par l'Assemblée provinciale le 16 décembre 2017, le juge constitutionnel a déclaré nulle et de nul effet cette motion de défiance tout en considérant que cette censure était « sans incidence sur la configuration actuelle de la province de Maniema car ses effets ont pris fin par les élections du 30 décembre 2018 (…) »[45]. Cette position de la Cour limitait ainsi l'*effet ex tunc* « à la législature au Cours de laquelle la motion contrôlée avait été adoptée »[46]. En adoptant ce raisonnement, le juge suprême a évité de remuer des situations devenues stables du fait d'une recomposition des institutions provinciales du fait des élections survenues entre l'acte anéanti et la décision de la Cour.

- Dans l'arrêt sous R. Const 677[47] du 12 mars 2021, où M.M.S est allé en inconstitutionnalité contre de la résolution n° 001/AP/MGL/septembre/2017 du 14 octobre 2017 adoptée par l'Assemblée provinciale, la Cour a déclaré nulle et de nul effet la résolution attaquée, mais uniquement dans les limites de la législature au cours de laquelle elle a été adoptée. Protégeant les droits acquis et sans doute aussi l'ordre public, elle a considéré que la législature 2006-2011, prorogée jusqu'à 2018, au cours de laquelle la résolution avait été adoptée, étant dépassée, cette nullité ne saurait remettre en cause les situations nouvelles nées après les élections de 2018.

- Dans l'arrêt sous R.Const. 0060/251/TSR[48] du 22 juillet 2022, affaire M.M J-J, en inconstitutionnalité de la déchéance d'un député provincial et en annulation de la validation du mandat d'un autre, la Cour, après avoir déclaré nulle et de nul effet ladite validation, a limité l'effet rétroactif de cet arrêt à la seule législature

[44] R.Const 632 du 04 juin 2021, Affaire TSP, Gouverneur de la Province de Maniema en inconstitutionnalité de la motion de défiance adoptée par l'Assemblée provinciale le 16 décembre 2017.

[45] Lire à cet effet le dispositif de l'arrêt sous R.Const. 632 du 04 juin 2021.

[46] Lire pour se faire le dispositif de l'arrêt sous R.Const. 677 du 13 /03/2021.

[47] R.Const. 677 du12 mars 2021, Affaire M. M. S en inconstitutionnalité contre de la résolution no 001/AP/MGL/septembre/2017 du 14 octobre 2017 adoptée par l'Assemblée provinciale Mongala.

[48] R.Const. 0060, Affaire MMJ en inconstitutionnalité et annulation de la validation du mandat de Monsieur N.I.J.A. en ses lieu et place en qualité de député provincial de la Ville province de Kinshasa, pour violation des articles 19 alinéa 3 et 168 de la Constitution.

au cours de laquelle elle était adoptée, considérant que les effets de ces deux décisions ne pouvaient déborder une législature pour s'opposer à la nouvelle, les deux périodes politiques étant séparées par une cloison étanche que sont les élections du 30 novembre 2018.

33. A travers ces arrêts, il ressort que la Cour constitutionnelle a passé outre la prudence qui l'avait toujours caractérisée en s'auto-attribuant le pouvoir d'éclater l'effet dans le temps d'une décision d'inconstitutionnalité. En attendant la maturation de cette technique, le juge constitutionnel congolais a évolué *crescendo* dans la détermination des effets des arrêts, jusqu'à franchir le premier pas. Ainsi, devait-il balancer à chaque fois entre les avantages et les inconvénients que pourraient lui offrir d'une part, une telle technique et d'autre part, l'abandon d'un système traditionnel stable exigeant une application stricte de l'effet *ex tunc*. Néanmoins, jusque-là, dans sa timide progression, ce juge a voulu d'abord préciser le sort des actes liés à l'acte principalement déclaré nul avant d'organiser l'application de sa décision dans le temps. Pour comprendre l'effort qu'il a produit dans cette migration, il sied d'analyser sa jurisprudence. De cet exercice, il s'en suit que trois temps forts caractérisent la progression de ce juge suprême congolais. Il s'agit premièrement de la période pendant laquelle le sort des actes liés à l'acte principalement annulé ne semblait pas l'intéresser.

34. En effet, les effets des arrêts d'inconstitutionnalité ne se limitaient essentiellement qu'au seul acte attaqué. Il en est, notamment de l'arrêt sous R.Const. 494/536/545 du 02 février 2018, affaire opposant les députés provinciaux J-M K.T et autres contre la résolution N° 05 du 07 juin 2017 de l'Assemblée provinciale du K. ayant décidé de la destitution des membres du Bureau de cette assemblée délibérante[49]. En effet, la Cour constitutionnelle a déclaré cette résolution « non conforme à la Constitution et, partant, nulle et de nul effet ». Dans ce type d'arrêt, le juge constitutionnel ne se limitait qu'à extirper les actes incriminés de l'ordre juridique annihilant leur nature de règle de droit, ce qui emportait, par voie de conséquence, tout effet normatif et toute portée positive effective. En claire, ces actes sont censés n'avoir produit aucun effet de droit. D'où, la Cour constitutionnelle ne pouvant annuler une résolution inexistante, l'a déclarée nulle et de nul effet.

35. Il y a lieu de relever que dans cette occurrence ou dans plusieurs autres similaires, il était tout à fait normal que le juge constitutionnel, progressant vers la modulation de l'effet dans le temps de son arrêt, ne puisse se limiter qu'à l'acte

[49] Lire le dispositif de l'arrêt sous R.Const.494/536/545 du 02 fevrier2018, Aff. Députés provinciaux J-M K T et autres contre l'Assemblée provinciale K.

principalement attaqué devant lui. Certainement, sa volonté de stabiliser le contrôle de constitutionnalité et son respect au principe de séparation des pouvoirs peuvent justifier cet état des choses. En effet, la Cour constitutionnelle de la R.D.C. procède de l'éclatement, en 2015, de l'ancienne Cour suprême de justice. Dès lors, quoi de plus normale qu'elle puisse s'atteler avant tout à donner à la loi toute sa fermeté. Par ailleurs, ce juge n'a pas pour mission d'élaborer des Constitutions ou des lois, une des missions du constituant et du législateur. En principe, le *champ compétentiel*[50] de ce juge se voudra dans ce cas précis le contrôle de constitutionnalité des actes, une des spécialisations fonctionnelles de la Cour constitutionnelle. Il devient compréhensible que ledit juge ne s'étende sur les actes qui seraient accessoires à l'acte neutralisé.

36. Mais, dans un second temps, le juge constitutionnel a fait évoluer ses considérants, étendant ainsi la portée de certains de ses arrêts aux situations découlant de l'acte déclaré nul. Toutefois, ce dernier ne tirait pas les conséquences d'une telle option pour moduler l'effet *ex tunc* posé par le cadre juridique. Il en est dans l'affaire sous R.Const. . 516 du 02 février 2018, affaire ayant opposé le député provincial P.P.S contre la motion incidentielle votée par l'Assemblée provinciale du S., le 28 juin 2017 où, la Cour a dit que « la motion incidentielle votée par l'Assemblée provinciale du S., le 28 juin 2017, et ayant abouti à l'invalidation du mandat parlementaire du député P.P.S est nulle de plein droit et de nul effet, avec tout ce qui en découle(…) »[51]. Dans cet arrêt, le juge constitutionnel ne s'est pas limité à la seule déclaration d'inconstitutionnalité de la motion principalement attaquée. Il a aussi abordé le sort des situations qui *en découlaient* au nom de l'exigence de régularité. Il avait raison parce qu'il ne pouvait que procéder de la sorte. Cependant, lesdites situations pouvaient, du fait de leur consolidation sur terrain, muter pour générer des droits au-delà de l'acte attaqué. Ainsi, s'il faut comparer les deux catégories d'espèces, on dira que le juge constitutionnel avait évolué. Cependant, il est possible d'affirmer qu'il allait de soi que ledit sort soit précisé ou pas, ils étaient neutralisés avec l'acte principal. D'un autre point de vue, cette inférence est dangereuse. En effet, le silence du juge pouvait aussi signifier qu'il a fait subsister ces actes, étant donné qu'il ne les a pas abordés expressément.

37. Et, en troisième temps, il a été question pour le juge constitutionnel congolais d'intervenir pour détacher l'effet de certains arrêts du principe de l'effet *ex tunc* posé par le cadre normatif du contrôle de constitutionnalité. C'est ce qui fut fait dans la série des arrêts sous R.Const. 627,632, 677 et

[50] G. AZEBOVE TETANG, *op. cit.*, p .250

[51] Lire utilement l'arrêt R.Const. 516 du 02 février 2018.

0060/251/TSR pré-rappelés où, d'une façon prétorienne, le recours répété à la technique de modulation a été utilisé dans le système congolais. Telle est la trajectoire que suit la juridiction congolaise de contrôle de constitutionnalité dont l'application de l'effet *ex tunc* dans certains arrêts d'inconstitutionnalité fait appel à la technique de modulation comme solution, bien que sans enjeux ni intérêt pratique. Cependant, si le fondement actuel du pouvoir de modulation du juge constitutionnel est d'origine prétorienne, cette technique exprime, néanmoins le besoin d'une application optimale. Ce qui nécessiterait une affirmation plus formelle.

3. Besoin d'une consécration formelle

38. Face aux désordres socio-juridiques prévisibles que le déclenchement automatique de l'effet *ex tunc* peut entraîner, le juge constitutionnel congolais a amorcé progressivement une évolution vers une autodétermination du moment où sa déclaration d'inconstitutionnalité aura à produire des effets. Dès lors, son intervention a permis l'éclatement de la mécanique déclaration *d'inconstitutionnalité-constat de nullité (absolue) –effet rétroactif général.* Désormais, le pouvoir discrétionnaire de ce juge est susceptible de s'arrimer au seul couplage ''déclaration d'inconstitutionnalité-constat de nullité. Il peut, de façon prétorienne, renvoyer l'application de son arrêt à un moment qu'il déterminera. Mais, le principal problème est, sans doute, celui de la nature du support devant porter cette technique. En effet, jusque-là, le recours à la modulation dans le système congolais a un fondement jurisprudentiel, c'est-à-dire, tiré d'un certain nombre de ses décisions de justice. Or, ces dernières se veulent une source virtuelle de droit et un moyen subsidiaire d'interprétation. Comme telle, il est vrai que dans le cas des arrêts ci-haut rappelés, la jurisprudence a, non seulement assuré le droit à une justice équitable, mais aussi permis à ces décisions d'inconstitutionnalité d'avoir un aspect concret, favorisant une certaine proximité du droit aux faits.

39. Malheureusement, cette forme de modulation est faible et expose aussi bien le fond des décisions que le recours à la modulation à des critiques. Ceci, malgré le rôle créateur de la jurisprudence dans la sédimentation et le développement cohérent du droit positif. Par ailleurs, la stabilité jurisprudentielle n'est pas toujours assurée. Une recomposition de la Cour ou un autre facteur peut emmener la Cour à revenir sur sa tendance par un revirement de jurisprudence. En effet, la Cour constitutionnelle congolaise, dont les membres ont un mandat de neuf ans, se renouvelle tous les trois ans, la stabilité n'est donc pas pleinement garantie. Dès lors, rien ne rassure que la politique jurisprudentielle de la Cour, après un certain nombre d'années de reconfiguration de cette juridiction, ne

pourra évoluer vers un revirement jurisprudentiel au préjudice de certains intérêts même essentiels de la société, au nom du respect de la régularité juridique.

40. D'où, le besoin persistant d'une consécration dans la Constitution ou dans la loi, ou dans l'un ou l'autre instrument, si elle lève l'option de la modulation. La formalisation de la pratique permettra l'efficacité des règles et des principes devant régir le recours à la modulation et pouvant encadrer et orienter au mieux l'intervention du juge constitutionnel congolais. Il est vrai que ses exigences professionnelles voudraient qu'il soit objectif et largement désintéressé. Il devra veiller au respect des règles processuelles et du droit de fond. Mais, en fait, on peut aussi rencontrer parmi eux des êtres humains avec leurs faiblesses inhérentes à tout homme[52]. Dès lors, la manipulation de l'effet régulièrement fixé doit susciter une préoccupation. C'est pourquoi, le constituant ou le législateur congolais peut organiser la modulation, selon le cas, dans la Constitution ou dans la loi organique sur la Cour constitutionnelle (modulation intrinsèque) ou simplement l'énoncer dans l'un desdits textes (modulation consacrée).

41. Cet exercice procurera à l'intervention du juge une certaine solennité normative du fait de l'affirmation ou de l'organisation de cette technique dans un texte. Certes, le support constitutionnel reste l'idéal, eu égard à la suprématie et à l'épaisseur normative de la loi fondamentale sur l'acte législatif. Kelsen l'a bien développé dans sa théorie de la pyramide de l'ordre juridique[53]. Le juge constitutionnel étant l'interprète attiré de la Constitution, la signification objective procédant de son intervention formera la norme constitutionnelle. Cependant, la lourdeur qu'implique une révision constitutionnelle devrait naturellement influencer l'option vers une modification ou mieux un enrichissement de la loi sur la Cour constitutionnelle. Ainsi, la modulation des effets des arrêts de la Cour constitutionnelle sera formellement portée par une des sources primaires des droits, pour éviter qu'un revirement jurisprudentiel dans un sens comme dans l'autre ne puisse mettre en mal un certain nombre d'intérêts vitaux de la société.

42. Néanmoins, le constituant ou le législateur reste autonome dans l'arbitrage de ses priorités. Il n'est pas question ici de lui imposer un système déterminé à consacrer, notamment entre la modulation intrinsèque et la

[52] Lire utilement, C. LEBEN, « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice » (1990) 11 Droit Rev Théorie Jur. p.38 cité par G. Azebove Tetang, *op cit.*, p. 264.

[53] H. KELSEN, *Théorie pure du droit,* coll. « Philosophie du droit », française de la 2° éd. de la Reine Rechtshebre » de Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, pp. 299 et ss.

modulation consacrée, malgré d'amples avantages que chacun des systèmes peut présenter. Mais, il y a plutôt lieu de susciter l'attention des deux et celui de la doctrine sur une question importante : la part de certains intérêts publics ou majeurs dans l'élaboration des textes normatifs. Le juge constitutionnel congolais est libre. Il peut optimiser la pratique de sa modulation ou marquer ses pas dans le système d'application actuelle. Oui, il est libre. Et, il ne se saisit pas des dossiers. Ledit juge est plutôt saisi par des requérants et ne peut statuer qu'au regard de la requête qui le saisit. Et donc, c'est cette dernière qui pourra lui procurer l'opportunité d'optimiser sa démarche. Si non, il devra continuer à optimiser sa pratique. Parce qu'il en est ainsi, en attendant la perspective de l'onction constitutionnelle ou de la légitimation législative de la modulation, lorsqu'elles seront effectives, il y a lieu de consolider cette technique, d'affiner la tendance par le biais d'un recours optimal et plus rationnel.

II. Nécessité d'une application optimale et rationnelle de la modulation

43. La pratique de la modulation prétorienne dans le système congolais est à parfaire car, il est constaté que le juge constitutionnel congolais arrive dans certains cas à différer les effets de ses décisions, quand bien même il n'y aurait pas, dans la plupart des cas, d'intérêt ou d'enjeu. Or, moduler l'effet d'un arrêt alors que le cadre juridique du contrôle de constitutionnalité ne l'avait ni prévu, ni organisé est une des décisions importantes, courageuses, voire audacieuses pour la Cour. Dès lors, il y a lieu de rationnaliser et d'optimiser le recours à cette technique en tenant compte du besoin effectif de moduler (A), mais aussi du moment recommandé pour appliquer la décision (B).

A. L'optimisation de la modulation suivant le besoin à son origine

44. Dans une approche *conséquentialiste*, les effets de la décision juridictionnelle sont une préoccupation majeure du juge constitutionnel, raison pour laquelle, il recourt à la technique de modulation qui tient à la nécessité d'avoir des décisions équilibrées entre le cadre normatif de constitutionnalité, quoi que rigoureux, et certains intérêts primordiaux de la société. C'est pourquoi, afin de maximiser la pratique d'une modulation rationnalisée, le juge constitutionnel devra éviter la pratique des modulations blanches (1) pour ne l'appliquer qu'exceptionnellement pour assurer la protection des intérêts effectifs de haute nécessité sociale (2).

1. *Modulation blanche*, une pratique à dépasser

45. La nécessité de moduler tient des causes ou motifs qui sont à l'origine de son application, notamment la protection de certains principes et valeurs ou mieux des intérêts essentiels de la société et dans la stricte mesure où ils présentent une importance exceptionnelle. Cependant, il se dégage de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle congolaise la pratique des modulations qui s'apparentent en réalité à des pétitions de principe. Dans ces espèces, le juge diffère les effets de sa décision alors qu'il n'y a pas à proprement parler un intérêt majeur à protéger. Il s'agit en quelque sorte des modulations qui vont de soi ou du fait accompli. Il s'agit aussi des cas où, sous couvert d'un intérêt majeur à sauvegarder, permettent plutôt au juge de différer les effets de sa décision pour faire face à un fait accompli dû à la léthargie procédurale

46. Sur les quelques arrêts évoqué plus haut où la Cour constitutionnelle a eu à pratiquer la modulation, il ressort que dans trois, elle a recouru à la modulation blanche. Il en est de l'arrêt sous R.Const. 627 où, cette Cour a recouru à la modulation afin de limiter l'effet rétroactif de cet arrêt, faisant observer que le retard enregistré dans l'examen de cette requête [...] nécessite la modulation de la déclaration d'inconstitutionnalité de la motion examinée qui ne concernera que la législature pendant laquelle elle a été faite afin de ne pas porter atteinte à l'ordonnancement juridique et politique actuelle de la province »[54]. La Cour, pour anticiper les conséquences du retard enregistré dans l'examen de la requête, a préconisé une modulation. En effet, comme précisé ci-haut, la législature concernée par ledit arrêt était antérieure à celle en cours au moment du prononcé de sa décision. L'évolution de la situation sur terrain a dicté le raisonnement de la haute Cour, ce qui peut être qualifié de *modulation blanche*. En effet, le juge a différé l'effet de sa décision sous couvert de l'ordonnancement juridique actuel de la province M. En réalité, il faisait face aux conséquences du retard qu'avait connu l'examen de la requête. Par ailleurs, il était tout à fait normal qu'à l'expiration de la législature concernée des mutations politiques puissent intervenir, ceci, malgré ce recours en inconstitutionnalité. Et donc, bloquer l'effet rétroactif uniquement à cette législature ne changeait rien parce qu'en fait et en droit, c'est seulement cette période qui était visée.

47. Il en est de même de l'arrêt sous R.Const. . 632, où, la Cour a recouru à cette technique pour que sa décision soit sans « incidence sur la configuration actuelle de la province du Maniema car, ses effets ont pris fin par les élections

[54] Lire le quatrième et le cinquième paragraphe de la page 4 de l'arrêt sous R.Const. 627 du 05 février 2021.

du 30 décembre 2018 »[55]. Le juge constitutionnel a motivé que la Cour « a constaté qu'au jour du prononcé du présent arrêt, la province du M. a connu des élections provinciales le 30 décembre 2018 qui ont entrainé une nouvelle législature à l'assemblée provinciale et un nouveau Gouverneur élu, mettant ainsi fin aux effets de la motion attaquée. Ce faisant, le présent arrêt ne pourra pas modifier l'ordonnancement juridique actuel de la province du M. ». Il y a lieu de relever que le juge constitutionnel s'est ainsi retrouvé devant un fait accompli, comme cela a déjà été rappelé. Une nouvelle législature ayant mis fin aux effets de la motion attaquée, comme dans l'espèce analysé plus haut, il n'y avait donc pas, à proprement parler, un intérêt majeur à protéger. L'ordonnancement juridique d'actualité dans la province du M. ne serait pas affecté, même si le juge constitutionnel avait procédé autrement.

48. Dans le R.Const. 0060/251/TSR plus-haut mentionné, il a recouru à la modulation pour limiter l'effet dans le temps de son arrêt « seulement dans les limites de la législature au cours de laquelle elle était adoptée car, ses effets ont pris fin par les élections du 30 novembre 2018 »[56]. Il se dégage que, du fait du retard qu'a connu la procédure, du reste pleinement justifié par des événements qui l'ont empêché à fonctionner pendant un long moment, le juge constitutionnel s'est trouvé devant le fait accompli en ce que, la nouvelle législature à l'assemblée provinciale et les nouveaux députés provinciaux ont mis fin aux effets de la validation du mandat attaqué. Dès lors, au regard de cette évidence de ce fait accompli, il sera légitime d'émettre un doute sur la qualification de « modulation » que pourrait porter telle entreprise. Cependant, si du fait de l'aménagement dans le temps de l'effet *ex tunc*, cet exercice pourrait quand même être appelé modulation, alors cette dernière serait blanche. En effet, comme dans la mythologie grecque[57] où Hermès est resté serviteur de Zeus, son inspirateur dont il ne pouvait outrepasser la volonté, dans les affaires pré-rappelées, le juge constitutionnel pouvait rester attaché au constituant et au législateur organique pour n'appliquer que l'effet *ex tunc,* sans un quelconque aménagement, tel que prévu par la Constitution. De ce point de vue, c'est donc en excès qu'il a opéré une certaine rupture avec le cadre juridique en modulant les effets de sa décision, comme Hermès le ferait avec le mythe.

[55] Voir les motifs de l'arrêt sous R.Const. 632 du 04 juin 2021, Affaire TSP, Gouverneur de la Province Maniema, en inconstitutionnalité de la motion de censure adoptée le16 décembre 2017.

[55]Lire les motifs de l'arrêt sous R.Const. 632 du 04 juin 2021.

[56] Voir les motifs de l'arrêt sous R.Const. 0060 / 251/TSR.

[57] Sur cette métaphore lire G. AZEBOVE TETANG, *op. cit.*, p. 267.

49. Il aurait été convenable pour ce juge, au regard du droit comparé, de poursuivre la pratique de cette technique en l'améliorant davantage, s'appuyant sur les différents motifs ou justifications utilisés par la justice constitutionnelle comparée contemporaine. Étant sur une bonne piste, dans sa liberté, le juge constitutionnel comparée congolais peut avancer au regard de certains autres besoins majeurs ou intérêts vitaux de la société. L'exigence de régularité dans le cadre du contrôle de constitutionnalité peut affecter, en cas d'une déclaration de non-conformité à la Constitution, certains principes et intérêts fondamentaux considérés qui favorisent l'harmonie sociale. Il s'agit notamment de valeurs supérieures et globalisantes, comme l'ordre public, intérêt public et la sécurité juridique, particulièrement lorsque leur protection revêt une importance exceptionnelle. Il convient de rappeler à cet égard qu'en droit comparé, des juges ont aussi procédé de la sorte pour garantir effectivement lesdits intérêts.

2. Garantir des intérêts sociaux ou sociétaux d'importance exceptionnelle

50. Généralement, la littérature constitutionnelle développe les intérêts majeurs à protéger dans le cadre de cette dialectique, sous trois notions globalisantes : l'ordre public (a), l'intérêt public (b) et la sécurité juridique (c) pour justifier la relativisation de l'effet *ex tunc* et renvoyer à une autre tranche de temps l'application d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

a. L'ordre public

51. L'ordre public est l'un des concepts juridiques difficiles à définir, son contenu notionnel demeurant toujours flou, fuyant et très tributaire des circonstances variées et variables du large champ des compétences des pouvoirs publics. L'ordre public est donc l'une de ces notions que l'on sent, que l'on vit même au quotidien, mais qu'on a le plus mal a définir, à en saisir le sens et la substance. Il signifie, de ce point de vue, tout ce qui est ordonné en vue de l'existence même de l'Etat et pour le bien de la chose publique[58] ou, mieux, ce qui, dans les rapports entre particuliers, est régi par des règles tellement fondamentales pour le bien commun de la société qu'elles doivent être fixées par le législateur sans dérogation possible de la part des intéressés[59].

[58] A. MINAKU et F. BOKONA, *Lexique des assemblées politiques délibérantes*, coll. Bibliothèque de droit africain, Louvain-La-neuve, Academia-L'Harmattan, 2014, p. 111.

[59] *Loc. cit.*

52. Vundwawe et Mboko opinent à ce sujet que, dans son entendement matériel et extérieur, l'ordre public a trait à la sécurité ou à la sureté face aux dangers qui menacent la collectivité ou les particuliers[60]. Sous ce rapport, la stabilité des institutions de la République à tous les niveaux, la tranquillité face à certains gènes qui excèdent les inconvénients normaux de la vie en société, les bruits et à la salubrité emportant ainsi l'hygiène et la santé publique[61] seraient les composants de l'ordre public. Rivero et Waline[62] abondent dans le même sens qui n'est pas différent des développements faits par VOUIN[63] qui aborde cette notion comme « l'ordre dans la rue ». Vu sous l'angle des droits fondamentaux, Burdeau[64] opine que « l'ordre ne doit être compris qu'à travers les libertés dont il assure l'exercice ». Mais dans une autre acception, un peu plus ouverte, il recouvre « les valeurs essentielles du consensus social et du système juridique »[65].

53. Dans le cadre des arrêts précités, dont la Cour constitutionnelle a eu à moduler les effets, tous étaient susceptibles de provoquer des troubles à l'ordre public ou de porter atteinte à l'un de ses éléments constitutifs. Ce qui peut avec l'un ou l'autre intérêt majeur, avoir déterminé le juge constitutionnel à limiter leurs effets rétroactifs. Mais cela ne voudrait en rien dire que l'hypothèse est irréalisable. Il en serait ainsi d'une loi sur les élections qui serait attaquée en inconstitutionnalité au motif que les conditions d'éligibilité seraient en contradiction avec la Constitution.

54. En effet, s'agissant de la condition d'âge pour les candidats députés provinciaux, la loi dite électorale aurait prescrit « être âgé de moins de vingt-cinq ans » au lieu de « être âgé de vingt-cinq ans au moins », comme l'exige l'article 102 point 2 de la Constitution qui s'appliquent à l'espèce, en vertu de l'article

[60]Lire utilement F. VUNDWAWE te PEMAKO et J.-M. MBOKO D'JANDIMA, *Traité de droit administratif en République démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant, pp. 515-517.

[61]*Loc. cit.*

[62] Pour ces auteurs, « l'ordre public doit s'entendre dans le sens de l'ordre public matériel, l'ordre non pas dans les esprits (…) mais dans le comportement extérieur et notamment dans les comportements publics, c'est-à-dire, ceux qui ont pour siège la vie publique, la rue, les salles de spectacles ou les cafés les lieux où l'on se réunit ». J. RIVERO et WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1994, p. 378.

[63] Lire utilement R. VOUIN, « Ordre public », encyclopaedia universalis, on www.universalis.fr (consulté le 29 avril 2023).

[64] G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1961, p. 32.

[65] A.P. MBANGAMA LUMU, *L'ordre public dans sa notion et dans son ordonnancement juridique en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Carnit, 2017, p. 21.

197 alinéa 6 de la loi fondamentale. Et la CENI, sur base de cette loi, aurait réceptionné les dossiers des candidatures à tous les niveaux. Parmi les candidats députés provinciaux, plusieurs candidats dans beaucoup de provinces, âgés de moins de vingt-cinq ans, auraient des côtes de popularité très élevées par rapport au reste des candidats, surtout en milieu des jeunes qui ne jurent que sur leur élection. Dans l'entretemps, cette loi serait attaquée en inconstitutionnalité devant la Cour constitutionnelle, pour violation de l'article 102 point 2 de la Constitution. Il pourrait, en outre, arriver que la CENI ait commandé des bulletins de vote et que les partis politiques et des candidats, y compris ceux de moins de 25 ans et ultra populaires et donc concernés par la question d'âge, auraient dépensé pour leurs campagnes électorales. Alors que la Cour constitutionnelle s'apprête à rendre ses arrêts d'inconstitutionnalité, à travers toute la République se vivent des tensions dans des rues, des troubles, des marches et des protestations en appui aux candidats visés.

55. Que devrait faire la Cour ? La réponse ne semble pas très aisée. La Cour se trouverait devant un choix dilemmatique. En effet, tout en déclarant cette loi en marge de la constitution, elle devra adopter l'une des deux attitudes suivantes : La première, différer les effets de sa décision pour les élections à venir, surtout si la correction de l'écriture de la loi n'intervient pas dans l'entre-temps, pour préserver l'ordre public et éviter un embrasement généralisé du pays, surtout lorsque l'on sait qu'aucune faute ni négligence ne peut incomber auxdits candidats. La deuxième attitude de la Cour serait celle de déclarer nul et de nul effet les actes pris en application de cette loi, en l'occurrence les décisions de la centrale électorale et des cours d'appel ayant retenu les candidatures. En droit comparé, ce dilemme n'est pas nouveau. En effet, le Tribunal suprême fédéral brésilien avait déjà eu à reporter les effets d'une décision d'inconstitutionnalité à une « prochaine législature »[66], notamment pour conjurer les troubles à l'ordre public.

56. Dans une autre hypothèse plausible, il pourrait s'agir d'un édit provincial qui, pour faire face à la délinquance juvénile, interdirait, dans une de ses dispositions, à toute personne habitant une province, de fabriquer, importer ou d'exporter des boissons alcoolisées. Après que cet édit soit mis en application et que le taux de criminalité et d'actes de délinquance juvénile ait baissé, l'association des commerçants de cette province saisit la Cour en constitutionnalité de cet édit, au motif que l'assemblée provinciale aurait légiféré dans un domaine de compétence exclusive du pouvoir central et que donc elle n'était pas légalement habilitée à le faire. En effet, l'article 202 de la Constitution

[66] RE no 197.917/SP (2002), lire à cet effet G. TUSSEAU, *op .cit.*, p.1240.

reprend en son point 36 j la législation sur la fabrication, la rectification, l'importation, l'exportation et la vente de l'alcool obtenu par la distillation comme une matière rentrant dans la compétence exclusive du pouvoir central[67].

57. Ici aussi, la Cour se trouve devant un choix cornélien. Elle pourrait déclarer cet édit nul et de nul effet, moduler ou ne pas moduler les effets de sa décision. En effet, cette matière est de la compétence exclusive du pouvoir central et qu'effectivement, aucune loi n'habilitait ladite Assemblée à le faire. Cependant, cette neutralisation peut occasionner un vide juridique susceptible de causer un regain d'insécurité. C'est pourquoi, à ce genre d'intrusion dans la répartition des compétences entre le pouvoir central et les provinces, le constituant congolais avait préconisé à l'article 205 alinéa 2 de la Constitution une délégation de pouvoir de l'Assemblée nationale et du Sénat pour anticiper sur le vide juridique. C'est ce que le constituant avait voulu éviter lorsqu'il a prévu que les dispositions des édits nationaux promulgués en des matières de la compétence exclusive du pouvoir central demeureront en vigueur jusqu'à ce qu'une loi nationale puisse régler ces matières. Mais, l'hypothèse qui nous intéresse est justement le cas où l'Assemblée provinciale se serait autorisée à légiférer, sans en être habilitée, comme évoqué plus haut. Là aussi, on pourrait rétorquer qu'un texte en vigueur sera à même de combler, à titre général, ledit vide.

58. Le problème est que le texte en question pourrait aussi être laxiste. L'application de l'effet *ex tunc* de cette décision risquerait de créer encore plus de problèmes d'ordre public que laisser s'appliquer pour un temps un édit non conforme à la Constitution. La modulation pourrait alors s'inviter, pour besoin d'ordre public, en tempérant les effets de la décision du juge constitutionnel. Ainsi, la Cour pourrait déclarer cette disposition non conforme à la Constitution. Mais, elle pourrait reporter l'effet de l'arrêt à plus tard, c'est-à-dire, jusqu'au vote par le Parlement d'une loi correspondante. Mais l'intérêt public peut également justifier le recours à la mécanique de modulation.

b. L'intérêt public

59. L'intérêt public est une notion très large qui peut être entendu comme bien commun, ou, mieux, la « propriété collective de la nation », le « patrimoine matériel nécessaire à la vie, au bonheur et à l'épanouissement collectif d'[un]

[67] Voir le point 36 j) de l'article 202.

peuple ».[68] C'est dans ce sens que même « les ressources naturelles feraient [...] partie du bien commun des Congolais »[69]. Aussi, Merland a vu juste lorsqu'il a relevé que : « l'intérêt général permet de prémunir un certain nombre de droits et libertés contre des limitations arbitraires, que celles-ci aient une origine législative ou réglementaire[70] ». Pour Truchet, ce terme désigne constamment « les besoins de la population »[71]. Dès lors, il pourra comprendre certaines valeurs dont le principe de continuité des services publics, la lutte contre la délinquance juvénile, la protection de la santé publique, la sécurisation des biens et des personnes, la stabilité des institutions de l'Etat.

60. Par ailleurs, il peut aussi signifier les bienfaits publics ou la volonté générale, c'est-à-dire celle qui suit un objectif ou un désir commun, mais aussi, la sécurité de l'Etat, des personnes et de leurs biens, la santé, la moralité, etc. Aussi, l'évolution actuelle des sociétés modernes pousse les gouvernés de n'obéir aux gouvernants que lorsqu'ils ont « (...) le sentiment que ces derniers sont au service de tous et pas d'une catégorie de personnes en particulier ».[72] Ainsi, le concept d'intérêt public porte à suffisance une grande partie des intérêts majeurs que peut éprouver la société face au rigorisme du juge constitutionnel voulu par le mécanisme normatif du système congolais de contrôle de constitutionnalité. L'importance de ces concepts dans le raisonnement du juge constitutionnel se traduit par rapport à l'environnement au sein duquel sa décision a vocation de s'appliquer. Ces notions veulent nécessairement que l'on puisse s'enquérir « de la situation concrète dans laquelle la mesure doit être appliquée ou de ce qui est reconnu dans la pratique d'une activité. ».[73]

---

[68] Lire aussi A. MICOUD, « Le bien commun des patrimoines », in *Patrimoine culturel, patrimoine naturel,* École nationale du patrimoine, 1995 ; - P. AIGRAIN, « Cause *commune – L'information entre bien commun et propriété »,* Paris, Fayard, 2005 ; « Compendium de la doctrine sociale de l'église catholique », www.vatican.va (consulté le 27 avril 2023).

[69] *Loc.cit.*

[70] Lire à cet effet G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *Cahiers du conseil constitutionnel*, n° 16 (prix de thèse 2003) - juin 2004, p. 7.

[71] D. TRUCHET, « La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit, victoires éditions » Legicom » 2017/1, N° 58 | pages 5 à 11, p. 1, www.cairn.info du 29 juin 2022 à 5h45.

[72] M. WEBER, *Le savant et le politique*, UGE, 1963, spéc. pp. 102 et s.

[73] P. TRUDEL, « L'intérêt public : son rôle et les rouages de sa détermination », in WADE MAC LAUCHIAN et M. QUELETTE, *La transparence dans le système judiciaire*, Paris, Thémis, 1994, 33-43.

61. Dans l'hypothèse des finances publiques abordées comme éléments de stabilité des institutions de l'Etat, il pourrait s'agir, à titre simplement illustratif, d'une loi sur le petit commerce votée par le parlement, publié au journal officiel et appliquée, alors que l'Assemblée provinciale n'avait pas habileté l'une ou l'autre chambre parlementaire, conformément à l'article 205 alinéa 3 de la Constitution. En effet, ce dernier se serait auto permis pour organiser le petit commerce frontalier. Or, cette matière relève de la compétence exclusive des provinces, en vertu de l'article 204 point 9 de la Constitution et que le juge constitutionnel s'apprêterait à la déclarer nulle et de nul effet. Entre temps, suite à cette organisation, les impôts, taxes et autres droits provinciaux et locaux au niveau des cités abritant lesdits marchés seraient devenus de la compétence du pouvoir central. Le Trésor public, sur fond des prévisions budgétaires aurait encaissé les dus des assujettis, alors que la Cour venait à déclarer cette loi contraire à la Constitution.

62. L'effet rétroactif d'une pareille décision devrait conduire, normalement, le Trésor public à répéter les paiements encaissés. En effet, ils sont devenus indus, par le fait de l'arrêt de la Cour. Ce qui pourrait toucher aux intérêts majeurs de la société congolaise toute entière. Dès lors, la Cour pourrait s'interdire de donner à son arrêt un effet rétroactif et envisagerait plutôt un effet *pro futuro*[74] en ce qu'elle devra éviter les conséquences financières d'une déclaration d'annulation sur les prévisions budgétaires de l'Etat. La technique de modulation pourra permettre, dans ce cas d'espèce, au juge constitutionnel de prévenir les déficits dans les prévisions financières de l'Etat pour cet exercice budgétaire par exemple. Ce qui impacterait négativement sur les moyens d'action publique.

63. Ainsi, la réalisation des prévisions budgétaires de l'Etat devient, dans ce contexte, un intérêt public à sauvegarder, les finances publiques se voulant un instrument de politique publique et de stabilisation du fonctionnement des institutions publiques. Et donc, un intérêt public à protéger en ce que, l'Etat risquerait d'être privé des moyens de sa politique pendant l'exercice budgétaire concerné. Il est une notion fonctionnelle. En effet, les fonctions qu'il remplit dans un processus de décision le rendent utile et expliquent que le législateur et le juge y recourent. Il fonctionne comme un instrument de mesure de la légalité ou de la licéité d'un comportement ou d'une décision et donc de la liberté d'une personne physique ou morale »[75]. Deux maîtres mots énoncés par Calmes constituent la

[74] Sur l'effet *pro futuro*, lire utilement G. TUSSEAU, *op. cit.*, pp. 1243-1247.
[75] D. TRUCHET, *op. cit.*, p. 9.

clé de voute pour ce juge : « savoir et prévoir »[76]. Le juge doit savoir l'environnement auquel son arrêt est appelé à s'appliquer et le coût social, sécuritaire, public de cette application. Et pourtant, la prise en considération des conséquences de la décision juridictionnelle ne peut pas être dissociée du contrôle (...)»[77]. Parce qu'il en est ainsi, pour motiver sa décision de moduler, le juge constitutionnel pourrait même considérer la nécessité de faire fonctionner les services publics de l'Etat comme motif soutenant son recours à la technique de modulation. Le problème est qu'il devra à chaque fois démontrer en quoi l'intérêt majeur concerné est à même d'être affecté. Car, l'application d'une rétroactivité à l'aveuglette peut être disproportionnée par rapport aux avantages qu'elle est en mesure de procurer[78].

64. Cette approche n'est pas nouvelle en droit constitutionnel comparé. En effet, le juge constitutionnel italien[79] avait, notamment, privilégié « les exigences de fonctionnement du service public, le respect des compétences constitutionnelles et la continuité du service d'éducation » pour justifier l'abrogation différée et le maintien en vigueur d'une décision régionale contestée. C'est exactement la logique qu'avait suivie le juge constitutionnel portugais[80] qui, pour « éviter toute crise financière et permettre le bon

[76] Sur cette question voir S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses », Paris, Dalloz, 2001, citée par F. CROUZATIER -DURAND, *op. cit.*, p. 484.

[77] D. LABETOULLE, « *Principe de légalité et principe de sécurité juridique dans l'État de droit* »: *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant* , Paris, Dalloz, 1996, pp. 403-404.

[78] Les conséquences disproportionnées d'une annulation rétroactive par rapport aux avantages qu'elle est en mesure de procurer ont suffi pour justifier, en lieu et place de l'annulation, une décision abrogatoire dans un contentieux concernant des dispositions fiscales. Lire l'Arrêt n° 494/2009, 29 septembre 2009, § 8. Cour constitutionnelle italienne.

[79] Arrêt n° 13/2004, précité, in *Diritto* § 7. Selon l'article 31 de la Constitution italienne en effet : «*La République aide par des mesures économiques et autres moyens à la formation de la famille et à l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte, avec une attention particulière aux familles nombreuses. Elle protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions juridiques nécessaires à ce but* ».

[80] La Constitution portugaise énonce de manière explicite les motifs sur lesquels doit reposer le choix du Tribunal constitutionnel de renoncer à la rétroactivité. L'article 282-4 de la Constitution prévoit trois situations différentes : «la sécurité juridique, une raison soit d'équité soit d'intérêt public d'importance exceptionnelle ». « L'intérêt public d'importance exceptionnelle » a pu être interprété par la doctrine comme ne devant recouvrir que la raison d'État.

fonctionnement des services »[81], a préféré l'abrogation des effets. Il l'a fait pour protéger l'intérêt général des conséquences financières de l'annulation. La décision de la Cour constitutionnelle allemande justifiant par le « pire » [82] le recours à la modulation est également éloquente à ce propos. En effet, cette Cour a recouru à cette technique lorsque la censure allait conduire à une situation encore moins conforme à l'ordre constitutionnel que l'absence de censure»[83]. Aussi, elle a justifié le recours à la technique de modulation pour « éviter une privation de recettes pour l'Etat »[84].

65. De ce qui précède, il est certain qu'en droit comparé, la sauvegarde des intérêts réels et vitaux de la société justifie la pratique de modulation. Les juges constitutionnels le font parce qu'ils ont connu, à un certain moment dans la pratique de leurs systèmes juridiques, les mêmes difficultés qu'éprouve le juge constitutionnel congolais. Ces juridictions avaient connu aussi le besoin de sauvegarder la sécurité juridique comme facteur de dialectisation de la légalité et d'un intérêt social dirimant.

c. La sécurité juridique

66. Si le terme « sécurité » peut être entendu comme situation où aucun danger n'est à craindre et comme la tranquillité d'esprit qui en résulte[85], la « sécurité juridique » peut revêtir, dans le cadre de la présente réflexion, deux principaux entendements. Dans une acception générale[86], celle liée à des considérations d'ordre légistique, la sécurité juridique renvoie notamment à l'accessibilité, à l'intelligibilité, la clarté et la prévisibilité, la non-rétroactivité et à l'organisation des délais dans la loi. Dès lors, elle devient un impératif et ne

[81] Arrêt n° 92/85, 18 juin 1985, § 4 de la Cour constitutionnelle portugaise.

[82] Lire à ce propos X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel ». in *Annuaire international de justice constitutionnelle,* 27-2011, 2012. Juges constitutionnels et Parlements - Les effets des décisions des juridictions constitutionnelles, p. 578.

[83]Décision du 18 juillet 1972, BVerfGE 3, p. 303.

[84] Décision du 11 janvier 1995, BVerfGE 92, p. 53.

[85] La sécurité se veut la situation de celui ou de ce qui est à l'abri des risques.

[86] Lire utilement les arrêts R. Const 622 du 2 février 2017 ; R. Const. 126 du 21 novembre 2015, Cfr. *Journal officiel de la République Démocratique du Congo*, 37eannée, première partie, n° 1 du 1er janvier 2016, R. Const 126, etc. ; F., CROUZATIER-DURAND, (2008). « La dialectique de la sécurité juridique et de la légalité en droit administratif français », *Revue du notariat, 110(2)*, 481–495. https://doi.org/10.7202/1045548ar,p.484 ; Les délais de six mois et de soixante jours fixés à l'Article 50 de la Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

pourra être abordé comme un simple moyen. En effet, l'intelligibilité de la loi implique que le législateur rédige des normes ou des textes clairs, lisibles et compréhensibles pour éviter des interprétations équivoques. L'accessibilité impose que la loi soit à la portée des citoyens pour que ces derniers puissent adapter leur comportement ou adopter une attitude qui s'y conforme.

67. Il en est ainsi des délais[87] qui, lorsqu'une loi ne sait les prévoir ou qu'elle en prévoit de trop courts ou, au contraire, de trop longs, des citoyens peuvent se voir à tout moment être renversés et que des situations auront du mal à se consolider. A cet effet, les précisions de Mohamed Ayman sont pertinentes en ce qu'il indique que la sécurité juridique implique « la capacité à disposer de règles claires et stables sur lesquelles se fondent les particuliers dans leurs transactions »[88]. Elle « ne peut exister indépendamment de la justice ou du progrès social, valeurs de base qui inspirent l'ordre juridique dans son ensemble »[89]. Elle peut, à bon droit, être considérée comme un principe de « valeur constitutionnelle ».[90]

[87]Notamment le délai d'action ou de diligence, d'attente, de procédure et autres. Lire à cet effet, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12ème édition, Paris, PUF, 314-315.

[88]M. AYMAN, « Le contrôle de constitutionnalité des lois en France et en Égypte », *Thèse de Doctorat en Droit public*, U.F.R de Droit et Science politique, Université de Bordeaux, mars 2015, p. 320. La clarté des règles est particulièrement exigée en matière pénale et participe à la définition contemporaine du principe de légalité. Lire aussi à ce sujet F. BOKONA WIPPA BONDJALI, « *Réflexion sur la régénération du système pénal congolais. Casuistique du droit pénal des ressources naturelles* », in *Le droit pénal entre douleur et enfantement dans le contexte contemporain, Liber amicorum Doyen Nyabirungu mwene Songo*, Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 1329-1338.

[89]Lire à ce propos : Anne-Laure VALEMBOIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », Paris, LGDJ, 2005, p.6. Voir aussi S. CALMES « Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français », coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », Paris, Dalloz, 2001 ; P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit public français*, Thèse, Paris, LGDJ, cités par F. CROUZATIER-DURAND, *op. cit.*, p. 484. Le principe de sécurité juridique implique en effet que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Et pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles. (C.E., *Rapport public annuel 2006-Sécurité juridique et complexité du droit*, coll. Études et documents, n°57, La Documentation française, 2006, p. 281).

[90] Voir à ce propos, E. P. FUNGA MOLIMA, à la question n°1.2 relative à la présentation de la situation générale de la protection constitutionnelle de la sécurité juridique, *La sécurité juridique*, 8ème Congrès de l'ACCF, p. 532.

68. La sécurité juridique peut aussi être entendue comme une situation de préservation de l'équilibre de droit face à une intrusion impromptue dans l'ordre juridique de certains événements perturbateurs de l'harmonie inhérente à tout ordre juridique. Il s'agit en effet d'une « [c]aractéristique comportant la stabilité, la prévisibilité et l'absence de l'arbitraire, que doit présenter un ordre juridique pour inspirer confiance aux sujets de droit''[91]. Sous ce rapport, la sécurité juridique renverrait à une idée, un environnement ou un contexte « incompatible avec le désordre qui peut se produire au sein de l'ordre juridique du fait de l'effet rétroactif »[92] d'un arrêt de déclaration de nullité de la Cour constitutionnelle.

69. En effet, dans cette approche, la sécurité juridique a trait à des situations métajuridiques, des factualités nées des actes déclarés non conformes à la Constitution par le juge constitutionnel alors que, de bonne foi, des citoyens les avaient crus réguliers. En réalité, ces situations de fait découlent des décisions prises par les administrations en application des lois ou des règlements inconstitutionnels. Ainsi, ignorer leur existence pourrait être à la base d'une insécurité, d'une incertitude, d'une instabilité, bref d'un désordre social.

70. Parce qu'il en est ainsi, outre l'exigence de régularité, le juge pourrait alors appeler à considérer dans son raisonnement la « stabilité minimale des relations des droits et situations juridiques »[93] soutenues, selon le cas, par l'acte déclaré nul. Il y a lieu de noter qu'un tel acte peut avoir engendré des actes subordonnés ou accessoires. A cet effet, la question restée en suspens est celle de savoir si les actes préqualifiés pouvaient être déclarés nuls directement dans la procédure principale, ou s'il était nécessaire qu'il soit engagé une autre procédure spécifique de déclaration de nullité.

71. En droit comparé, la réponse n'est pas unanime en ce qu'il subsiste une dualité : Soit, les actes accessoires ou subordonnés sont déclarés nuls dans la

[91] J. SALOMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public,* Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1023.

[92]Ce même principe, qui a poussé le Conseil d'État français à encadrer l'effet rétroactif de ses décisions rendues dans le cadre du contentieux d'excès de pouvoir, a longtemps été utilisé comme un argument en défaveur de l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en France. En ce sens, CE, du 11 mai 2004, Association AC!, *AJDA,* 2004, p. 1183, chr. C. Landais et F. Lenica; *RFDA*, 2004, p. 438, note J-H. Stahl et A. Courreges, concl. C. Devys.

[93]S. GUINCHARD et T. DEBARDE, *Lexique des termes juridique*s, Paris, Dalloz, 23ème édition, 2015-2016.

procédure principale à l'acte attaqué[94]ou encore, au biais des procédures spécifiques pour protéger les intérêts des tiers. Généralement des textes juridiques (constitutions ou lois) encadrent de fois les effets de la rétroactivité sur certaines situations consolidées sur terrain. Au Costa Rica, par exemple , l'article 93 de la *ley de la juridiccion constitucional*' extirpe « les situations juridiques consolidées tels que les droits acquis de bonne foi, les relations juridiques prescrites ou caduques ou acquises en vertu de sentences passées en force des choses jugées ou exécutées »[95] de l'effet rétroactif d'une décision d'annulation.

72. En RDC, comme prérappelé, il subsiste un grand silence des textes. Le système congolais a impérativement besoin d'une certaine dose de sécurité juridique dans la précision des effets dans le temps des arrêts déclarant des actes nuls. Ce qui serait un argument contre la rétroactivité à l'aveuglette, « l'assurance d'une consolidation à terme des situations juridiques individuelles même constituées illégalement [...] ».[96] L'exigence de prévisibilité devra emporter sur l'irrégularité éventuelle de la norme à l'origine desdites conséquences. Le juge constitutionnel congolais l'a bien fait dans l'espèce sous R.Const. relative à la requête de M.M.S., en inconstitutionnalité de la résolution n° 001/AP/MGL/septembre/2017 du 14 octobre 2017 adoptée par l'Assemblée provinciale de M., lorsqu'il affirme que : « Cette nullité ne saurait avoir pour conséquence de remettre en cause des situations définitivement acquises »[97]. Cependant, avec beaucoup de recul, il pouvait aussi aller plus loin pour démontrer, dans le motif dudit arrêt, en quoi les situations définitivement

[94] En matière administrative, le système français a utilisé traditionnellement ce mécanisme, qui est connu comme « annulation par voie de conséquence ». Ce pouvoir peut être utilisé dans les cas où un acte administratif est un acte d'exécution d'un autre acte, ou bien dans le cas où un acte administratif est tellement lié à un autre acte qu'ils ne peuvent pas être considérés séparément. Le juge polonais a des pouvoirs encore plus intenses conférés par l'article 135 de la Loi sur le Contentieux administratif. Conformément à cet article, le juge peut réviser tout acte si cela est nécessaire pour « parachever la légalité de l'affaire », sans que cette décision soit soumise à des conditions procédurales. Lire à ce propos, *L'exécution des décisions des juridictions administratives, Rapports généraux des Congrès*, Association Internationale des Hautes Juridictions Administratives, *VIIIème Congrès*, Madrid, 2004, p. 11-12.

[95] Lire à cet effet H. VALLER, « La juridiccion constitucional en Costa Rica », cité par G. TUSSEAU, *op. cit.* p.1239.

[96] B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *A.J.D.A.*, 1995 (no spécial).155.

[97] Dispositif de l'arrêt sous R.Const. 667, Affaire M.M .S, en inconstitutionnalité contre de la résolution n° 001/AP/MGL/septembre/2017 du 14 octobre 2017 adoptée par l'Assemblée provinciale de la Mongala.

acquises pouvaient affecter la sécurité juridique et la stabilité dans l'ordre ou de l'ordre juridique. En effet, étant donné que d'une part, les actes posés par une autorité publique, étaient de bonne foi en ce son auteur se considérait et a été considéré tant par l'administration que les administrés et des tiers comme le Gouverneur de province. Dès lors, en vertu de la théorie de fonctionnaire de fait devant assurer la continuité des services publics, lesdits actes devraient subsister à la rétroactivité de l'effet de l'inconstitutionnalité pour sauvegarder les droits générés par l'acte neutralisé.

73. De ce qui précède, la sécurité juridique, l'ordre public et l'intérêt public pourront permettre au juge constitutionnel à l'instar d'un alchimiste, de rechercher un équilibre nécessaire entre régularité et la sécurité juridique ou autres intérêts majeurs de la société. Pour ce faire, entre ces deux exigences apparemment extrêmes mais conciliables, le juge constitutionnel congolais pourra utiliser le pouvoir à sa disposition. Dans cet exercice, il pourrait chercher à immuniser certains effets de ses arrêts du principe selon lequel, l'acte déclaré nul était censé n'être jamais intervenu. Aussi, le recours exceptionnel à la modulation lui permettrait d'agir dans une perspective de prévisibilité du droit, en évitant que son arrêt soit la cause ou l'accélérateur d'une insécurité juridique. S'il emprunte cette voie, il sera important qu'il précise, de façon claire et suffisante dans le motif de l'arrêt, les conséquences susceptibles d'être entrainée par la déclaration de nullité. En effet, dans l'exercice de sa modulation, il intervient pour combler l'œuvre du constituant, « [l]'art constitutionnel n'étant pas figé »[98] mais continu, formant une dynamique dans son élucidation et son interprétation.

74. Le juge constitutionnel congolais devrait, dans cet exercice, fournir un effort même minimal, pour démontrer les conséquences manifestement excessives justifiant l'utilisation exceptionnelle du pouvoir de modulation dans le temps. En effet, il n'est pas contraint de moduler rien que pour le faire. Dans la recherche de l'équilibre entre respect scrupuleux de la légalité et la prise en compte de certaines réalités sociales ou sociétales, il peut arriver que le recours à la modulation puisse affecter un principe à valeur constitutionnelle. Dès lors, ledit juge, dans cette hypothèse, pourrait se priver le recours à cette technique. C'est là, en partie du moins, l'intérêt d'une application plus raisonnée et optimale de cette technique qui permettrait à ladite Cour d'éviter l'imprévisible ou la pratique d'une modulation blanche. Cet effort dans la complétude de l'œuvre du

[98] Lire sur cette métaphore O. CAYLA, «La soudaineté de l'artiste *''du second temps''* (1990) 12 Droits, cité par G. AZEBOVE TETANG, « L'excès de pouvoir du juge constitutionnel : entre dérapage et colmatage », *in Lex-Electrinica* No 26-2, 2021, p. 273.

constituant permettrait une pratique transparente de la modulation. La Cour gagnerait alors en la protection effective des droits et libertés fondamentaux des citoyens tout en jouant son rôle premier de pondérateur des contradictions et dichotomies inhérents aux rapports sociaux.

75. Cependant, l'application effective de la technique de modulation dans le système congolais peut aussi se réaliser dans d'autres types de procédures à l'occasion du contrôle de constitutionnalité.

B. Types de procédures et moments d'application de la modulation

76. Dans le système congolais, le contrôle de constitutionnalité est objectif. Il se réalise *a priori* ou *a posteriori*, par voie d'action ou même par celle d'exception. A cet effet, il résulte des dispositions combinées des articles 160 alinéa 1er et 162 alinéa 2 de la Constitution, 43 et 48 de la loi organique sur la cour constitutionnelle, que celle-ci est chargée du contrôle de la constitutionnalité des traités et accords internationaux, des lois, des actes ayant force de lois, 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.

77. Cependant, jusque-là, la modulation pratiquée par le juge constitutionnel congolais ne se rapporte qu'aux seuls actes d'assemblée et ne s'est réalisée qu'à l'occasion du seul contrôle *a posteriori*. Or, la pratique de cette technique pouvait aussi s'optimiser dans d'autres types de procédures occasionnés par le contrôler de constitutionnalité (1) que le juge constitutionnel devra se transposer pour choisir le moment d'application de son arrêt (2).

1. Application optimale de la modulation dans d'autres types de procédures

78. La question des sujets de droit concernés par les décisions de justice constitutionnelle peut se résumer essentiellement à l'opposition, en cas de neutralisation de l'acte, entre celles présentant un effet *erga omnes* et d'autres qui produisent un effet *erga partes*. Ainsi, la portée de l'arrêt déclarant un acte inconstitutionnel sera tributaire des voies par lesquelles la Cour a été saisie, par voie d'action (a) ou par celle d'exception (b).

a. Pratique de la modulation en cas de recours par voie d'action, cadre fécond d'application ?

La saisine de la Cour constitutionnelle par voie d'action peut être *a priori* ou *a posteriori.*

1° Application de la modulation en cas de recours a priori

79. Pour une catégorie d'actes, dont les lois organiques , les Règlements Intérieurs des Chambres parlementaires, du Congrès et ceux des institutions d'appui à la démocratie , les ordonnances prises après délibération en Conseil des Ministres par le Président de la République, en cas d'état d'urgence ou de siège et les lois à promulguer visées par le recours du Président de la République ou du Premier Ministre, du Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat ou le dixième des Députés ou des Sénateurs, l'existence juridique reste conditionnée par l'issue du contrôle de constitutionnalité[99]. C'est l'hypothèse du contrôle *a priori*. A cet effet, il sied de retenir que les décisions prononcées dans le cadre de ce recours revêtent un effet *erga omnes*, en ce qu'elles permettent ou paralysent l'entrée en vigueur de la norme contrôlée dans l'ensemble du système juridique. Dès lors, l'effet des décisions du Juge constitutionnel ne se limite pas nécessairement aux seules normes édictées mais peuvent aussi opérer pour l'avenir.

80. Le juge constitutionnel congolais n'a pas encore appliqué la modulation lors d'un contrôle *a priori*. Il y a lieu de relever qu'il a plutôt tendance à appliquer de façon quasi permanente la technique de réserve d'interprétation, particulièrement la réserve directive. Tel est le cas de l'arrêt sous R.Const.309 du 10 aout 2016 relatif à la loi organique sur la compétence, l'organisation et le fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif où cette Cour, en lieu et place de censurer, a émis plusieurs réserves d'interprétation.

81. Il en est du contrôle *a priori* visant une loi organique avant sa promulgation par le chef de l'Etat. C'est le cas de l'arrêt sous R.Const.622 pour lequel le Président de la République avait saisi ladite Cour pour contrôler la conformité à la Constitution de la Loi organique portant institution, organisation et fonctionnement du CNSA[100]. A ce sujet, la Cour avait jugé que : « Les points 6 et 8 de l'article 6 étaient conformes à la Constitution, sous réserve que la concertation et le consensus qu'ils consacrent soient entendus dans le sens qui

[99] Article 160 alinéa 3.

[100] CNSA : Conseil National de Suivie de l'Accord et du processus électoral.

préservent l'indépendance de la CENI au regard de l'article 211 alinéas 2 et 3 de la Constitution. Les points 2, 4, 6 et 7 de l'article 9 étaient contraires aux articles 11,12 et 13 à la Constitution ; Que l'alinéa 2 de l'article 20 n'est conforme à la Constitution que s'il est entendu dans le sens de la formulation proposée par la Cour et qu'en fin l'article 25 est contraire à la Constitution en ce qu'il attribue au Président de la CNSA la compétence de faire respecter la Constitution ». Or, cette institution a vu le jour justement dans un contexte politique agité du fait de la difficulté qu'avait connu le Gouvernement de l'époque à organiser les élections. Ce qui signifie que la situation sur terrain pouvait exiger l'effectivité opérationnelle dudit Conseil. Ce qui voudrait dire, le contexte étant agité, la réserve directive émise par la Cour pouvait aussi être dépassée par des réalités de terrain. En effet, cette réserve voudrait que le Parlement se réunisse pour adopter le nouveau texte, au moment où, la situation sécuritaire pouvait devenir volatile et affecter négativement la stabilité institutionnelle.

82. C'est pourquoi, le recours à la technique de modulation aurait permis, dans cette hypothèse, au juge constitutionnel de renvoyer à plus tard les effets de son arrêt. C'est-à-dire, qu'elle allait autoriser l'application des dispositions en violation de la Constitution, en attendant que le Parlement puisse harmoniser le texte lui renvoyé par la Cour. Ce qui aurait permis audit Conseil d'être déjà effectif sur terrain et d'anticiper sur tout ce qui pouvait affecter la stabilité des institutions de la République. On dira de façon plus simple que l'acte censé aurait, pour un moment, produit des effets attendus comme s'il n'était pas déclaré nul. C'est même la position de la doctrine[101] qui argumente que « l'entrée en vigueur immédiate ou rapide de certaines déclarations d'inconstitutionnalité peut conduire à l'apparition brutale de vide juridique ou à une déstabilisation de la situation des autorités et des citoyens ». Ainsi, les décisions y relatives pourraient être aménagées pour produire un effet *pro futuro*, de sorte que l'acte entaché d'inconstitutionnalité devait produire les effets comme si la tare n'existait pas, la disparition ou la correction éventuelle de la disposition déclarée non conforme à la Constitution étant renvoyée à plus tard.

83. En effet, le législateur peut avoir besoin d'un peu de temps pour adapter, par une modification, le texte attaqué en inconstitutionnalité. Elle peut constituer le fondement d'un certain intérêt public majeur. A cette occasion, en lieu et place d'un effet rétroactif ou *ex tunc*, comme l'exige les dispositions pertinentes de la loi organique sur la Cour, le juge pourrait donner à son arrêt un effet abrogatoire ou *ex nunc* différé. La neutralisation de l'acte prendrait ainsi effet après un certain temps ou après l'accomplissement d'une autre procédure.

[101] Lire à cet effet G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 1243.

2° Application de la modulation en cas de recours a posteriori

84. Toute personne peut saisir directement la Cour constitutionnelle pour faire contrôler la constitutionnalité d'un acte déjà en vigueur. Il en est aussi de certaines autorités politiques congolaises qui peuvent faire contrôler la constitutionalité de certains actes déterminés après leur entrée en vigueur. C'est le contrôle de constitutionnalité par voie d'action, organisé par les articles 162 alinéa 2 de la Constitution, 44 à 51 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle. Dans l'hypothèse où l'acte soumis au contrôle est déclaré nul, alors les effets de la nullité sont susceptibles d'affecter le système juridique congolais dans son ensemble. Ainsi, l'acte ou « la norme en cause est expulsé du système juridique »[102] , extirpé de l'ordre juridique congolais s'il était déjà en vigueur. Cette décision ayant un effet *erga omnes*, vaudra pour tous et aucun sujet de droit ne pourra être épargné.

85. C'est aussi ce qui est affirmé par les dispositions de l'article 168, alinéa 1er de la Constitution qui prescrit que : « [l]es 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, juridictionnelles, civiles et militaires ainsi qu'aux particuliers ». En l'espèce, saisie par voie d'action, la Cour a rendu, avec effet *« erga omnes »*, ses décisions d'inconstitutionnalité dans les arrêts sous R.Const.627, 632, 677 et 0060/251/TSR pré rappelés et y a appliqué la modulation bien tous ces cas n'ont concerné que les actes d'assemblée. Cependant, autant le recours à la modulation est faisable dans le cas d'un acte de la compétence formelle de la Cour, autant il pouvait aussi l'être pour tous les actes de cette nature. Ainsi, la modulation est plausible dans l'hypothèse de recours direct ou par voie d'action pour des lois, des actes ayant force de lois, 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.

86. Il en est, à titre d'hypothèse plausible, d'une ordonnance du Président de la République déclarant l'état de siège dans une des provinces de la République qui serait attaquée en inconstitutionnalité par l'opposition politique au motif qu'elle n'aurait pas connue un contrôle de constitutionnalité devant la Cour constitutionnelle. Que devra faire la Cour au moment où le conflit armé internationalisé continu de provoquer davantage l'interruption du fonctionnement régulier des institutions de la République et à endeuiller le peuple ? Ne devrait-elle pas se prononcer sans ménager l'inconstitutionnalité de

[102]G. AZEBOVE TETANG, *op. cit.*, p. 1212.

ladite ordonnance, mais pourra renvoyer l'application de son arrêt après que la situation se soit stabilisée dans la partie concernée ou que l'ordonnance déclarée inconstitutionnelle devra continuer à produire ses effets jusqu'à ce que la procédure sera régularisée, au nom de l'intérêt général ou de l'ordre public ? Ainsi, malgré la déclaration d'inconstitutionnalité, par la technique de modulation cet acte va subsister pour un temps dans l'ordre juridique congolais.

87. Des lors, le contrôle par voie d'action se révèle être le terrain de prédilection où devra s'appliquer plus aisément la technique de modulation. Cependant, l'exigence légale du respect des délais comme condition de recevabilité de l'action en inconstitutionnalité pour ce type de contrôle pourrait affecter en quantité les arrêts susceptibles de modulation. Ce qui n'est pas le cas pour le contrôle par voie d'exception.

b. Recours par voie d'exception, un cadre difficile d'application ?

88. Lorsque l'inconstitutionnalité est constatée lors d'un contrôle par voie d'exception, les effets de l'arrêt restent *erga partes* c'est à dire, l'arrêt de la Cour constitutionnelle se référera exclusivement au cas d'espèce et ne produira d'effet que dans la procédure au cours desquelles il a été prononcé. Dans le système congolais, l'acte neutralisé ne sera qu'écarté dans le procès en cours, en vertu des articles 53 alinéa 2 de la Loi organique relative à la Cour constitutionnelle complétant l'article 168 de la Constitution déjà évoquée. En effet, d'une part, il n'est pas question dans le cadre de ce contrôle de résoudre dans l'abstrait la question constitutionnelle controversée dans le procès à l'occasion duquel l'exception d'inconstitutionnalité a été soulevée, d'autre part, il est nécessaire pour toute personne concernée par l'inconstitutionnalité de l'acte et qui souhaite profiter d'une décision dans ce sens de se manifester auprès du juge et de se faire accréditer par ce dernier. D'ailleurs dans le système congolais, en application dudit article 168, contrairement à ce que soutient une certaine doctrine, cet effet *erga partes* de la neutralisation de l'acte dans le procès en cours s'imposera aux pouvoirs publics, à toutes les autorités administratives, juridictionnelles, civiles et militaires ainsi qu'aux particuliers. En d'autres termes, personne ne peut l'ignorer, alors que l'acte n'a été extirpé uniquement que dans le procès en cours.

89. A l'état actuel de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle congolaise, celle-ci n'a pas encore eu à moduler les effets d'une décision dans le cadre d'un contrôle par voie d'exception. Si elle pouvait l'être, l'hypothèse ne concernerait éventuellement que le procès concerné. C'est-à-dire, celui à l'occasion duquel est survenue l'exception dont question. Cependant, l'acte

écarté ou non appliqué dans ledit procès serait toujours en vigueur et continuera à produire des effets dans l'ordre juridique.

90. Mais, un argument peut intéresser le juge constitutionnel congolais, pour que soit scrutée la possibilité de recourir à la modulation dans l'hypothèse de la saisine par voie d'exception. C'est l'effet d'irradiation[103] des arrêts de réponses en Belgique qui n'est pas loin de l'« effet de précédent »[104] développé par la doctrine. En effet, la jurisprudence comparée et plusieurs autres littératures nous renseignent à ce propos que l'effet d'irradiation[105] des arrêts d'invalidation[106] a fini par étendre au contrôle préjudiciel, le pouvoir du juge constitutionnel de moduler les effets de ses décisions lorsqu'il les juge opportunes. Dans sa décision sous C. Cons. b., n° 125 / 2011 du 07 juillet 2011, la Cour constitutionnelle de Belgique a motivé, sa décision en se fondant sur le caractère aléatoire de la norme déclarée contraire à la Constitution, même dans une procédure de contrôle par voie d'exception[107].

[103] Dans le cadre d'un contrôle préjudiciel, le juge ne peut appliquer la norme invalidée qui, toute fois, demeure valide dans l'ordre juridique tant que le recours en annulation n'a pas conduit à la disparition de la norme censurée. Cependant, une telle norme est toujours affectée en ce que si la même question se pose devant une autre juridiction, dans le cadre d'un autre litige, le juge saisi pourra se dispenser de son obligation d'interroger la Cour. Ce qui suppose qu'il a appliqué l'arrêt préjudiciel antérieur. L'effet d'irradiation qui lui interdirait d'appliquer encore la norme jugée inconstitutionnelle, sauf à poser à nouveau une question préjudicielle en cas de doute. Lire utilement, G. ROUX, « La Cour constitutionnelle de Belgique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* ,2013/4 (N° 41), pp. 201-214.

[104] Le cas déjà tranché par un tribunal a une force morale concernant les cas semblables.

[105] Dans le cadre d'un contrôle préjudiciel, le juge ne peut appliquer la norme invalidée qui, toute fois, demeure valide dans l'ordre juridique tant que le recours en annulation n'a pas conduit à la disparition de la norme censurée. Cependant, une telle norme est toujours affectée en ce que si la même question se pose devant une autre juridiction, dans le cadre d'un autre litige, le juge saisi pourra se dispenser de son obligation d'interroger la Cour. Ce qui suppose qu'il a appliqué l'arrêt préjudiciel antérieur. L'effet d'irradiation qui lui interdirait d'appliquer encore la norme jugée inconstitutionnelle, sauf à poser à nouveau une question préjudicielle en cas de doute. Lire utilement, G. ROUX, *op. cit.* pp. 201-214.

[106]D'usage parcimonieux en Belgique, où la Cour y a eu recours à quatorze reprises depuis sa jurisprudence inaugurale en 2011, Lire à ce propos M. DISANT, « Synthèse des réponses au questionnaire… », *op. cit.*, p.150.

[107] La cour affirme en effet que « [l]'incertitude liée à l'applicabilité dans le temps des dispositions jugées inconstitutionnelles peut justifier que la Cour prévienne cette insécurité juridique dans l'arrêt préjudiciel. Il appartient à la Cour de rechercher, dans les affaires qui lui sont soumises, un juste équilibre entre l'intérêt de remédier à toute

91. S'agissant justement de « l'effet précédent », Guillaume TUSSEAU[108], développe que « y compris dans le système de contrôle diffus, reposant sur un effet *inter partes* des décisions, l'effet précédent peut donc jouer ». Évoquant, par ailleurs Edouard Lambert, il poursuit que le principe de *stare decisis* impose à tout Tribunal de se conformer à ses propres précédents. En conséquence, lorsqu'une question est tranchée par un Tribunal, elle a, en pratique un effet *erga omnes* concernant les cas semblables. En effet, le fait que l'acte attaqué ait connu un refus d'application dans un procès, une partie de sa force morale est, sans doute, entamée. Ainsi, plus la Cour est saisie pour le même acte qu'elle aurait déclaré nul, conformément à sa décision antérieure, elle pourrait aussi écarter son application au procès en cours. C'est l'effet moral *erga omnes*. Plus elle l'écarte dans plusieurs affaires, elle devra finir par prendre un arrêt de principe qui vaudrait *erga omnes*. Dès lors, la saisine par voie d'exception aura produit, par l'effet de cet arrêt de principe, un effet général ou *erga omnes*. C'est l'effet juridique *erga omnes*. Une passerelle difficile mais plausible.

92. Ainsi, la modulation des effets dans le temps pourrait être plausible dans le cadre d'une saisine par voie d'exception à condition qu'elle puisse présenter des effets *erga omnes* du fait de la sédimentation de l'effet *erga partes* dans plusieurs espèces jugées par la Cour. Or, tel n'est pas le cas dans le système congolais. Mais, fort de l'argument jurisprudentiel sur l'effet d'irradiation des arrêts et le développement doctrinal sur les précédents des décisions judiciaires il est tentant d'affirmer que la modulation des effets dans le temps des décisions de censure est susceptible de se poser dans d'autres situations.

93. Inspiré par la jurisprudence et la doctrine précitée, le législateur congolais est libre de donner aux arrêts de même type intervenus lors d'un contrôle par voie d'exception un effet *erga omnes*. Dès lors, l'action du juge constitutionnel ne pourra être interprétée comme un excès de pouvoir. Il recherchera et trouvera un intérêt vital ou majeur pouvant nécessiter la dialectisation de la régularité juridique avec les réalités métajuridiques. Ainsi, il pourrait balancer l'effet *ex tunc* et cet intérêt dans le cadre du contrôle de constitutionnalité par voie

---

situation contraire à la Constitution et le souci de ne plus compromettre, après un certain temps, des situations existantes et des attentes qui ont été créées. Bien que le constat d'une inconstitutionnalité dans un arrêt préjudiciel soit déclaratoire, les principes de la sécurité juridique et de la confiance légitime peuvent dès lors justifier de limiter l'effet rétroactif qui peut découler d'un tel constat ». (La loi spéciale a formalisé en 2016 sa décision sous C. Cons. b., n° 125 / 2011 du 07 juillet 2011 consacrant ainsi le pouvoir de la Cour de moduler aussi les effets des décisions d'inconstitutionnalité qu'elle prononce au contentieux incident).

[108] Lire à ce propos G. TUSSEAU, *op. cit.*, p. 1221.

d'exception. Cependant, la technique de modulation a sa place dans le système congolais de contrôle de constitutionnalité que le juge constitutionnel devra rester regardant dans les choix du moment d'application.

2. Choix du moment d'application, un devoir de transposition pour le juge constitutionnel

94. Les décisions de censure des normes par le juge constitutionnel, comme abordées plus haut, sont appelées à rétroagir de façon implacable dans le système congolais de contrôle de constitutionnalité. Elles sont censées, rétablir l'ensemble de la situation juridique originelle, restituer le pristin état, *le statu quo ante*, l'acte déclaré inconstitutionnel devant disparaître de l'ordonnancement juridique et étant censé n'avoir jamais existé. Ainsi, pareille situation est de nature à occasionner un vide juridique aux conséquences incalculables et néfastes, surtout lorsque l'acte attaqué a connu plusieurs années d'application.

95. Dans sa démarche, le juge constitutionnel, en l'état actuel du système congolais, ne connait aucune prescription ou proscription dans les choix devant le guider à déterminer le moment d'application de son arrêt d'inconstitutionnalité. C'est donc le régime de liberté opérationnelle qui exige une certaine pondération (a) mais aussi une cohérence dans les aménagements de l'effet *ex tunc* (b).

a. Liberté opérationnelle et pondération dans le choix

1° Liberté opérationnelle dans le choix ?

96. Dans le système qui applique la modulation intestine, le constituant ou le législateur précise le moment à partir duquel les arrêts d'inconstitutionnalité produiront leurs effets. Dans ce cas de figure, le chemin étant balisé, le juge constitutionnel n'appliquera que le texte concerné, sa liberté étant réduite.

97. Contrairement au système précédant, dans le système congolais qui est prétorien, la résolution du juge constitutionnel de pouvoir moduler tient de sa liberté et de son pouvoir discrétionnaire. En effet, la jeunesse de la Cour constitutionnelle congolaise pourrait expliquer l'absence d'organisation des règles de modulation. Il a été relevé plus haut, la sauvegarde de l'intérêt public, des droits acquis et même de l'ordre public est tributaire de cette liberté du juge constitutionnel. Ce qui est une responsabilité et une charge, pas de moindre. Cet

exercice favorise l'accroissement de son « pouvoir d'appréciation »[109], c'est-à-dire ses possibilités de choisir l'effet qui semble, pour lui, adapté aux conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité qu'il prononce.

98. De ce qui précède, le juge constitutionnel congolais devra apprécier *ex aequo et bono* le moment pendant lequel son arrêt pourra être appliqué. A ce sujet, il détient un pouvoir considérable du fait qu'il soit le seul à apprécier les effets du vide que l'inconstitutionnalité de l'acte a pu laisser. Ainsi, à travers la technique de modulation le juge reste le maître qui en apprécie l'opportunité. Il peut alors décider de maintenir l'effet *ex tunc* ou de préciser une autre période concernée. Il peut ainsi donner à son arrêt un effet immédiat ou encore émettre une réserve directive lors d'un contrôle *a priori* en lieu et place de la disparition de l'acte attaqué ou encore, décider d'un effet *pro futuro,* tourné essentiellement pour l'avenir, épargnant ainsi, pour un moment, l'acte attaqué de l'effet rétroactif. Il dispose donc et de façon discrétionnaire d'une panoplie de possibilités d'aménagement de l'effet *ex tunc* imposé par le cadre régulier. Tel est le cas, par exemple de l'arrêt sous R.Const. . 627[110] déjà relevé dans les développements précédant, bien qu'ayant donné à cette décision un effet rétroactif, le juge a précisé, dans le temps, la période du passé concernée par cet effet, comme suit: *« (...) mais uniquement en ce qui ne concerne que la législature pendant laquelle elle avait été adoptée ».* Il a bien fait. Mais, avec beaucoup de recul, il ne pouvait en être autrement, car la décision de la Cour est intervenue alors qu'une autre législature était déjà en cours et que celle concernée par l'arrêt avait déjà pris fin.

99. Cependant, s'agissant des censures à impact financier ou fiscal, comme décrit dans l'hypothèse d'école pré rappelée, ledit juge pouvait reconnaitre à sa déclaration d'inconstitutionnalité un effet *ex nunc* ou *pro futuro* essentiellement pour sauvegarder un intérêt général des portées économique et financier. L'option dudit juge devra être un *feedback* aux réalités métajuridiques et émettre sa décision à l'abri d'un choc en retour certain ou presque. Dans cette dialectique, il évitera des choix équivoques ou moins avantageux pour la société. Ainsi, au-delà du syllogisme judiciaire, il devra dialoguer avec lui-même, pour dénicher et, s'il l'estime nécessaire, privilégier les options capables de sauvegarder les intérêts majeurs de la société. De ce qui précède, il devient clair que la liberté

[109] Lire à cet effet O. LECUQ. « Les effets dans le temps des décisions du Tribunal constitutionnel espagnol », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 47 (Dossier : 5 ans de QPC) - avril 2015. pp. 79 -90.

[110] R.Const. 627, Affaire KTP. Gouverneur de la Province de L. en inconstitutionnalité de la motion de défiance adoptée par l'Assemblée provinciale le 16 décembre 2017.

du juge constitutionnel ne pourra être totale en ce qu'elle devra être guidée par l'idéal de la sauvegarde des intérêts majeurs. D'où, il devra observer une certaine pondération dans ses options.

2° Pondération dans les choix du temps

100. S'il est vrai que le juge constitutionnel est libre dans ses choix, il n'en demeure pas moins vrai qu'il est appelé à la circonspection et à la sagesse à chaque fois qu'il se décide de moduler. En effet, il n'est pas un aveugle moins encore un sourd. Mais, un acteur majeur du paysage sociopolitique connaissant bien les problèmes dirimants, les obstacles majeurs et impérieux auxquels son œuvre peut être butée. Il s'analyse en termes de défis d'exécution susceptibles de bousculer l'ordre public, l'intérêt public et la sécurité juridique. Il sera alors de bon aloi qu'il puisse opter dans son entreprise pour des voies médianes. En bon conciliateur, il devra négocier le choix entre les effets à appliquer qui de fois peuvent être contradictoires ou antinomiques. Ainsi, des aménagements portés à l'effet *ex tunc* général de son arrêt se feront suivant la gravité des conséquences d'une déclaration de nullité. Il est appelé à prendre la mesure dans sa décision. La solution ne devant pas être plus préjudiciable que le problème, il devra soupeser les différents plateaux de la balance, pour préciser l'effet adapté, dans le temps de sa décision à la situation qui se présente devant lui. D'où, la nécessité, pour lui, de cohérer ses choix pour obtenir une issue raisonnée, sa pierre philosophale, solution de synthèse des logiques normativiste ou légaliste et réaliste ou conséquentialiste manifestement antithétiques.

b. Cohérence des choix dans les aménagements de l'effet ex tunc

1°. Adaptabilité des choix

101. Faute d'un soubassement textuel sur la modulation des effets des arrêts d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel devra s'inspirer de certains principes et valeurs pour une cohérence externe et interne de ses choix. Sur le plan externe, les choix du juge constitutionnel doivent être compatibles avec les principes et les valeurs reconnus et protégés à travers des normes supérieures ou égales à l'acte contrôlé. Dans l'exercice de la modulation, le juge constitutionnel devra tenir compte de l'ordre juridique congolais et s'inspirer des solutions existantes pour consolider son choix sur les règles à appliquer ainsi que sur le moment de l'effectivité de son arrêt. Cet exercice lui permettra de concilier la régularité juridique et les phénomènes métajuridiques, notamment la sécurité juridique, sans pour autant nier la première.

102. Dans cette logique de choses, il pourra se référer à la Constitution et s'inspirer des principes ayant valeur constitutionnelle ou ceux consacrés dans des lois organiques ou autres lois pour illuminer ses choix. Parce que le système congolais pose le principe d'effet *ex tunc*, le juge constitutionnel pourra, soit invoquer notamment le principe d'égalité et d'égale protection des lois, de non-discrimination, etc. ou recourir au droit pénal de procédure, précisément au principe de l'application de la loi pénale dans le temps, pour emprunter le principe de la rétroactivité *in mitius*[111] *afin de* contourner la rétroactivité absolue qui, dans un contexte donné, pourrait devenir moins nécessaire à la protection de la société. Il peut aussi recourir au droit administratif en empruntant notamment la théorie du fonctionnaire de fait ou des droits acquis. Dès lors, le juge constitutionnel pourra, dans sa construction prétorienne, « jongler » avec les différents effets de ses décisions, privilégiant ainsi, selon le cas, l'effet qu'il jugera le plus idoines.

103. Aussi, sur le plan interne, lorsqu'il précise les effets dans le temps de ses arrêts, il sera bon qu'il consolide sa jurisprudence. En effet, partant du précédent sur la question des effets dans le temps jusqu'au cas d'espèce, devra se faire sentir, dans les arrêts de la Cour constitutionnelle, la construction d'une politique jurisprudentielle cohérente et suffisamment raisonnée. D'autant plus qu'il s'est auto habilité le pouvoir de moduler dans le temps l'effet de son arrêt. Il pourra évoluer en douceur en établissant une jurisprudence solide et consolidée. Pour ce faire, il pourra, par exemple, poser les règles devant régir la modulation dans un arrêt de principe devant lui servir de référence pour éviter tout arbitraire. Cependant, l'idéal reste une consécration constitutionnelle ou législative d'un tel pouvoir pour que ledit juge soit habilité, comme le précise bien la doctrine, à « assurer la cohérence entre plusieurs réglementations ou de combler une lacune dans la législation »[112] et lui éviter toute sorte de critique notamment pour un excès de pouvoir en cas d'un recours qui offusquerait tel ou tel autre intérêt. Cependant, la quête d'une cohérence devra l'animer inlassablement pour des types d'aménagements à opérer, s'agissant de l'effet dans le temps à donner à son arrêt.

2°. Types d'aménagements

104. Le cadre régulier du contrôle de constitutionnalité posant l'*effet rétroactif* ou *effet ex tunc* général, le juge constitutionnel pourra, suivant la pondération de

[111] Application d'une loi pénale plus douce à des faits commis avant sa promulgation et non définitivement jugés.

[112] Lire utilement M. DISANT, « Synthèse des réponses au questionnaire », *Sécurité juridique*, 8ème congres-ACCPUF-7 Lausanne, partie 2-synthese, p.153.

l'intérêt majeur à protéger ou le type de contrôle, limiter cet effet rétroactif à une date précise (a)) ou encore, donner à son arrêt un effet immédiat (b)) mais aussi, un effet *pro futuro*(c)).

a) Effet *ex tunc* général *versus* effet rétroactif à une date limitée

105. Dans le système juridique congolais, l'effet rétroactif absolu étant posé et affirmé régulièrement par la Constitution et la loi organique relative à la Cour constitutionnelle, l'acte déclaré nul est censé n'être jamais intervenu. C'est par rapport aux effets de cette disparition, mieux de cette inexistence *ab ovo* que le juge constitutionnel appréciera le moment qui sera opportun ou propice pour que soit appliquée sa décision. Cet exercice lui permettra de sauvegarder certains impératifs de haute portée sociale et/ou sociétale. C'est le cas, notamment, de notre hypothèse relative à la loi électorale dont les dispositions relatives aux conditions d'éligibilité seraient neutralisées et qu'en application d'une telle décision, les députés élus sur fond de cette disposition risqueraient de perdre leur mandat. Aussi, les candidats députés qui avaient saisi la justice et qui n'avaient pas vu leurs dossiers de candidature aboutir sur base de cette loi pourront obtenir l'invalidation d'autres députés, etc.

106. En effet, la disparition d'un acte peut conduire à des conséquences imprévisibles. Guillaume TUSSEAU l'illustre bien, au regard de la confusion survenue au Kazakhstan, en précisant que « la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi électorale a conduit le 6 mars 1995 la Cour constitutionnelle de cet Etat a constater l'irrégularité de la composition du parlement, et donc l'invalidité de l'ensemble des actes qu'il avait adoptés depuis plusieurs années »[113]. De façon concrète, la Cour pourra limiter la rétroactivité à une date déterminée, comme elle a eu à le faire dans l'affaire sous R.Const. 632[114] déjà indiquée. Cette dernière a considéré la reconfiguration de l'Assemblée provinciale par les élections du 30 décembre 2018, le changement de l'exécutif provincial par l'élection de nouveaux gouverneur et vice-gouverneur suffisants pour limiter les effets de sa décision à la législature antérieure aux élections de 2018 qui ont mis fin aux effets de la motion attaquée.

107. Dans l'hypothèse où l'acte neutralisé avait produit des effets pouvant traverser les deux législatures au nom du principe de la continuité de l'Etat, le juge constitutionnel pourrait les épargner, par souci de sécurité juridique. Cette

[113] Lire G. TUSSEAU, *op.cit.*, p.1237.

[114] Affaire SP, Gouverneur de la Province du Maniema en inconstitutionnalité de la motion de défiance adoptée par l'Assemblée provinciale le 30 décembre 2017.

approche permet d'éviter des procès interminables. Dès lors, la rétroactivité absolue ou l'effet *ex tunc* général pourra être remplacé, au regard de l'équilibre trouvé entre les intérêts majeurs en présence et cet effet, par l'effet *ex tunc* limité d'autant plus que, au-delà de cette date, la machine rétroactive aura à offenser certains intérêts primordiaux et créer, en vertu d'un choc en retour, de l'insécurité que le droit et ses acteurs devraient limiter au maximum.

b) Effet *ex tunc* général *versus* effet immédiat

108. L'arrêt à intervenir peut aussi produire ses effets immédiatement en lieu et place d'agir vers le passé, comme le veut le cadre régulier du contrôle de constitutionnalité en RDC. C'est le principe de l'effet immédiat pouvant être absolu ou se limiter aux procès en cours ou celui ayant donné lieu au litige. Dès lors, l'arrêt à intervenir épargnera les effets déjà produit par l'acte neutralisé. Dans notre hypothèse d'école relative aux dispositions ayant trait aux conditions d'éligibilité des députés provinciaux, évoquée plus haut, l'application immédiate ferait que les dossiers réceptionnés sur base d'une telle disposition soient considérés comme conformes. Ainsi, les dossiers de candidatures rejetés avant l'avènement de cet arrêt ne pourront être validés. Mais, pour les dossiers en cours devant les cours et tribunaux ou encore, en cours de traitement à la CENI ou encore non signifiés aux candidats concernés au moment du prononcé de cet arrêt, y compris ceux qui sont en train d'être déposé, ils seront concernés par cette censure.

109. En revanche, le juge constitutionnel pourrait aussi, dans sa liberté, limiter l'effet immédiat de son arrêt aux seuls procès en cours, permettant ainsi à la CENI de gagner en temps. De façon concrète, au Brésil, l'article 27 de la loi 9.868 /99 prévoit cette possibilité. En effet, lors que le Tribunal Suprême Fédéral déclare l'inconstitutionnalité d'une loi, ou d'un acte normatif, et pour des raisons de sécurité juridique ou d'intérêts social exceptionnel, à la majorité de deux tiers de ses membres, il peut circonscrire les effets de cette déclaration ou décider qu'elle ne produit d'effet qu'à compter du jugement ou d'un autre moment qu'il détermine.

c) Effet *ex tunc* général *versus* effet *pro futuro*

110. Le fait que certaines déclarations d'inconstitutionnalité puissent immédiatement entrer en vigueur peut conduire à un vide juridique ou encore à la déstabilisation de certains équilibres politiques ou sociaux. Dès lors, au nom de la sécurité juridique, de l'intérêt public ou encore de l'intérêt général, il sera important de différer lesdits effets pour l'avenir. Ils peuvent même être renvoyés

à date certaine. A cet effet, si l'effet *pro futuro* est naturel en cas de contrôle *a priori*, le recours du juge constitutionnel à ce type d'effet peut aussi se concevoir lors d'un contrôle *a posteriori* lorsque les intérêts en présence l'exigent. En effet, il est appelé à vérifier les types des règles applicables au litige qui se présente devant lui avant de trancher. Comme le souligne Bottini « le pouvoir de modulation du juge, loin de constituer un *obiter dictum*, n'est que la manifestation de son pouvoir de *juris dictio* »[115].

111. Dans cette perspective d'optimisation de la modulation dans le système congolais de contrôle de constitutionnalité, il semble en effet normal que le juge constitutionnel commence par déterminer l'intérêt majeur susceptible d'être affecté par l'effet *ex tunc* général devant produire son arrêt, avant d'opter pour un type d'effet particulier. Il devra aussi maîtriser l'acte à même de ressusciter en cas de neutralisation de l'acte incriminé. De ces différentes combinaisons, vérifications et adaptation au cas d'espèce, il parviendra à une catégorie type d'effets à appliquer audit cas, compte tenu de la période qu'il compte épargner. De toutes les façons ou dans tous les scénarii, le juge constitutionnel congolais est appelé à maîtriser les différents moments auquel il pense appliquer son arrêt pour une matérialisation optimale de la technique de modulation des effets dans le temps. De ce qui précède, autant il est important que d'une part la Cour puisse consolider sa marche dans la modulation, autant aussi, il est opportun pour cette même Cour de prendre à bras-le-corps cet aspect de choses pour rendre efficiente sa façon de moduler.

Conclusion

112. En R.D.C., le rigorisme excessif du juge constitutionnel dans l'application de la Constitution, comme présenté dans les développements précédents, peut entraver sauvegarde de certains intérêts vitaux ou être fatal à d'autres impératifs sociaux ou sociétaux d'importance exceptionnelle. Le droit comparé révèle comment des systèmes préfèrent accompagner les décisions d'annulation ou d'abrogation par d'autres techniques pour assouplir les effets radicaux d'annulation. Et souvent, ces hautes juridictions ont procédé par la voie prétorienne pour moduler les effets dans le temps de certains de leurs arrêts.

113. À ne considérer que la seule exigence de régularité, l'œuvre du juge constitutionnel ne devrait se limiter qu'au déploiement du « syllogisme

[115] F. BOTTINI, « Les implications nouvelles du principe de sécurité juridique en droit administratif », Note sous CE, Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, pp. 161-172.
https://doi.org/10.4000/crdf.6912 du 5 juillet 2022 à 14h 45 ;

judiciaire » [116] dont la figure soumise au contrôle de constitutionnalité en constituerait la mineure, pour qu'elle soit confrontée à une majeure, la Constitution et, le juge constitutionnel ne serait là que pour déduire une conséquence, la décision. Or, la fonction sociale du contrôle de constitutionnalité voudrait que le juge constitutionnel puisse voir la possibilité de considérer d'autres variables sociojuridiques, extra juridiques ou métajuridiques pour apporter quelques assouplissements à cette application rigoureuse de la régularité. Le juge constitutionnel peut même appuyer sa décision sur certains principes de droit supérieur mais extérieurs à l'instance. Ainsi le juge constitutionnel congolais avait décidé de la pratique de modulation blanche. Et pourtant, bien d'autres mobiles, partant du droit comparé, plaident pour une pratique optimale de la modulation, comme on l'a si bien démontré tout au long des précédents développements. Mais c'est à lui seul de décider de franchir le Rubicon.

114. Ainsi, l'optimisation et la rationalisation de cette technique est apparue plus comme un besoin qu'une simple technique contentieuse. Un besoin parce qu'elle a permis, en droit comparé tout au moins, audit juge d'utiliser le pouvoir normatif qu'il détient pour aménager les effets dans le temps de ses arrêts, tenant compte de l'exigence de la sécurité dans l'ordre juridique et certains autres intérêts d'importance cardinale. La modulation contribue alors à la recherche de l'équilibre entre sécurité et progrès. En effet, avec la sécurité juridique, elles forment un couple indissoluble. Peu importe donc le fondement, textuel ou jurisprudentiel, le pouvoir de modulation dans le temps peut servir d'impératif de protection de sécurité juridique, sous l'angle de la stabilité des situations juridiques.

115. Par ailleurs, la modulation prétorienne étant un couteau à deux tranchants, le juge constitutionnel devrait y aller avec beaucoup de prudence d'autant plus que les effets de toute décision ne sont pas à moduler. Il est vrai qu'il est libre dans le choix du moment d'application de sa déclaration d'inconstitutionnalité, il devrait, cependant, pour des raisons suffisamment développées, rester cohérent et pondéré dans ces choix, stabilisant, à l'instar d'un funambule, la situation dilemmatique qui s'invite à son ministère. Toutefois, l'idéal ne devrait pas être une consécration jurisprudentielle. En effet, la jurisprudence n'est pas définitive. Elle est vouée plutôt à des changements et à un dynamisme constant. La panacée resterait en principe une consécration constitutionnelle ou légale de cette technique pour que celle-ci soit appliquée avec rigueur et qu'elle puisse assurer la protection des intérêts sociaux majeurs.

[116] S. SALLES *op. cit.*, p. 50.

116. En attendant cette consécration formelle, le juge constitutionnel est contraint de répéter, évidement en s'améliorant, ses arrêts de modulation pour faire du recours à cette technique une norme jurisprudentielle. Dès lors, pour une application optimale et rationnelle, l'étude a suggéré le recours à la modulation qu'en cas de sauvegarde des intérêts vitaux et primordiaux d'ordre social ou sociétal. Par ailleurs, elle a confirmé la pratique de cette technique à travers d'autres types de procédure par voie d'action et a démontré que ladite technique pouvait aussi être appliquée lors d'un contrôle abstrait de constitutionnalité alors que, dans certains cas de saisine par voie d'exception, le recours à la modulation reste plausible.

117. De ce qui précède, du fait de la rétroactivité générale causée par l'application de l'effet *ex tunc* prévu par la loi organique, le juge constitutionnel congolais, recourant à la modulation, s'il le juge nécessaire, devra utiliser en bon père de famille les instruments à sa disposition. En effet, après que l'acte soit neutralisé, le vide juridique qui survient doit être comblé avec beaucoup de prudence et de précaution, et uniquement dans le sens de protéger les intérêts majeurs de la société. Dès lors, la précision du moment d'application de l'arrêt cesse d'être un fait anodin pour devenir une préoccupation fondamentale du juge. Il devrait être plus pondéré, se distancer un tout petit peu de la liberté opérationnelle qui le caractérise par moment. D'où, une certaine cohérence, mais particulièrement l'adaptabilité dans les aménagements de l'effet *ex tunc* général qui pourrait se muer, selon le cas de figure en présence, soit en un effet rétroactif à une date limitée, soit en un effet immédiat ou en un effet *pro futuro*.

118. Les développements sont révélateurs du pluralisme d'approches à la disposition du juge constitutionnel pour organiser l'application dans le temps de ses décisions déclaratoires d'inconstitutionnalité. La Cour constitutionnelle de la RD Congo conserve l'attitude de demeurer positiviste, en tant que serviteur fidèle de la Constitution et des lois par la radicalisation de la rétro activité de ses déclarations d'inconstitutionnalité ou, au contraire, migrer vers la rationalisation de cette rétroactivité en tenant compte des facteurs, variables et autres réalités juridiques et métajuridiques.

F. BOKONA WIIPA BONDJALI

REVUE DE DROIT AFRICAIN

ISSN : 1372 - 6439

Parution trimestrielle : Fin janvier, avril, juillet et octobre

Prix du numéro simple : **30 €** (port compris)*

Abonnement (2024) : 4 numéros par an (au moins 600 pages)

Belgique : **160 €** (Particuliers)* et **250 €** (Institutions)*

U.E. : **170 €** (Particuliers)* et **260 €** (Institutions)*

Hors U.E. : **220 €** (Particuliers)* et **270 €** (Institutions)*

(* Port compris)

Abonnement de soutien : **180 €**

Abonnement d'honneur : **250 €**

Editeur-Responsable : R.D.J.A. Asbl
Rue M. Van de Wiele, 16
1030 BRUXELLES

Dépôt légal : BD 47.630/97 - Bruxelles X
Identification: 8640/97
Banque: ING BANK – BE 82 6303 2074 1168

Contact :
mkangulu@yahoo.fr