



HAL
open science

Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif congolais

Wenceslas Ruhana Mirindi Busane

► **To cite this version:**

Wenceslas Ruhana Mirindi Busane. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif congolais. 2012, 978-2-8027-3525-0. hal-03513786

HAL Id: hal-03513786

<https://hal.science/hal-03513786>

Submitted on 6 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**LE CONTROLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE
L'ADMINISTRATION PAR LE JUGE ADMINISTRATIF
CONGOLAIS**

Wenceslas BUSANE RUHANA MIRINDI

DEDICACE

A mon épouse

Christelle Shukrani Murayi,

A mes enfants

Roland-Victoire Busane Cikuru,

Michel-Vainqueur Busane Ciza,

Marie-Angèle Busane Bintu,

Marc-Antoine Busane Biluge,

Pour tous les sacrifices consentis et toutes les privations
endurées

REMERCIEMENTS

Nous tenons à exprimer, ci-après, nos sincères remerciements à toutes les personnes qui, à divers titres, ont contribué à l'édification de l'ouvrage. Le Professeur Francis DELPEREE, malgré son agenda chargé, a été le promoteur de notre thèse et a accepté, volontiers, de préfacier l'ouvrage. Les Professeurs Robert ANDERSEN, Marc VERDUSSEN, Dominique LAGASSE, Clément KABANGE NTABALA et Henri SIMONART nous ont gracieusement fourni des conseils très judicieux. De manière toute particulière, le Professeur David RENDERS a inspiré le choix du sujet, a fourni de conseils très précieux tout au long de l'élaboration de l'ouvrage jusqu'à l'étape de sa publication.

Nous avons accédé au matériau analysé grâce à la disponibilité et à la bienveillance du personnel judiciaire et plus précisément des membres des greffes administratifs de la Cour suprême de justice, de la Cour d'appel de Bukavu, de la Cour d'appel de Kinshasa/ Gombe et de la Cour d'appel de Lubumbashi. Maître Corneille WASENDA N'SONGO qui nous a personnellement fourni un grand nombre d'arrêtés. Ses conseils avisés de plaideur expérimenté du barreau près la Cour suprême de justice nous ont apporté un éclairage très utile.

Le soutien affectif des membres de notre famille a été d'un grand secours. Nous pensons particulièrement à nos parents Lambert BUSANE CHENTWALI et Euphrasie M'BUHENDWA NABINTU, à nos frères et sœurs Lambertine BUSANE LOLA, Frank BUSANE BASIMA, Bertille BUSANE BINTU, Bellarmin BUSANE NTABOBA et Emmanuel BUSANE AGANZE ainsi qu'aux membres de notre belle-famille, la famille MURAYI.

La recherche qui a abouti à la présente publication a eu lieu grâce à l'appui financier de la Coopération technique belge (CTB) et de l'Université Catholique de Louvain.

ABREVIATIONS

A.J.D.A.	: Actualité juridique du droit administratif
A.P.T.	: Administration publique trimestriel
A.S.B.L.	: Association sans but lucratif
B.O.	: Bulletin officiel
C.A.	: Cour d'appel
C.E.bel.	: Conseil d'Etat belge
C.E.fr.	: Conseil d'Etat français
C.P.R.D.C.	: Commission permanente pour la réforme du droit congolais
C.R.D.J.	: Centre de recherches et de diffusion juridique
C.R.I.G.	: Centre de recherche interdisciplinaire du Graben
C.S.J.	: Cour suprême de justice
C.T.B.	: Coopération technique belge
E.D.C.E.	: Etudes et documents du Conseil d'Etat
E.N.D.A.	: Ecole nationale de droit et d'administration
E.S.M.	: Ecole supérieure de la magistrature
F.E.C.	: Fédération des entrepreneurs du Congo
HCR-PT.	: Haut Conseil de la République-Parlement de Transition
I.F.M.	: Institut de formation des magistrats
I.F.S.A.	: Institut français de sciences administratives
J.O.RDC.	: Journal officiel de la République démocratique du Congo
J.O.Z.	: Journal officiel du Zaïre
J.T.	: Journal des tribunaux
JLMB	: Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles
L.G.D.J.	: Librairie générale de droit et de jurisprudence
M.C.	: Moniteur congolais
M.P.R.	: Mouvement populaire de la révolution
O.C.C.	: Office congolais de contrôle
O.G.DE.P.	: Office de gestion de la dette publique
O.I.T.	: Organisation internationale du travail
P.U.F.	: Presses universitaires françaises
P.U.G.	: Presses universitaires du Graben
P.V.	: Procès-verbal

R.A.	: Rôle d'annulation
R.A.A.	: Rôle d'annulation en appel
R.A.J.Z.	: Revue analytique de jurisprudence du Zaïre
R.B.S.J.A.	: Revue béninoise de sciences juridiques et administratives
R.C.	: Rôle civil
R.D.C.	: République démocratique du Congo
R.D.P.	: Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger
R.F.D.A.	: Revue française de droit administratif
R.I.D.C.	: Revue internationale de droit comparé
R.J.Z.	: Revue juridique du Zaïre
S.A.R.L.	: Société par actions à responsabilité limitée
S.N.EL.	: Société nationale d'électricité
S.P.R.L.	: Société des personnes à responsabilité limitée
U.S.O.R.	: Union sacrée de l'opposition radicale
UNICEF	: United Nations Children's Emergency Funds

INTRODUCTION GENERALE

1. Comment soumettre, de manière satisfaisante, en droit congolais, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration au contrôle du juge administratif dans un contexte essentiellement dominé par des techniques élémentaires de contrôle?¹ Comment assurer pleinement la protection des droits des citoyens et la rationalisation de l'action administrative dans ce contexte? Les appréciations discrétionnaires de l'administration, plus complexes que ses décisions liées, ne risquent-elles pas d'y échapper constamment au contrôle du juge ?²

2. L'exercice du pouvoir discrétionnaire n'a pas toujours été soumis au contrôle du juge administratif³. Les « actes discrétionnaires », actes de pure administration, reposaient sur une appréciation d'opportunité⁴. Le juge administratif ne pouvait en connaître, sa compétence étant limitée au seul contrôle de la légalité entendue de manière stricte⁵. Mais, la doctrine comme la jurisprudence ont évolué⁶. Il est aujourd'hui admis que « le pouvoir discrétionnaire n'est pas [...] un pouvoir illimité. Il n'est pas légalement exercé s'il est fondé sur une inexactitude des faits ou un détournement de pouvoir »⁷. Ce n'est pas « un pouvoir qui n'a pas de règles ; c'est seulement un pouvoir qui se fait à soi-même ses propres règles »⁸. Il est

¹ André de LAUBADERE attire l'attention sur la nuance nécessaire entre le contrôle du pouvoir discrétionnaire (qui impliquerait la substitution du juge administratif à l'administrateur) et le contrôle des actes comportant exercice du pouvoir discrétionnaire, in « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », *Mélanges offerts à Marcel Waline. Le juge et le droit public*, tome II, Juillet 1974, Paris, LGDJ, 1974, p.533. Dans le cadre de la présente étude, l'expression de « contrôle du pouvoir discrétionnaire » englobe les deux aspects à savoir le contrôle plus strict du « pouvoir discrétionnaire » proprement dit et le contrôle plus large des « actes comportant exercice du pouvoir discrétionnaire ». Cela nous permet d'éviter d'allonger le titre outre mesure.

² Les nombreuses carences du juge administratif, dans le contexte africain, permet justement d'émettre cette crainte. A ce sujet, Jean-Marie BRETON, « Légalité et état de droit : statut et perception du juge de l'administration (contribution à une réflexion transversale) », in *Revue électronique Afrilex*, n° 03/2003, p. 89 sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/3dos5breton.pdf> (consulté le 20 janvier 2010).

³ L'on soutenait ainsi, à une certaine époque, que le juge « ne devra pas avoir à statuer en forme juridictionnelle sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration, car cela dépasse le domaine de la fonction juridictionnelle », Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, Paris, Dalloz, 2006 (réédition de la version initiale de 1934), p.112 ; A ce sujet également : René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome Ier, 13^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 1999, p. 1012 ; Norbert FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2003, p.245 ; Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *La revue administrative*, 52^{ème} année, 1999, N° spécial, 7, p.76 ; etc.

⁴ Roger BONNARD, *Op.cit.*, p.57.

⁵ La légalité était comprise comme exclusive de toute appréciation d'opportunité.

⁶ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 75 et s.

⁷ Guy BRAIBANT, Nicole QUESTIAUX, Céline WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, Paris, Cujas, 1973, p.33.

⁸ Marcel WALINE, « L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des « directives » (Conseil d'Etat, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*) », *R.D.P.*, 1971, p. 1230.

susceptible de contrôle juridictionnel. « Il n'y a plus d'acte discrétionnaire, mais un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration. Un acte administratif mettant en œuvre un pouvoir discrétionnaire est soumis à un contrôle de légalité »⁹.

3. La notion de pouvoir discrétionnaire ne pose, presque plus, de problème de définition à ce jour¹⁰. Elle traduit la liberté d'appréciation, dont jouit l'autorité administrative, dans le choix des conditions d'exercice de son action et/ou du contenu de sa décision¹¹. Le pouvoir discrétionnaire apparaît notamment dans les hypothèses d'indétermination de la règle¹², l'absence de disposition légale, l'utilisation des principes généraux du droit, l'obligation de motivation imposée à l'administration. Nul ne conteste, aujourd'hui, l'utilité de cette liberté d'appréciation¹³. L'administration doit simplement se garder d'en faire un usage abusif. Deux exigences quelque peu contradictoires caractérisent ainsi l'exercice du pouvoir discrétionnaire : limiter les excès dans les appréciations de l'administration et lui aménager un cadre d'action souple¹⁴.

4. La nécessité du contrôle juridictionnel de l'administration a été ressentie de longue date dans tous les systèmes juridiques et est largement partagée¹⁵. Différentes techniques de

⁹ Edouard SAUVIGNON, « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », *A.J.D.A.*, Avril 1971, p. 201.

¹⁰ Alain BOCKEL pense que le concept théorique du pouvoir discrétionnaire n'appelle plus de nouveaux développements mais que la définition proposée pêche par son caractère trop abstrait. Il relève également l'imprécision des analyses sur les modalités concrètes du pouvoir discrétionnaire, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *A.J.D.A.*, Juillet-Août 1978, p.356.

¹¹ Voir notamment Roger BONNARD, *Op.cit.*, p. 212 ; René CHAPUS, *Op.cit.*, p. 1011 ; Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 1994, p.9 ; Afif DAHER, « Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir », *Revue de droit administratif*, 1990, p. 242 ; Maurice-André FLAMME, *Droit administratif*, Tome 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1989, p.443 ; Dominique LAGASSE, « L'évolution du contrôle des actes administratifs « discrétionnaires » par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986 », *A.P.T.*, 1987, p. 216 .

¹² Le pouvoir discrétionnaire ne suppose toutefois pas une distinction nette entre des notions précises et des notions imprécises. La réalité est qu'il existe, comme le démontre si pertinemment Dominique LAGASSE, « une ligne continue des situations qui vont de la compétence entièrement liée au pouvoir le plus discrétionnaire », in *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 249.

¹³ L'administration ne devant pas se trouver « dans la situation d'un robot au comportement programmé », René CHAPUS, *Op.cit.*, p.1011 ; STAVROULA KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, Paris, L.G.D.J, 1991, p.321.

¹⁴ Alain BOCKEL, *Op.cit.*, p.360 ; Maurice-André FLAMME, *Op.cit.*, p.451 ; Pour Norbert FOULQUIER, tout renforcement du contrôle juridictionnel des activités administratives ampute les prérogatives de l'administration, *Op.cit.*, p. 487 ; Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 399 ; Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Op.cit.*, p. 7.

¹⁵ « L'universalité et l'actualité de ce problème sont évidentes, car le rôle et les pouvoirs des administrations publiques se sont accrus partout », Guy BRAIBANT, Nicole QUESTIAUX, Céline WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, déjà cité, p. 5 ; Jean-Marie WOEHLING, « L'administration et le contrôle juridictionnel en Europe. Construction progressive d'un modèle commun », <http://www.sigmaxweb.org/dataoecd/33/39/35676678.pdf>, p.10 (consulté le 21 janvier 2010).

contrôle, les unes aussi subtiles que les autres, sont progressivement apparues dans l'évolution du contrôle juridictionnel de l'administration. Elles ont étendu le contrôle du juge sur les appréciations discrétionnaires de l'administration¹⁶. Mais les techniques appliquées resteraient, en pratique, souvent théoriques et ne protègeraient donc pas toujours efficacement les particuliers¹⁷. Cela est mis sur le compte du pragmatisme dont le juge ferait montre dans l'application de ces contrôles. Ces derniers peuvent, parfois, être excessifs au point de favoriser l'immixtion du juge dans le champ de l'autorité administrative¹⁸. Le juge « affine son contrôle en utilisant des notions telles que la « reasonableness », l'erreur manifeste d'appréciation, le détournement de pouvoir, le principe de proportionnalité et le respect des directives »¹⁹. Il s'est doté de moyens performants pour l'exercice de son contrôle notamment « le respect des principes généraux du droit administratif, le contrôle de l'examen sérieux des dossiers, le contrôle en profondeur des motifs, la censure des erreurs manifestes d'appréciation, etc. »²⁰.

5. L'intensité du contrôle peut varier du simple au complexe. Le contrôle est restreint, normal ou maximum²¹. Les différentes techniques de contrôle juridictionnel de l'administration ont pour but de « la cantonner dans les limites d'une légalité objective »²², d' « obliger l'administration dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, à fonder son appréciation sur des bases sérieuses »²³. Et, c'est l'équilibre entre l'efficacité administrative et les droits des particuliers qui est constamment recherché²⁴. Pour de nombreux auteurs, c'est le caractère

¹⁶ Toutefois, d'aucuns pensent que les techniques de contrôle jusque-là pratiquées ne seraient plus à même de maintenir à un niveau équivalent l'équilibre entre pouvoir discrétionnaire et légalité. A ce sujet, Alain BOCKEL, *Op.cit.*, p. 360.

¹⁷ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *La revue administrative*, 52^{ème} année, 1999, N° spécial, 7, p. 84 ; Les contrôles sont limités dans leurs effets. A ce sujet, Paul TAPIE, « Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives », in *A.P.T., 1977-1978*, p. 28.

¹⁸ Ainsi à propos de la jurisprudence du bilan coût-avantage, lire Jeanne LEMASURIER, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantages » », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, 1974, p. 560.

¹⁹ Guy BRAIBANT, et alii, *Op.cit.*, p. 292.

²⁰ Dominique LAGASSE, « Evolution du contrôle exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation (Spécialement pendant la période 1987-1996) », in Bernard BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Actes du colloque organisé le 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul TAPIE, Premier Président du Conseil d'Etat et Président du Centre de droit public, Bruylant, Bruxelles, 1999, déjà cité, p. 470.

²¹ Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON, Patrice CHRETIEN, *Droit administratif*, 8^e édition, Paris, Dalloz, Armand-Colin, 2002, p.604.

²² Guy BRAIBANT et alii, *Op.cit.*, p. 5.

²³ Françoise DREYFUS, « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du Tribunal administratif de l'O.I.T. (14 mai 1973) », *R.D.P.*, n°3, 1974, p. 703.

²⁴ STAVROULA KTISTAKI, *Op.cit.*, p.235.

approfondi, et non superficiel, du contrôle, qui est le gage de son efficacité²⁵. Mais parfois, pour certaines raisons, de « politique jurisprudentielle » le juge ne pousse pas loin son contrôle²⁶.

6. Plusieurs études se sont penchées sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration, notamment en droit belge et en droit français. Redoutant le danger de l'arbitraire administratif qui pourrait découler des notions d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire²⁷, elles ont proposé plusieurs solutions, tantôt générales tantôt spécifiques, applicables au contrôle du pouvoir discrétionnaire²⁸. Certaines recommandent au juge un rôle plus audacieux, un contrôle dissuasif mais souple et un travail de fond ; d'autres insistent sur la bonne qualité des textes notamment à travers une motivation adéquate des actes administratifs, la précision, la stabilité des normes de référence ainsi que des contrôles systématiques ; d'autres encore proposent le principe du raisonnable pour une régularité prévisible dans l'application de la loi ; d'autres enfin suggèrent l'adaptation des contrôles au régime sociopolitique et au niveau de développement socio-économique.

7. En droit congolais, cependant, ce contrôle pose problème. Le thème du pouvoir discrétionnaire et de son contrôle est, sauf quelques allusions lapidaires, largement absent de la jurisprudence administrative. Le juge administratif n'exprime pas clairement sa position au sujet du pouvoir discrétionnaire. Il n'en précise ni la définition ni le champ d'application; il ne détermine ni sa compétence ni l'étendue de son contrôle ; il n'en indique ni les critères ni les méthodes²⁹. Le thème du pouvoir discrétionnaire et de son contrôle est également largement absent de la littérature relative au droit administratif congolais. Aucune étude n'a été menée, à ce jour, sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration ni sur son contrôle

²⁵ Georges DUPUIS et alii, *Op.cit.*, p.57 ; Françoise DREYFUS, *Op.cit.*, p. 705.

²⁶ Jean-Marie WOEHRLING, *Op.cit.*, p.78.

²⁷ « En effet, le risque d'arbitraire administratif est trop grand surtout si l'on se réfère aux réalités que connotent les notions d'opportunité et de pouvoir discrétionnaire », Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'Administration dans les pays en voie de développement d'Afrique Noire francophone », *RBSJA* (Revue béninoise des sciences juridiques et administratives) n° 5, juin 1985, p.2.

²⁸ Samson DOSSOUMON, *Op.cit.*, pp. 5 et 25 ; Alain BOCKEL, *Op.cit.*, p.363 ; André de LAUBADERE, *Op.cit.*; Guy BRAIBANT et alii, *Op.cit.*, p.5 ; Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Op.cit.*, p.9 ; P. JADOUL, S. VAN DROOGNHENBROECK., *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2005, p.V , p. 28 ; Jean-Marie WOEHRLING, *Op.cit.*, p. 84 ; Dominique LAGASSE, *Op.cit.*, p. VIII ; Paul TAPIE, *Op.cit.*, p. 35.

²⁹ Le même constat a été fait en droit ivoirien. Voir à ce sujet Alain Serge MESCHERIAKOFF, *Le droit administratif ivoirien*, Paris, Economica, 1982, p. 189 ; il est reproché à son homologue du Congo-Brazzaville le défaut d'initiative, l'absence d'innovations. Ainsi, l'on ne saurait reconnaître à la jurisprudence le statut de source de droit administratif, voir Placide MOUDODOU, *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2003, p.11 et 15 ; Sur l'illustration de la méthode du juge administratif, voir Guy BRAIBANT et alii, *Op.cit.*, p.32.

juridictionnel au Congo. En réalité, bien avant le cas spécifique du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, c'est tout le système congolais de contrôle juridictionnel de l'administration qui est très peu ou mal connu, aucune étude d'ensemble n'y ayant jamais été menée. La situation est d'ailleurs presque la même, à quelques différences près, dans tous les droits africains³⁰. La faiblesse, aussi bien quantitative que qualitative, de la littérature en droit administratif congolais, en général, est criante³¹. Moins de cinq manuels y sont, à ce jour, consacrés³². Aucune analyse approfondie de la jurisprudence administrative n'a été faite à ce jour³³ et encore moins celle des types de contrôle développés par le juge administratif. Très peu d'études ont été également consacrées au contentieux administratif congolais³⁴. Elles ne consacrent généralement point d'attention au travail de construction jurisprudentielle du juge, encore moins à l'attitude qu'il développe à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bref, aucune étude d'ensemble ne présente les tendances de la jurisprudence administrative congolaise. A fortiori, aucune étude ne renseigne aujourd'hui sur le sens du contrôle du

³⁰ Encore que les réalités peuvent être bien différentes d'un pays à l'autre : « L'Afrique est un continent et, à ce titre, présente un kaléidoscope de réalités. Et il n'est guère possible, à moins d'être prétentieux, de vouloir y découvrir un droit africain qui serait basé sur un fonds commun africain. Chaque pays africain a son histoire, ses institutions, son originalité et des particularités. A la rigueur, on pourrait parler des droits africains mais en sachant très bien qu'il ne s'agit pas de droits spécifiques à l'Afrique », Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays d'Afrique Noire francophone », déjà cité, p.4 ; Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 7.

³¹ Alain BOCKEL, « Recherche d'un droit administratif en Afrique francophone », p. 8 ; Aux débuts du Conseil d'Etat belge, l'on s'était également plaint de l'insuffisance du droit administratif, Henri VELGE, *La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'Etat : préparation des lois, contentieux administratif, recours contre les excès de pouvoir, commentaire législatif et doctrinal*, Bruxelles : Bruylant, 1947, p. 13.

³² Il s'agit notamment de Jacques de BURLET, *Précis de droit administratif congolais*, Kinshasa, Université Lovanium, 1969 ; Clément KABANGE NTABALA, *Droit administratif*, t.I, Kinshasa, Publications des Facultés de droit des Universités du Congo (RDC), Novembre 2005, ISBN : 99951-32-3-5, 263 pages ; Félix VUNDUAWE te PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2007.

³³ Elle est d'ailleurs très peu connue car ne faisant pas toujours l'objet d'une publication régulière, Jean-Marie BRETON, « Légalité et état de droit : statut et perception du juge de l'administration (contribution à une réflexion transversale) », déjà cité, p. 89.

³⁴ Les quelques rares écrits connus en la matière sont notamment celle de Corneille WASENDA N'SONGO, *Contentieux administratif congolais. Essai d'analyse de doctrine et de jurisprudence*, Kinshasa, Collection Information juridiques, 1998 ; Ruffin MUSHIGO-A-GAZANGA GIGOMBE, *Le contentieux administratif dans le système juridique de la République démocratique du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2003 ; VUDISA MUGUMBISHI, « Réflexion sur le contentieux administratif congolais : analyse critique de quelques points de doctrine et de jurisprudence » in *Revue de droit congolais*, CRDJ, 2^e année, Janvier, février, Mars, Avril, N°003/2000, pp. 30 et s. ; KALEMBA TSHIMANKINDA, « Evolution de la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice en matière d'annulation de 1973 à 2003 », *Revue de droit congolais*, Publié par Le Centre de Recherches et de Diffusion Juridiques C.R.D.J., 4^{ème} année, n°007 &008/2002&2003, pp. 45 à 65 ; BIBOMBE MUAMBA, « La jurisprudence de la Cour suprême zairoise en matière de contentieux administratif (d'annulation et de responsabilité) », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, pp. 340-388 ; Télésphore MUHINDO MALONGA, Valère KAVUSA KALEMBA, Nelson KASEREKA MAKIROMBO, *Introduction au droit congolais du contentieux administratif*, Butembo, PUG-CRIG, 2008. Sur l'insuffisance ou l'absence d'ouvrages de contentieux administratif, lire WASENDA N'SONGO, *Op.cit.*, p. 6. ; La rareté d'écrits est presque généralisée sur tout le continent africain, Jean-Jacques RAYNAL, « Le contentieux administratif en République centrafricaine », *Penant*, 96, 1986 (790-792), p. 445.

pouvoir discrétionnaire de l'administration au Congo. Par ailleurs, dans le peu d'études réalisées, les réponses apportées à la question de la protection des citoyens, à la déontologie de la fonction publique et à la moralisation de l'administration, sont jugées assez décevantes³⁵. Le sujet du pouvoir discrétionnaire est certes déjà suffisamment étudié dans les systèmes juridiques occidentaux³⁶. Mais son intérêt est encore loin d'être entièrement épuisé comme le démontre les cas du Congo, en particulier, et de l'Afrique, en général. Le pouvoir discrétionnaire est, en effet, une question sans cesse reposée³⁷. Si le débat ne porte plus sur la nécessité du contrôle, il continue néanmoins à porter sur l'étendue et les modalités du contrôle³⁸, surtout dans les pays dont le système de contrôle juridictionnel de l'administration est un produit d'héritage³⁹.

8. L'absence du thème du pouvoir discrétionnaire et de son contrôle au Congo soulève une interrogation fondamentale. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration y échapperait-il au contrôle du juge administratif ? La porte de l'arbitraire administratif y serait-elle largement ouverte ? Une telle crainte ne devrait pas se justifier, à notre sens, dans la mesure où le contrôle juridictionnel de l'administration est organisé au Congo par le biais du recours pour excès de pouvoir. Il nous semble, en effet, que le contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir de l'administration s'accompagne nécessairement d'au moins un contrôle élémentaire du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Contrairement à la tendance générale de ne voir dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration qu'une seule dimension, à savoir le seul contrôle qui porte sur les appréciations en opportunité, il nous paraît nécessaire de souligner l'existence d'une autre dimension, à savoir le contrôle qui porte sur les éléments liés de l'acte comportant exercice du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle des appréciations en

³⁵ Gérard CONAC (dir.), *Op.cit.*, p. V.

³⁶ « La question du pouvoir discrétionnaire est presque entièrement cernée [...] », Alain BOCKEL, *Op.cit.*, p.355 ; « Depuis une dizaine d'années, le sujet suscite moins de discussions et moins de production d'études juridiques, de même qu'il n'y a plus eu d'innovations fondamentales. Pour beaucoup de praticiens, l'état actuel du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire semble être arrivé à un niveau satisfaisant, les besoins de progrès du contrôle juridictionnel se situant sur d'autres plans (efficacité et rapidité des procédures, etc.) », Jean-Marie WOEHLING, *Op.cit.*, p.75 ; « En définitive, le contrôle juridictionnel des actes administratifs « discrétionnaires » n'est-il pas arrivé aujourd'hui à un tel stade de perfectionnement abstrait que le seul progrès que l'on puisse encore lui souhaiter serait de pouvoir toujours se matérialiser concrètement dans une protection efficace des intérêts et libertés des justiciables, singulièrement dans une exécution rapide des arrêts d'annulation par l'administration ? », Dominique LAGASSE, « L'évolution du contrôle des actes administratifs « discrétionnaires » par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986 », p. 239.

³⁷ Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation...*, déjà cité, p. 239.

³⁸ Guy BRAIBANT, et alii, *Op.cit.*, p. 294.

³⁹ Ainsi s'accorde-t-on sur le fait qu'« il n'est pas exagéré de soutenir que le droit administratif des pays d'Afrique noire francophone est fait à l'image du droit français », Yem Gouri MATERI, « Le bilan de l'unité du droit administratif dans les pays d'Afrique noire francophone », *Penant*, 98, 1988 (796-798), p. 293.

opportunité, dans la mesure où il touche directement au cœur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, peut être qualifié de contrôle direct. Il dépasse le simple constat de conformité à la légalité pour viser les appréciations en opportunité⁴⁰. Mais étant donné que les appréciations en opportunité se font toujours dans le cadre de l'acte administratif unilatéral, le contrôle qui porte sur les éléments liés de cet acte affecte indirectement la liberté de l'administration dans ses appréciations en opportunité. Il y a donc lieu d'y voir un contrôle au moins indirect du pouvoir discrétionnaire. Sur la base de ces prémisses, l'on ne peut parler d'absence totale de contrôle de pouvoir discrétionnaire que dans le cas d'absence totale de contrôle juridictionnel de l'acte administratif unilatéral. Nous émettons ainsi l'hypothèse que, s'il est difficile d'affirmer l'existence d'un contrôle direct du pouvoir discrétionnaire au Congo, il y existe au moins le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire en raison du contrôle juridictionnel de l'excès de pouvoir de l'administration qui y est organisé.

9. Quoi qu'il en soit, la question de l'absence, au Congo, du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire demeure. S'il y a lieu, en effet, d'admettre, comme nous le suggérons, l'existence d'un certain contrôle du pouvoir discrétionnaire, il ne peut s'agir incontestablement que d'un contrôle partiel et limité du fait de son caractère indirect. D'où l'hypothèse que le niveau de perfectionnement des techniques du contrôle juridictionnel de l'administration est tributaire de facteurs contextuels favorables ou non à leur émergence et développement. Le contexte particulier du Congo n'a pas favorisé l'éclosion des techniques subtiles et élaborées de contrôle⁴¹. Le droit administratif congolais est un droit d'héritage dont l'appropriation par les différents acteurs s'avère difficile. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration est perçu comme un pouvoir absolu et insusceptible de contrôle⁴². En conséquence, il n'est jamais véritablement mis en cause⁴³. La saisine du juge administratif est très faible et le pouvoir discrétionnaire de l'administration, en particulier, est rarement mis en cause.

⁴⁰ Une grande différence existe entre une appréciation ou jugement de valeur et une constatation ou jugement de réalité, Dominique LAGASSE, « Evolution du contrôle exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation », déjà cité, p. 452 ; Paul LEWALLE, « Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge », *Administration publique*, 1995, p. 58.

⁴¹ Dans l'examen du cas du Cameroun, Joseph-Marie BIPOUN-WOUM aboutit à la conclusion que le contentieux administratif ne peut se développer que dans un Etat définitivement consolidé, « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun, *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 07/09/1972, n°3, p. 387.

⁴² Max REMONDO, *Le droit administratif gabonais*, Paris, LGDJ, 1987, p. 136.

⁴³ Jean-Marie BRETON, *Op.cit.*, p. 75.

10. Le Congo, comme la plupart de pays africains, ont opté, à l'aube des indépendances, pour des systèmes de contrôles juridictionnels de l'administration simplifiés proportionnels aux moyens dont ils disposaient alors⁴⁴. Les juges ne sont pas véritablement indépendants et ne sont pas spécialisés en matière administrative. Les juridictions ne disposent pas de ressources humaines, financières et matérielles suffisantes. Les règles de procédure relatives à la recherche des motifs et à l'examen de la requête sont sommaires. Les décisions des juges administratifs sont insuffisamment contrôlées. Les lois ne définissent pas toujours clairement l'étendue des pouvoirs de l'administration. L'obligation de motiver formellement les actes administratifs n'est pas encore généralisée.

11. Les institutions et les techniques de contrôle doivent être impérativement ajustées en vue d'un meilleur respect des droits de l'homme, des principes de bonne gouvernance et des principes de bonne administration. Aucun système juridique ne peut plus se contenter d'un contrôle élémentaire de l'administration. Même là où d'énormes progrès relatifs du contrôle de l'action administrative ont été indéniablement réalisés en matière de garanties de formes et de procédures, l'on préconise encore la poursuite des efforts « c'est-à-dire [...] un contrôle approfondi de la légalité des actes administratifs »⁴⁵ que « seuls les juges peuvent donner [...] à l'administré »⁴⁶.

12. L'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration au Congo par le juge administratif au Congo suppose, certes, l'avènement d'un contexte favorable sur le plan sociopolitique, économique et culturel. Mais du point de vue strictement juridique, il est important d'assurer les conditions de bonne administration de la justice, la bonne qualité des lois et le perfectionnement des techniques de contrôle du pouvoir discrétionnaire. La bonne administration de la justice suppose l'indépendance du juge, son aptitude à bien remplir sa mission ainsi que des conditions de travail convenables. La bonne qualité des lois vise une meilleure détermination des principes d'exercice du pouvoir discrétionnaire afin d'en favoriser et d'en rendre aisé le contrôle par le juge. L'obligation de motivation formelle des

⁴⁴ Alain BOCKEL, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », déjà cité, p. 200.

⁴⁵ Dominique LAGASSE, « Evolution du contrôle exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation », déjà cité, p. 470 ; D'aucuns pensent même que le juge administratif tend peu à peu à dépasser ses schémas classiques en matière de légalité. A ce sujet, David BAILLEUL, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 13 septembre 2004, p. 1626.

⁴⁶ *Ibidem*.

actes administratifs concourt significativement à la réalisation de cet objectif⁴⁷. L'adoption d'une loi, à cet effet, est souhaitable⁴⁸. Le perfectionnement des techniques de contrôle suppose l'amélioration du contrôle indirect actuellement exercé et l'introduction des techniques du contrôle direct.

13. Cette étude se propose d'identifier le contrôle du juge administratif congolais et la balance qu'il instaure entre les prérogatives de l'administration et les droits des citoyens⁴⁹. Le sens, la signification et l'évolution des contrôles du pouvoir discrétionnaire de l'administration ont déjà été abondamment étudiés. La présente étude explore une voie différente. Elle n'explique pas le sens d'une ou des évolutions, parfois intrigantes. Elle s'intéresse plutôt à un phénomène inverse, tout aussi intrigant : la léthargie⁵⁰ ou, à tout le moins, la faiblesse du contrôle juridictionnel face à une notion aussi présente que le pouvoir discrétionnaire⁵¹. L'objectif principal est d'expliquer le sens d'une attitude atypique à l'égard du pouvoir discrétionnaire⁵², et qui débouche sur un contrôle de faible intensité contrairement à ce qu'il en est dans les systèmes juridiques occidentaux. Le droit congolais étant l'héritage du droit belge, par le fait de la colonisation, l'on s'attendrait à une évolution symétrique dans les deux droits⁵³. Il est, à

⁴⁷ Dans son étude portant sur les principes généraux du droit appliqués par la Cour suprême, Ruffin MUSHIGO-A-GAZANGA, le fait remarquer et appelle de ses vœux, sans viser spécifiquement les actes administratifs, une position claire de la haute juridiction sur le principe général de la motivation, *Les principes généraux du droit et leurs applications par la Cour suprême de justice du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2002, p. 242.

⁴⁸ A la suite d'une recommandation du Conseil de l'Europe du 11 mars 1980 relative à l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, la Belgique a adopté une loi sur la motivation formelle comme une des applications des principes d'une procédure administrative équitable, Robert ANDERSEN, Paul LEWALLE, « La motivation formelle des actes administratifs », *Administration publique*, 1993, p. 62.

⁴⁹ Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'Administration dans les pays en voie de développement d'Afrique Francophone », déjà cité, p.2 ; sur le caractère difficile de la conciliation, lire Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Op.cit.*, p. 7.

⁵⁰ L'état léthargique du contentieux administratif congolais est attribué par le Professeur KABANGE NTABALA à la concentration des contentieux judiciaire, administratif et constitutionnel à la seule Cour suprême de justice, avec comme conséquence regrettable, l'absence de grands arrêts de principe, « Quelle Constitution pour la Troisième République face aux réalités zaïroises ? », *Annales de la Faculté de droit*, vol. XXV, P.U.Z., août 1996, pp. 98-99, cité par Félix VUNDUAWA et PEMAKO, *Op.cit.*, p. 854 ; D'autres l'attribuent plutôt à la conception psychosociologique du pouvoir dans les sociétés africaines, BIBOMBE MUAMBA, « La jurisprudence de la Cour suprême zaïroise en matière de contentieux administratif (d'annulation et de responsabilité) », déjà cité, p. 383.

⁵¹ D'aucuns vont jusqu'à le qualifier d'une « anomalie juridique » tant on la trouve irritante et jamais totalement intégrée dans les constructions doctrinales, Voir à ce sujet, Alain BOCKEL, *Op.cit.*, p. 355 ; Jean KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 9.

⁵² Tous les autres systèmes cherchant en principe à avoir la maîtrise de ce pouvoir.

⁵³ Tel le constat fait sur l'évolution du droit public des pays africains francophones (anciennes colonies françaises) qui dans son évolution est marqué par l'influence du droit français, Alain BOCKEL, « Recherche d'un droit administratif en Afrique francophone », *Ethiopiennes* numéro 16 Revue socialiste de culture négro africaine Octobre 1978, Publié sur le site http://www.refer.sn/ethiopiennes/article.php3?id_article=692, p.1.(Consulté le 18 mai 2007).

première vue, anormal que le contrôle du juge administratif congolais ne se soit pas développé à l'instar de celui de son homologue belge⁵⁴ si l'on tient compte de ce que le Congo et la Belgique ont partagé les mêmes modèles de contrôle juridictionnel de l'administration sur plus d'un demi-siècle⁵⁵.

14. L'étude se limite au contrôle du pouvoir discrétionnaire car c'est là, nous semble-t-il, que réside l'essentiel du problème du contrôle juridictionnel de l'administration⁵⁶. Les recours en annulation visent, majoritairement, des actes comportant exercice du pouvoir discrétionnaire⁵⁷. En outre, le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire est plus délicat que celui de la compétence liée⁵⁸. En effet, sans être un pouvoir arbitraire, le pouvoir

⁵⁴ Dominique LAGASSE, « Evolution du contrôle exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation » déjà cité, p. 427.

⁵⁵ Comparé aux droits belge et français, le contentieux administratif congolais est pauvre en outils destinés au contrôle du pouvoir discrétionnaire. A titre de comparaison, ce contrôle a été presque inexistant en Belgique pendant près d'un siècle, Paul TAPIE in « Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives », in *A.P.T.*, 1977-1978, p. 24 ; le perfectionnement technique du contrôle mis en œuvre ainsi que l'indépendance du juge déterminent essentiellement l'effectivité et la crédibilité du juge, Jean-Marie BRETON, *Op.cit.*, p. 71 ; Ce dernier trouve laxiste la sanction du juge à l'endroit des fonctions traditionnelles de l'administration inhérentes aux missions régaliennes de l'Etat, *Op.cit.*, pp. 75, 89 ; Sur l'absence d'un courant jurisprudentiel dominant, WASENDA N'SONGO, *Contentieux administratif congolais. Etude de doctrine et de jurisprudence*, Kinshasa, Collection Information juridiques, 1998, p. 6.

⁵⁶ Roger BONNARD, *Op.cit.*, p.57; Afif DAHER, « Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir », *Revue de droit administratif*, 1990, p. 242 ; Pour Charles DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, les évolutions actuelles du droit administratif exacerbent la place et le rôle du pouvoir discrétionnaire, in *Contentieux administratif*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 1994, p.9 ; Maurice-André FLAMME, *Droit administratif*, Tome 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1989, p.401 ; « la nature et l'étendue du contrôle du juge, (notamment à l'endroit du pouvoir discrétionnaire de l'administration) sont [...] déterminantes pour donner en droit positif un contenu concret au principe de légalité », Jean-Marie BRETON, *Op.cit.*, p. 71.

⁵⁷ Dominique LAGASSE, « L'évolution du contrôle des actes administratifs « discrétionnaires » par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986 », *A.P.T.*, 1987, p. 217 ; Léon MOUREAU, cité par Paul TAPIE, *Op.cit.*, p.30.

⁵⁸ Maurice-André FLAMME, *Op.cit.*, p. 443 ; Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Editions Larcier, 2002, p. 894 ; Guy BRAIBANT, Nicole QUESTIAUX, Céline WIENER soutiennent que « ...c'est surtout dans le domaine du pouvoir discrétionnaire que le contrôle du juge apparaît comme à la fois important et difficile, et qu'il varie d'un pays à l'autre », *Op.cit.*, p.291 ; Guy BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », *Mélanges Marcel Waline*, L.G.D.J., 1974, t.II, p.301. Pour Jacques Van COMPERNOLLE, le contrôle du pouvoir discrétionnaire est l'une de questions les plus délicates du droit administratif : Préface à la thèse de Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p.V. Ces propos de Marcel WALINE, accordant au pouvoir discrétionnaire une place centrale au sein de l'étude du droit administratif est très significative de son importance : « S'il fallait donner en quelques mots une définition du droit administratif, je dirais, laissant de côté la partie purement descriptive d'institutions qui se rencontrent dans cette branche du Droit comme dans les autres, qu'il est essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives, et de sa limitation en vue de la sauvegarde des droits des tiers », cité par Dominique LAGASSE, *Op.cit.*, p.13. Paul LEWALLE explique, pour sa part, que « ...le contrôle juridictionnel est [...] difficile à exercer, en raison de la fluidité de la norme qui fonde la compétence discrétionnaire », *Contentieux administratif*, Bruxelles, Editions Larcier, 2002, p.895 ; Jean-Paul COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 20 juillet/20 août 1988, p. 434 ; Bernard PACTEAU, faisant allusion à « la stratégie du juge administratif aux prises avec l'administration » parle de la « bataille du pouvoir discrétionnaire », cité par Jean KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 9 ; Chaïm PERELMAN, citant DUMONT, fait observer qu'« en quelque matière qu'il s'exerce, le contrôle du pouvoir d'appréciation de l'administration est la mission qui exige

discrétionnaire, du fait de la liberté de choix laissée à l'administrateur, côtoie tout de même l'arbitraire⁵⁹. L'illégalité qui en résulte ne saute pas toujours aux yeux. Elle est subtile, délicate et ne peut être souvent établie qu'à la suite d'un raisonnement complexe⁶⁰. La tâche du juge consiste dès lors à « débusquer l'arbitraire administratif »⁶¹.

15. Le contrôle du juge administratif congolais sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration est abordé à partir d'un échantillon de 248 arrêts rendus par la section administrative de la Cour suprême de justice entre 1971 et 2009 ; par la section administrative de la Cour d'appel de Kinshasa/Gombe entre 1994 et 2007 ; par la section administrative de la Cour d'appel de Lubumbashi entre 2000 et 2008 et par la section administrative de la Cour d'appel de Bukavu entre 2002 et 2007. L'investigation s'est limitée aux données susindiquées en raison des contraintes réelles relatives à l'accès aux données jurisprudentielles.

16. L'échantillon est, toutefois, suffisamment représentatif de la jurisprudence administrative congolaise dans la mesure où il comporte presque toute la production de la Cour suprême de justice et ce sur toutes les années, de sa création à nos jours. Certains arrêts ont été recueillis dans le bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice. D'autres ont été directement collectés au niveau des greffes. Les cas de différentes Cours d'appel comportent le même profil, ce qui permet de penser que, raisonnablement, les autres cours d'appel ne produiraient pas une jurisprudence fondamentalement différente. Les arrêts recueillis sont très divers. Tous ne comportent pas nécessairement un contrôle du pouvoir discrétionnaire. Certains sont des arrêts d'irrecevabilité, d'autres sont des arrêts d'annulation et d'autres enfin des arrêts de rejet. Ils sont repris dans les tableaux ci-après.

le plus de sagacité, parce qu'il remet en question, à chaque affaire, le difficile équilibre qu'il importe de maintenir entre les nécessités du fonctionnement des services publics et les garanties dues aux citoyens », in Chaïm PERELMAN (dir.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984, p. 14 ; BIBOMBE MUAMBA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, Année non précisée, p. 94.

⁵⁹ Guy BRAIBANT et alii, *Op.cit.*, p.212 ; « Et c'est dans le domaine de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que se situent les plus grandes possibilités de maladministration », Paul SABOURIN, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *A.J.D.A.*, Septembre 1974, p. 407.

⁶⁰ Ainsi l'erreur manifeste d'appréciation n'est-elle pas toujours « manifeste ». Voir à ce sujet Jean-Marie WOEHRLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 85 ; Dominique LAGASSE, « L'évolution du contrôle des actes administratifs « discrétionnaires » par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986 », *A.P.T.*, 1987, p. 226 ; Paul LEWALLE évoque « une forme insidieuse » d'illégalité dont il faudrait protéger le particulier, in *Contentieux administratif*, Bruxelles, Editions Larcier, 2002, p. 895 ; Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, Paris, Dalloz, 2007, p. 509 ; Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^{ème} édition, Paris, Presse de science politique et Dalloz, 2005, p. 288.

⁶¹ Dominique LAGASSE, « Evolution du contrôle exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation » déjà cité, p. 435.

17. Ces tableaux suscitent quelques commentaires. Ils traduisent d'abord la faible quantité d'arrêts rendus par le juge administratif congolais. Ils corroborent, entre autres, l'affirmation selon laquelle le pouvoir discrétionnaire est très faiblement mis en cause devant le juge administratif congolais. Il s'en dégage, ensuite, que les décisions d'annulation sont plus nombreuses que les décisions de rejet. La tendance naturelle du juge administratif congolais n'est donc pas de dispenser l'administration de son contrôle, loin de là. Ces éléments ne renseignent toutefois pas sur l'intensité du contrôle qu'il nous revient d'éclairer dans le cadre de cette étude. Il se dégage aussi des chiffres que même si le nombre d'annulations est plus élevé que celui des rejets, le nombre des décisions d'irrecevabilité est tout aussi élevé et interpellant. Certaines décisions d'irrecevabilité sont certainement imputables à la faible maîtrise par les requérants de la procédure de saisine du juge. D'autres, par contre, ne reposent sur aucun fondement légal et sont simplement dues à une application discutable du droit. La conséquence de ces décisions est de limiter encore davantage les occasions de contrôle de l'usage du pouvoir discrétionnaire par l'administration.

Tableau 1. Distribution d'arrêts examinés par juridiction et par année

Année	Cour Suprême de Justice	Cour d'Appel de Kinshasa/ Gombe	Cour d'Appel de Bukavu	Cour d'Appel de Lubumbashi	
1971	1	0	0	0	
1972	0	0	0	0	
1973	1	0	0	0	
1974	5	0	0	0	
1975	0	0	0	0	
1976	2	0	0	0	
1977	0	0	0	0	
1978	0	0	0	0	
1979	4	0	0	0	
1980	2	0	0	0	
1981	1	0	0	0	
1982	3	0	0	0	
1983	9	0	0	0	
1984	7	0	0	0	
1985	3	0	0	0	
1986	7	0	0	0	
1987	31	0	0	0	
1988	9	0	0	0	
1989	8	0	0	0	
1990	7	0	0	0	
1991	2	0	0	0	
1992	2	0	0	0	

1993	7	0	0	0	
1994	7	2	0	0	
1995	4	1	0	0	
1996	4	0	0	0	
1997	7	1	0	0	
1998	24	1	0	0	
1999	6	0	0	0	
2000	10	0	0	1	
2001	4	0	0	7	
2002	5	1	1	2	
2003	7	0	0	1	
2004	5	0	1	4	
2005	2	0	1	1	
2006	4	0	2	1	
2007	3	1	2	0	
2008	7	0	0	3	
2009	4	0	0	0	
Total	214	7	7	20	248

Source : Nous-mêmes.

Tableau 2. Distribution des arrêts suivant les types de décisions et par juridiction

Juridictions	Annulation	Rejet	Irrecevabilité	Incompétence	Avant dire droit	Désistement	Radiation	Réparation	Interprétation	Total
Cour suprême de Justice	81	16	69	20	12	11	1	3	1	214
Cour d'Appel Kinshasa Gombe	5		5	1						7
Cour d'Appel de Bukavu	4		1	1			1			7
Cour d'Appel de Lubumbashi	9		1	4	1		1			20
Total	97	16	74	26	13	11	3	3	1	248

Source : Nous –mêmes.

18. Le contrôle du juge administratif congolais est essentiellement analysé au regard du droit congolais. Il est fait recours aux principes développés en droits belge et français notamment

sur les techniques élaborées de contrôle du pouvoir discrétionnaire encore étrangères au droit congolais⁶². Le contrôle du pouvoir discrétionnaire a atteint un niveau satisfaisant en Belgique et en France. Compte tenu de l'héritage juridique et institutionnel que le Congo a acquis particulièrement de la Belgique, l'intérêt de rechercher les lieux de rencontre et les perspectives d'enrichissement mutuel est évident⁶³. La comparaison fait observer que, malgré la variété des solutions élaborées⁶⁴, l'objectif poursuivi a toujours été celui de soumettre le mieux le pouvoir discrétionnaire au contrôle efficace du juge administratif. Elle fait également observer que, sous tous les cieux, le contrôle du pouvoir discrétionnaire a toujours exigé un examen poussé et affiné des motifs. Il ne s'agit, cependant, pas d'une étude de droit comparé. L'approche est très séduisante mais il est douteux qu'elle fût très utile dans le cadre de la présente étude surtout face aux difficultés que soulève cette méthode en droit administratif, difficultés « essentiellement liées à l'apparition tardive des droits administratifs, et à leur développement isolé »⁶⁵. L'observation se vérifie nettement pour le droit administratif congolais et les droits administratifs des pays africains, en général, qu'un grand fossé sépare d'avec les droits occidentaux du point de vue du perfectionnement de techniques de contrôle.

19. L'intérêt de l'étude est de mettre en lumière la difficulté mais aussi la nécessité de la mise en œuvre d'un contrôle efficace du pouvoir discrétionnaire. Les principaux aspects du contrôle juridictionnel de l'administration au Congo sont révélés. Le contexte actuel du Congo, rongé par plusieurs maux dont la « maladministration »⁶⁶, soulève immanquablement la question du contrôle juridictionnel de l'administration. La maladministration est à la base de la violation des droits des citoyens⁶⁷. L'équilibre nécessaire que doit poursuivre l'action administrative entre l'administration et les citoyens est sans cesse « continuellement

⁶² En vertu de la place centrale qu'ils ont occupée dans leur formation, « Une bonne connaissance des aspects fondamentaux du droit administratif français est dès lors indispensable à la compréhension et à l'étude du droit administratif des pays africains », Alain BOCKEL, « Recherche d'un droit administratif d'Afrique francophone », p. 11.

⁶³ Sur l'intérêt de la comparaison dans le cas où deux systèmes juridiques partagent le modèle initial, voir Francis DELPEREE, Préface à la thèse de : Evariste BOSHAB, *La contractualisation du droit de la fonction publique. Une étude de droit comparé Belgique-Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2001, p. 13.

⁶⁴ Jean-Marie WOEHLING, « L'administration et le contrôle juridictionnel en Europe. La construction progressive d'un modèle commun », déjà cité, p.10.

⁶⁵ François HAUT, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *Revue internationale de droit comparé*, 4-1989, p. 909.

⁶⁶ L'expression est de Paul SABOURIN, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *A.J.D.A.*, Septembre 1974.

⁶⁷ Le Congo est rangé parmi les Etats qui violent le plus les droits de l'homme par les actes de l'administration, à ce sujet, TSHIBANGU LAMATA, « La protection juridictionnelle des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative de la Cour suprême de justice... », déjà cité, p. 5.

rompu »⁶⁸. Les moyens d'action de l'administration, et parmi les plus élémentaires, font souvent défaut⁶⁹. Les méthodes de travail sont inadéquates. Les missions essentielles de service public et de police administrative sont loin d'être réalisées à la satisfaction des citoyens. La corruption et la complaisance s'installent dans tous les rouages des prestations de l'administration et paralysent les mécanismes du contrôle et de la sanction⁷⁰. D'où l'intérêt d'examiner sérieusement les possibilités de renforcer le rôle du juge administratif car l'on sait qu'il « contribue par sa présence et par sa jurisprudence à créer une déontologie de l'Administration »⁷¹.

20. Le Congo est en quête d'un Etat de droit⁷². Mais l'instabilité sociopolitique qu'il traverse ne permet pas d'effectuer un contrôle sérieux de l'administration. Les citoyens sont encore largement prisonniers de la conception, certainement liée à la culture, de l'inattaquabilité de l'autorité ou de son acte. En conséquence, l'on enregistre un très faible taux de recours contre les actes des autorités administratives. Or, la jurisprudence doit jouer un rôle très capital dans l'affermissement du respect du droit⁷³. Bref, il y a un réel besoin de renforcer le contrôle de l'administration. L'étude n'examine que l'une parmi les multiples voies de ce renforcement, le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration, volet important de par sa situation dans l'ensemble du contrôle⁷⁴.

⁶⁸ Dominique LAGASSE, « L'évolution du contrôle des actes administratifs « discrétionnaires » par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986 », *A.P.T.*, 1987, p. 216.

⁶⁹ L'administration congolaise tente souvent de justifier les violations des droits des citoyens par les difficultés d'ordre matériel ; le Conseil d'Etat belge rejette catégoriquement ce genre de justifications. A ce sujet, Dominique LAGASSE, « L'évolution du contrôle exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation (spécialement pendant la période 1987-1996) », déjà cité, p. 446.

⁷⁰ Ce phénomène est généralement attribué à la direction autoritaire de l'Etat congolais depuis 1965, année de la prise de pouvoir par feu Mobutu à la suite d'un coup de force militaire. La dictature a fait de l'administration un instrument de répression plutôt que de prévention et de développement. En outre, les guerres à répétition qui ont caractérisé le pays depuis 1996 ont achevé d'anéantir les maigres moyens d'action de l'administration. Ces causes sont toutefois appelées à disparaître avec le processus de démocratisation et de reconstruction dans lequel le pays est actuellement engagé. Si tel est le cas, L'administration sera-t-elle plus au service et plus respectueuse des droits des administrés ? La réponse sera négative si l'on ne tient pas compte de cette autre cause, plus significative, à savoir que l'administration congolaise n'est pas contrôlée. Elle agit sans qu'aucune censure ne l'oblige à corriger les erreurs qu'elle commet ni lui indique les améliorations souhaitables de son action.

⁷¹ Suzanne GREVISSE, « Essai d'analyse du pouvoir discrétionnaire dans l'administration française », *E.D.C.E.*, 1976, p. 298.

⁷² A cet effet, la justice en général, et la justice administrative en particulier, doivent être renforcées car l'office du juge figure parmi les conditions institutionnelles de la légitimité du pouvoir politique, Jean-Marie BRETON, *Op.cit.*, p. 87.

⁷³ A ce sujet, Dominique DARBON, « Le juge africain et son miroir : la glace déformante du transfert de jurisprudence administrative en Afrique », *Afrique contemporaine*, n°156, 4/90*Op.cit.*, p. 243.

⁷⁴ Malgré la tendance très favorable en doctrine aujourd'hui vers les « modes alternatifs de règlements » (Jean-Marie BRETON, *Op.cit.*, p. 95) l'on ne saurait laisser aller au déclin le contrôle juridictionnel au risque de fragiliser la fonction contentieuse du juge et son rôle de contrepoids au pouvoir qui est un gage important à l'Etat de droit.

21. La réflexion se déploie sur deux parties. La première examine le juge administratif congolais, la notion du pouvoir discrétionnaire et le contrôle du pouvoir discrétionnaire ainsi que le contrôle exercé par le juge administratif congolais sur le pouvoir discrétionnaire. La deuxième partie est consacrée aux perspectives relatives à l'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire par des mesures dont les unes sont générales et d'autres spécifiques. Une conclusion générale débouche sur une réflexion relative aux enjeux et aux perspectives d'amélioration globale de l'action administrative.

PARTIE I. UN CONTROLE TIMIDE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

22. Préalablement à l'étude de l'objet et de l'exercice du contrôle, l'auteur du contrôle, en l'occurrence « le juge administratif congolais », sera précisé dans un chapitre préliminaire. Les notions de « pouvoir discrétionnaire » et de « contrôle de pouvoir discrétionnaire » seront discutées (Titre I). Le contrôle exercé par le juge administratif congolais sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration sera évalué (Titre II).

CHAPITRE PRELIMINAIRE. LE JUGE ADMINISTRATIF CONGOLAIS

23. Nous préciserons le concept de « juge administratif » (Section I) avant d'indiquer ce à quoi il correspond dans le système juridictionnel congolais⁷⁵ (Section II).

Section I. Le juge administratif

24. A l'heure actuelle où il est définitivement démontré que juger l'administration correspond à la fonction de juger plutôt qu'à la fonction d'administrer, est-il encore pertinent d'opposer le « juge administratif » aux « juges de l'administration »? La réponse est positive du fait de l'existence d'un droit de l'administration de plus en plus spécial qui exige qu'un juge s'occupe exclusivement de son contentieux⁷⁶. Le fondement du particularisme du droit administratif⁷⁷ a pris le pas sur celui de l'interprétation, critiquable, du principe de la

⁷⁵ Il s'observe, en effet, que « si en droit privé, les disciplines ont un contour généralement semblable, pour ce qui est du droit administratif, il est impossible de se fier à la seule dénomination », François HAUT, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *R.I.D.C.*, 4-1989, p. 911.

⁷⁶ La distinction opérée par Dominique LAGASSE (*L'erreur manifeste d'appréciation*, p. 28) entre le juge judiciaire et le juge administratif, selon laquelle le premier est le juge des comportements et des actes fautifs de l'administration tandis que le second est le juge de la conformité des actes administratifs à la norme est fort intéressante mais non susceptible d'être généralisée à tous les systèmes juridiques. Dans le système congolais, par exemple, le juge judiciaire est, comme en droit belge, juge des comportements et actes fautifs de l'administration. Il est aussi, par voie d'exception, juge de la conformité des actes administratifs à la norme, comme en droit belge d'ailleurs (D.LAGASSE, p. 31). Le juge administratif est principalement juge de la conformité des actes administratifs à la norme ; il est aussi dans un certaine mesure juge des actes fautifs de l'administration. Aussi est-il délicat, au Congo, d'attribuer au recours formé devant le juge administratif un caractère uniquement objectif et d'en déduire la différence fondamentale d'avec le juge judiciaire saisi d'un recours essentiellement subjectif (D.LAGASSE, p. 31 et 32).

⁷⁷ Le droit administratif « est devenu de plus en plus un droit spécial, foncièrement différent du droit civil ; son application exige, dit-on, un juge spécialisé, différent du juge civil, lequel, éloigné de la vie administrative, habitué aux règles, concepts et méthodes du droit civil, serait peu apte techniquement à juger le contentieux administratif », Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 18^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2005, p. 43; Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les organes chargés de juger l'administration », *RFDA*, mars-avril, 2008, p. 241 ; Francis DELPEREE, « Faut-il supprimer le Conseil d'Etat ? », *Liber amicorum Robert ANDERSEN*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 187.

séparation des pouvoirs⁷⁸. La généralisation du modèle de la juridiction administrative vient conforter cette analyse⁷⁹. La tendance à la timidité du juge judiciaire à l'égard du contrôle des actes de l'administration appuie l'idée qu'il faut bien un juge spécialisé⁸⁰. Il est aussi démontré que le débat séculaire, en France, sur la suppression de la justice administrative, initialement politisé, n'a pas eu pour conséquence « la rupture des liens entre le juge administratif et l'administration » mais a évolué vers une approche plus technique pour « finalement repenser la Justice dans son ensemble »⁸¹. La nécessité d'un juge spécialisé est surtout ressentie dans les cas, comme celui du Congo, où ce droit est un produit d'héritage et où seul un juge spécialisé, exclusivement chargé du contentieux de l'administration, est le plus apte à jouer un rôle clé dans le processus de son appropriation. Loin donc de prôner la suppression de la juridiction administrative, la présente étude plaide non seulement pour son maintien mais aussi pour son adaptation en vue de la mission précitée. Le juge administratif est donc défini, pour les besoins de cette démonstration, comme le juge spécialisé⁸² de l'administration chargé de litiges auxquels s'applique le droit spécifique de l'administration ou les règles dérogatoires au droit commun. Cette spécialisation s'observe au plan organique (§1), au plan des compétences (§2) et au niveau du statut des juges (§3).

§1. Le juge administratif, un juge organiquement séparé de l'administration et du juge ordinaire

25. Le juge administratif est séparé organiquement de l'administration (1) et de la juridiction judiciaire (2). La séparation peut être plus ou moins prononcée dans les deux cas⁸³.

⁷⁸ « L'exercice d'une partie de la fonction juridictionnelle à l'intérieur même de l'administration est une méconnaissance directe de la séparation des pouvoirs », Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, déjà cité, p.43.

⁷⁹ Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, Thémis, PUF, 2006, p. 112 ; Magali JORAT, « Supprimer la juridiction administrative...deux siècles de débats », *RFDA*, mai-juin, 2008, p. 464.

⁸⁰ Paul TAPIE, « Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives », *A.P.T.*, 1977-1978, p. 28 ; Dominique LAGASSE, « L'évolution du contrôle des actes administratifs « discrétionnaires » par le Conseil d'Etat de 1981 à 1986 », *A.P.T.*, 1987, p. 217.

⁸¹ Magali JORAT, « Supprimer la justice administrative...deux siècles de débats », *RFDA*, mai-juin, 2008, p. 456.

⁸² La « juridiction administrative [...] est par définition une juridiction spécialisée (au moins partiellement) dans les affaires administratives », Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, Thémis, PUF, 2006, p. 111.

⁸³ Roger BONNARD soutenait, en son temps, que la séparation totale au plan organique d'une juridiction administrative d'avec la juridiction judiciaire et l'administration était le meilleur gage de sa spécialisation, in *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, déjà cité, p. 112.

1. La séparation du juge administratif et de l'administration

26. La séparation entre le juge administratif et l'administration peut connaître des degrés variables⁸⁴. Trois systèmes peuvent être distingués. Le système où l'administration est son propre juge et qui ne connaît donc aucune séparation entre l'administration et son juge. C'est le système, révolu, de l'Administration-juge (1.1). Le système où le juge administratif fait partie intégrante du pouvoir exécutif mais jouit d'une certaine autonomie (1.2). Le système où le juge administratif est complètement séparé de l'administration (1.3).

1.1. Le système dit de l'Administration-juge

27. Il a prévalu en France, à l'époque révolutionnaire, le système dit de l'Administration-juge mais qui a complètement disparu aujourd'hui. Elle était inspirée d'une méfiance à l'égard du juge judiciaire, elle-même inspirée par « le souvenir des Parlements de l'Ancien Régime et de l'obstruction qu'on leur reprochait à l'encontre des tentatives de réformes administratives entreprises par le pouvoir royal et les intendants »⁸⁵. Sur la base d'une certaine interprétation, critiquable, du principe de la séparation des pouvoirs, les hommes de la Révolution ont estimé que le juge judiciaire ne devrait pas connaître des litiges administratifs de peur qu'il n'ait « par là un certain moyen sur l'administration »⁸⁶. Le jugement de l'administration a été, ainsi, confié « aux administrateurs eux-mêmes : roi, ministres, administrateurs des départements »⁸⁷. L'on remarque ici que ce n'est pas tant le point de vue de la spécialisation qui a justifié ce système que celui, politique, de l'indépendance de l'administration face au pouvoir judiciaire. Si l'administrateur-juge était organiquement séparé des juridictions judiciaires, il ne l'était pas de l'administration. Il ne pouvait dès lors être considéré véritablement comme un juge au regard des critères modernes. Ce système a été dénoncé dans la mesure où l'administration y était juge et partie.

⁸⁴ Certaines ont rompu le « cordon ombilical avec le pouvoir exécutif » tandis que d'autres ne l'ont pas fait, Michel FROMONT, « La justice administrative en Europe : différences et convergences », *RFDA*, Mars-avril 2008, p. 271.

⁸⁵ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, déjà cité, p. 42 et 43.

⁸⁶ *Idem*, p. 42.

⁸⁷ *Idem*, p. 43.

1.2. *Le juge administratif appartenant au pouvoir exécutif ou exerçant une fonction administrative*

28. Certains organes chargés de juger l'administration ont des liens si étroits avec l'administration au point d'entretenir l'ambiguïté sur leur nature exacte⁸⁸. Deux situations peuvent être évoquées à ce niveau. Il s'agit, d'une part, des tribunaux spéciaux, qui sont des commissions de recours, des conseils qui sont à la fois organes de l'administration et qui sont en outre chargés d'une mission juridictionnelle⁸⁹. Ils sont composés en tout ou partie d'administrateurs actifs et « exercent, en même temps que leurs fonctions juridictionnelles, des attributions purement administratives »⁹⁰. C'est le cas des Chambres administratives indépendantes des *Länder* en Autriche ou du Collège provincial en Belgique.

29. Il s'agit, d'autre part, des juridictions administratives qui font partie du pouvoir exécutif mais au sein duquel il leur est aménagé des garanties semblables à celles des juridictions relevant du pouvoir judiciaire. Elles ne sont pas complètement séparées de l'administration⁹¹. L'exemple type est celui du Conseil d'Etat de France. Il faut ajouter aussi les juridictions administratives qui cumulent les fonctions juridictionnelles et les fonctions consultatives. C'est le cas des Conseils d'Etat de France, des Pays-Bas, de la Belgique, d'Italie et de la Grèce⁹². Des vertus sont accordées à ce cumul sous le prétexte que pour mieux juger l'administration il faut bien la connaître. Une autre idée se fait de plus en plus jour que « bien et mieux juger l'administration ne nécessite pas forcément de la connaître de l'intérieur »⁹³. Ils sont « à la fois juges administratifs et conseils administratifs »⁹⁴. Si l'exercice cumulé des fonctions consultatives et juridictionnelles ne conduit pas nécessairement à la condamnation pour violation des principes d'indépendance et d'impartialité, il nécessite néanmoins « un encadrement très strict »⁹⁵.

1.3. *Le juge administratif entièrement séparé de l'administration*

⁸⁸ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les organes chargés de juger l'administration », p. 243.

⁸⁹ D'aucuns pensent toutefois qu'il est souvent contestable de considérer ces commissions comme des véritables juridictions administratives spécialisées, Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, déjà cité, p. 120.

⁹⁰ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, page 50, note de bas de page n°2.

⁹¹ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, déjà cité, p. 49.

⁹² Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, Thémis, 2006, p. 120.

⁹³ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les organes chargés de juger l'administration », déjà cité, p. 244, note 10.

⁹⁴ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, déjà cité, p. 50.

⁹⁵ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les organes chargés de juger l'administration », déjà cité, p. 243.

30. En ce qui concerne la séparation d'avec l'administration, « pour qu'une juridiction administrative soit complètement séparée de l'administration, il faut : 1° qu'elle ait vis-à-vis de l'administration une indépendance suffisante, c'est-à-dire un personnel qui lui soit propre, qu'elle n'emprunte pas à l'administration active et dont le statut offre des garanties suffisantes d'indépendance ; 2° qu'elle soit cantonnée dans son rôle juridictionnel, sans avoir en même temps ou accessoirement à remplir des fonctions administratives »⁹⁶. Dans cette catégorie se trouvent les juridictions administratives qui font partie du pouvoir judiciaire et qui n'exercent pas de fonction administrative. C'est l'exemple de la juridiction administrative allemande.

2. La séparation du juge administratif et du juge judiciaire

31. Cette séparation appelle la distinction entre le système du monisme juridictionnel et celui du dualisme juridictionnel, distinction qui perd progressivement de sa pertinence au regard de l'évolution des systèmes de justice administrative. Le système dit de monisme juridictionnel n'établit aucune distinction entre l'administration et les personnes privées du point de vue du juge compétent⁹⁷. Les mêmes juridictions sont compétentes pour tous les litiges. C'est le cas en Grande-Bretagne, en Irlande, à Malte et à Chypre⁹⁸. Ce système ne connaît pas de juge administratif entendu comme un juge spécialement compétent pour les litiges administratifs⁹⁹.

32. La distinction entre le juge administratif et le juge judiciaire n'a dès lors de sens véritable que dans le système dit de dualisme juridictionnel. Pour ce système, le contentieux de l'administration ne peut pas être entièrement traité comme celui des particuliers. Pour cette raison, il est organisé deux ordres de juridictions en fonction de « prérogatives particulières reconnues à l'administration »¹⁰⁰. Les juridictions ordinaires sont organisées pour connaître du contentieux des particuliers entre eux ou du contentieux de l'administration lorsqu'elle a

⁹⁶ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, déjà cité, p. 49.

⁹⁷ Francis de BAECQUE, « Le contrôle juridictionnel sur la légalité des actes unilatéraux de l'administration publique », *Rapports généraux des congrès, Association internationale de hautes juridictions administratives*, Paris, 1983, 1er Congrès, p. 6.

⁹⁸ Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, déjà cité, p. 136 et 137.

⁹⁹ L'on note, néanmoins, même dans les pays de monisme juridictionnel, la création progressive des juridictions administratives à vocation spéciale qui relèvent de la Cour suprême. C'est le cas en Grande-Bretagne et en Irlande, Francis de BAECQUE, *Op.cit.*, p. 6 ; Même si l'on n'admet pas qu'il existe dans ces systèmes de véritables juridictions administratives, l'on admet néanmoins qu'il y existe « une procédure spécialisée dans la vérification de la régularité des actes de l'administration », Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, déjà cité, p. 136.

¹⁰⁰ *Ibidem* ; « Le contrôle juridictionnel des décisions administratives : les rôles respectifs des juridictions administratives et judiciaires et leur relation », *Rapport luxembourgeois*, Stockholm, 15-17 juin 1998, p. 4

agi comme un particulier en application des règles de droit commun. Les juridictions administratives, quant à elles, sont compétentes pour connaître du contentieux de l'administration lorsqu'elle a agi dans ses prérogatives de puissance publique en application des règles dérogatoires au droit commun. L'on distingue ainsi des juridictions autonomes (2.1) de juridictions intégrées aux juridictions judiciaires (2.2).

2.1. *Les juridictions administratives autonomes*

33. Dans le cas des juridictions administratives autonomes, les « deux juridictions forment deux ordres distincts et parallèles, ayant chacun son personnel, englobés dans deux hiérarchies différentes... »¹⁰¹. Cela comporte l'avantage de concentrer la juridiction sur le seul contentieux administratif et d'assurer une meilleure perception de son rôle par les citoyens. Les juridictions administratives sont fondamentalement différentes dans leur nature et leur organisation des juridictions judiciaires¹⁰². Elles peuvent être nombreuses et prendre plusieurs formes¹⁰³. Certaines ont la forme de juridictions classiques et constituent un ordre juridictionnel doté d'une hiérarchie complète allant de juridictions de première instance, passant par des juridictions d'appel et ayant au sommet une juridiction de cassation. D'autres ont, en revanche, la forme de commissions, de conseils, ... mais ont une mission de nature juridictionnelle¹⁰⁴. Leurs décisions sont susceptibles d'appel ou de cassation devant la haute juridiction administrative qui, selon les pays, prend le nom de Conseil d'Etat, de Haute Cour administrative ou de Cour administrative suprême.

34. Certaines juridictions administratives possèdent leur propre juridiction suprême. Elles sont encore qualifiées de « juridictions administratives proprement dites »¹⁰⁵. Le modèle par excellence est celui de la juridiction administrative allemande. Les juridictions administratives allemandes ont exclusivement des fonctions juridictionnelles. Elles font partie du pouvoir judiciaire comme toutes les autres juridictions et par conséquent tous les juges sont recrutés

¹⁰¹ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 18ème édition, Paris, Montchrestien, 2005, p. 49.

¹⁰² Jean-Marie WOEHLING, « L'administration et le contrôle juridictionnel en Europe. Construction progressive d'un modèle commun », déjà cité, p. 7.

¹⁰³ Michel LEROY renseigne, pour le cas de la Belgique, qu' « il existe plusieurs centaines de juridictions administratives, régies chacune par des textes spécifiques qui en déterminent la compétence, la composition, la procédure », *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 121.

¹⁰⁴ Jean-Marie WOEHLING, « L'administration et le contrôle juridictionnel en Europe. Construction progressive d'un modèle commun », déjà cité, p. 7.

¹⁰⁵ Michel FROMONT, « La justice administrative en Europe : différences et convergences », *RFDA*, mars-avril, 2008, p. 267.

suivant le même mode et ont le même statut de magistrats. Leur saisine est soumise à la condition d'invoquer un droit public subjectif¹⁰⁶. Ce modèle se répand de plus en plus et est jugé plus logique puisqu'il garantit à la fois l'indépendance et la spécialisation¹⁰⁷. L'adoption du modèle s'observe au Portugal, au Luxembourg, en Suède, en Finlande, en République Tchèque, en Pologne et en Lituanie¹⁰⁸.

35. La conception du procès administratif dans ce système juridique est plutôt subjective. Le juge administratif est un juge comme un autre et le procès administratif est jugé comme n'importe quel autre procès. Y sont opposées deux parties qui ont toutes des droits subjectifs, le particulier et l'administration. L'égalité est importante entre les parties et les juges ont plus de pouvoirs à l'égard de l'administration¹⁰⁹.

2.2. Les juridictions administratives intégrées aux juridictions judiciaires

36. Ce modèle, où les juridictions administratives relèvent d'une juridiction suprême unique, est considéré comme une simple variante du modèle allemand¹¹⁰. Il se rencontre dans les systèmes juridiques qui ne comportent qu'un seul ordre des juridictions, les juridictions ordinaires, mais où une formation est spécialisée dans le jugement du contentieux administratif. C'est un système de dualité juridictionnelle mais d'une dualité simplement fonctionnelle. En effet, la juridiction administrative est une chambre ou une section administrative au sein de la juridiction judiciaire. Elle est une simple juridiction fonctionnelle. La séparation organique existe du fait de l'existence de cette chambre ou section. Mais elle est certainement limitée dans la mesure où la chambre ou la section est sous la hiérarchie d'une juridiction supérieure ou de la juridiction suprême qui assure par ailleurs l'unité de la jurisprudence. Les magistrats sont généralement les mêmes dans les sections judiciaires et les sections administratives. Ce modèle est pratiqué, à quelques variantes près, en Espagne, en

¹⁰⁶ Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, déjà cité, p. 128.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 129.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 129 à 131.

¹⁰⁹ Michel FROMONT, « La justice administrative en Europe : différences et convergences », *RFDA*, mars-avril, 2008, p.270.

¹¹⁰ *Idem*, p. 131.

Suisse, en Hongrie, en Slovénie, en Roumanie et en Estonie¹¹¹. Il est également très répandu dans les pays d'Afrique noire francophone¹¹².

37. Les juridictions administratives intégrées à l'ordre judiciaire constituent une alternative en cas de difficultés techniques et budgétaires réelles susceptibles de limiter l'organisation des juridictions organiquement séparées¹¹³. Il est possible de ménager l'autonomie de la juridiction administrative même lorsqu'elle est intégrée à la juridiction judiciaire. Le modèle malgache en est une illustration intéressante. Bien que la chambre administrative fasse intégralement partie de la Cour suprême de justice, elle constitue en réalité « une véritable juridiction autonome, puisque régie par des règles particulières, ses décisions ne relèvent de la sanction d'aucune autre formation, et sa compétence est généralement protégée par un système de règlements de conflits de compétence »¹¹⁴.

§2. Le juge administratif, un juge aux compétences spécialisées

38. Le problème, longtemps posé, des activités administratives qui doivent échapper à la « justice en raison de leur trop grande proximité avec la politique » a perdu de son ampleur¹¹⁵. Les immunités juridictionnelles totales de certaines décisions administratives sont de plus en plus éliminées de législations. L'étendue de la notion d'acte de gouvernement est sensiblement réduite. Par conséquent, la délimitation des compétences de la juridiction administrative est essentiellement envisagée par rapport aux compétences d'autres juridictions. Ainsi, la juridiction administrative est une juridiction dont les compétences sont spécialisées par rapport à celles des juridictions ordinaires (1) et des juridictions constitutionnelles ou communautaires (2)¹¹⁶. Il existe ainsi une diversité de juges administratifs du point de vue de l'étendue de leurs compétences (3).

¹¹¹ *Idem*, p. 131 à 135.

¹¹² Pour un essai de systématisation, lire Alain BOCKEL, « Le contrôle juridictionnel de l'administration » in Gérard CONAC (dir.), *Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique Noire*, Paris, Economica, 1979, pp. 197-219.

¹¹³ Alain BOCKEL, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », déjà cité, p. 201.

¹¹⁴ *Idem*, p. 203.

¹¹⁵ Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, déjà cité, p. 138.

¹¹⁶ *Ibidem*.

1. La répartition de compétence entre le juge administratif et le juge judiciaire

39. Dans la majorité de systèmes juridiques, le contrôle juridictionnel de l'administration est dominé par le principe de la répartition des compétences entre le juge judiciaire et le juge administratif¹¹⁷. Le critère de la spécialisation implique que le juge administratif ne soit chargé que du contentieux administratif à l'exclusion du contentieux judiciaire. Selon les systèmes, trois hypothèses sont possibles : soit le juge administratif est compétent pour tous les litiges de droit administratif, soit il n'est compétent que pour les litiges relatifs aux décisions administratives, soit enfin il n'est compétent que pour les litiges portant sur un simple intérêt¹¹⁸.

40. Dans les systèmes où tous les litiges administratifs sont de la compétence du juge administratif, le critère de compétence est celui de la nature du droit applicable. Les litiges de droit civil mettant en cause l'administration sont déférés au juge civil tandis que les litiges de droit administratif mettant en cause l'administration sont déférés au juge administratif¹¹⁹. Ce dernier est ainsi compétent pour connaître des actions dirigées contre les décisions administratives et par extension de la définition du litige de caractère administratif, le contentieux de la responsabilité, des contrats administratifs, des biens et des agents de l'administration. Par contre, le juge civil est compétent lorsque sont mis en cause les contrats de droit privé de l'administration ainsi que les cas de responsabilité publique et des biens qui échappent au droit administratif. Ce système se rencontre, avec quelques nuances, en France, en Espagne, au Portugal et en Grèce.

41. Dans les systèmes où seuls les litiges relatifs aux décisions administratives sont de la compétence du juge administratif, généralement la compétence est limitée aux décisions administratives individuelles. Le contentieux des décisions réglementaires est organisé de manière restrictive. C'est la conception subjective du procès administratif qui y domine. De ce fait « il semble difficile d'admettre sans restriction qu'un recours formé par une seule personne puisse conduire à l'annulation d'un règlement administratif à l'égard de tous »¹²⁰. Sont en principe exclus de la compétence du juge administratif le contentieux de la responsabilité, le contentieux des contrats et le contentieux des biens et du personnel. Ces

¹¹⁷ Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, déjà cité, p. 91.

¹¹⁸ Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, déjà cité, p. 139.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ *Idem*, p. 166.

contentieux sont déférés au juge civil même lorsqu'ils comportent un caractère administratif. Ce système se rencontre en Allemagne, en Autriche, en Suisse et aux Pays-Bas.

42. Dans le système qui attribue aux juridictions administratives des litiges portant sur un simple intérêt, le juge administratif ne connaît que des recours contre des actes administratifs unilatéraux qui ont lésé l'intérêt du requérant. En revanche, tous les autres litiges qui mettent en cause l'administration au sujet du droit subjectif du requérant, qu'il s'agisse des droits civils et politiques, sont portées devant le juge civil. Ce système se retrouve principalement en Belgique et en Italie.

43. Il apparaît, en définitive, quelle que soit l'étendue des compétences lui reconnues dans les différents systèmes juridiques, que le juge administratif a des compétences spécialisées en matière administrative par rapport au juge judiciaire. Si le contentieux de l'administration est susceptible d'être partagé entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives, ces dernières sont généralement spécialisées dans le contentieux des actes et des actions de l'administration agissant comme puissance publique¹²¹. Le juge judiciaire est, quant à lui, essentiellement juge des activités économiques ou patrimoniales de l'administration¹²².

44. Les juridictions administratives n'ont donc pas toujours le monopole de l'appréciation de la légalité des actes administratifs. Si les juridictions ordinaires s'occupent essentiellement des litiges relatifs aux activités économiques et patrimoniales de l'administration, dans certains systèmes juridiques, elles ont aussi la compétence d'apprécier la légalité de ses actes administratifs unilatéraux. Il s'agit souvent d'un contrôle par voie d'exception ou un contrôle incident¹²³. Contrairement au juge administratif, la sanction de l'illégalité d'un acte administratif par le juge judiciaire se limite à en refuser l'application. Le juge administratif détient, lui, le pouvoir d'annulation de l'acte administratif irrégulier¹²⁴. Il devient, dès lors, difficile de justifier la distinction entre les juridictions ordinaires et les juridictions administratives sur le seul contrôle de la légalité de l'acte administratif. Cette observation réduit la portée de la distinction. Toutes ont, en effet, un pouvoir d'appréciation de la légalité.

¹²¹ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les organes chargés de juger l'administration », p. 242.

¹²² Jean-Marie WOEHLING, « L'administration et le contrôle juridictionnel en Europe. Construction progressive d'un modèle commun », déjà cité, p. 8.

¹²³ Michel FROMONT, « « La justice administrative en Europe : différences et convergences », *RFDA*, mars-avril 2008, p. 268.

¹²⁴ L'on peut noter toutefois le cas du Sénégal où le juge de l'excès de pouvoir est une simple formation innommée, non spécialisée en matière administrative, de la Cour suprême de justice, Alain BOCKEL, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », déjà cité, p. 202.

Mais, le juge administratif est doté du pouvoir d'annulation qui fait défaut au juge ordinaire. Le juge administratif se définit donc, du point de vue de sa compétence, non seulement par son pouvoir de contrôle des actes administratifs unilatéraux, pouvoir qu'il partage dans une certaine mesure avec le juge judiciaire, mais aussi par son pouvoir d'annulation. Le juge administratif est donc le juge d'annulation des actes administratifs unilatéraux.

45. La répartition de compétences de contrôle de l'administration entre le juge judiciaire et le juge administratif entraîne la nécessité d'organiser un mécanisme de règlement de conflits. Dans certains systèmes juridiques, cette compétence est attribuée à une juridiction autonome, créée uniquement dans le but de trancher les conflits de compétence. C'est le cas du Tribunal de conflits français. D'autres systèmes juridiques confient plutôt cette compétence au juge de cassation, à la plus haute juridiction ou à une formation de jugement définie au sein de la haute juridiction. C'est notamment l'exemple belge. L'on s'est déjà demandé si le tribunal des conflits français pouvait être considéré comme une juridiction administrative et donc rentrer dans la définition du juge administratif¹²⁵. La réponse est sans doute négative. Ce tribunal de conflits ne répond pas entièrement aux critères organiques et fonctionnels de la juridiction administrative. Néanmoins, sa jurisprudence est importante pour la précision et la meilleure compréhension de la jurisprudence administrative¹²⁶.

2. La répartition des compétences entre le juge administratif et les juges constitutionnel et communautaire

46. Le juge constitutionnel est appelé à jouer de plus en plus un rôle dans le contrôle juridictionnel de l'administration. Dans certains cas, il est compétent pour connaître du contentieux de la légalité des actes administratifs. Il est saisi aussi bien des recours en inconstitutionnalité que des recours en illégalité. Il est, dans cette situation, un juge administratif spécial¹²⁷. Il lui est aussi souvent attribué la connaissance du contentieux électoral où sont généralement mis en cause des décisions administratives¹²⁸. Dans d'autres cas, le juge constitutionnel contrôle la constitutionnalité des actes administratifs réglementaires ainsi que des décisions juridictionnelles administratives.

¹²⁵ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, déjà cité, p. 10.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, p. 157.

¹²⁸ *Idem*, p. 158.

47. La question de la compétence du juge communautaire en matière administrative est plus visible dans le cadre de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne a le pouvoir de « constater le manquement d'un Etat aux obligations découlant du Traité du fait d'actes de son administration » mais aussi de contrôler le respect du droit communautaire par le juge administratif¹²⁹. La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, « contrôle la conformité à la Convention des décisions des juridictions administratives qui n'ont pas annulé un acte de l'administration nationale »¹³⁰.

3. La diversité des juridictions administratives en fonction de leurs compétences

48. A ce stade, il apparaît que le juge administratif est un juge organiquement séparé de l'administration et de la juridiction ordinaire et qui est doté du pouvoir d'annulation de l'acte administratif unilatéral. Mais il apparaît aussi que les matières dans lesquelles le juge administratif est compétent sont diversement réparties entre plusieurs organes. Il peut parfois s'avérer difficile d'établir de la cohérence dans le paysage juridictionnel administratif au point d'être tenté de conclure au désordre¹³¹. Trois catégories de juridictions administratives peuvent, dans tous les cas, être relevées : les juridictions administratives de droit commun ou tribunaux à compétence générale, les juridictions administratives spécialisées ou tribunaux d'attribution et les juridictions arbitrales ou tribunaux spéciaux¹³².

49. Les juridictions administratives de droit commun ou tribunaux à compétence générale sont celles dont la compétence est de contrôler la légalité des actes administratifs unilatéraux indiqués de manière générale et indifférenciée. Ce sont des « tribunaux à compétences multiples dont l'objet est déterminé par une clause générale qui vient limiter leur compétence vis-à-vis tant des tribunaux ordinaires que de l'administration »¹³³. Cette catégorie comprend la hiérarchie des juridictions administratives allant des juridictions d'instance, passant par les juridictions d'appel jusqu'à la juridiction de cassation. C'est le cas en France des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat. En Belgique, où il n'y a pas de cours et tribunaux administratifs, le Conseil d'Etat est la seule juridiction administrative de droit commun.

¹²⁹ *Idem*, p. 159.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 115.

¹³² Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, déjà cité, p. 116 ; Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 152.

¹³³ Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, déjà cité, p. 116.

50. Les juridictions administratives spécialisées ou les tribunaux d'attribution sont celles dont la compétence est de contrôler la légalité d'un certain nombre d'actes administratifs unilatéraux limitativement déterminés par la loi. Ce sont des « tribunaux à compétence par détermination de la loi »¹³⁴. C'est le cas des Cours de comptes.

51. Les juridictions spéciales ou tribunaux spécialisés sont celles dont la compétence est de contrôler la légalité dans une matière bien déterminée. Son champ est souvent limité à un service public bien déterminé¹³⁵. C'est le cas des juridictions arbitrales ou des juridictions ordinales.

52. L'unité dans cette diversité de juridictions administratives est, dans la plupart des cas, assurée par le contrôle de la haute juridiction administrative qui est, à leur égard, soit une juridiction d'appel soit une juridiction de cassation. La raison d'être des juridictions administratives spécialisées peut tenir « des motifs de circonstance ou des motifs de principes »¹³⁶. Les motifs de circonstance concernent le règlement de situations temporaires qui ne nécessitent pas la création d'une juridiction administrative normale. Les motifs de principe sont tantôt d'ordre technique qui exigent un organe spécialisé, tel le contrôle financier qui justifie une Cour des comptes, tantôt d'ordre politique qui exigent la participation des intéressés au contrôle, tel le contrôle disciplinaire¹³⁷.

§3. Le juge administratif, un juge au statut spécialisé

53. Dans certains systèmes juridiques le juge administratif est un juge comme les autres et fait partie du pouvoir judiciaire comme c'est le cas en Allemagne. Dans d'autres systèmes juridiques, il n'est pas un magistrat, il ne fait pas partie du pouvoir judiciaire, il est un fonctionnaire chargé d'une mission juridictionnelle comme c'est le cas en France. Malgré cette différence au plan formel, la pratique tend à l'homogénéité de statuts. L'indépendance et l'impartialité sont communément partagées ; la compétence est, dans une très large mesure, le critère d'accès aux fonctions juridictionnelles¹³⁸. La spécialisation organique et fonctionnelle

¹³⁴ *Ibidem.*

¹³⁵ *Ibidem.*

¹³⁶ Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^{ème} édition revue et mise à jour, Paris, Presses de Sciences po et Dalloz, 2005, p. 579.

¹³⁷ *Idem*, p. 580.

¹³⁸ Gilles DUMONT, « Le statut des juges de l'administration », *RFDA*, mars-avril, 2008, p. 264.

n'a de véritable sens que si l'on peut compter sur « un personnel spécialisé en contentieux administratif »¹³⁹. La spécialisation du juge administratif est plus ou moins prononcée au niveau du recrutement (1) et de l'exercice des fonctions juridictionnelles (2).

1. Le recrutement du juge administratif

54. Du point de vue de la spécialisation, l'on observe que pour certains systèmes juridiques le juge administratif est recruté parmi les personnes justifiant d'une formation spécialisée en matière administrative. C'est le cas de la France où le recrutement s'effectue essentiellement par l'Ecole nationale d'administration. Pour d'autres systèmes, le juge administratif est recruté sans égard particulier à une formation spécialisée en matière administrative. Il est recruté aux conditions de tout autre magistrat de l'ordre judiciaire. Le recrutement s'effectue souvent dans le cadre d'une Ecole de la magistrature. C'est le cas de l'Allemagne. L'intérêt indéniable de la spécialisation des juges administratifs plaide pour le recrutement d'un juge ayant bénéficié d'une formation spécialisée en matière administrative. Le choix du cadre de la formation, école d'administration ou école de la magistrature, peut être laissé à l'appréciation du législateur. L'essentiel est d'assurer une formation spécialisée.

2. L'exercice des fonctions juridictionnelles

55. L'on peut relever deux grandes possibilités : l'exercice exclusif des fonctions juridictionnelles au sein des juridictions et l'exercice alternatif ou cumulé des fonctions juridictionnelles et des fonctions non juridictionnelles.

56. Dans le premier cas, le juge administratif, en contrepartie de la garantie de l'inamovibilité, est obligé de se consacrer exclusivement à l'exercice des fonctions juridictionnelles. Il peut soit être attaché exclusivement aux juridictions administratives, soit jouir d'une certaine mobilité entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative¹⁴⁰. Dans le second cas, le juge administratif peut cumuler les fonctions juridictionnelles et les fonctions non juridictionnelles. Cela s'observe particulièrement en ce qui concerne les fonctions d'enseignement et de recherche qui sont ouvertes à tout juge, administratif ou judiciaire¹⁴¹.

¹³⁹ Alain BOCKEL, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », p. 200.

¹⁴⁰ Gilles DUMONT, « Le statut des juges de l'administration », déjà cité, p. 265.

¹⁴¹ *Ibidem*.

Par ailleurs, le juge administratif peut exercer, mais alternativement, des fonctions juridictionnelles et des fonctions administratives comme c'est le cas en France. Pour une meilleure spécialisation des juges administratifs, il semble plus indiqué qu'ils soient exclusivement attachés à la juridiction administrative. La possibilité d'exercer en même temps l'enseignement et la recherche est une excellente opportunité pour consolider la spécialisation.

Section II. Le juge administratif dans le système juridictionnel congolais

57. Le système juridique congolais organise une certaine spécialisation de la justice administrative. Les sections administratives des Cours d'appel et de la Cour suprême de justice sont les juridictions administratives de droit commun. Elles correspondent, dans le cadre de cette étude, à la désignation de « juge administratif congolais ». Il existe à côté d'elles des juridictions administratives spéciales (§1). Elles ont des compétences propres différentes de celles du juge ordinaire (§2). Le statut de leurs juges n'est toutefois pas spécialisé, ce qui amoindrit l'intérêt du dualisme juridictionnel¹⁴² (§3).

§1. Les juridictions administratives congolaises

58. Il s'agit des juridictions administratives de droit commun (1) et des juridictions administratives spéciales (2).

1. La section administrative, juridiction administrative de droit commun

59. Le système juridictionnel administratif congolais a connu une réforme par la Constitution du 18 février 2006. La réforme consiste en la création d'un ordre juridictionnel administratif autonome, séparé des juridictions judiciaires. Le nouveau système comporte un Conseil d'Etat, la plus haute juridiction administrative, des Cours administratives d'appel et des Tribunaux administratifs¹⁴³. La réforme n'est toutefois pas encore effective¹⁴⁴. Ce n'est donc pas de ces juridictions qu'il sera question dans cette étude. Elle s'intéresse plutôt aux sections

¹⁴² Jean-Marie BRETON, *Op.cit.*, p. 78.

¹⁴³ Article 154 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, *J.O.R.D.C.*, Numéro spécial, 45^{ème} année, 18 février 2006.

¹⁴⁴ Le projet de loi relative aux juridictions administratives est déjà déposé au parlement mais elle n'a pas encore été examinée. Il reste aussi l'installation effective de nouvelles juridictions.

administratives des Cours d'appel et de la Cour suprême de justice. Toutes les décisions de justice qui seront examinées dans le cadre de cette étude sont leur œuvre. En outre, elles demeurent fonctionnelles, à titre transitoire, jusqu'à l'installation effective des juridictions issues de la réforme¹⁴⁵. L'organisation de la justice administrative congolaise traduit le dualisme fonctionnel. Le système est dualiste, mi-administratif, mi-judiciaire¹⁴⁶. Les sections spécialisées en matière administrative sont organisées dans un seul ordre des juridictions¹⁴⁷. C'est un système « à dualité fonctionnelle et unicité organique »¹⁴⁸. L'origine de ce modèle remonte à la période de l'indépendance (1.1). L'organisation et la composition rendent compte d'une spécialisation fonctionnelle (1.2).

1.1. L'origine de la section spécialisée en matière administrative

60. Le modèle d'une section ou d'une chambre spécialisée en matière administrative au sein d'un ordre juridictionnel unique remonte à l'accession du pays à l'indépendance en 1960. La société précoloniale avait une organisation judiciaire¹⁴⁹ mais n'a pas connu l'équivalent d'une juridiction administrative¹⁵⁰. Sous l'Etat indépendant du Congo (1885-1908) et pendant une bonne partie de la colonie belge (1908-1946), c'est la juridiction judiciaire qui était le juge de l'administration. La première juridiction administrative autonome a été le Conseil d'Etat belge, créé en 1946. Il était compétent pour la Belgique et pour les territoires sous colonie et sous tutelle. Mais son action a été éphémère au Congo en raison, entre autres, de l'accession du Congo à l'indépendance peu de temps après sa création.

61. Le modèle d'une section ou d'une chambre spécialisée en matière administrative a donc prévalu de 1960 à 2006. Les trois premiers textes constitutionnels d'après l'indépendance, la

¹⁴⁵ Articles 223 et 224 de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁴⁶ Félix VUNDUAWA, *Op.cit.*, p. 865 ; contra : BIBOMBE MUAMBA, *Op.cit.*, p. 380.

¹⁴⁷ « La République démocratique du Congo ne dispose pas des tribunaux administratifs, différents des juridictions de l'ordre judiciaire », MATADI NENGA GAMANDA, Préface à l'ouvrage de Ruffin MUSHIGO-A-GAZANGA, *Le contentieux administratif dans le système juridique de la République démocratique du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2004, p. 15.

¹⁴⁸ Cette expression est de LOURDE A., « Le contrôle juridictionnel de l'administration au Burkina Faso », in *Administration et développement au Burkina Faso*, Presses de l'IEP de Toulouse, 1987, p. 91, cité par Dominique DARBON, *Op.cit.*, loc.cit.

¹⁴⁹ John GILISSEN (dir.), *L'organisation judiciaire en Afrique noire. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1969, 290 pages.

¹⁵⁰ Le fonctionnement de la justice dans l'ancien droit africain n'est pas connue avec précision en l'absence de documents à ce sujet, MANGIN Gilbert, « Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, I, Organisation, finalités, procédure*, Paris, Economica, 1988, p. 131 ; Félix VUNDUAWA-te-PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 849.

loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures publiques, la Constitution du 1^{er} août 1964 et la constitution du 24 juin 1967, ont organisé deux ordres de juridictions. Un ordre des juridictions judiciaires, avec au sommet une Cour suprême de justice, et un ordre des juridictions de droit public, représenté par la Cour constitutionnelle. Il a d'abord été prévu une chambre d'administration au sein de la Cour constitutionnelle à côté de la chambre de constitutionnalité et de la chambre des conflits¹⁵¹. Elle était compétente pour connaître des recours en annulation pour violation des formes, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements des diverses autorités administratives ou contre les décisions contentieuses administratives ainsi que des demandes de réparation pour dommage exceptionnel¹⁵². La Cour constitutionnelle ainsi que sa chambre d'administration n'ont jamais été effectivement installées¹⁵³.

62. A partir de la Constitution du 1^{er} août 1964, dite constitution de Luluabourg, les sections administratives de la Cour suprême de Justice et des Cours d'appel se sont substituées à la Chambre d'administration de la Cour constitutionnelle¹⁵⁴. Ce modèle sera maintenu jusqu'à la Constitution dite de la transition du 4 avril 2003. La suppression de la Cour constitutionnelle, qui n'avait du reste jamais été installée, à l'occasion de la révision du 15 août 1974¹⁵⁵ de la Constitution dite révolutionnaire du 24 juin 1967, n'entraînera aucune modification de ce modèle.

63. Le choix de la spécialisation d'une section ou d'une chambre en matière administrative a été dicté par le besoin de la simplification imposé par les difficultés d'ordre technique et budgétaire après l'indépendance. Cette réalité est partagée dans une large mesure par les jeunes Etats d'Afrique noire francophone issus de la décolonisation. Il était impossible de reprendre la structure juridictionnelle complète de la métropole en raison des contraintes budgétaires. Par ailleurs, le pays ne disposait pas d'un personnel suffisant spécialisé dans le

¹⁵¹ Article 226 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960.

¹⁵² Article 236, Loi fondamentale du 19 mai 1960.

¹⁵³ Corneille WASENDA N'SONGO, *Op.cit.*, p. 45.

¹⁵⁴ Les juridictions prévues par la Constitution de Luluabourg n'ont pas été effectives. A ce sujet, Corneille WASENDA N'SONGO, « Regards croisés sur les pourvois dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir dans la jurisprudence des cours de cassation française, belge et congolaise », in SAYEMAN BULA-BULA (dir.), *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise. Liber amicorum Marcel Antoine Lihau*, Bruxelles, Bruylant, Kinshasa, Presses de l'Université de Kinshasa, 2006, pp. 509.

¹⁵⁵ L'article 70 alinéa 2 de la Loi n° 74/420 du 15 août 1974 portant révision de la constitution du 24 juin 1967 dispose que « le contrôle de la constitutionnalité des lois relève de la Cour suprême de justice ».

cadre du contentieux administratif¹⁵⁶. La rareté du contentieux administratif ne justifiait pas non plus le dédoublement de l'appareil juridictionnel¹⁵⁷.

1.2. L'organisation et la composition de la section spécialisée en matière administrative

64. Le Congo a donc connu un ordre juridictionnel unique depuis 1960, en fait, et depuis 1974, en droit, jusqu'en 2006. Ce modèle prévaut toujours en attendant l'installation effective des juridictions de l'ordre administratif et de la Cour constitutionnelle. De la base au sommet se trouvent des tribunaux coutumiers, des tribunaux de paix, des tribunaux de grande instance, des cours d'appel et la Cour suprême de justice. Il existe aussi une hiérarchie des juridictions militaires mais qui relèvent de la Cour suprême de justice en cassation. La Cour suprême de justice comprend trois sections : la section judiciaire, la section administrative et la section de législation¹⁵⁸. Les trois sections réunies constituent la formation compétente en matière constitutionnelle. Les Cours d'appel comprennent deux sections : la section judiciaire et la section administrative. Les juridictions inférieures n'ont pas de formation spécialisée en matière administrative.

65. La juridiction administrative, qui intéresse cette étude, se situe donc au niveau des cours d'appel et de la Cour suprême de justice¹⁵⁹. La section administrative de la Cour d'appel constitue, pour les recours formés contre les actes des autorités administratives locales, le premier degré de juridiction. La section administrative de la Cour suprême de justice est le degré d'appel des décisions rendues sur ces recours. Elle est, par ailleurs, le premier et le dernier degré à l'égard des recours formés contre les actes des autorités administratives centrales. La section administrative de la Cour suprême de justice est unique pour l'ensemble du pays. Il y a au moins une Cour d'appel par province soit douze au total en raison de dix

¹⁵⁶ Alain BOCKEL, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », in Gérard CONAC, *Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique noire*, Paris, Economica, 1979, p. 200.

¹⁵⁷ Saïd Hassane SAID MOHAMED, « Les difficultés d'éclosion de la justice administrative en Afrique francophone. L'exemple des Comores », *Revue juridique et politique*, 2009, n°1, p. 6.

¹⁵⁸ La section de législation est la dernière venue. La loi fondamentale de 1960 avait organisé une chambre de législation au sein de la Cour constitutionnelle ; la constitution de Luluabourg a organisé un conseil de législation en dehors de l'ordre des juridictions judiciaires et de la Cour constitutionnelle. La section de législation a été introduite à la Cour suprême de justice, à côté des sections judiciaire et administrative, lors de la révision du 3 juillet 1972 de l'article 60 de la Constitution du 24 juin 1967.

¹⁵⁹ Articles 60, alinéa 1^{er} et 62, Constitution du 24 juin 1967 ; l'Acte Constitutionnel de la transition de 1994, article 102 ; du Décret-loi constitutionnel du 28 mai 1997, article XI ; de la Constitution de la transition du 4 avril 2003, article 150 ; Article 43 et 54 de l'ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant organisation et compétence judiciaires (*J.O.Z.*, n°7, 1^{er} avril 1982, p. 39) ; Article 1^{er} de l'arrêté d'organisation judiciaire n° 299/79 du 20 août 1979 portant règlement intérieur des cours, tribunaux et parquets. (*Ministère de la Justice*).

cours d'appel pour les provinces et de deux Cours d'appel pour la capitale Kinshasa qui a le statut de province. Cela élève au nombre de douze les sections administratives situées dans les provinces¹⁶⁰.

66. La section administrative ne comprend qu'une seule chambre contrairement à la section judiciaire qui en comprend une ou plusieurs¹⁶¹. Une chambre comprend trois juges au moins¹⁶². La section administrative connaît une certaine spécialisation sur le plan organique et matériel¹⁶³. Comme les autres sections, elle a à sa tête un juge chef de section¹⁶⁴. Elle est appuyée administrativement par le greffe administratif. Celui-ci est placé sous la direction d'un greffier en chef assisté d'un ou de plusieurs adjoints¹⁶⁵. Il tient des registres selon les différents chefs de compétence de la juridiction¹⁶⁶. Il tient en outre le registre des arrêts rendus en matière administrative¹⁶⁷. Le ministère public tient aussi les mêmes types de registres que la Cour¹⁶⁸. La spécialisation se limite à ces aspects d'ordre fonctionnel.

2. Les juridictions administratives spéciales

67. En dehors de la section administrative des Cours d'appel et de la Cour suprême de justice, il existe d'autres organes chargés de juger l'administration mais dont la compétence ne porte que sur une certaine matière ou dont la compétence est déterminée limitativement par la loi. Les décisions de certains d'entre eux sont susceptibles de cassation devant les sections réunies de la Cour suprême de justice tandis que celles des autres sont susceptibles d'appel ou de recours en annulation devant la section administrative. L'on peut citer, entre autres, la Cour des comptes (2.1), certaines autorités administratives indépendantes (2.2) et des juridictions disciplinaires (2.3).

¹⁶⁰ La Constitution du 18 février 2006 (article 2, alinéa 1^{er}) a élevé le nombre de provinces au nombre de 25 plus la ville de Kinshasa qui a statut de province soit 26 au total. Cette réforme n'est pas encore effective.

¹⁶¹ Article 54 du Code d'organisation et de la compétence judiciaires du 31 mars 1982 ; articles 1^{er} alinéa 3 et 3 alinéa 1^{er} de l'arrêté d'organisation judiciaire de 1979.

¹⁶² Article 4, alinéa 1^{er} de l'Arrêté d'organisation judiciaire de 1979.

¹⁶³ Gilbert MANGIN, « Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone », déjà cité, p. 149.

¹⁶⁴ Article 2, alinéa 2, de l'arrêté d'organisation judiciaire de 1979 déjà cité.

¹⁶⁵ Article 56 de l'arrêté d'organisation judiciaire de 1979.

¹⁶⁶ Article 64 de l'arrêté d'organisation judiciaire de 1979.

¹⁶⁷ Articles 68, 69, alinéa 2, de l'arrêté d'organisation judiciaire de 1979.

¹⁶⁸ Articles 113, 114 et 115 de l'arrêté d'organisation judiciaire de 1979.

2.1. La Cour des comptes

68. La Cour des comptes est une juridiction administrative spéciale prévue par la Constitution. Elle combine les fonctions juridictionnelles et les fonctions administratives. Ses fonctions juridictionnelles consistent à contrôler la gestion des finances de l'Etat, des biens publics ainsi que les comptes des provinces, des entités territoriales décentralisées et des organismes publics¹⁶⁹. Elle donne quitus au comptable dont les comptes sont réguliers tandis que par un arrêt de débet elle condamne le comptable, dont les comptes ne sont pas corrects, à combler le déficit constaté sur son patrimoine personnel. Elle censure, en outre, les fautes en matière de discipline budgétaire et financière¹⁷⁰. Elle combine ainsi, en réalité, les attributions d'une Cour des comptes et d'une Cour de discipline budgétaire et financière. Ses décisions sont susceptibles de cassation devant la Cour suprême de justice sur requête du comptable ou du Procureur général près la Cour des comptes¹⁷¹. Ses fonctions administratives sont essentiellement celles de conseiller du parlement et du gouvernement en matière de comptabilité publique et de gestion financière. Elle fait annuellement rapport au parlement et au Président de la République. Ce rapport précise la manière dont les ressources ont été gérées au cours de l'exercice sous examen. La Cour formule des critiques et des remarques afin d'améliorer la gestion des finances publiques. Elle soumet chaque année le compte général de la République au parlement¹⁷².

69. La Cour des comptes était initialement placée sous la tutelle du Président de la République. Elle est désormais placée sous la tutelle de l'Assemblée nationale depuis la révision de la Constitution du 24 juin 1967 en 1990¹⁷³. En raison de ses compétences spécialisées, « les membres de la Cour des comptes doivent justifier d'une haute qualification en matière financière, juridique ou administrative et d'une expérience professionnelle d'au moins dix ans »¹⁷⁴. Ils ont qualité de magistrat et leur statut est déterminé par l'ordonnance-loi 87-032 du 22 juillet 1987.

¹⁶⁹ Article 180, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁷⁰ Article 23 de l'Ordonnance-loi n°87-005 du 6 février 1987 fixant la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour de comptes (*J.O.Z.*, n° spécial, septembre 1987, p.4).

¹⁷¹ Article 21 de l'ordonnance-loi n°87-031 du 22 juillet 1987 relative à la procédure devant la Cour des comptes (*J.O.Z.*, n° spécial, septembre 1987, p.15).

¹⁷² Article 173 de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁷³ Article 107 de la Loi n°90 du 5 juillet 1990 portant révision de certaines dispositions de la Constitution ; Article 178, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁷⁴ Article 178, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

70. La Cour des comptes est divisée en trois sections dont la première est chargée des comptes et services de l'Etat et des entités administratives décentralisées, la deuxième des établissements publics et la troisième des fautes en matière de discipline budgétaire et financière. Chaque section peut être divisée en chambres. La Cour des comptes comprend un président, des vice-présidents et des conseillers. Un parquet y est attaché et joue le rôle de ministère public. Les activités de la Cour sont très peu effectives¹⁷⁵. Compte tenu de l'étendue du pays et de l'impératif de la décentralisation, il est souhaitable que soient organisées des chambres provinciales des comptes.

2.2. Les organismes administratifs ayant des compétences quasi-juridictionnelles

71. Quelques organismes publics ont dans l'exercice de leurs fonctions une mission quasi-juridictionnelle. A titre d'illustration, la Commission d'éthique et de lutte contre la corruption et la Haute autorité des médias dont la durée était limitée à la période de la transition¹⁷⁶. Elles sont dotées du pouvoir de se saisir dans le domaine de leur compétence et d'infliger éventuellement des sanctions administratives à l'issue d'une procédure quasi-juridictionnelle. Le droit de la défense y est organisé. Le droit de recours contre la décision de l'organisme est prévu d'abord auprès de l'organisme lui-même, ensuite devant la section administrative soit de la Cour d'appel soit de la Cour suprême de justice¹⁷⁷.

72. La Commission nationale pour les réfugiés et la Commission de recours, créées par la loi du 16 octobre 2002, statuent également en la forme juridictionnelle. La Commission nationale pour les réfugiés statue sur l'octroi ou le retrait du statut de réfugié. Ses décisions ne sont susceptibles de recours que devant la Commission de recours. Elle statue en dernier ressort. Elle connaît également, en dernière instance, des avis rendus par la Commission nationale pour les réfugiés, sur toute question relative aux réfugiés et demandeurs d'asile, notamment en matière d'extradition ou d'expulsion. Leurs décisions sont motivées¹⁷⁸. Ces deux commissions sont très peu effectives.

¹⁷⁵ Sur les raisons de l'ineffectivité, Mathieu NKONGOLO TSHILENGU, « Le contrôle financier des Institutions de Transition : La problématique du contrôle des finances publiques et des biens de l'Etat par la Cour des Comptes », *Revue juridique du Zaïre*, 1995, pp. 91-94.

¹⁷⁶ Constitution pour la période de la transition du 4 avril 2003.

¹⁷⁷ Article 46 de la Loi 04-017 du 30 juillet 2004 portant organisation, attributions et fonctionnement de la Haute autorité des médias (*J.O.RDC.*, n° spécial, 0, p.14).

¹⁷⁸ Articles 14 à 17 du Décret 03/014 du 5 août 2003 portant organisation et fonctionnement de la Commission nationale pour les réfugiés et la Commission des recours (*J.O.RDC.*, n° 16, 0, première partie, col.4).

2.3. Les juridictions disciplinaires

73. Elles sont nombreuses et diversifiées. Elles se retrouvent aussi bien parmi les organismes publics que privés. L'on peut citer le Conseil supérieur de la magistrature, le Conseil de discipline de la fonction publique, le Conseil national de l'ordre des médecins, le Conseil national de l'ordre des avocats, etc. Ces organismes sont les juridictions disciplinaires de leurs membres. Ils organisent généralement le double degré de juridiction. Ils comportent à cet effet une chambre provinciale et une chambre nationale. Ils siègent collégalement en matière disciplinaire avec la présence éventuellement d'un magistrat comme dans le cas de l'ordre des médecins¹⁷⁹. Leur saisine est ouverte aux autorités publiques, aux membres de la profession et à toute personne intéressée. Le droit de la défense est garanti et la procédure est contradictoire. Les décisions sont motivées. Les décisions définitives sont susceptibles de recours en annulation devant la section administrative de la Cour suprême de justice sauf pour les décisions disciplinaires du Conseil national de l'ordre des avocats qui ne sont susceptibles d'aucun recours¹⁸⁰.

§2. Les compétences des juridictions administratives congolaises

74. A l'instar de la plupart des systèmes juridiques, le contentieux de l'administration, au Congo, est partagé entre la juridiction judiciaire et la juridiction administrative. Les principes qui président à ce partage seront présentés (1) avant d'indiquer les compétences qui reviennent au juge administratif. Il s'agit de la compétence d'annulation des actes des autorités administratives, de la réparation des préjudices qui en découlent et de la réparation du dommage exceptionnel (2). Un mécanisme de règlement de conflits de compétences entre la section administrative et la section judiciaire est organisé (3).

1. Le partage des compétences entre la section administrative et la section judiciaire

75. La juridiction constitutionnelle est compétente sur une partie du contentieux des activités de l'administration. Le champ de cette compétence est toutefois réduit. Le contentieux électoral, susceptible de soulever la question de la légalité des actes administratifs pris dans le

¹⁷⁹ Article 45 de l'Ordonnance 68-070 du 1^{er} mars 1968 créant l'ordre des médecins (*M.C.*, n°14, 15 juillet 1968, p. 1305).

¹⁸⁰ Articles 97 et 124 de l'Ordonnance-loi 79-028 du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenseurs judiciaires et du corps des mandataires de l'Etat (*J.O.Z.*, n°19, 1^{er} octobre 1979, p.4).

cadre des opérations électorales, est partagé entre la section administrative et la juridiction constitutionnelle. En effet, la Cour suprême de justice, toutes sections réunies, statuant en matière constitutionnelle, est compétente pour connaître des contestations électorales¹⁸¹. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle est compétente pour connaître de la constitutionnalité des actes réglementaires¹⁸². L'essentiel du contentieux de l'activité administrative est plutôt partagé entre la section administrative et la section judiciaire. Mais, il faut remarquer, là aussi, que tout le contentieux des actes de droit privé et des agissements matériels de l'administration relève entièrement de la compétence de la section judiciaire (1.1). Le partage n'a lieu, en réalité, qu'en ce qui concerne le contentieux des actes de l'administration agissant dans ses prérogatives de puissance publique (1.2).

1.1. Le contentieux des actes de droit privé et des agissements matériels de l'administration

76. Le juge judiciaire, en l'occurrence la section judiciaire, est le juge de droit commun de toutes les contestations susceptibles d'évaluation en argent. Selon la hauteur de l'évaluation, le tribunal de paix ou le tribunal de grande instance seront compétents¹⁸³. Les contestations peuvent porter sur des contrats de droit privé passés par l'administration ou ses agissements matériels qui entraînent sa responsabilité civile. La section administrative de la Cour suprême de justice rappelle, dans une jurisprudence constante et récurrente, qu'elle n'est pas compétente pour connaître des litiges portant sur des actes de caractère civil¹⁸⁴, ceux-ci fussent-ils passés par l'administration. Elle a jugé que ces contrats sont de la compétence des juridictions civiles. Elle le rappelle en ce qui concerne le bail emphytéotique¹⁸⁵, le contrat de bail d'une parcelle de terre¹⁸⁶ et le contrat de vente d'une parcelle de terre¹⁸⁷. La section

¹⁸¹ Article 160 3) de l'Ordonnance-loi 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'Organisation et de la compétence judiciaires (*J.O.Z.*, n°7, 1^{er} avril 1982, p.39).

¹⁸² Article 162, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006. Cependant, dans les constitutions antérieures à 2006, le juge constitutionnel n'avait pas la compétence de contrôler la constitutionnalité des actes administratifs.

¹⁸³ Article 110 et s. du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires.

¹⁸⁴ La Cour suprême de justice a déjà jugé, cependant, que « Bien qu'ayant un caractère civil, les décisions du Conseil National de l'Ordre des Avocats sur une contestation d'un état d'honoraires n'échappent pas pour autant au contentieux de l'annulation relevant de la compétence de la Cour suprême de justice », CSJ, RA 444/445/452 du 17 avril 2000, *Pharmakina c/ ONA et Me LEO, RAJC*, 2001, p.5.

¹⁸⁵ CSJ, RAA 1, 15 mai 1981, *Compagnie de Libenge, SARL c/Officier du Ministère public près la Cour d'Appel de Kinshasa*.

¹⁸⁶ Arrêt « Mukendi », R.A.A.11 – 8 février 1985 (*Bull. CSJ. 2002*, p. 16) ; CSJ, RAA 28, 24 avril 1987, *Tshilombo Kabeya c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières ; Muamba Njingulula et crts ; Arrêt « Mujinga »*, CSJ, R.A.A. 8 – 26 juin 1987 (*Mushigo*, p. 203) ; CSJ, R.A.A. 31, 26 juin 1987, *Lubuella Kangunu c. La République du Zaïre et Mulumba Mwamba*.

¹⁸⁷ CSJ, RA 600/99 du 7 mai 2001, *En cause Kambale Kalumbi c/ Bolia Nzokele* ; CSJ, R.A.A. 37, 24 octobre 1989, *Nlundi Bilongi c. La République du Zaïre prise en la personne du Gouverneur de la Ville de Kinshasa et Thiam Abdoulaye*.

administrative peut, toutefois, être compétente, à l'égard des contrats de droit privé passés par l'administration en vertu de la théorie des actes détachables. Il existe ainsi plusieurs cas dans lesquels la section administrative, sans évoquer explicitement la théorie précitée, s'est néanmoins déclarée compétente à l'égard des décisions d'attribution des terres, prises par le Ministre des affaires foncières ou par le Gouverneur de province, qui sont prises dans le processus de la conclusion des contrats de concession de terres.

1.2. Le contentieux des actes de l'administration agissant dans ses prérogatives de puissance publique

77. Les actes de l'administration agissant dans ses prérogatives de puissance publique sont d'une part, les actes administratifs unilatéraux (A) et de l'autre les contrats administratifs (B). Il se pose aussi, dans ce cadre, la question du contentieux de la réparation des préjudices de l'action de l'administration agissant dans ses prérogatives de puissance publique (C).

A. Le contentieux des actes administratifs unilatéraux

78. Les actes administratifs unilatéraux comportent les actes réglementaires et les actes individuels. Le juge judiciaire et le juge administratif sont tous deux compétents en ce qui concerne le contrôle de la légalité des actes réglementaires. Une nuance toutefois ! Le juge judiciaire n'exerce son contrôle de légalité que de manière incidente, par voie d'exception. Le juge administratif, quant à lui, exerce le contrôle de la légalité administrative à titre principal et dispose, en outre, d'un pouvoir d'annulation.

79. Le pouvoir reconnu au juge judiciaire est celui de refuser l'application de l'acte irrégulier. Cela résulte de la Constitution qui dispose, en son article 153, alinéa 4, que « Les cours et tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés, les lois, les actes réglementaires pour autant qu'ils soient conformes aux lois ainsi que la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Même si la Constitution ne mentionne expressément que les actes réglementaires, la même exigence s'applique aux actes individuels¹⁸⁸. Le Code de justice militaire consacre expressément, dans

¹⁸⁸ David RENDERS, *Droit administratif*, Cours, Tome Ier, UCL, 2010-2011, p.204.

le chef des juridictions militaires, le pouvoir d'interprétation des actes administratifs unilatéraux, en ce compris les actes individuels¹⁸⁹.

80. Le juge judiciaire peut être également compétent en vertu d'une loi particulière qui lui attribue le pouvoir de censurer une décision administrative unilatérale. Tel est le cas en ce qui concerne la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique¹⁹⁰. Cette procédure commence par une décision prononçant l'utilité publique du bien à exproprier. La décision est soit un arrêté du Ministre des affaires foncières, soit une ordonnance présidentielle selon qu'il s'agit d'une expropriation par périmètre ou d'une expropriation par zone¹⁹¹. La loi prescrit une série de formalités notamment la publication au journal officiel et la signification à personne de la décision d'expropriation, la communication orale de ladite décision aux populations locales visées par la décision, enquêtes et expertises, etc. A défaut d'une entente amiable entre l'expropriant et l'exproprié, la loi prévoit que le tribunal sera saisi en vue de procéder à la vérification de la régularité de la procédure administrative et pour le règlement des indemnités¹⁹². Mais la loi ne précise pas quel est le tribunal compétent. Tout porte cependant à croire qu'il s'agit de la juridiction judiciaire étant donné qu'elle est la gardienne de la propriété privée. Son pouvoir ne peut cependant se limiter qu'au refus d'appliquer l'ordonnance présidentielle ou l'arrêté ministériel irrégulier faute d'un pouvoir d'annulation expressément attribué par la loi. Cette analyse est confortée par le fait que la loi sur l'expropriation prévoit elle-même, en cas d'échec de la procédure entamée devant le tribunal (judiciaire), la possibilité pour le requérant de poursuivre l'expropriant en annulation de l'expropriation¹⁹³, sans doute devant le juge administratif.

B. Le contentieux des contrats administratifs

81. Le contentieux des contrats administratifs incombe en principe aux juridictions de l'ordre judiciaire du fait de leur caractère patrimonial. Toutefois, à l'instar des contrats de droit privé,

¹⁸⁹ Article 76 de la Loi 023-2002 du 18 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire (*Président de la République*): Les juridictions militaires «... sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ».

¹⁹⁰ Loi 77-001 du 22 février 1977 portant expropriation pour cause d'utilité publique (*J.O.Z.*, n°7, 1^{er} avril 1977, p.197).

¹⁹¹ Articles 5 et 6 de la Loi 77-001 du 22 février 1977 portant expropriation pour cause d'utilité publique.

¹⁹² Article 13 de la Loi 77-001 du 22 février 1977 portant expropriation pour cause d'utilité publique.

¹⁹³ Article 18, alinéa 3, de la Loi 77-001 du 22 février 1977 portant expropriation pour cause d'utilité publique.

les actes administratifs unilatéraux qui y sont liés sont susceptibles d'être portés devant le juge administratif par voie d'annulation en application de la théorie des actes détachables.

C. Le contentieux de la réparation des préjudices de l'action administrative dans ses prérogatives de puissance publique

82. Le contentieux de la réparation est en principe de la compétence des juridictions judiciaires étant donné que le préjudice est susceptible d'évaluation en argent. C'est le cas aussi bien pour les préjudices résultant des actes administratifs unilatéraux que des contrats administratifs. La loi prévoit toutefois la possibilité d'exercer devant le juge administratif l'action en réparation en même temps que l'action en annulation de l'acte administratif unilatéral qui a causé un préjudice. Elle réserve le contentieux du dommage exceptionnel au seul juge administratif.

2. Les compétences propres à la section administrative

83. La section administrative connaît des recours en annulation pour excès de pouvoir des décisions administratives unilatérales (2.1). Le contentieux de la réparation est réservé au juge judiciaire. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que le législateur charge le juge administratif de la réparation des préjudices qui découlent de l'acte administratif unilatéral (2.2) et de la réparation du dommage exceptionnel (2.3). La conception congolaise du procès administratif est donc essentiellement objective. La compétence du juge administratif est essentiellement d'annulation¹⁹⁴.

2.1. L'annulation des actes administratifs unilatéraux

84. Si le contrôle de la légalité des actes administratifs unilatéraux peut être effectué aussi bien par la section judiciaire que par la section administrative, seule cette dernière est dotée

¹⁹⁴ La jurisprudence comporte toutefois des exemples où le juge administratif, dépassant son pouvoir d'annulation, adresse expressément des injonctions à l'administration. Tel est notamment le cas dans l'Arrêt « Ngbenzi et consorts », R.A. 182, 180 et 191, En cause : Ngbenzi Nzombi M'Okoba ; Dzu-ma-Mbadi ; Mulomba Kalenda ; Nsilulu za Mafuefue ; Ukendi Katako c/ La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat à l'enseignement primaire et secondaire. – 1^{er} juin 1990 (Mushigo, p. 219).

du pouvoir d'annulation exercé suivant la procédure du recours en annulation¹⁹⁵. Le recours, pour être recevable, doit être formé par un particulier, à l'exclusion des personnes publiques¹⁹⁶, contre un acte administratif unilatéral qui a causé grief¹⁹⁷ à l'instar du système belge¹⁹⁸. L'action en annulation est exclusivement réservée aux particuliers dans la mesure où le droit congolais pose comme principe que la personne publique ne peut poursuivre que la satisfaction de l'intérêt général et non de l'intérêt privé¹⁹⁹. Le recours en annulation doit être introduit dans les trois mois à compter du jour où le rejet total ou partiel de la réclamation devant l'administration a été notifié. Le défaut de décision de l'administration après trois mois à compter du jour du dépôt à la poste du pli recommandé portant réclamation vaut rejet de celle-ci²⁰⁰. La section administrative est compétente à l'égard de l'acte administratif unilatéral suspecté d'illégalité qui émane d'une autorité administrative locale, régionale ou centrale (A). Certains actes administratifs unilatéraux peuvent, toutefois, être exclus du contrôle de la section administrative par la loi ou sur appréciation du juge (B).

¹⁹⁵ L'on ne s'étendra pas à ce niveau sur la procédure du recours en annulation. L'on y reviendra dans les points ultérieurs pour mettre en exergue les difficultés susceptibles d'entraver l'exercice de ce recours devant la juridiction administrative.

¹⁹⁶ Félix VUNDUAWA-te-PEMAKO, *Op.cit.*, p. 876.

¹⁹⁷ Article 87, alinéa 1^{er}, de la loi portant procédure près la CSJ : « Les requêtes en annulation ne peuvent être introduites que par les particuliers justifiant que l'acte, la décision ou le règlement entrepris leur fait grief et qu'il a été pris en violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, ou qu'il y a eu excès ou détournement de pouvoir ».

¹⁹⁸ Si le requérant doit justifier d'un grief, le droit d'action est cependant ouverte à toute personne, publique ou privée en droit belge, Félix VUNDUAWA-te-PEMAKO, *Op.cit.*, p. 877 ; Paul LEWALLE, *Op.cit.*, p. 641, n°373 ; Michel LEROY, *Op.cit.*, p. 506.

¹⁹⁹ CSJ, Arrêt « Ngokene Arthur », R.A.A. 40- 20 février 1996.

²⁰⁰ Article 89, Loi portant procédure près la CSJ. La Cour a initialement appliqué de manière rigoureuse cette jurisprudence et a déclaré l'irrecevabilité de la requête soit parce que la réclamation préalable soit parce que la requête n'avaient pas été signifiées sous pli recommandé à la poste avec récépissé. Voir à ce sujet les arrêts CSJ, R.A.44 – 4 avril 1979, Kakiese-a-Kakiese c/La République du Zaïre prise en la personne du Chef de l'Etat, Président du Conseil judiciaire, Président de la Commission permanente de l'administration publique. Mais, dans sa jurisprudence ultérieure, certainement pour tenir compte des problèmes évidents de dysfonctionnement des services de poste, elle a assoupli cette exigence lorsqu'il pouvait être établi que la réclamation ou la requête avait bel et bien atteint son destinataire, but poursuivi par la formalité. A ce sujet, CSJ, RA. 51, 10 juillet 1980, Omengelo Okole c/ La République du Zaïre. Elle est revenue curieusement sur cette jurisprudence trois ans après dans l'arrêt CSJ, RA 96- 16 décembre 1978, Bokoko Ondumbi c/ La République du Zaïre. Actuellement toutefois, l'exigence d'user de la voie de la poste a complètement été abandonnée au regard de la quasi disparition des services de poste. Le projet de loi sur les juridictions administratives offre les deux possibilités de réaliser les formalités de signification par la voie de la poste ou de main à main. Il est à cet égard inspiré par le réalisme car, sans écarter la possibilité du retour au fonctionnement normal des services de poste, elle assure la continuité des formalités de signification en dehors d'eux.

A. Les actes à l'égard desquels la section administrative est compétente

85. La compétence de la section administrative s'étend aux actes de l'administration qui manifestent la volonté de modifier unilatéralement l'ordonnement juridique par l'édition d'une prescription à portée générale ou individuelle. Il s'agit, dans le premier cas, de l'acte réglementaire et, dans le second, de l'acte individuel. La compétence de la section administrative congolaise porte indistinctement sur les deux catégories d'actes contrairement à ce qu'il en est dans certains systèmes juridiques où le contrôle de l'acte réglementaire est plus ou moins limité comme c'est le cas en Autriche, aux Pays-Bas et en Suisse²⁰¹. L'énoncé légal semble toutefois redondant dans la mesure où les actes susceptibles d'annulation « ne sont pas définis de manière parfaitement limpide »²⁰². La loi mentionne que le recours en annulation est formé contre les « actes et règlements » devant la section administrative de la Cour d'appel et qu'il est formé contre les « actes, décisions et règlements » devant la section administrative de la Cour suprême de justice²⁰³.

86. Si la distinction entre acte et règlement suggère la différence entre la décision réglementaire de celle qui ne l'est pas, la mention des « décisions » semble être une répétition inutile dans la mesure où tout acte de l'administration, pour être susceptible de recours juridictionnel, doit comporter le caractère décisoire, dans le sens où il modifie l'ordonnement juridique²⁰⁴. Le caractère décisoire détermine la saisine du juge de l'excès de pouvoir car « seuls les actes contenant une véritable décision peuvent constituer une décision exécutoire, faisant grief, et susceptible d'être déférée à la censure du juge de l'excès de pouvoir »²⁰⁵. Le législateur belge se limite, par exemple, à viser dans le recours à annulation « les actes et règlements des diverses autorités administratives »²⁰⁶. D'aucuns suggèrent que le concept « acte » serait réservé à l'expression de la volonté administrative en dehors de tout contentieux et « décision » à l'intervention de l'autorité administrative en matière contentieuse²⁰⁷. Dans le même ordre d'idées, l'énumération des agissements

²⁰¹ Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, déjà cité, p. 145.

²⁰² Michel LEROY, *Op.cit.*, p. 183.

²⁰³ Articles 146 et 147 du Code de l'Organisation et de la compétence judiciaires.

²⁰⁴ Voir René CHAPUS, *Op.cit.*, p. 547.

²⁰⁵ Jean RIVERO, Jean WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2006, p. 344, n° 398.

²⁰⁶ Lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, texte consolidé (intégrant toutes les dispositions en vigueur au 01/12/2006), article 14.

²⁰⁷ DIBUNDA KABUINJI, Obs. sous CSJ, RAA 4- 5 décembre 1982, B.C.Z c/République du Zaïre, *Revue juridique du Zaïre*, 1983, p. 18.

susceptibles d'annulation par le Conseil d'Etat belge par Michel Leroy permet de mieux appréhender la distinction. Il rappelle, en effet, qu'il s'agit d' « actes, règlements et décisions contentieuses »²⁰⁸. Il entend par « acte », l'acte juridique de portée individuelle. Cela permet de comprendre que le législateur congolais, en désignant les agissements susceptibles d'annulation par la section administrative de la Cour suprême de justice ou des cours d'appel entendait en réalité désigner les actes individuels, les actes réglementaires et les décisions contentieuses. Du coup, doivent être ajoutés à la liste des décisions susceptibles d'annulation les décisions prises par des autorités administratives ayant statué en la forme contentieuse.

87. L'acte susceptible de recours doit émaner d'une autorité administrative située, selon le cas, à l'échelon local, à l'échelon provincial ou à l'échelon national. L'échelon local comprend les autorités administratives des entités et organismes subordonnés à la province, à savoir les villes, communes, territoires, secteurs, chefferies, groupements, quartiers et villages. L'échelon provincial comprend les autorités administratives provinciales et l'échelon national comprend les autorités centrales. L'énoncé légal ne mentionne pas explicitement les actes administratifs unilatéraux qui émanent des assemblées, des autorités administratives agissant dans la sphère de la justice, des autorités ordinales²⁰⁹ ou des universités privées agréées²¹⁰.

88. En ce qui concerne les actes administratifs des assemblées ou ceux pris dans la sphère de la justice, le problème ne s'est jamais posé en tant que tel devant les juridictions. Il n'y a toutefois pas d'obstacle de principe à la compétence de la section administrative à leur égard. La solution trouvée en droit belge qui consiste à soumettre à la compétence du Conseil d'Etat uniquement les actes administratifs des assemblées et des juridictions relatifs à leur personnel et aux marchés publics à l'exclusion de tous les autres actes administratifs pris dans le reste de l'activité parlementaire ou du pouvoir judiciaire²¹¹ nous semble convenable. La même solution est aussi jurisprudentiellement consacrée en droit français²¹². Une jurisprudence troublante est toutefois en train de se faire jour en droit congolais par laquelle la section administrative se reconnaît compétente à l'égard des actes non administratifs des assemblées. Dans une série

²⁰⁸ Michel LEROY, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver », Robert ANDERSEN (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs. Loi du 29 juillet 1991*, La Charte, 1992, p. 122.

²⁰⁹ OKITAKULA, « Exécution des condamnations civiles contre la République et autres personnes morales de droit public », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 107.

²¹⁰ BALANDA MIKUIIN LELIEL, « Procédure et compétence administrative de la Cour suprême de Justice du Zaïre », *RJZ*, 1990-1991, p. 2.

²¹¹ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, déjà cité, p. 316 et 317.

²¹² Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome I, déjà cité, p. 239.

d'arrêts, les sections administratives des Cours d'appel de Bukavu²¹³ et de Mbandaka se sont reconnues compétentes pour connaître des recours en annulation des motions de censure votées contre les gouverneurs de province par les assemblées provinciales du Sud-Kivu et de l'Equateur. Ces décisions sont troublantes dans la mesure où il est erroné de considérer que ces motions de censure sont des actes administratifs. En effet, selon la Constitution du 18 février 2006, les provinces sont régionalisées. Leurs assemblées sont de ce fait des véritables assemblées législatives, statuant par voie d'édit. Leurs motions de censure sont des actes d'organes politiques et non d'organes administratifs et sont donc insusceptibles de recours en annulation devant le juge administratif. L'on pourrait, tout au plus, envisager à leur égard le recours en annulation devant le juge constitutionnel.

89. En ce qui concerne les actes des autorités ordinales, la loi sur le barreau dispose que la section administrative de la Cour suprême de justice est compétente pour connaître des recours en annulation formés contre les décisions du Conseil national ou de l'Assemblée générale de l'ordre des avocats²¹⁴. La loi sur l'Ordre des médecins ne dispose rien en ce sens et la question ne s'est jamais posée devant les juridictions. Les décisions de l'Ordre des médecins sont toutefois susceptibles du même traitement que celles de l'Ordre des avocats. En ce qui concerne les universités privées agréées, le problème n'a jamais été posé non plus devant les juridictions.

90. La section administrative est également compétente pour connaître de l'annulation des décisions rendues dans des matières spécifiques déterminées par le Code de l'organisation et de la compétence judiciaires ou par d'autres lois particulières. C'est le cas, entre autres, de la compétence exclusive de la Cour d'appel de connaître en premier et dernier ressort « des recours introduits contre les décisions rendues sur réclamation du contribuable, lorsque la cotisation d'impôt ou d'accroissement a été établie d'autorité par le fisc »²¹⁵. La loi ne mentionne pas expressément que c'est la section administrative qui est compétente. Il ne semble cependant pas pouvoir en être autrement du moment que c'est une décision unilatérale de l'administration, fiscale en l'occurrence, qui est en cause. C'est aussi le cas de la compétence de la Cour d'appel, section administrative s'entend, pour connaître des recours

²¹³ C.A. Bukavu, R.A.211- 27 décembre 2007, Le Gouverneur de Province du Sud-Kivu c/ L'Assemblée provinciale du Sud-Kivu.

²¹⁴ Article 124 de l'Ordonnance-loi 79-028 du 22 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenseurs judiciaires et du corps des mandataires de l'Etat.

²¹⁵ Article 152 du Code de l'Organisation et de la compétence judiciaires.

juridictionnels formés contre les décisions des autorités administratives territoriales²¹⁶. La section administrative est aussi chargée du contentieux électoral au niveau provincial²¹⁷. Elle est en outre chargée de la proclamation des résultats électoraux définitifs²¹⁸. Il faut enfin mentionner les attributions dont la section administrative est chargée, à travers les compétences transitoires de la Cour suprême de justice et de la Cour d'appel, en attendant l'installation de nouvelles juridictions administratives²¹⁹. Il s'agit, entre autres, de la réception, par la section administrative de la Cour d'appel, de la déclaration du patrimoine familial des membres du gouvernement provincial à leur entrée en fonction²²⁰.

B. L'incompétence de la section administrative face à certains actes administratifs par la volonté de la loi ou par la volonté du juge

91. La section administrative est sans compétence à l'égard de certains actes administratifs unilatéraux par la volonté de la loi (1°) ou par la volonté du juge lui-même (2°).

1° L'incompétence de la section administrative par la volonté de la loi

92. Il y a des actes pour lesquels la loi a expressément écarté la possibilité de tout recours en annulation ou dont la loi a confié la compétence à d'autres juridictions. En ce qui concerne les actes à l'égard desquels la loi a expressément écarté le recours en annulation, l'on peut citer, à titre d'illustration, les décisions relatives au retour au domaine de l'Etat des biens déclarés abandonnés et les décisions relatives aux sanctions disciplinaires prononcées par le Conseil national de l'ordre des avocats.

93. Pour ce qui est des décisions relatives aux biens déclarés abandonnés et devant faire retour au domaine de l'Etat, l'article 394, abrogé en 1980, de la loi dite foncière du 20 juillet 1973 prévoyait qu'« à partir de l'entrée en vigueur de la présente loi, aucune action en annulation des actes ayant prononcé la déchéance des droits fonciers et immobiliers ne sera admise au

²¹⁶ Article 224 du Décret-loi 081 du 2 juillet 1998 portant organisation territoriale et administrative de la République démocratique du Congo (*Président de la République*).

²¹⁷ Articles 27, 74, 157 al. 1^{er}, 165 et 172 de la loi n°06/006 du 9 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales (*J.O.RDC.*, n° spécial, 10 mars 2006).

²¹⁸ Articles 72, 75 et 173 de la loi n°06/006 du 9 mars 2006 portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales.

²¹⁹ Articles 223 et 224 de la Constitution du 18 février 2006.

²²⁰ Article 24 de la Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces (*J.O.RDC.*, n° spécial, 31 juillet 2008).

profit des anciens titulaires de ces droits ». Interrogée sur la portée de l'« action en annulation », la Cour suprême de justice a jugé qu'elle visait « l'action en annulation devant les juridictions administratives » sans concerner les recours administratifs que la victime d'un acte adresse à l'autorité administrative²²¹. Elle se déclarait ainsi systématiquement incompétente chaque fois que l'acte attaqué était l'un de ceux à l'égard desquels la loi a déclaré exclure tout recours. Jusqu'avant l'abrogation de l'article 394 de la loi dite foncière, elle déclarait « irrecevable » le recours en annulation des décisions de retour d'un bien foncier au domaine privé de l'Etat²²². Il s'agissait en réalité d'un déclinatoire de compétence dans la mesure où le juge considérait que la loi ne lui accordait aucun pouvoir de contrôle en ces matières. La question relevait donc davantage de la compétence du juge que de la recevabilité de la requête²²³.

94. Cette jurisprudence comporte l'effet regrettable de soustraire définitivement une catégorie d'actes pris dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration au contrôle juridictionnel. Elle a été l'objet de critiques virulentes. A titre d'exemple, en appendice à l'arrêt Joseph Benatar Elie, déjà cité, le Conseiller Mutombo Kabelu a reconnu qu'en l'état actuel de la législation, l'article 394 excluait effectivement la compétence de la Cour. Il estimait toutefois que cela n'était pas conforme à la Constitution, que cela ne traduisait pas la volonté du législateur et que cela exposait au risque d'arbitraire devant les « titulaires du département des affaires foncières [qui] ont une propension à prendre abusivement des arrêtés déclarant abandonnés et acquis au domaine de l'Etat les biens immobiliers appartenant à des particuliers et qui ne remplissent aucune des conditions d'abandon »²²⁴. L'on peut toutefois constater avec bonheur que l'article 394 de la loi dite foncière a été abrogé. L'expérience aurait démontré qu'il avait été donné à cette disposition

²²¹ CSJ, RA 92, 8 janvier 1993, Kuba Kusuti Nsukami c/La République du Zaïre prise en la personne du Ministre des affaires foncières.

²²² CSJ, RA 6, 18 juillet 1976, La Société Texco-Africa c/République du Zaïre ; CSJ, RA 32, 21 juin 1979, Benatar Joseph Elie c/République du Zaïre ; CSJ, RA 49, 8 février 1980, Dame Atundu-Tabu c/République du Zaïre.

²²³ « Le caractère quelque peu artificiel de cette disjonction » entre la recevabilité et la compétence est stigmatisé par Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 542, n°343.

²²⁴ MUTOMBO KABELU, Obs. sous CSJ, RA 32-21 juin 1979, Joseph Elie Benatar C/ République du Zaïre, *Bulletin des arrêts de la Cour suprême de justice*, 1980, p. 45, extraits sur www.glin.gov/download.action?fulltextId=74116&documentId... (consulté le 22 janvier 2010).

des vertus que le législateur ne lui avait pas données, à savoir « d'absoudre de tout défaut des actes de déchéance futurs »²²⁵.

95. En ce qui concerne les décisions disciplinaires de l'Ordre national des avocats, la Cour s'est toujours déclarée incompétente²²⁶. Elle a toujours interprété strictement la disposition de la loi sur les barreaux qui exclut les décisions disciplinaires de l'Ordre national des avocats de la compétence du juge administratif. Mais elle s'est reconnue compétente pour connaître du recours contre l'interdiction provisoire d'un avocat au motif que celle-ci ne figurait pas parmi les sanctions disciplinaires prévue par la loi sur le barreau²²⁷.

96. En ce qui concerne les actes dont le contentieux est confié à d'autres instances, l'on peut citer les décisions de la Commission nationale pour les réfugiés dont le recours est de la compétence exclusive de la Commission des recours qui statue en dernier ressort²²⁸ ; les décisions relatives à la restitution des biens dits zaïrianisés ou radicalisés²²⁹ dont le contentieux relève de la compétence du Département des finances qui l'examine avec le concours de l'Office de la gestion de la dette publique «OGEDEP»²³⁰. Ne sont pas concernés ici les actes à l'égard desquels la loi déclare « exclure tout recours » sans pour autant viser expressément le recours pour excès de pouvoir ou le recours en annulation.

2° L'incompétence de la section administrative par la volonté du juge

97. Cette catégorie comprend tous les actes que le juge, en vertu du pouvoir que lui confère la loi d'apprécier souverainement les actes du Gouvernement qui échappent à son contrôle,

²²⁵ Exposé des motifs de la loi n°80-008 du 18 juillet 1980 modifiant et complétant la loi 73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime de sûretés (*J.O.RDC.*, Numéro spécial, 1^{er} décembre 2004).

²²⁶ CSJ, Y c/ CNO.

²²⁷ CSJ, RA 221, K c/ CNO, 25 août 1989.

²²⁸ Articles 16 et 17 du Décret 03/014 du 5 août 2003 portant organisation et fonctionnement de la Commission nationale pour les réfugiés et de la Commission des recours.

²²⁹ Article 6 de la Loi 77-027 du 17 novembre 1977 portant mesures générales de rétrocession des biens zaïrianisés ou radicalisés. (*J.O.Z.*, n°1, 1^{er} janvier 1978, p. 8).

²³⁰ La Cour suprême de justice, section administrative, après avoir annulé pour incompétence un arrêt de la Cour d'Appel de Kinshasa pour s'être déclaré compétente de statuer sur une demande relative aux biens zaïrianisés, s'est elle-même déclarée incompétente pour connaître du fond du litige en jugeant que « les litiges sur les biens zaïrianisés sont de la compétence exclusive du Département du Portefeuille », CSJ, R.A.A. 30 – 26 juin 1987, Nzeba Muendakani c/La République du Zaïre & Monsieur Okito Toko ; Elle a réitéré cette jurisprudence dans un litige relatif à la restitution d'un bien zaïrianisé, CSJ, R.A. 177– 26 octobre 1990, Muchanga Hamuli Byamunene c/ La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Finances, Budget et Portefeuille.

déclare ne pas relever de sa compétence²³¹. Le juge administratif congolais applique, par ce biais, la théorie des actes de gouvernement. Nous indiquerons dans les points ultérieurs les limites de cette théorie ainsi que celles de son application par le juge congolais dans la mesure où elle suggère que les « actes de gouvernement » sont tous des actes administratifs et qu'ils échappent tous au contrôle juridictionnel. L'interprétation de l'appréciation souveraine de sa compétence par le juge congolais suscite l'inquiétude car elle est de nature à favoriser le recours facile, voire arbitraire²³², à la théorie des actes de gouvernement pour exclure certains actes du contrôle juridictionnel. C'est la porte ouverte au risque de déni de justice et d'arbitraire. Le risque est d'autant plus élevé que les décisions de la section administrative de la Cour suprême de justice ne sont susceptibles ni d'appel ni de cassation.

98. Dans la foulée des « actes de gouvernement », le juge écarte également de sa compétence tous les actes qui sont « dictés par un intérêt politique ». C'est ce que permet d'observer l'arrêt Sofos Costa²³³ qui a rejeté l'appel formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Lubumbashi qui s'était déclaré incompétente au motif que la décision entreprise du Commissaire de région était dictée par un intérêt politique. La Cour a ainsi jugé qu'« en effet, la Cour d'appel a suffisamment motivé son incompétence de statuer sur les moyens invoqués par la défenderesse et précisé l'intérêt politique qui a fondé sa décision comme suit : « La mesure attaquée a été dictée par un intérêt politique, par conséquent, n'est pas susceptible de recours en annulation pour excès de pouvoir [...] Il résulte de cette motivation que l'intérêt politique en question est l'application des mesures de zaïrianisation ».

2.2. L'action en réparation du préjudice causé par l'acte administratif attaqué

99. La compétence de la section administrative s'étend à la demande de réparation du préjudice occasionné par l'acte administratif unilatéral attaqué par voie d'annulation²³⁴. Cette

²³¹ L'article 87, alinéa 2, de la Loi portant procédure près la Cour suprême de justice dispose que « La Cour apprécie souverainement les actes du Conseil exécutif qui échappent à son contrôle »; Antoine RUBBENS suggère que cette disposition permet à la Cour d'apprécier lesquels des *règlements autonomes* échappent à son contrôle, *Le droit judiciaire congolais. Tome I. Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*, Kinshasa, Université Lovanium ; Bruxelles, Larcier, 1970, p. 287.

²³² DIBUNDA KABUINJI, « Rôle et pouvoirs de la Cour suprême de Justice zaïroise » in *Revue analytique de jurisprudence zaïroise (R.A.J.Z.)*, Kinshasa, p. 62.

²³³ CSJ, RAA 14 – 13 novembre 1998, Sofos Costa c/ La République démocratique du Congo, prise en la personne du Ministre du Portefeuille & Le Gouverneur de la Province du Shaba ; Monsieur Mungomba Ngoy Kiyana.

²³⁴ Article 149 du Code de l'Organisation et de la compétence judiciaires.

demande en réparation n'a pas d'existence indépendante. Elle s'exerce toujours dans la foulée de l'action en annulation. La loi précise qu'elle peut être formée conjointement avec le recours en annulation si l'annulation envisagée ne suffira pas à réparer le préjudice subi du fait de l'acte administratif unilatéral. Le juge administratif congolais est donc principalement juge de l'annulation et incidemment juge de la réparation. Dans la pratique, cependant, la majorité des recours en annulation sont accompagnés d'un recours en réparation. Cela conforte la thèse selon laquelle pour le justiciable confronté à l'administration, ce qui importe n'est pas tant l'effacement de l'acte administratif illégal que la restauration du droit subjectif lésé. La loi traduit la conception objective du procès administratif mais la pratique en impose de plus en plus une conception subjective²³⁵.

2.3. La réparation du dommage exceptionnel

100. La loi réserve cette compétence exclusivement à la section administrative de la Cour suprême de justice. Il s'agit d'une compétence exceptionnelle car d'une part, la loi dispose que pour saisir la section administrative de la Cour suprême de justice aucune autre juridiction ne doit être compétente pour connaître de la demande de réparation et d'autre part, la demande doit réclamer la réparation d'un dommage exceptionnel²³⁶. La notion de dommage exceptionnel n'est cependant pas précisée par la loi²³⁷. La jurisprudence ne fournit pas non plus la précision²³⁸. La notion est qualifiée de « déroutante »²³⁹. La loi indique seulement que le dommage exceptionnel est matériel ou moral²⁴⁰ et qu'il résulte d'une mesure prise ou ordonnée par les autorités de la République, des provinces ou des entités locales. L'examen de ces éléments peut permettre de déduire le dommage qui, au sens de la loi, peut revêtir un caractère exceptionnel. Pour résoudre l'énigme, il faut identifier la mesure susceptible à la

²³⁵ Michel FROMONT, « La justice administrative en Europe : différences et convergences », Rapport de synthèse du Colloque, *RFDA*, mars-avril 2008, p. 271.

²³⁶ Article 158 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires.

²³⁷ BALANDA MIKUIIN LELIEL, « Procédure et compétence administrative de la Cour suprême de Justice du Zaïre » déjà cité, p. 3.

²³⁸ Dans une affaire relativement récente, le juge a rejeté une demande de réparation de dommage exceptionnel étant donné qu'au moins une des conditions légales n'était pas réunie, à savoir l'absence de juridiction compétente, dans la mesure où le litige était de la compétence des juridictions du travail, Arrêt « Matueta », RA.455 – 8 avril 2002, *Matueta Ngyo Kokan et Nondo Kiniangi Lumingu c/ La République démocratique du Congo* (Bull.CSJ, 2004, p. 127).

²³⁹ BIBOMBE MUAMBA, « La jurisprudence de la Cour suprême zaïroise en matière de contentieux administratif (d'annulation et de responsabilité) », déjà cité, p. 367.

²⁴⁰ Ce critère est toutefois embarrassant. La jurisprudence belge a ainsi exclu qu'un dommage purement moral puisse être considéré comme exceptionnel, Michel LEROY, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 892.

fois d'échapper à la compétence de toutes les autres juridictions²⁴¹ (A) et de produire un effet exceptionnel sur son destinataire (B).

A. La mesure qui échappe au contrôle de toutes les juridictions

101. La loi n'a pas précisé la nature de la mesure susceptible de générer un dommage exceptionnel. La mesure semble devoir revêtir un caractère administratif. Tel semble devoir être l'interprétation de l'article 7 de la loi de 1946 créant le Conseil d'Etat belge, et dont le droit congolais a repris les termes, à quelques différences près. Cette disposition viserait le dommage causé par l'Etat, la province, la commune ou le gouvernement de la colonie, agissant comme des autorités administratives à l'exclusion des autres autorités administratives, pour éviter de gonfler les dépenses d'indemnisation²⁴². Selon cette interprétation, soutenue par la jurisprudence belge, doivent être écartées les mesures qui émanent, non seulement des autorités administratives autres que l'Etat, les provinces et les entités locales mais aussi des autorités législatives²⁴³ et judiciaires. Le préjudice exceptionnel serait ainsi la résultante d'un ensemble d'actes de nature réglementaire ou des mesures à caractère individuel²⁴⁴.

102. En droit congolais, en l'absence d'une précision légale ou d'un éclairage de la jurisprudence, rien ne justifie *a priori* cette vue réductrice. La loi vise le dommage causé par les « autorités de la République, des provinces ou des entités locales » sans autre précision. Il peut bien s'agir d'une mesure de nature législative, de nature politique, de nature administrative ou de nature juridictionnelle. A l'égard d'une mesure de nature législative, seule la juridiction constitutionnelle est compétente pour connaître de son annulation pour inconstitutionnalité. Mais aucune juridiction n'est compétente pour connaître de l'action en réparation pour un éventuel préjudice qui en résulterait. Tel peut bien être donc le premier cas. A l'égard de la mesure de nature politique, tantôt la juridiction constitutionnelle est compétente pour connaître de sa constitutionnalité, tantôt aucune juridiction n'est compétente

²⁴¹ Michel LEROY suggère de ne pas considérer cette condition au sens du droit de la procédure. « Ce qui exclut la compétence du Conseil d'Etat, c'est la possibilité qu'une autre juridiction puisse effectivement accorder la réparation sollicitée », *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 863.

²⁴² *Idem*, p. 880.

²⁴³ La réparation du préjudice subie du fait d'une loi est admise dans quelques cas en Belgique mais sans que le fondement de la responsabilité ne soit déterminée ni la juridiction compétente, Michel LEROY, *Contentieux administratif*, p. 887.

²⁴⁴ BIBOMBE MUAMBA, p. 367.

mais aucune juridiction n'est compétente pour connaître de la réparation des préjudices qui en résulteraient. Tel peut être le deuxième cas. A l'égard de la mesure de nature administrative, les juridictions administratives et les juridictions judiciaires peuvent être compétentes pour connaître de sa légalité et de la réparation des préjudices qui en résultent. Mais dans le cas où la Cour s'estime incompétente pour en connaître, aucune autre juridiction ne sera compétente à son égard. L'action en réparation ne pourra être portée devant aucune autre juridiction. Tel peut être donc le troisième cas. A l'égard d'une mesure de nature juridictionnelle, les recours en reformation, en révision ou en cassation sont possibles devant les juridictions. Cependant aucune juridiction n'est compétente pour connaître de l'action en réparation du préjudice résultant d'une mesure juridictionnelle. Tel peut être le quatrième cas.

B. La mesure qui produit un effet exceptionnel

103. L'épithète « exceptionnel » renvoie à ce qui excède le sens commun. Pour Antoine RUBBENS, le caractère exceptionnel du dommage réside dans le fait que « celui qui en est victime par un choix arbitraire de l'autorité ou par un effet malheureux du hasard se trouve inéquitablement défavorisé par rapport aux autres citoyens »²⁴⁵. Le dommage exceptionnel ne devrait pas découler des cas ordinaires qui fondent la responsabilité civile de droit commun. Selon la jurisprudence belge, le dommage exceptionnel est « un dommage grave, rare et spécial »²⁴⁶. Le silence de la loi et l'extrême rareté de la jurisprudence congolaise sur le dommage exceptionnel ne permettent pas d'en dégager les caractéristiques au-delà de ce que suggèrent les termes de l'énoncé légal. Ainsi, l'effet de la mesure doit déborder les conséquences normales qui devraient s'ensuivre. Ceci conduit à rechercher la mesure de ce qui est considéré comme normal ou excessif. Une telle appréciation ne peut se faire qu'au cas par cas en tenant compte des circonstances propres à l'espèce. La Constitution actuelle, reprenant en cela la formule de la Loi fondamentale de 1960 relatives aux structures et de la Constitution de 1964, dispose que le Conseil d'Etat « se prononce en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public ou privé »²⁴⁷.

²⁴⁵ Cité par Félix VUNDUWAVE TE PEMAKO, *Op.cit.*, p. 887.

²⁴⁶ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 891.

²⁴⁷ Article 155, alinéa 3, de la Constitution du 18 février 2006.

3. Le règlement des conflits de compétence

104. Le conflit d'attribution entre une section administrative et une section judiciaire est tranché par la Cour suprême de justice, toutes sections réunies, suivant la procédure prévue aux articles 124, 126 et 130 de la loi portant procédure près la Cour suprême de justice. La Cour suprême de justice statuant toutes sections réunies joue donc, en droit congolais, le rôle de tribunal des conflits. La question de savoir si le tribunal de conflits pouvait être considéré comme un juge administratif a déjà été soulevée²⁴⁸. Elle ne comporte toutefois pas encore un grand intérêt en droit congolais en l'absence d'une jurisprudence conséquente sur le conflit d'attribution entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires.

§3. Le statut du juge administratif

105. La spécialisation de la juridiction congolaise ne dépasse pas l'aspect fonctionnel. Le juge administratif est un magistrat ordinaire. En effet, le critère de la spécialisation n'intervient pas dans le recrutement des juges (1). Par ailleurs, le juge n'est pas exclusivement rattaché à la juridiction administrative (2).

1. Le recrutement des juges ne vise pas la spécialisation.

106. Le magistrat n'est recruté ni en fonction d'une formation spécialisée (1.1) ni en vue de la spécialisation en matière administrative (1.2).

1.1. Le magistrat n'est pas recruté en fonction d'une formation spécialisée

107. La loi prévoit que le candidat magistrat doit « être titulaire d'un diplôme de docteur ou de licencié en droit délivré par une université nationale publique ou privée légalement agréée ou d'un diplôme délivré par une université étrangère déclaré équivalent conformément à la législation congolaise sur l'équivalence des diplômes »²⁴⁹. Le magistrat est donc titulaire d'un

²⁴⁸ Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, déjà cité, p. 10.

²⁴⁹ Article 1^{er}.6 de la Loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats (*J.O.R.D.C.*, Numéro spécial, 47^{ème} année, 25 octobre 2006).

diplôme de licence ou de docteur en droit²⁵⁰ mais l'accès n'est pas limité aux détenteurs d'un diplôme dans l'option droit public²⁵¹. Une telle limitation ne présenterait d'ailleurs pas une grande utilité, car, selon le système d'enseignement universitaire congolais, le programme des cours débouchant à l'obtention du diplôme de licencié en droit, peu importe les options choisies, procurent, à peu de différences près, le même bagage en droit administratif²⁵². Par ailleurs, il est tout à fait possible, dans l'option droit public, de ne pas approfondir le droit administratif mais plutôt le droit constitutionnel, la science politique, le droit international public ou encore les relations internationales.

108. Les magistrats sont, en principe, recrutés sur concours²⁵³. Sont retenus « les candidats ayant obtenu les points au-dessus de la moyenne requise et classés en ordre utile eu égard au nombre de postes à pourvoir »²⁵⁴. Ceux ayant obtenu le minimum des points requis restent sur une liste d'attente et sont admissibles endéans une période de trois ans au fur et à mesure de la vacance des postes²⁵⁵. Aucune précision n'est fournie quant aux modalités du concours pour savoir s'il y est recherché une certaine spécialisation ou seulement une connaissance générale du droit. En dehors de disposition expresse, il est permis de conclure que c'est la seconde hypothèse qui est visée. D'autres magistrats sont recrutés en dehors de tout concours, sur titre, « lorsque le nombre des candidats ne dépasse pas celui des postes à pourvoir »²⁵⁶. Cette disposition laisse penser qu'un examen des titres et mérites est réalisé mais encore une fois, aucune disposition ne permet de conclure que le souci de la spécialisation guide cette démarche. Par ailleurs, et en dehors de toute spécialisation, aucune disposition ne permet d'affirmer que l'examen des titres tiendrait compte des performances. L'on peut craindre légitimement que le faible nombre des candidatures ne soit la porte d'entrée de tous les dossiers même les plus faibles. D'autres magistrats, enfin, sont dispensés du concours s'ils

²⁵⁰ L'on observe toutefois une dérogation pour le magistrat de la Cour des comptes qui doit « être titulaire d'un diplôme de licencié ou de docteur en droit, en sciences économiques, commerciales ou financières ou en sciences administratives, délivré par une université zaïroise ou d'un diplôme délivré par une université étrangère, déclaré équivalent conformément à la législation zaïroise », Article 1^{er} e) de l'ordonnance-loi 87-032 du 22 juillet 1987 portant statut des magistrats de la Cour des comptes.

²⁵¹ Pour le Cameroun, Anicet ABANDA ATANGANA pense que le cycle de formation du personnel de la magistrature administrative doit être « réservé en priorité aux licenciés en droit public [pour faire] éclore des générations de magistrats « publicistes » ou « administrativistes » », *Op.cit.*, p. 141.

²⁵² Les matières de droit administratif sont en général inscrites dans le tronc commun. Il s'agit des cours de Droit administratif général, de Grands services publics de l'Etat et de Contentieux administratifs.

²⁵³ Article 2, alinéa 1^{er}, de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁵⁴ Article 2, alinéa 5, de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁵⁵ Article 2, alinéa 6, de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁵⁶ Article 2, alinéa 2, de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

ont « ... exercé comme avocat durant au moins cinq ans »²⁵⁷. Or, l'ancienneté dans la profession d'avocat n'implique pas nécessairement la spécialisation, ni non plus d'ailleurs la solidité du dossier.

1.2. Le magistrat n'est pas recruté en vue d'une spécialisation

109. Les candidats retenus sont nommés substitués du Procureur de la République par le Président de la République²⁵⁸. Ils sont ensuite admis à l'École supérieure de la magistrature et soumis à un stage de douze mois²⁵⁹. Cette école n'est pas encore créée et le type de formation qui y sera dispensé n'est pas précisé. Le législateur a chargé transitoirement le Conseil supérieur de la magistrature d'organiser pour les nouveaux magistrats les sessions de formation qu'il jugera appropriées²⁶⁰. La sanction de la formation à l'École supérieure de la magistrature et du stage n'est pas déterminée. Il est seulement prévu que le Procureur de la République établit un rapport à l'issue du stage mais les conséquences à tirer dans le cas où il ne serait pas concluant ne sont pas indiquées²⁶¹.

110. Le système de recrutement n'est pas différencié selon les niveaux de juridictions. Le grade de nomination est exclusivement celui de substitut du procureur de la République. Il n'y a pas de différenciation selon qu'il s'agit d'un recrutement au niveau de hautes juridictions ou des juridictions inférieures. L'on en déduit que c'est seulement par la voie de la promotion que l'on peut accéder au niveau de hautes juridictions. Le régime applicable sera dès lors le droit commun de l'avancement de carrière. La loi dispose, à cet égard, que « la promotion en grade a pour objet de pourvoir à la vacance de postes organiquement et budgétairement prévus »²⁶². Elle dispose, en outre, qu'« est nommé à un grade immédiatement supérieur, le magistrat qui a accompli au moins trois années de service dans un grade et qui a obtenu au moins deux fois la cote « très bon » pendant cette période »²⁶³. Ce régime de droit commun n'est pas entièrement satisfaisant dans la mesure où il peut donner très vite lieu à une routine ou dépendre essentiellement de la libre appréciation de l'autorité de nomination qui peut se

²⁵⁷ Article 3 de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁵⁸ Article 4, alinéa 1^{er}, de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁵⁹ Article 4, alinéa 2, de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁶⁰ Article 88 de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁶¹ Article 4, alinéa 3, de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁶² Article 10 de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

²⁶³ Article 11, alinéa 1^{er}, de La loi de 2006 portant statut des magistrats.

fonder sur des critères politiques ou d'affinités personnelles sans mettre nécessairement à l'avant-plan les mérites intellectuels ou la spécialisation.

2. Le juge n'est pas exclusivement rattaché à la juridiction administrative

111. La juridiction administrative ne dispose pas de magistrats propres. Il existe un seul corps de magistrats dotés d'un statut unique (1.1) et appelés à servir dans toutes les sections de la juridiction judiciaire (1.2).

1.1. L'unicité du statut des magistrats

112. Malgré la différenciation des ordres juridictionnels introduits par la nouvelle Constitution, le législateur a maintenu le choix du statut unique des magistrats qui a toujours prévalu. Il ressort de l'exposé des motifs de la nouvelle loi de 2006 portant statut des magistrats que c'est le point de vue de l'indépendance des magistrats plutôt que celui de leur spécialisation qui a primé²⁶⁴. Il faut y ajouter aussi le fait que le constituant a placé tous les magistrats dans le pouvoir judiciaire²⁶⁵. Ce dernier est, en effet, « dévolu aux cours et tribunaux qui sont : la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Haute Cour militaire ainsi que les Cours et tribunaux civils et militaires »²⁶⁶. Un seul organe assure la gestion du pouvoir judiciaire à savoir le Conseil supérieur de la magistrature. Sa composition est représentative de tous les ordres juridictionnels²⁶⁷. Son pouvoir est important car, entre autres attributions, il élabore les propositions de nomination, de promotion et de révocation des magistrats et il exerce le pouvoir disciplinaire sur les magistrats. Tous les magistrats, peu importe l'ordre juridictionnel de rattachement, sont réunis au sein du pouvoir judiciaire et sont régis par un statut unique²⁶⁸. En outre, la loi portant statut des magistrats

²⁶⁴ « Le statut actuel des magistrats fixé par l'Ordonnance-loi n° 88/056 du 29 septembre 1988 ne cadre plus avec l'esprit et l'ordre constitutionnels nouveaux qui proclament l'indépendance du Pouvoir judiciaire vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif. Conformément à l'article 150 de la Constitution, il s'est avéré indispensable d'élaborer un nouveau texte de loi organique aux fins de rencontrer le vœu du constituant ».

²⁶⁵ Une différence apparaît là entre le système congolais et les systèmes français et belge où le juge administratif fait partie, non pas du pouvoir judiciaire mais du pouvoir exécutif moyennant sans doute quelques nuances, Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 380.

²⁶⁶ Article 149, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006 tel que modifié par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 (*J.O.RDC*, 1^{er} février 2011).

²⁶⁷ Article 152 de la Constitution du 18 février 2006.

²⁶⁸ Article 150, alinéa 3, de la Constitution du 18 février 2006.

n'organise pas de régime particulier à tel ou tel ordre juridictionnel. Les quelques différences observables sont situées au niveau de l'autorité chargée du signalement ou de la promotion. Ces opérations sont faites par ou à l'initiative des magistrats les plus hauts gradés dans chaque ordre juridictionnel²⁶⁹.

113. Le nouveau statut des magistrats ne fait aucune allusion à leur spécialisation. Tous sont indifféremment recrutés suivant la même procédure. Ils commencent comme substituts du procureur de la République, ils sont admis à l'École supérieure de la magistrature pour y suivre une formation, à première vue, uniforme et indifférenciée. En absence de lois sur les ordres juridictionnels respectifs, il est à présent difficile de déterminer les spécificités qui seront celles des magistrats de chaque ordre.

1.2. Les magistrats sont polyvalents

114. Les magistrats sont polyvalents dans la mesure où ils sont affectés en même temps dans toutes les sections de la Cour d'appel ou de la Cour suprême de justice. Leur affectation dans une section dépend de l'appréciation du Premier président²⁷⁰. Un même juge peut faire partie d'une ou de plusieurs sections²⁷¹. Concrètement, un juge faisant partie de la section administrative peut en même temps faire partie de la section judiciaire ou de la section de législation²⁷². Ils ne sont spécialisés dans aucune branche du contentieux, encore moins en matière administrative²⁷³. Ils sont donc juges civils, pénaux, administratifs, du travail, constitutionnels, électoraux, etc.

²⁶⁹ Articles 7, 8 et 9 de la loi de 2006 portant statut des magistrats.

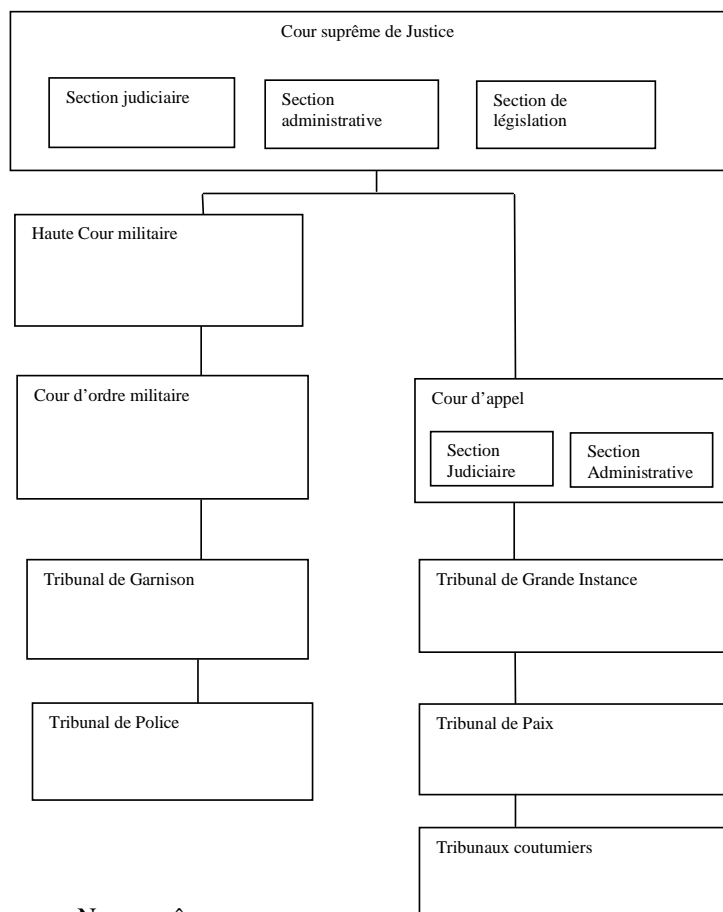
²⁷⁰ Article 1^{er} du Code d'organisation et compétence judiciaires ; article 4, alinéa 2, de l'arrêté d'organisation judiciaire de 1979.

²⁷¹ Le Madagascar se démarque de ce système. Ne peuvent siéger à la Chambre administrative de la Cour suprême que les conseillers de l'ordre administratif (article 6 de l'ordonnance du 15 octobre 1979) ; Jean du Bois de GAUDUSSON, « La jurisprudence administrative des cours suprêmes en Afrique », déjà cité, p.7.

²⁷² Nous développerons ultérieurement l'impact du défaut de spécialisation des magistrats sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire.

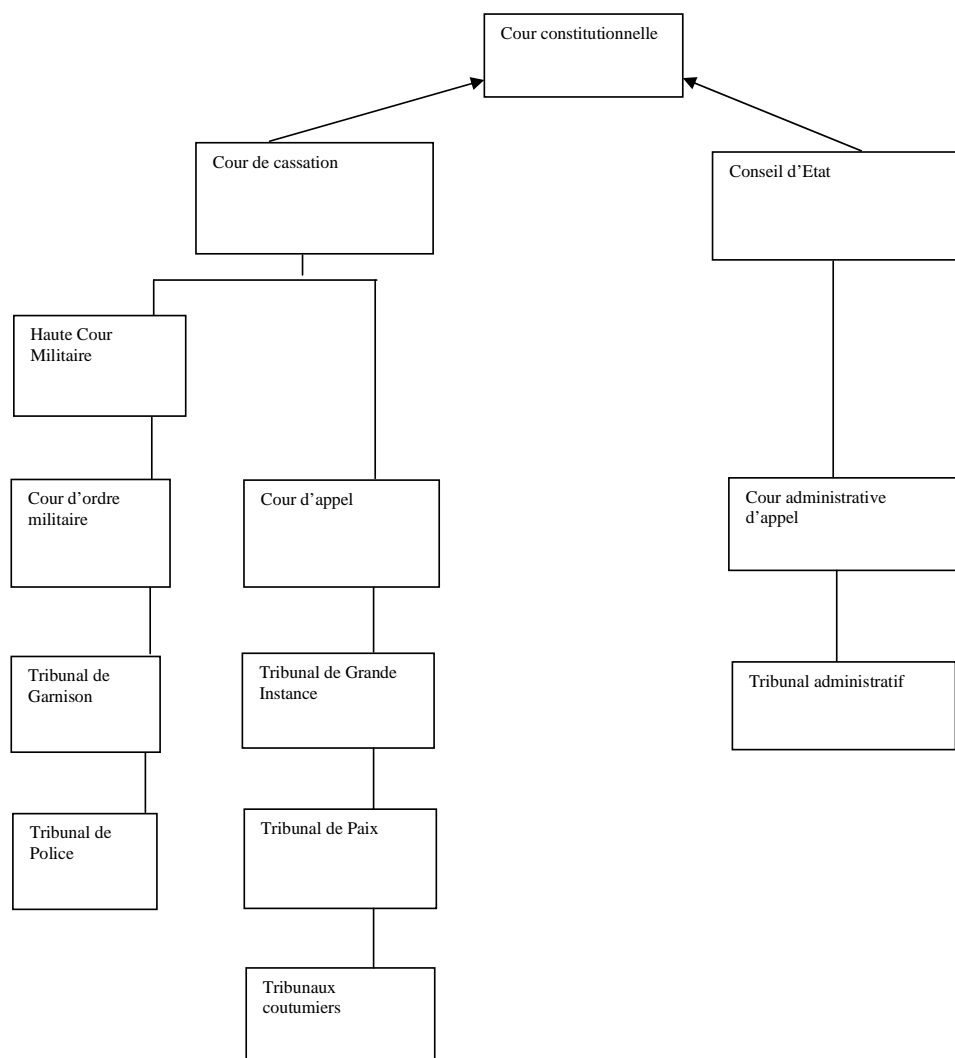
²⁷³ C'est le cas également en République Centrafricaine, Jean-Jacques RAYNAL, *Op.cit.*, p. 449 ; au Cameroun, Anicet ABANDA ATANGANA, « A la recherche d'un cadre juridique approprié pour une meilleure protection des droits des administrés au Cameroun », *Penant*, 105, 1995 (817-819), p. 140.

Tableau 3. Le système judiciaire congolais transitoire en attendant l'installation de nouvelles juridictions prévues par la Constitution du 18 février 2006



Source : Nous –mêmes.

Tableau 4. Le système juridictionnel congolais selon la Constitution du 18 février 2006



Source : Nous –mêmes

115. Conclusion du chapitre préliminaire. Ce chapitre nous a permis de préciser le sens que nous attribuons, dans le cadre de cette étude, au concept de « juge administratif ». Il s'agit du juge chargé spécialement de l'annulation des actes administratifs unilatéraux illégaux. En droit congolais, la mission de juge administratif congolais est remplie par les sections administratives de la Cour suprême de justice et des Cours d'appel. Elle sera assumée, suivant la réforme introduite par le constituant en 2006, par le Conseil d'Etat et des juridictions administratives séparées du juge judiciaire.

TITRE I. LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE : NOTION ET CONTROLE

116. L'auteur du contrôle est déjà circonscrit dans le chapitre préliminaire. Que faut-il alors comprendre par le « pouvoir discrétionnaire », objet du contrôle ? La notion de « pouvoir discrétionnaire » n'est, à ce jour, définie ni par le législateur ni par le juge ni par la doctrine congolais. Nous retiendrons, dans le cadre de cette étude, la définition qui se dégage de divers systèmes juridiques contemporains au-delà de leurs particularités respectives. Il apparaît, dans tous les systèmes juridiques, que le pouvoir discrétionnaire de l'administration est un phénomène complexe, difficile à cerner et qui exige un contrôle affiné. Des précisions s'imposent sur un certain nombre de questions : qu'est-ce que le pouvoir discrétionnaire, existe-t-il encore aujourd'hui, à quelle étape du processus de la décision administrative est-il situé, dans quel domaine de l'action administrative se trouve-t-il, quelle en est l'étendue ? Il nous semble, que pour bien comprendre la notion de pouvoir discrétionnaire, il faut tenir compte d'une double réalité. D'une part, le pouvoir discrétionnaire a une existence indépendante de l'acte administratif dans lequel il s'exerce. D'autre part, il est nécessairement en relation avec les éléments de l'acte dans lequel il s'exerce (Chapitre I). Cette approche permet d'observer que le pouvoir discrétionnaire est susceptible d'un contrôle à deux dimensions. Un contrôle direct, qui porte sur les éléments non liés de l'acte. Et un contrôle indirect, qui porte sur les éléments liés de l'acte administratif dans le cadre duquel s'exerce le pouvoir discrétionnaire et dont la régularité est un préalable indispensable à son exercice (Chapitre II).

CHAPITRE I. LA NOTION DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

117. La notion de pouvoir discrétionnaire est déjà bien cernée et n'appelle plus de nos jours de débats importants quant à sa nature juridique. C'est la prérogative reconnue à l'administration de choisir sa décision à partir d'une libre appréciation des faits. Nous expliciterons les éléments de cette définition en essayant de mettre en évidence une dimension insuffisamment soulignée du pouvoir discrétionnaire, à savoir les rapports étroits qu'il entretient avec les éléments liés de l'acte dans le cadre duquel il s'exerce. Cette dimension est omniprésente dans la définition, l'origine (Section I), l'étendue et le domaine du pouvoir discrétionnaire (Section II). Après avoir établi le lien entre le pouvoir discrétionnaire et l'acte administratif, nous préciserons les rapports entre le pouvoir discrétionnaire et la notion d'« actes de gouvernement » (Section III).

Section I. La définition et l'origine du pouvoir discrétionnaire

118. Nous présenterons le sens du pouvoir discrétionnaire en lui-même et au sein de l'acte comportant exercice de pouvoir discrétionnaire (§1). Nous essayerons, ensuite, de situer l'origine du pouvoir discrétionnaire (§2).

§1. La définition du pouvoir discrétionnaire

119. Le pouvoir discrétionnaire est une modalité particulière de l'action administrative qui se distingue de cette autre qu'est la compétence liée (1). Il porte sur un ou plusieurs éléments de l'acte administratif unilatéral et entretient des rapports étroits avec les éléments liés de l'acte (2). L'intérêt de la distinction entre le pouvoir discrétionnaire et l'acte administratif dans le cadre duquel il s'exerce se situe à deux niveaux. Elle permet d'appréhender le pouvoir discrétionnaire directement en lui-même ou indirectement par le biais de l'acte qui le met en œuvre. Elle permet, en outre, de mettre en évidence le lien nécessaire et l'interaction entre le pouvoir discrétionnaire et les éléments, même liés, de l'acte administratif. Sur cette base, l'étendue du pouvoir discrétionnaire peut être appréhendée au niveau du pouvoir discrétionnaire lui-même ou au niveau de l'acte dans lequel il s'exerce. De même, le contrôle juridictionnel revêt deux dimensions : le contrôle direct portant sur le pouvoir discrétionnaire lui-même et le contrôle indirect portant sur un ou plusieurs éléments liés de l'acte comportant exercice du pouvoir discrétionnaire.

1. Le pouvoir discrétionnaire, une modalité de l'action administrative

120. Le « pouvoir discrétionnaire » est une modalité de l'action administrative laissée à la libre appréciation de l'administration lorsque sa décision n'est pas prédéterminée par la réglementation²⁷⁴. Cette modalité se différencie de la « compétence liée », situation dans

²⁷⁴ « Un pouvoir est discrétionnaire lorsque l'autorité qui l'exerce dispose d'une marge d'appréciation pour arrêter sa décision », « La marge d'appréciation dont dispose l'autorité investie d'un pouvoir discrétionnaire n'est pas une liberté totale », Michel LEROY, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 398 et 399 ; « La définition moderne du pouvoir discrétionnaire est en fait un pouvoir d'appréciation des faits en vue d'un choix entre plusieurs décisions pareillement légales », Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 76 ; Jean-Marie WOEHLING, « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », in AFDA, *La compétence*, Actes du Colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'Association française pour la recherche en droit administratif à la faculté de droit, de sciences économiques et de gestion de Nancy, Paris, Litec, 2008, p.128 ; « Traditionnellement on désigne ce degré de liberté – cette marge

laquelle l'administration est tenue d'agir dans le sens déterminé par le droit sans possibilité de choix. La tendance générale est de ne voir dans le pouvoir discrétionnaire que la liberté au niveau du choix du contenu de la décision. Mais l'analyse minutieuse du processus de la décision administrative révèle que l'autorité administrative apprécie le pouvoir dont il est investi à deux niveaux : celui du principe même de l'action et celui du contenu de la décision²⁷⁵. En ce qui concerne le principe de l'action, elle a soit l'obligation soit la faculté d'agir. Elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire si elle n'a que la faculté d'agir (1.1). En ce qui concerne le contenu de la décision, soit elle est tenue d'appliquer une solution prédéterminée soit elle est libre d'appliquer la solution de son choix. Elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire si elle est libre de choisir le contenu de sa décision (1.2). Le pouvoir discrétionnaire revêt une grande importance pour l'administration mais peut comporter aussi des inconvénients certains (1.3).

1.1. La libre appréciation de l'opportunité de l'action

121. Le pouvoir discrétionnaire confère à l'administration la liberté d'apprécier s'il est opportun d'agir ou non. Elle a la faculté d'agir. Elle n'est ni obligée d'agir ni obligée de s'abstenir non plus. Elle a plutôt le choix entre agir et s'abstenir. Le principe est donc que l'administration jouit de ce pouvoir d'apprécier librement l'opportunité de son action lorsqu'aucune condition ne vient affecter la décision d'agir (A). Dès qu'une condition affecte le principe même de l'action, l'administration a une compétence liée. Elle jouit de son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il lui appartient d'apprécier la réalisation de la condition attachée à l'exercice de la compétence (B).

A. L'appréciation de l'opportunité de l'action non soumise à condition

122. Il s'agit de la situation où la décision de procéder à l'action dépend entièrement de l'appréciation de l'autorité administrative sans être liée par la réalisation d'une condition extérieure. Il faut toutefois atténuer cette façon de présenter les choses en constatant que, dans l'absolu, il n'existe pas de décision entièrement soustraite à toute condition. Toute décision

d'appréciation – sous l'expression « pouvoir discrétionnaire », un pouvoir qui varie selon la règle applicable et disparaît en cas de compétence liée », Serge DAEL, *Contentieux administratif*, Paris, Thémis, PUF, 2006, p. 173 ; « la législation laisse à l'autorité un pouvoir d'appréciation – une compétence discrétionnaire – en pareil cas, l'administration a le choix entre une gamme plus ou moins étendue de décisions, également régulières », Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 890.

²⁷⁵ Alain BOCKEL, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », p. 358.

est censée au moins poursuivre l'unique but de la satisfaction de l'intérêt général. Sous cet angle, l'exercice de la faculté d'agir est au moins conditionné par le but d'intérêt général. Mais dans la mesure où rien n'indique à l'administration la manière dont il doit se conduire pour atteindre ce but d'intérêt général, l'on estime qu'il n'y a aucune condition à son action²⁷⁶. Cette situation peut se manifester en plusieurs domaines. A titre d'illustration, l'autorité administrative dispose d'une faculté d'action dans la mise en œuvre d'une politique publique, dans l'exercice du pouvoir disciplinaire, dans le recours aux dérogations.

123. En ce qui concerne la mise en œuvre des politiques publiques, l'administration dispose du choix des moyens. Cela lui confère par voie de conséquence une faculté d'action. Elle a la faculté de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique pour la construction des routes, des écoles, des hôpitaux ou d'autres ouvrages d'intérêt public. Elle a encore la faculté de recourir à la décentralisation ou à la concession des services publics. En ce qui concerne l'exercice du pouvoir disciplinaire, l'autorité administrative a la faculté de déclencher les poursuites disciplinaires. A l'instar de la procédure pénale, elle est le seul juge de l'opportunité des poursuites. Dans les cas où la loi prévoit la possibilité d'une dérogation, l'autorité administrative a la faculté et non l'obligation de faire usage de la dérogation.

124. L'appréciation de l'opportunité de l'action comporte également le libre choix du moment d'agir. L'on a d'ailleurs toujours considéré que l'autorité administrative avait toujours la liberté du choix du moment peu importe que sa compétence soit liée ou non. L'évolution du droit commande cependant de tempérer cette considération dans la mesure où désormais une condition juridique affecte le choix du moment. L'autorité qui est obligée d'agir doit se conformer à la règle du « délai raisonnable »²⁷⁷. Ainsi, seule l'autorité qui agit de sa propre faculté dispose également de la liberté du choix du moment.

B. L'appréciation de l'opportunité de l'action soumise à une condition

125. L'autorité administrative ne dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans ce cas que lorsqu'il lui revient d'apprécier librement que la condition à l'action est réalisée. Lorsque la condition est déterminée de manière vague ou lorsque sa réalisation est soumise à la réunion

²⁷⁶ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 79.

²⁷⁷ Jean-Marie WOEHLING, « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », déjà cité, p. 128.

d'un certain nombre d'éléments laissés à l'appréciation de l'administration, celle-ci a la faculté d'agir si elle estime que la condition est remplie²⁷⁸. Dans ce cas de compétence conditionnée « l'Administration, peut ne pas agir, mais si elle agit, elle doit décider conformément aux conditions fixées par les textes »²⁷⁹. La libre appréciation de la condition qui affecte l'exercice de la compétence est une « vérification de faits-conditions, leur qualification et leur interprétation »²⁸⁰. Les hypothèses de compétence conditionnée sont nombreuses. C'est notamment le cas toutes les fois que la réglementation accorde un droit de suspension des activités d'un parti politique²⁸¹ ou d'une association sans but lucratif²⁸² lorsque leurs activités « menacent ou portent atteinte à l'ordre public ».

1.2. Le libre choix du contenu de la décision

126. Après la question de l'opportunité de l'action, l'autorité administrative peut être dotée du pouvoir de décider en toute liberté du contenu de sa décision. Comme pour l'opportunité de l'action, il ne s'agit pas d'un pouvoir absolu découlant de l'absence de tout contenu prédéterminé par la réglementation. Le contenu de la décision doit toujours poursuivre l'intérêt général. Mais à défaut pour la loi de déterminer précisément le contenu que requiert l'intérêt général, l'administration jouit de la liberté d'appréciation. Deux hypothèses sont possibles : soit que la réglementation détermine à l'avance les solutions entre lesquelles le choix sera opéré, dans ce cas la liberté d'appréciation de l'administration consiste à choisir

²⁷⁸ Alain BOCKEL, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », déjà cité, p. 358.

²⁷⁹ Georges VLACHOS, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, Editions du Marketing, Ellipses, 1993, p. 89.

²⁸⁰ Maurice André FLAMME, *Droit administratif*, déjà cité, p. 443.

²⁸¹ « Lorsque l'activité d'un parti politique menace ou porte atteinte à l'unité et à l'indépendance nationales, à l'intégrité du territoire de la République, à la souveraineté de l'Etat congolais et à l'ordre institutionnel démocratique ou trouble gravement l'ordre public, l'autorité territoriale du ressort décide la suspension immédiate des activités du parti incriminé dans sa juridiction par décision motivée pour une durée qui ne peut excéder quinze jours. Elle saisit sans délai l'Officier du Ministère public », Article 29, alinéa 1^{er}, de la Loi n°04/002 du 15 mars 2004 portant organisation et fonctionnement des partis politiques (*J.O.RDC.*, n° spécial, 18 mars 2004).

²⁸² « Outre les conditions de dissolution prévues aux articles 18, 19 et 20, lorsque l'activité d'une association confessionnelle menace la sécurité intérieure ou extérieure de l'Etat, le Ministre de la Justice peut suspendre, par voie d'arrêté, toute activité de l'association pour une durée ne dépassant pas trois mois », Article 53, alinéa 1^{er}, de la Loi n° 004/2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux Associations Sans But Lucratif et aux Etablissements d'Utilité Publique (*J.O.RDC.*, n° spécial, 15 août 2001).

« Lorsqu'il existe au sein d'une association confessionnelle un conflit menaçant l'ordre public, le Ministre de la Justice peut suspendre, par voie d'arrêté motivé, toute activité de l'association confessionnelle concernée jusqu'au règlement dudit conflit », Article 54, alinéa 1^{er}, de la Loi n° 004/2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux Associations Sans But Lucratif et aux Etablissements d'Utilité Publique (*J.O.RDC.*, n° spécial, 15 août 2001).

l'une d'entre elles (A) ; soit qu'aucune solution n'est déterminée à l'avance par la réglementation, dans ce cas l'appréciation de l'administration consiste à appliquer la solution qui lui paraît la plus convenable (B).

A. Le choix entre plusieurs solutions prédéterminées

127. Cette hypothèse est parfaitement illustrée par le domaine disciplinaire. Le droit disciplinaire se contente d'indiquer le barème de sanctions applicables sans pour autant déterminer précisément la faute qui donne lieu à telle sanction déterminée. Le principe cher au droit pénal « *nullum crimen, nulla poena sine lege* » ne s'y applique que partiellement. L'infraction disciplinaire n'est pas prédéterminée. L'autorité a donc la latitude d'apprécier le fait susceptible d'être qualifié de faute disciplinaire. En revanche, la sanction, elle, est prédéterminée. Cependant, il n'y a pas d'obligation d'appliquer telle sanction précise. Dès que l'autorité disciplinaire est convaincue de l'établissement de la faute disciplinaire et qu'il décide de sanctionner, elle est libre d'appliquer, selon son appréciation, l'une des sanctions prévue par la réglementation et qui lui paraît correspondre le mieux à la gravité de la faute. Le pouvoir discrétionnaire est donc limité par le cadre de son exercice préalablement fixée par la réglementation.

B. Le choix entièrement libre du contenu de la décision

128. Lorsque les pouvoirs de l'administration ont un caractère très général, la réglementation laisse souvent le soin à l'administration d'apprécier elle-même les modalités qui conviennent le mieux à leur mise en œuvre. C'est le cas lorsque la réglementation accorde le pouvoir à l'administration de garantir la sécurité, de veiller à l'ordre public, d'assurer les meilleures conditions de salubrité mais sans indiquer ce que cela implique dans le concret. Le contenu d'une décision prise dans ces domaines revient donc entièrement à l'appréciation de l'administration. En ce qui concerne, par exemple, la garantie de la sécurité lors des manifestations publiques, l'autorité administrative peut choisir la sensibilisation des manifestants à adopter un comportement pacifique, elle peut choisir de déployer une force de police impressionnante pour créer un effet dissuasif, elle peut enfin réprimer les éventuels débordements des manifestants par le recours à la force.

1.3. Une liberté indispensable mais aussi redoutable

129. A quoi sert-il de doter l'administration d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire ? Cette question se justifie par rapport à l'inquiétude que suscite légitimement l'éventualité de l'abus du pouvoir discrétionnaire. Il suffit d'un petit glissement pour tomber dans les travers de l'arbitraire. Le pouvoir discrétionnaire est au cœur de prérogatives de puissance publique. Au-delà de cette image de puissance inquiétante, le pouvoir discrétionnaire est un instrument indispensable au fonctionnement de l'administration et à la réalisation de sa mission (A). Il peut cependant comporter des inconvénients pour l'administration, pour le juge et pour les citoyens. Il peut revêtir pour les citoyens un caractère redoutable dans un système juridique qui ne comporte pas de garanties adéquates pour prévenir les excès éventuels (B).

A. Le pouvoir discrétionnaire, un instrument indispensable pour l'administration

130. Le pouvoir discrétionnaire répond à « la nécessité d'une certaine liberté d'action de l'administration »²⁸³. Son comportement ne peut être entièrement prédéterminé sous peine de dysfonctionnement²⁸⁴. Cela est d'ailleurs pratiquement impossible. La réglementation ne peut prévoir toutes les hypothèses de l'action administrative à l'avance. Par ailleurs, certaines situations requièrent une décision immédiate de l'administration sans lui laisser le temps d'attendre une directive de la réglementation. L'administration est donc dans l'obligation de mettre en œuvre en permanence la réglementation en en précisant elle-même les modalités. Elle a également l'obligation d'adapter continuellement les exigences de la réglementation aux contingences de son action. Bref, pour pouvoir jouer efficacement son rôle d'exécution, l'administration nécessite un pouvoir normatif qui est le complément nécessaire du pouvoir normatif du législateur. L'administration exerce ce pouvoir normatif complémentaire nécessaire grâce au pouvoir discrétionnaire. La cantonner cependant à un rôle de pur exécutant dépourvu de tout pouvoir normatif c'est compromettre sérieusement l'exécution de

²⁸³ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, déjà cité, p. 110. Contra : Jean KAHN estime : « ces considérations ne sont guère convaincantes et la meilleure preuve de leur faiblesse est le peu de cas qu'en fait le juge lui-même lorsqu'il lui paraît nécessaire de resserrer son emprise », in « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », déjà cité, p. 11.

²⁸⁴ L'administration ne devant pas se trouver « dans la situation d'un robot au comportement programmé », René CHAPUS, *Op.cit.*, p.1011 ; STAVROULA KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, déjà cité, p.321.

la loi et la satisfaction de l'intérêt général. La suppression du pouvoir discrétionnaire n'est ni nécessaire ni utile²⁸⁵.

B. Le pouvoir discrétionnaire, une arme redoutable

131. Le pouvoir discrétionnaire est un couteau à double tranchant. Son utilité indéniable ne lui enlève pas son potentiel élevé de nuisance. Son usage n'est rassurant qu'en présence de mécanismes adéquats capables d'en prévenir ou d'en éliminer le danger. Le système administratif doit donc contenir nécessairement les mécanismes d'encadrement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. En leur absence, l'on en est réduit à la situation initiale où il existait des actes purement discrétionnaires soustraits à tout contrôle et qui ne connaissent pas de limites. Tel est en effet la situation du Congo où la réglementation administrative contient de nombreuses sources de pouvoir discrétionnaire de l'administration mais où des mécanismes d'encadrement font largement défaut. Il s'ajoute au défaut de mécanismes juridiques efficaces la culture juridique qui est dominé par la personnalisation du pouvoir. L'opinion publique a peur ou se désintéresse de surveiller et encore moins de critiquer l'action des pouvoirs publics craignant toutes sortes de représailles, réelles ou supposées. Dans un tel contexte, même le banal acte de compétence liée prend les allures d'un acte entièrement discrétionnaire.

2. L'acte administratif comportant exercice du pouvoir discrétionnaire

132. La différence entre le pouvoir discrétionnaire et l'acte comportant exercice de pouvoir discrétionnaire n'a pas encore été suffisamment mise en évidence. Il importe cependant de la souligner. Certes, il ne peut y avoir de pouvoir discrétionnaire en dehors de l'acte administratif. L'acte est, en effet, le cadre d'exercice du pouvoir discrétionnaire. Mais à l'inverse, un acte ne se réduit pas qu'à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ainsi, un acte peut comporter, en certains de ses éléments, exercice du pouvoir discrétionnaire et en d'autres, exercice de la compétence liée²⁸⁶. Sur la base de cette observation, l'on peut rechercher quels sont les éléments de l'acte qui comportent exercice du pouvoir

²⁸⁵ Daniel LABETOULLE affirme ainsi qu'« une situation où il n'y aurait plus de pouvoir discrétionnaire ne correspondrait pas nécessairement à un progrès », in « Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique », IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 32.

²⁸⁶ Jean KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », déjà cité, p. 11.

discrétionnaire (2.1). L'on peut ensuite se rendre compte du rapport entre le pouvoir discrétionnaire et les autres éléments de l'acte (2.2).

2.1. Les éléments de l'acte sur lesquels porte le pouvoir discrétionnaire

133. L'acte administratif unilatéral comporte deux séries d'éléments. Les éléments de la première série sont externes à l'acte. Il s'agit de la compétence de l'auteur de l'acte, la procédure de son édicton et la forme. Ils sont appelés éléments de la légalité externe. Selon la présentation classique, ces éléments sont entièrement déterminés par le droit. En conséquence, l'administration ne dispose pas, à leur égard, d'un pouvoir discrétionnaire. Une réserve peut cependant être émise en ce qui concerne les règles de procédure dont on sait que, « dans certains cas, l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation de l'ampleur et des modalités de la procédure appropriée avant l'intervention de l'acte »²⁸⁷. La deuxième série d'éléments sont internes à l'acte. Il s'agit de l'objet, des motifs et du but. « L'objet de l'acte est ce qui est décidé »²⁸⁸. Il peut résulter d'une compétence discrétionnaire ou d'une compétence liée. Les motifs de la décision sont les fondements de la décision soit en droit soit en fait. Les motifs de droit sont toujours entièrement déterminés par le droit, par conséquent, l'administration ne dispose pas d'un choix libre à leur égard. En ce qui concerne les motifs de fait, la constatation de la matérialité des faits est liée en droit tandis que leur appréciation ne l'est pas et peut donc être à la base de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le but, qui est le mobile de l'acte, est toujours lié dans la mesure où l'administration ne dispose d'un autre choix que celui de poursuivre la satisfaction de l'intérêt général.

134. Bref, l'acte administratif comporte plusieurs éléments dont certains sont liés en droit tandis que d'autres sont laissés à l'appréciation discrétionnaire de l'administration. Cela explique pourquoi la catégorie d' « actes discrétionnaires », entendu comme ceux dont tous les éléments étaient laissés à l'appréciation discrétionnaire de l'administration a été abandonnée. Il n'existe donc pas d'acte entièrement discrétionnaire, parce qu'au moins un élément de l'acte est lié, ni d'acte entièrement lié, parce qu'au moins un élément de l'acte est

²⁸⁷ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 76.

²⁸⁸ David RENDERS, *Droit administratif*, Tome II, Cours, UCL2010-2011, , p. 91.

laissé à l'appréciation discrétionnaire de l'administration. Il n'existe alors qu' « un certain pouvoir discrétionnaire à l'occasion de l'acte »²⁸⁹.

2.2. *L'interdépendance entre les éléments liés et les éléments discrétionnaires de l'acte*

135. L'acte administratif unilatéral est un tout. Il est le cadre à travers lequel se déploient aussi bien la compétence liée que le pouvoir discrétionnaire. L'unité de cadre et son harmonie résultent des rapports qu'entretiennent entre eux les éléments de l'acte. Cette réalité est fondée sur « le principe selon lequel la légalité est indivisible »²⁹⁰. Ainsi, l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans l'acte est indissociable de l'exercice de la compétence liée. Plus clairement, la régularité de l'acte comportant exercice du pouvoir discrétionnaire dépend de la régularité aussi bien de ses éléments liés que de ses éléments discrétionnaires. Cette observation est importante du point de vue du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Il en découle, en effet, que ce contrôle peut être exercé soit sur un des éléments liés de l'acte comportant exercice du pouvoir discrétionnaire, ce qui aura un effet sur tous les éléments de l'acte y compris les éléments discrétionnaires. Ce contrôle peut être exercé aussi directement sur l'élément discrétionnaire.

§2. *La source du pouvoir discrétionnaire*

136. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration découle « de la mise en relation entre les faits et le droit pour en déduire l'action à entreprendre »²⁹¹. Cette mise en relation s'effectue à travers l'opération de l'appréciation des faits et, dans une moindre mesure, de la qualification juridique des faits (1). Ce pouvoir d'appréciation est conféré à l'administration, selon des modalités différentes, par la loi, le juge ou même la nature des choses (2).

1. *L'appréciation et la qualification juridique des faits*

137. Le pouvoir discrétionnaire réside dans la libre appréciation des faits qui servent de fondement à la décision administrative (1.1). Par contre, la qualification juridique des faits, est

²⁸⁹ Roger BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923, p. 368.

²⁹⁰ Françoise DREYFUS, « Brèves réflexions sur un concept en crise », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 89.

²⁹¹ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 77.

une opération d'appréciation des faits enserrée dans des limites prédéfinies par le droit, fût-ce d'une manière plus ou moins vague, dans le cadre des concepts indéterminés. Elle ne saurait, en principe, être à la base d'un pouvoir discrétionnaire (1.2).

1.1. L'appréciation des faits en vue de leur adéquation à la mesure

138. L'appréciation des faits en vue de leur adéquation à la mesure « est le véritable domaine du pouvoir discrétionnaire »²⁹². Elle se réalise dans les cas où la prise de la décision par l'administration n'a été assujettie à aucune condition juridique. L'administration est libre de rechercher, à partir de son appréciation des faits, la solution qui convient le mieux, la solution la plus adéquate, la plus opportune. Un tel pouvoir s'exerce en dehors de toute condition juridique dans la mesure où le droit ne détermine pas « les critères de ce qui est le plus judicieux, le meilleur, ou le plus opportun »²⁹³. L'administration procède donc librement à la fixation de ses propres critères. Elle décide sur la base de ce qu'elle estime être conforme à l'intérêt général. Le pouvoir discrétionnaire se situe dans cette libre construction de critères de décision. Ce pouvoir est en principe hors de tout contrôle juridictionnel en raison de l'absence de repères juridiques sûrs.

139. Lorsqu'elle prend sa décision en dehors de toute condition juridique, l'administration procède à une évaluation personnelle des faits. L'évaluation peut porter sur des considérations variées mais insusceptibles d'une mesure objective. Leur mesure est toujours subjective. Tel est le cas, par exemple, de la gravité des faits présentés comme le fondement d'une mesure. Il est, en effet, très délicat de déterminer les critères de ce qui est grave et de ce qui ne l'est pas. L'opération d'appréciation fait ainsi appel au critère de bon sens. Le juge s'abstiendra souvent de censurer une telle appréciation subjective en raison du risque élevé de substituer lui-même sa propre évaluation subjective à celle de l'administration.

²⁹² Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 79.

²⁹³ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 80.

1.2. La qualification juridique des faits

140. L'opération de qualification juridique des faits ne correspond pas à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Les cas dans lesquels l'administration est amenée à qualifier juridiquement les faits sont des cas où la compétence de l'administration est soumise à une condition juridique. Cette condition est exprimée par un concept juridique, plus ou moins vague, encore appelée concept qualificateur. C'est ce caractère plus ou moins vague qui amène l'administration à procéder à une interprétation en vue de savoir si les faits qui servent de base à la décision rentrent dans la condition juridique. La compétence de l'administration est liée dans ce cas car la condition juridique n'est susceptible que d'une seule interprétation correcte. L'interprétation de la condition juridique indéterminée ne donne pas lieu à un choix de l'opportunité dans le chef de l'administration. S'il y a lieu de parler dans ce cas d'une appréciation, il s'agit d'une appréciation juridique différente d'une appréciation en opportunité. La qualification juridique des faits donne lieu à une appréciation objective des faits tandis que l'appréciation en opportunité en est une appréciation subjective.

141. Il peut y avoir cependant des cas dans lesquels l'appréciation faite dans le cadre d'une opération de qualification juridique des faits est tellement proche d'une appréciation en opportunité au point de rendre délicat l'établissement d'une frontière étanche entre la légalité et l'opportunité. C'est le cas notamment lorsque la condition juridique est exprimée par un concept qui débouche sur une appréciation en opportunité. Tel peut être le cas si la loi prescrit que l'autorité disciplinaire pourra infliger une sanction « raisonnable ». En l'absence de critères juridiques précis de ce qui peut être qualifié de « raisonnable », l'interprétation d'un tel concept mène vers une appréciation subjective, une appréciation en opportunité.

2. Le pouvoir discrétionnaire résulte de la loi ou de la nature des choses

142. Dire que le pouvoir discrétionnaire résulte de la loi ou de la nature des choses revient simplement à dire qu'une norme juridique régissant l'action administrative est à la base d'un pouvoir discrétionnaire soit qu'elle décrète expressément la liberté de l'administration lors de l'édition de sa décision soit qu'elle s'abstient, implicitement d'imposer une condition juridique à la décision administrative²⁹⁴. Cette norme peut être une loi au sens formel, un

²⁹⁴ Cette distinction est reprise par certains auteurs. Ainsi, « Lorsqu'un certain pouvoir discrétionnaire est laissé implicitement ou expressément à l'Administration, ce pouvoir n'est limité que par les exigences de la justice et

règlement, un principe général du droit ou encore l'interprétation du juge²⁹⁵. Ce sont ces procédés normatifs qu'il convient d'examiner afin de déterminer ce « à quoi on reconnaît que la loi ou le règlement ont laissé à l'administration un pouvoir discrétionnaire »²⁹⁶. Deux procédés peuvent être signalés. Dans certains cas, le pouvoir discrétionnaire est formulé de manière expresse (2.1). Dans d'autres cas, le pouvoir discrétionnaire est plutôt implicite et se déduit de la formulation de la réglementation (2.2). Dans les deux cas, l'on peut se demander si c'est de manière délibérée ou si c'est par la force des choses que la réglementation est obligée de donner le pouvoir discrétionnaire à l'administration. En réponse à cette question, il apparaît que, dans certains cas, la nature des choses est telle que l'administration doit jouir du pouvoir discrétionnaire indépendamment de la volonté du législateur mais que dans d'autres, plus nombreux, c'est le législateur qui décide de l'étendue des pouvoirs de l'administration (2.3). Ce constat permet de se rendre compte que l'état du pouvoir discrétionnaire est essentiellement fonction de l'état de la législation. L'administration aura plus ou moins de pouvoir discrétionnaire en fonction de l'état de la législation.

2.1. *Le pouvoir discrétionnaire exprès*

143. La réglementation formule expressément le pouvoir discrétionnaire de deux manières. Tantôt elle autorise expressément l'administration à apprécier librement l'opportunité d'agir ou le contenu de sa décision (A). Tantôt elle autorise expressément l'administration à déroger, selon sa libre appréciation des circonstances de l'espèce, aux dispositions prédéterminées (B).

A. L'autorisation expresse d'apprécier l'opportunité de l'action ou le contenu de la décision

144. Il arrive que la réglementation, selon sa formulation, accorde expressément la liberté d'appréciation à l'administration. Elle utilise dans ce cas les verbes qui indiquent la faculté et non l'obligation. Par exemple, le verbe « pouvoir » au lieu du verbe « devoir ». Elle peut également utiliser les expressions « selon son appréciation », « s'il l'estime opportun ». L'approche grammaticale aide à identifier si le législateur a entendu donner le pouvoir discrétionnaire à l'administration. A titre d'illustration, le Président de la République

de la raison », René DUSSAULT, Louis BORGEAT, *Traité de droit administratif*, Volume 2, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1984-1986, p. 158.

²⁹⁵ Jean-Marie AUBY, Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1984, p. 372 ; Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 470.

²⁹⁶ Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, déjà cité, p. 57.

« peut ordonner » l'expropriation par zones quand il s'agit d'exécuter un ensemble de travaux d'utilité publique²⁹⁷. En vue de vérifier que le travail proposé aux enfants, aux femmes et aux personnes handicapées n'excède pas leur force, l'inspecteur du travail « peut requérir » leur examen par un médecin²⁹⁸. En ce qui concerne les terres rurales d'une superficie inférieure à dix hectares et les terres urbaines d'une superficie inférieure à cinq hectares, le Gouverneur de province « peut déléguer ses pouvoirs au Conservateur des titres immobiliers »²⁹⁹. Le décret sur l'urbanisme reconnaît à l'autorité compétente le pouvoir de révision générale anticipée, c'est-à-dire avant l'écoulement du délai de quinze ans de même que la révision partielle du plan d'aménagement³⁰⁰.

B. L'autorisation expresse de déroger à la légalité normale

145. Ce procédé consiste à accorder à l'autorité administrative un pouvoir de déroger, souvent sur la base d'une appréciation personnelle des circonstances, à la règle normalement applicable. Les dérogations ont pour but de tenir compte d'une exception aux hypothèses normales d'application de la règle³⁰¹. Dans certains cas l'application de la légalité normale peut constituer une entrave à l'action administrative³⁰². La dérogation, qui permet à l'administration d'apprécier librement les exigences de l'action, a pour effet « d'atténuer cette gêne »³⁰³. Certaines dérogations s'appliquent lorsque le législateur veut ouvrir une brèche pour étendre la règle à une situation qui ne remplit pas les conditions prédéterminées. L'âge pour être recruté dans la fonction publique est de minimum seize ans et de maximum trente cinq ans. Il peut être dérogé à cette fourchette d'âge pour recruter une personne âgée de plus de trente cinq ans sur décision du Président de la République³⁰⁴. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire car la loi ne dit pas sur quel critère il devra se fonder pour décider de déroger. Il n'a pour guide que sa libre appréciation des faits. L'emploi public est incompatible avec

²⁹⁷ Article 4 de la Loi 77-001 du 22 février 1977 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

²⁹⁸ Article 137 de la Loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail (*J.O.RDC*, Numéro spécial, 25 octobre 2002).

²⁹⁹ Article 183 alinéa 2 de La loi 73-021 du 20 juillet 1973 dite Loi foncière.

³⁰⁰ Article 17 a) et b) du Décret du 20 juin 1957 sur l'urbanisme (*B.O.*, 1957, p. 1406 et *J.O.Z.*, Numéro spécial, 1982, p. 171).

³⁰¹ Dans sa thèse Françoise LEURQUIN DE VISSCHER présente la dérogation comme une réponse à un conflit de règles, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 14 et s. François RIGAUX pense que la dérogation est un mécanisme qui consisterait à instituer un conflit entre des normes. La norme dérogoire n'aurait toutefois pas pour effet d'évincer la norme à laquelle il est dérogé, ce qui distingue clairement la dérogation de l'abrogation implicite (Préface à la thèse précitée, p.III).

³⁰² Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, déjà cité, p. 112.

³⁰³ *Ibidem*.

³⁰⁴ Article 8 de la Loi 81-003 du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat (*J.O.Z.*, n°15, 1^{er} août 1981, p.11).

toute autre activité professionnelle sauf dérogation accordée par le Ministre ayant la fonction publique dans ses attributions³⁰⁵. Là également, le Ministre est le seul à apprécier l'opportunité ou les motifs de la dérogation. L'autorité administrative peut déroger aux dispositions du Code foncier en matière d'attribution des concessions portant sur un fonds inculte après une libre appréciation des circonstances³⁰⁶. Nul ne peut accéder à la profession d'avocat s'il a été notamment auteur de faits ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou à une décision administrative de destitution, radiation ou révocation, sauf autorisation expresse du président du Conseil judiciaire, Procureur général de la République³⁰⁷.

146. D'autres dérogations interviennent en cas de circonstances exceptionnelles. Ces circonstances ont pour effet de délier, pendant toute leur durée, l'autorité administrative de l'observation scrupuleuse des conditions de compétence, de forme et de procédure pour faire face aux nécessités de l'intérêt général. L'on trouvera fréquemment dans la législation des expressions telles que « en cas de force majeure », « en cas de circonstances exceptionnelles », « sauf cas fortuit », « sauf cas de circonstances exceptionnelles », « en cas de nécessité », « en cas d'urgence », etc. L'autorité compétente peut prolonger le délai de mise en valeur de la concession foncière loué au-delà de dix-huit mois à dater de la conclusion du contrat de location lorsque le locataire établit avoir été retardé par cas fortuit, par cas de force majeure ou par la nature du projet³⁰⁸. Il revient à l'autorité administrative d'apprécier librement que ces circonstances sont établies, et si tel est le cas, il décide librement d'accorder la dérogation. L'autorité administrative congolaise justifie la plupart de ses décisions par des expressions telles que « vu l'urgence », « vu la nécessité » qu'elle ne prend même pas la peine de démontrer.

147. Il est important de noter que la technique de la dérogation n'est pas exclusive du respect de la légalité. Le fait est plutôt qu'« à la légalité normale est substituée une légalité élargie, moins exigeante, une légalité exceptionnelle dont le juge apprécie lui-même le contenu et les limites »³⁰⁹. La législation congolaise prévoit de nombreuses possibilités de déroger à la légalité normale mais les techniques de contrôle ne sont pas suffisamment développées. Cette faculté de déroger qui ne devrait être qu'un pouvoir exceptionnel prend les allures d'un

³⁰⁵ Article 53 2) de la Loi 81-003 du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat.

³⁰⁶ Article 67 de la Loi dite foncière.

³⁰⁷ Article 7 point 4 de la loi organique sur le barreau.

³⁰⁸ Article 94, alinéa 2, de la Loi dite foncière.

³⁰⁹ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, déjà cité, p. 114.

pouvoir ordinaire, très fréquemment utilisé. Il n'existe, à notre connaissance, aucun cas, au Congo, dans lequel le juge a été saisi pour vérifier la régularité de l'exercice d'un pouvoir de dérogation.

2.2. *Le pouvoir discrétionnaire implicite*

148. La norme peut accorder un pouvoir d'appréciation discrétionnaire à l'administration de manière implicite. Trois hypothèses peuvent être relevées. Soit que le législateur garde le silence sur une compétence en ne disant pas si l'administration doit agir ou non ou en ne précisant pas le contenu de la décision. Ce silence est interprété comme donnant à l'administration le pouvoir d'apprécier librement la conduite à adopter ou la solution à appliquer (A). Soit que le législateur indique le contenu de la décision mais de manière vague, de sorte que l'administration doit encore apprécier par elle-même ce à quoi la condition correspond concrètement (B). Soit, enfin, que le législateur détermine les marges ou les seuils dans lesquelles la décision sera prise. Cela est interprété comme donnant à l'administration le pouvoir de rechercher, à partir de sa libre appréciation, la solution la plus convenable, la plus opportune (C). Dans tous ces cas, le pouvoir discrétionnaire est implicite.

A. Le pouvoir discrétionnaire résultant du silence de la réglementation

149. Le silence est considéré comme un vide, une lacune de la réglementation. L'administration doit, toutefois, répondre aux besoins des citoyens en comblant ce vide. Elle doit rechercher ce qu'est la volonté du législateur dans ce cas précis. Mais ce faisant, elle ne s'appuie, en définitive, que sur ce que son appréciation lui indique comme étant conforme à l'intérêt général. Il est toutefois difficile de déterminer si le silence est dû à l'oubli ou à la volonté délibérée du législateur. La question sera examinée ultérieurement. Cette hypothèse se rencontre souvent dans les cas où la réglementation a prévu une institution mais sans déterminer les modalités de sa mise en œuvre. A titre d'illustration, le législateur congolais a prévu, en matière foncière, des droits de jouissance sur les terres régulièrement acquis en vertu de la coutume au profit des communautés locales. L'ordonnance du président de la République qui devait en déterminer les modalités n'a jamais été édictée³¹⁰. Dans ces conditions, en attendant toujours cette ordonnance, l'administration foncière apprécie

³¹⁰ Article 389 de la Loi dite foncière.

discrétionnairement, avec peu ou pas de succès peut être mais certainement, le règlement de ces droits. Il en est de même en ce qui concerne l'ordonnance qui devait fixer la valeur maximale de la dot qui n'a jamais été édictée non plus³¹¹.

B. Le pouvoir discrétionnaire résultant de l'indétermination légale

150. Pendant longtemps, le pouvoir discrétionnaire a été réduit à la seule hypothèse où la loi était restée vague sur les conditions de l'action administrative. En réalité, il ne s'agit que d'une hypothèse parmi tant d'autres. Dans ce cas, la loi fixe la condition de l'action administrative mais en utilisant des concepts plus ou moins imprécis. La mise en œuvre de l'action administrative implique dès lors que l'administration apprécie librement la réalisation dans le concret de la condition visée par la loi. Les illustrations de cette hypothèse sont nombreuses en matière de police administrative. En ce qui concerne la police des libertés publiques, la loi autorise généralement à l'administration de déroger ou de restreindre l'exercice des libertés publiques lorsque « l'ordre public » ou « les bonnes mœurs » risquent d'être atteints ou ont été effectivement atteints. Tel est le cas pour l'exercice des activités politiques³¹², de la liberté de pensée, de conscience et de religion³¹³ ou de la liberté de presse³¹⁴. En matière de police de construction et d'urbanisme, l'administration apprécie librement l'esthétique des lieux, les perspectives monumentales, etc.

C. Le pouvoir discrétionnaire résultant de la fixation des seuils

151. Dans ce procédé, le législateur n'indique pas à l'administration avec exactitude la solution qu'elle doit appliquer. Il se contente de lui indiquer les limites à ne pas dépasser. Autrement dit, elle lui reconnaît un pouvoir d'apprécier librement la hauteur de sa décision à la seule condition de ne pas aller au-delà ni en deçà des seuils indiqués. L'administration jouit donc d'un véritable pouvoir d'appréciation pour choisir une solution située dans un champ dont le législateur n'a fixé que le minimum et le maximum. Ce procédé est courant en ce qui concerne l'indication des délais de l'action administrative (1°) ou l'indication de certains

³¹¹ Article 363 de la Loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille congolais (*J.O.RDC.*, Numéro spécial, 25 avril 2003).

³¹² Article 6, alinéa 3, de la Constitution du 18 février 2006.

³¹³ Article 22, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006.

³¹⁴ Article 24, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006.

avantages matériels susceptibles d'être octroyés par l'administration à des catégories particulières d'institutions ou d'individus (2°).

1°. Le pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des délais d'action

152. Pour des raisons évidentes, la réglementation peut laisser une marge d'appréciation à l'administration pour choisir le moment opportun pour agir. Mais pour encadrer cette liberté, elle fixe néanmoins un délai à ne pas dépasser. En matière disciplinaire, l'administration est libre de choisir le moment de l'application de la sanction disciplinaire à condition de ne pas dépasser trois mois à dater de l'ouverture de l'action disciplinaire³¹⁵. En matière d'associations sans but lucratif et établissements d'utilité publique, le ministre de la justice a le libre choix du moment pour accorder la personnalité juridique à condition de ne pas dépasser douze mois à dater de l'autorisation provisoire³¹⁶. En ce qui concerne les partis politiques, le ministre ayant les affaires intérieures dans ses attributions est libre de choisir le moment pour prendre l'arrêté d'enregistrement à condition de ne pas dépasser trente jours à dater du dépôt de la demande d'enregistrement³¹⁷.

2°. Le pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des avantages à accorder

153. Dans ses actions de promotion des activités privées ou d'interventions sociales, l'administration peut attribuer des avantages matériels, souvent pécuniaires, sous forme de subsides, subventions ou autres allocations. Dans la majeure partie des cas, elle est libre d'apprécier la hauteur des avantages à accorder mais dans les limites fixées par la réglementation souvent en raison des contraintes budgétaires³¹⁸. A titre d'illustration, les interventions du Fonds de promotion de l'industrie peuvent prendre la forme, entre autres, « des subventions destinées à la réhabilitation des infrastructures économiques et sociales accordées dans le cadre des contrats-programmes. Elles ne doivent pas dépasser 20% du coût du programme présenté par l'entreprise contractante »³¹⁹.

³¹⁵ Article 62, alinéa 3, de la Loi portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat.

³¹⁶ Article 63, alinéa 1^{er}, de la Loi de 2002 relative aux Associations sans but lucratif et établissements d'utilité publique.

³¹⁷ Article 14, alinéa 1^{er}, de la Loi du 15 mars 2004 sur le fonctionnement des partis politiques (*J.O.RDC*, n°spécial, 18 mars 2004, p.5).

³¹⁸ Lire à ce sujet l'ouvrage monumental de David RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011.

³¹⁹ Article 6 de l'ordonnance 89-171 du 7 août 1989 portant création et statuts d'une entreprise publique dénommée Fonds de promotion de l'industrie en abrégé « F.P.I », (*J.O.Z.*, n°16, 15 août 1989, p.36).

2.3. Un pouvoir accordé délibérément ou imposé par la nature des choses

154. Après avoir passé en revue les hypothèses dans lesquelles la réglementation accorde un pouvoir discrétionnaire à l'administration, l'on est bien en difficulté de déterminer si c'est le résultat d'une volonté délibérée du législateur ou si cela est imposé par la force des choses. Il n'y a pas de réponse tranchée à ce sujet. Deux hypothèses peuvent être envisagées. L'autorité normative peut accorder délibérément le pouvoir discrétionnaire à l'administration (A). Il est aussi possible que l'administration jouisse du pouvoir discrétionnaire par la force des choses (B).

A. Le pouvoir discrétionnaire délibérément accordé à l'administration

155. Il est très délicat de déterminer, sans risque d'erreur, les cas dans lesquels l'autorité normative a délibérément accordé le pouvoir discrétionnaire et ceux où elle ne l'a pas fait. Comme toute question qui relève de la subjectivité, la preuve est toujours difficile à établir. Si l'on tient tellement à découvrir le caractère délibéré ou non, avec un peu de chances les travaux préparatoires, lorsqu'ils sont accessibles, peuvent parfois renseigner sur les intentions d'une réglementation souple ou plutôt rigide. La question la plus pertinente serait plutôt celle de savoir pourquoi le pouvoir discrétionnaire peut être délibérément accordé dans certains cas et refusé dans d'autres. La réponse est ici tirée de la tendance générale observée. Lorsque des droits subjectifs et surtout des droits fondamentaux sont en cause, la réglementation tend à prescrire des conditions strictes à l'administration³²⁰. Lorsque par contre ce sont des droits objectifs qui sont en cause et faisant appel à l'exercice du pouvoir réglementaire, la réglementation tend à lâcher du lest et à accorder une marge d'appréciation plus ou moins importante à l'administration³²¹.

B. Le pouvoir discrétionnaire par la force des choses

156. Dans certains cas, le pouvoir discrétionnaire n'est pas dû à un choix délibéré du législateur mais découle de la force des choses. Deux situations sont envisageables. Soit que la formulation de la réglementation, en dehors du choix délibéré du législateur, est lacunaire et laisse, par la force des choses, un pouvoir d'appréciation à l'administration (1°) soit plutôt

³²⁰ Alain BOCKEL, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire », déjà cité, p. 359.

³²¹ Afif DAHER, « Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir », déjà cité, p. 243.

que, peu importe le choix qu'aurait pu opérer le législateur, la nature des choses est telle que la matière ne se laisse pas enfermer dans des prescriptions rigoureusement déterminées et implique, par conséquent, un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le chef de l'administration (2°).

1°. Le pouvoir discrétionnaire découlant d'une formulation vague de la norme

157. Trois hypothèses se présentent. Soit que l'administration est obligée de combler les omissions de la loi par sa propre appréciation des faits; soit que l'administration est obligée d'interpréter ou de préciser les formulations trop vagues de la loi; soit enfin que l'administration se voit accordé des pouvoirs excessifs du fait de la formulation de la loi notamment par la multiplication des pouvoirs de dérogation. Ces cas qui sont, en principe, peu nombreux dans les pays qui ont développé une longue tradition de rédaction rigoureuse des textes législatifs et réglementaires et qui disposent des mécanismes d'accompagnement du processus normatif, sont hélas très nombreux dans les pays jeunes à l'instar du Congo. Cette situation peut être due aussi bien au défaut d'expérience et d'expertise nécessaires qu'à une culture encline à accorder des pouvoirs démesurés à l'autorité exécutive.

2°. Le pouvoir discrétionnaire découlant de la nature des choses³²²

158. Dans certains cas, le pouvoir discrétionnaire existe indépendamment du choix du législateur. Le domaine d'intervention de l'administration est tel que les pouvoirs de cette dernière ne peuvent être enfermés dans des conditions prédéterminées. C'est des domaines où l'on s'imaginerait mal que l'administration soit liée dans l'exercice de son action. Ce sera toujours le cas en ce qui concerne l'appréciation des notions aussi générales que l'ordre public, les bonnes mœurs, le bien-être, etc. Il est intellectuellement impossible de figer des réalités aussi dynamiques dans des critères légaux précis et rigides.

159. Il faut ajouter aussi la réalité selon laquelle le législateur ne peut tout prévoir³²³. Au vu de ses limites, la « plénitude de la loi écrite a été dénoncée »³²⁴. Il y a forcément des limites au

³²² Sur la notion de la nature des choses, Paul FORIERS, « La motivation par référence à la nature des choses », in Chaïm PERELMAN, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 235 et s.

³²³ Léon Husson, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in Chaïm PERELMAN, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 74 et 86.

³²⁴ *Idem*, p.84.

champ de la loi. Et c'est le pouvoir discrétionnaire de l'administration qui complète, de manière empirique, avec plus ou moins de succès, le champ que ne peut atteindre la loi. La question très actuelle et très houleuse du pluralisme de valeurs pose le problème du principe et du sens même de l'intervention du législateur et illustre cette réalité. D'un côté l'Etat législateur est vivement interpellé sur le risque d'anomie³²⁵. D'un autre côté, l'on dénonce le manque de compromis de la loi et la consécration par elle des valeurs hégémoniques de ceux qui sont les plus forts³²⁶. Il convient, face à cette sorte de dilemme, que le législateur laisse l'administration apprécier les solutions appropriées à l'égard de cette réalité très contingente.

Section II. L'étendue et le domaine du pouvoir discrétionnaire

160. L'étendue du pouvoir discrétionnaire est variable (§1). Son domaine est diversifié (§2). L'intérêt de déterminer l'étendue du pouvoir discrétionnaire est de savoir jusqu'où l'administration peut aller dans son pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Cela permet en même temps de déterminer les limites du contrôle auquel il peut être soumis.

§1. L'étendue du pouvoir discrétionnaire

161. Jusqu'où peut aller l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire ? Ce pouvoir peut-il connaître des limites ? Bien plus, quelle est la mesure de l'étendue du pouvoir discrétionnaire ? La réponse à ces questions appelle encore la distinction entre le pouvoir discrétionnaire en lui-même et l'acte comportant exercice du pouvoir discrétionnaire. Il s'observe à ce niveau que le pouvoir discrétionnaire en lui-même, dans son domaine, ne connaît pas de limites. En revanche, le pouvoir discrétionnaire connaît des limites qui lui sont extérieures dans le cadre de l'acte.

162. L'expression « pouvoir discrétionnaire » évoque d'emblée l'idée d'un pouvoir absolu qui dépend entièrement du « bon vouloir » de son titulaire. L'épithète « discrétionnaire » renvoie à ce « qui est laissé à la discrétion de quelqu'un, qui confère la libre décision à quelqu'un »³²⁷. Par extension, « pouvoir discrétionnaire » est compris comme un « pouvoir absolu, sur lequel

³²⁵ Paul LOWENTHAL, « L'anomie, prix du pluralisme », p.9, <http://www.cil.be/files/anomie.pdf> (consulté le 22 janvier 2010).

³²⁶ ANONYME, « Démocratie et valeurs. Quelle stratégie dans une société pluraliste ? », p.1, perso.infonie.be/le.feu/ms/cfr/demvalfr.pdf (Consulté le 22 janvier 2010).

³²⁷ <http://www.cnrtl.fr/definition/discrétionnaire> (Consulté le 23 janvier 2010).

ne s'exerce aucun contrôle, laissé au bon plaisir de celui qui le possède »³²⁸. Le détenteur de ce pouvoir est l'instance ultime qui fixe les valeurs de référence de l'édiction des normes. En prenant sa décision, il n'en répond que devant « sa conscience et son honneur »³²⁹. Cette acception donne lieu à une conception stricte du pouvoir discrétionnaire. Dans cette conception, le « pouvoir discrétionnaire » ne s'applique que dans les cas où l'administration est entièrement libre de décider d'agir ou de choisir librement sa décision dans une gamme de mesures également conformes au droit. Le pouvoir discrétionnaire, entendu comme une liberté d'appréciation reconnue à l'administration, ne varie pas en intensité. C'est cela qui explique cette affirmation selon laquelle « ce pouvoir n'est pas susceptible de plus ou de moins. Il est ou il ne l'est pas. Il n'y a pas de moyen terme dans cette alternative »³³⁰.

163. L'étendue du pouvoir discrétionnaire ne peut se concevoir que dans le cadre de l'acte administratif qui en comporte exercice. Selon que l'acte comporte beaucoup d'éléments liés, l'étendue du pouvoir discrétionnaire sera moindre. Mais si beaucoup d'éléments de l'acte sont discrétionnaires, l'étendue du pouvoir discrétionnaire en sera plus élevée. C'est au regard des éléments de l'acte que l'étendue du pouvoir discrétionnaire est susceptible de varier. L'expression « le pouvoir discrétionnaire est d'une intensité variable » doit dès lors être comprise comme voulant dire que l'acte comportant exercice du pouvoir discrétionnaire est plus ou moins lié. C'est dans le cadre de cette conception que doit être comprise l'affirmation selon laquelle il n'y a pas d'acte entièrement lié ni d'acte entièrement discrétionnaire. Il n'y a pas d'acte entièrement discrétionnaire, dans la mesure où au moins un de ses éléments est toujours lié, à savoir le but qui est celui de la satisfaction de l'intérêt général. Il n'y a pas d'acte entièrement lié, dans la mesure où au moins le choix du moment est laissé à la libre appréciation de l'autorité administrative.

164. La décision de l'administration n'est ni entièrement discrétionnaire ni entièrement liée. Elle est discrétionnaire dans certains de ses éléments et liée par rapport à d'autres³³¹. Les éléments de l'acte sont, en effet, l'objet, les motifs et le but. Ce sont les éléments dits de la légalité interne de l'acte. L'on peut y ajouter des éléments dits de la légalité externe à savoir la compétence de l'auteur de l'acte ainsi que la procédure à suivre dans l'élaboration de l'acte

³²⁸ <http://www.cnrtl.fr/definition/discrétionnaire> (Consulté le 23 janvier 2010).

³²⁹ Paul TAPIE, « Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives », p. 26.

³³⁰ Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 59.

³³¹ Par ailleurs, l'on fait observer que même à l'intérieur d'un acte lié par la loi, l'auteur décide de façon discrétionnaire, Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, p. 111.

dans la mesure où l'administration peut parfois jouir, à leur égard, d'une certaine liberté d'appréciation. Plus précisément, dans le même acte, l'administration ne jouit pas d'un pouvoir d'appréciation sur tous les éléments à la fois. De la même manière, dans le même acte, tous les éléments ne peuvent pas lui être imposés à la fois. Ainsi, l'on dira que l'administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire élevé dans l'édition de tel acte si son pouvoir d'appréciation s'étend sur la majorité des éléments. En revanche, ce pouvoir sera jugé moindre si l'appréciation est limitée à très peu d'éléments. A titre d'exemple, l'administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire important lorsqu'en dehors du but d'intérêt général elle jouit de l'entière liberté pour apprécier l'objet et les motifs de l'acte. Par contre, lorsque le but et les motifs sont imposés et que l'administration ne jouit que de la libre appréciation de l'objet, le pouvoir discrétionnaire est relativement moindre.

165. Quelle est l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration souhaitable? Il s'agit là d'une question importante notamment pour la détermination de l'étendue du contrôle juridictionnel. Elle est cependant délicate. La seule mesure de cette étendue est le respect du but d'intérêt général. Or, l'on sait que l'intérêt général est une notion indéterminée. L'on doit, dans chaque cas particulier, rechercher ce qu'il requiert. Le législateur et le juge, à partir de ce qu'ils estiment être requis par l'intérêt général, encadrent l'exercice du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'administration. Il leur appartient ainsi de reconnaître à l'administration un niveau de pouvoir qui lui permette de réaliser sa mission mais sans porter atteinte à l'intérêt général ou aux droits des citoyens. Il est impossible de fixer un niveau optimal de pouvoir discrétionnaire susceptible d'être généralisé à tous les cas. Il appartient plutôt au pouvoir normatif d'apprécier, selon les matières et les enjeux, le niveau souhaitable. L'idéal serait que, dans la formulation de la règle accordant le pouvoir discrétionnaire, il soit toujours prévu un minimum de conditions juridiques que doit respecter l'administration pour ne pas porter atteinte aux intérêts précités. Ce minimum de conditions est la base à partir de laquelle un contrôle juridictionnel minimal peut être exercé pour s'en assurer. L'on doit éviter, notamment, d'accorder à l'administration un pouvoir absolument incontrôlable surtout dans des domaines où l'intérêt général et les droits des citoyens risquent d'être atteints. C'est le cas notamment d'un pouvoir incontrôlé accordé à l'autorité de déroger à la réglementation normale sans devoir s'en justifier par un minimum de motivation ou sans devoir observer des préalables visant à préserver des intérêts donnés.

§2. *Le domaine du pouvoir discrétionnaire*

166. Nous entendons par domaine du pouvoir discrétionnaire les secteurs de l'activité administrative dans lesquels se rencontre l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cette question permet de savoir s'il y existe des domaines où l'activité administrative échapperait au contrôle juridictionnel en raison du pouvoir d'appréciation discrétionnaire reconnu à l'administration. A ce sujet, l'on observe une certaine différence entre le domaine du pouvoir réglementaire et le domaine des actes individuels (1). D'autre part, l'on observe que l'exercice du pouvoir discrétionnaire est pratiqué dans plusieurs matières (2).

1. Les domaines du pouvoir réglementaire et des actes individuels

167. L'idée selon laquelle le pouvoir réglementaire est le domaine par excellence du pouvoir discrétionnaire a longtemps prévalu³³². Cette idée a été justifiée par le fait que le pouvoir réglementaire s'exerce en vue de la satisfaction de l'intérêt général non autrement défini, ce qui laisse beaucoup de marge de manœuvre à l'administration. Dans ce domaine, l'administration n'est pas censée agir en faveur ou au détriment du droit subjectif d'un individu, ce qui fait que son action n'est pas liée sur un nombre important de points. Par contre, l'acte individuel est supposé souvent créer ou supprimer un droit subjectif, ce qui lie l'administration quant à son action et donc l'on pourrait y présumer l'absence de pouvoir discrétionnaire. Ce raisonnement comporte une part de vérité mais il est limité au seul point de vue du droit subjectif. La réalité est plutôt que le pouvoir discrétionnaire s'exerce aussi bien dans le cadre des décisions réglementaires que dans le cadre des décisions individuelles.

168. Dans le cadre du pouvoir réglementaire, le pouvoir normatif peut laisser l'administration choisir librement d'agir ou choisir librement le contenu de sa décision. C'est aussi le cas en ce qui concerne certains actes individuels, notamment lors de l'exercice du pouvoir disciplinaire. Le pouvoir discrétionnaire se retrouve aussi bien parmi les actes d'abstention que parmi les actes positifs³³³.

³³² Afif DAHER, « Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir », déjà cité, p. 243.

³³³ Cyr CAMBIER, « Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité », *J.T.*, 1952, p. 683.

2. Les matières dans lesquelles s'exerce le pouvoir discrétionnaire

169. Le pouvoir discrétionnaire s'exerce dans un nombre élevé de domaines notamment les actes de planification, de réglementation, de choix budgétaire, etc.³³⁴. Les matières sont aussi les plus diversifiées. L'on se rend compte aujourd'hui qu'il n'existe plus aucun secteur de la vie quotidienne qui échappe à l'action administrative³³⁵. C'est de la même manière que l'exercice du pouvoir discrétionnaire se retrouve dans plusieurs secteurs. Certains secteurs sont toutefois beaucoup plus en vue que d'autres. C'est le cas des domaines de la fonction publique, de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme, de la propriété, de l'action économique des pouvoirs publics, de la condition des étrangers, de la sécurité, etc.

170. Une opinion très répandue a soutenu que le domaine du pouvoir discrétionnaire est en pleine expansion en raison de l'extension croissante des domaines d'intervention de l'administration en matière économique. Une opinion contraire estime, par contre, que ce domaine est entrain de connaître un recul en raison du développement des techniques juridiques diverses dont les unes sont législatives et réglementaires et d'autres liées au renforcement du contrôle juridictionnel³³⁶.

Section III. Le pouvoir discrétionnaire et la notion d' « actes de gouvernement »

171. L'étude de la notion de pouvoir discrétionnaire conduit inmanquablement à s'interroger sur la notion d'actes dits de gouvernement. La question est de savoir si les « actes de gouvernement » font partie intégrante de la notion de pouvoir discrétionnaire et s'il faut donc en tenir compte dans une étude portant sur celle-ci. Répondre à cette question implique d'abord de dévoiler le contenu que recouvre cette notion (§1), d'indiquer le rapport qu'elle entretient avec la notion de pouvoir discrétionnaire (§2) et surtout de dire s'il existe réellement des actes susceptibles de cette qualification. A ce sujet, notre propos consiste à démontrer qu'il n'existe pas d'actes administratifs qui, sous le couvert de cette théorie, mériterait d'échapper à tout contrôle juridictionnel. Par contre, certains actes dits de gouvernement sont, en réalité, des actes administratifs justiciables, par principe, devant le

³³⁴ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 80.

³³⁵ Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, p. 39.

³³⁶ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 93 et s.

juge administratif et d'autres sont des actes « politiques » justiciables, par principe, devant le juge constitutionnel. Cet éclairage nous permettra d'indiquer que dans la catégorie d' « actes de gouvernement » notre étude ne s'intéressera qu'aux actes qui sont administratifs et susceptibles de contrôle du juge administratif. Elle ne s'intéressera pas aux actes qui ne sont pas administratifs et qui sont susceptibles de contrôle du juge constitutionnel (§3).

§1. La notion d' « actes de gouvernement »

172. De nombreuses réflexions, aussi bien anciennes que récentes, ont porté sur la théorie d'actes de gouvernement³³⁷. Il s'en dégage la difficulté de définir la notion et de soutenir l'immunité juridictionnelle de l'acte dit de gouvernement. La théorie d'actes de gouvernement est une théorie jurisprudentielle selon laquelle certains actes devraient échapper à la censure du juge en raison de leur connotation politique très marquée (1). Cette théorie est l'objet de nombreuses critiques et la tendance générale est à la limitation de ces actes qui échapperaient à la censure juridictionnelle sous le prétexte qu'ils seraient des « actes de gouvernement » (2).

1. La justification de la théorie des actes de gouvernement

173. La théorie d'actes de gouvernement est d'origine jurisprudentielle et est née en France. Elle est justifiée par l'existence d'un certain nombre d'actes pris par des autorités relevant du

³³⁷ BREMOND, « Des actes de gouvernement », *RD publ.*, 1896, vol. 1; P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1935; Charles HUBERLANT, « Les actes de gouvernement – l'état de la question en droit belge », *A.D.*, 1954, 2^{ème} livraison, pp. 45 et s.; René CHAPUS, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *D.*, 1958, Chron., p.2-10; VIRALLY, M., « L'introuvable acte de gouvernement », *RD publ.*, 1952, p. 317-358; P.H. CHALVIDAN, « Doctrine et acte de gouvernement », *A.J.*, 1982; Rusen ERGEC, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : actes de gouvernement ou réserve de pouvoir discrétionnaire ? », *R.D.I.P.*, 1986, pp. 72 et s.; Louis FAVOREU, « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *R.F.D.A.*, 1987; O. CAYLA, « Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement », *R.F.D.A.*, 1994; J. MOREAU, « Internalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement », *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz-Sirey, 1994; J. AUVRET-FINCK, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *R.D.P.*, 1995; Michel LEROY, « Les actes de gouvernement; un spectre qui hante la jurisprudence du Conseil d'Etat belge », *A.P.T.*, 1999; F. RAYNAUD et P. FOMBEUR, « Régime des actes parlementaires et notion des actes de gouvernement », *AJDA*, 1999, p. 409 et s.; P. JAN, « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », *LPA*, 20 juill. 1999, n° 143, p. 26.; F. MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *R.F.D.A.*, 2001; Jean-Claude VENEZIA, « Eloge de l'acte de gouvernement », in *Liber amicorum Jean Waline – Gouverner, administrer, juger*, Paris, Dalloz, 2002, p. 723-731; Louis FAVOREU, « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003; Elise CARPENTIER, « L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *RFDA*, 2006; Moea VONSY, « Actes de gouvernement et droit au juge. A propos de l'arrêt Cour européenne des droits de l'homme, 14 déc. 2006, *Markovic c/ Italie*, req. n° 1398/03 », *RFDA*, Juillet-août 2008, pp.728-735. etc.

pouvoir exécutif qui sont profondément marqués par une connotation politique très prononcée qui empêcherait que le juge puisse en connaître au risque de gêner l'action du gouvernement³³⁸. Le juge administratif a pour habitude de décliner sa compétence à l'égard de ces actes selon des formules très diverses mais toutes révélatrices de la volonté de ne pas se confronter avec le pouvoir politique³³⁹. La crainte est qu'il risque d'y avoir une confrontation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif si le juge devrait connaître des actes relevant de cette catégorie. Il s'est avéré difficile pour la doctrine d'en dégager une définition théorique générale ou de critères précis³⁴⁰. Pour les désigner, elle se rabat sur la « technique de la liste »³⁴¹. Il y a la liste d'« actes de gouvernement dans l'ordre interne » et celle d'« actes de gouvernement dans l'ordre international »³⁴². Ces listes se rétrécissent au fur et à mesure que le contrôle juridictionnel s'étend sur des actes jadis qualifiés d'« actes de gouvernement ».

174. Les « actes de gouvernement dans l'ordre interne » désignent des actes pris par les autorités exécutives dans leurs rapports avec les autres pouvoirs, essentiellement avec le pouvoir législatif. L'on y retrouve notamment la promulgation d'actes législatifs, la dissolution du parlement, le discours sur l'état de la nation qui ne donne lieu à aucun débat, la présentation du programme du gouvernement préalable à son investiture, etc. Il s'y ajoute les rapports d'ordre constitutionnel entre le Président de la République et le Gouvernement. Il s'agit de « constitution du gouvernement, présentation de sa démission, nomination et cessation des fonctions des ministres, initiatives d'ordre constitutionnel du premier ministre ou du président de la République (ou du refus de prendre de telles initiatives) »³⁴³. Les « actes de gouvernement dans l'ordre international » désignent des mesures ou comportements relatifs à la négociation ou à l'exécution des accords internationaux, d'une part, et de l'autre, les mesures ou comportements relatifs à la conduite des relations diplomatiques et extérieures³⁴⁴.

³³⁸ Michel LEROY, *Op.cit.*, p. 183.

³³⁹ Michel LEROY, *Op.cit.*, p. 184.

³⁴⁰ Michel LEROY, *Op.cit.*, p.183 ; Elise CARPENTIER, *Op.cit.*, p. 662.

³⁴¹ Elise CARPENTIER, *Op.cit.*, p. 662, note 12 ; Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 1994, p. 39 ; Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 575.

³⁴² René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome Ier, 13^e édition, Paris, Montchrestien, 1999, p. 907.

³⁴³ *Ibidem.*

³⁴⁴ *Ibidem.*

175. La notion d'« actes de gouvernement » n'est définie ni par le législateur ni par le juge congolais. D'aucuns lui trouvent, cependant, une base juridique dans la loi relative à la procédure devant la section administrative de la Cour suprême de justice³⁴⁵. Elle dispose, en effet, que « la Cour apprécie souverainement les actes du Conseil exécutif qui échappent à son contrôle »³⁴⁶. Pour illustrer l'absence d'immixtion des organes judiciaires dans l'administration, Antoine RUBBENS a considéré que « la loi soustrait au contrôle judiciaire les « actes de gouvernement » »³⁴⁷. L'article 87, alinéa 2, de la loi sur la procédure près la Cour suprême de justice de 1982 n'est qu'une version légèrement remaniée de l'article 88 de la loi de 1969 relative à la procédure près la Cour suprême de justice qui était encore plus explicite. Il y était disposé que la Cour ne contrôle ni les actes législatifs ni les actes de gouvernement³⁴⁸. Le juge se réfère fréquemment à l'article 87, alinéa 2, précité pour se déclarer incompétent en vertu de la théorie des actes de gouvernement.

176. L'on constate, cependant, avec Antoine RUBBENS, que la loi n'a pas précisé ce qu'il faut entendre par « apprécie souverainement ». Elle n'a pas précisé non plus les critères grâce auxquels la Cour pourrait reconnaître les « actes de gouvernement ». Ainsi « ce lexique étant emprunté au droit administratif français, suggère RUBBENS, la Cour s'inspirera vraisemblablement de la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la doctrine française pour donner son « appréciation souveraine » sur ce point »³⁴⁹. L'on observe, en effet, que chaque fois que la Cour décline sa compétence à l'égard d'un acte du Gouvernement, elle invoque toujours son « appréciation souveraine » et qualifie l'acte attaqué d'« acte de gouvernement ». Ces très larges pouvoirs d'appréciation reconnus au juge suscitent beaucoup d'inquiétude surtout dans le contexte congolais où l'indépendance du juge face au pouvoir politique est encore à construire. Le risque de déni de justice, et donc le libre cours de l'arbitraire, est très élevé surtout que les décisions de la section administrative de la Cour suprême de justice sont rendues en premier et dernier ressort³⁵⁰. Elles ne sont susceptibles que de la tierce opposition.

³⁴⁵ Félix VUNDUAWA, *Op.cit.*, p. 860.

³⁴⁶ Article 87, alinéa 2, de la Loi portant procédure près la Cour suprême de justice. Le « Conseil exécutif » était l'appellation du Gouvernement sous la deuxième République.

³⁴⁷ Antoine RUBBENS, *Le droit judiciaire congolais. Tome I. Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*, Kinshasa, Université Lovanium, Bruxelles, Larcier, 1970, p. 32.

³⁴⁸ Jacques de BURLET, *Précis de droit administratif congolais*, déjà cité, p. 237.

³⁴⁹ *Idem*, p. 285.

³⁵⁰ Dans ce sens, DIBUNDA KABUINJI, « Rôle et pouvoirs de la Cour suprême de Justice zaïroise », in *Revue analytique de jurisprudence zaïroise (R.A.J.Z.)*, Kinshasa, p. 62.

2. Critiques doctrinales et limitation juridictionnelle de la théorie des actes de gouvernement

177. La théorie d'actes de gouvernement est aujourd'hui l'objet de vives critiques. Même si les pouvoirs publics doivent avoir les mains libres et qu'il faut par conséquent éviter de « céder à la folie de contrôles qui est une caractéristique de notre temps »³⁵¹, l'immunité juridictionnelle des « actes de gouvernement » est regrettable dans la mesure où elle s'accommode mal de l'idée de l'Etat de droit³⁵². Elle constitue, en outre, une entorse au principe de légalité³⁵³. Cette immunité est particulièrement regrettable pour l'efficacité de la protection juridictionnelle³⁵⁴. L'on a dénoncé, à juste titre, l'usage opportuniste de la théorie des actes de gouvernement dans les pays d'Afrique francophone³⁵⁵. Plusieurs voix se sont, ainsi, élevées pour l'éradication de cette notion au motif qu'elle serait de nature à ouvrir la porte à l'arbitraire. L'on constate, dans cette optique, des progrès importants dans le contrôle juridictionnel tendant à la réduction du domaine de ladite théorie. L'application de la théorie de l'acte détachable a permis plusieurs fois au juge de censurer les actes dits de gouvernement en contrôlant les actes qui en sont détachables³⁵⁶. L'on remarque également une nette tendance, dans plusieurs systèmes juridiques, à la remise en cause progressive de l'exclusion du contrôle de certains actes en raison de leur contenu « politique » dès lors que les décisions en cause ont une portée juridique³⁵⁷. Globalement considérée, la notion d'acte de gouvernement est donc une espèce en voie de disparition.

§2. Le rapport entre « actes de gouvernement » et « pouvoir discrétionnaire »

178. Les deux notions entretiennent des rapports étroits. Elles comportent toutes l'exercice d'une appréciation discrétionnaire par l'autorité publique (1). Elles s'appliquent à des décisions à caractère politique, mais cela n'est vrai qu'en partie pour le pouvoir discrétionnaire (2). Elles ont toutes pour effet d'éluider en partie, pour le pouvoir discrétionnaire, et totalement, pour l'acte de gouvernement, le contrôle juridictionnel et c'est là que se situe leur différence fondamentale (3).

³⁵¹ René CHAPUS, *Droit administratif général*, déjà cité, p. 906.

³⁵² René CHAPUS, *Droit administratif général*, déjà cité, p. 907 ; Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 575.

³⁵³ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 238.

³⁵⁴ Charles DEBBASCH, Jean-Claude RICCI, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 39.

³⁵⁵ Gérard CONAC, « Le juge de l'Etat en Afrique francophone », déjà cité, p. 14.

³⁵⁶ Josiane AUVRET-FINCK, *Op.cit.*, p. 137.

³⁵⁷ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe », déjà cité, p. 9.

1. L'exercice d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire par l'autorité publique

179. Il est clair que les actes dits de gouvernement, à l'instar des actes comportant exercice de pouvoir discrétionnaire, comportent l'exercice d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire par l'autorité publique qui y procède. Cela s'observe bien à l'examen des exemples fournis dans les listes d'actes dits de gouvernement. Qu'il s'agisse des actes pris dans la sphère du droit interne ou du droit international, l'autorité publique jouit d'un important pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans le sens où le droit ne prédétermine pas, en grande partie dans tous les cas, les conditions d'adoption de l'acte. L'autorité publique apprécie, avec une marge importante de liberté, l'opportunité de dissoudre le parlement, de promulguer les actes législatifs, de nommer les membres d'un gouvernement, etc. Elle apprécie, pareillement, avec une marge importante de liberté, l'opportunité d'engager ou de mettre fin à des relations diplomatiques avec un Etat, de signer ou d'adhérer à une convention internationale, d'adhérer à une organisation internationale, de donner suite à un mandat émis par un Etat ou par une juridiction internationale. L'acte de gouvernement et l'acte pris dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire reposent tous sur un pouvoir de libre appréciation de l'autorité publique.

2. L'application à des décisions de contenu politique

180. Si l'« acte de gouvernement » est ainsi qualifié, essentiellement en raison de son contenu éminemment politique, certains actes administratifs pris dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire comportent aussi un contenu politique plus ou moins significatif. Cela est d'ailleurs l'une de raisons pour lesquelles il est délicat de tracer une frontière étanche entre les deux notions. Les « actes de gouvernement » ont un contenu politique parce qu'ils concernent les rapports entre le gouvernement et les autres pouvoirs, c'est-à-dire des rapports entre des institutions politiques sur des matières politiques. C'est le cas des rapports entre le gouvernement et le parlement, du Président de la République et du gouvernement, ou du gouvernement avec un Etat étranger ou une organisation internationale. Certains actes administratifs pris dans le cadre du pouvoir discrétionnaire, sans concerner les rapports entre des institutions politiques agissant dans des matières politiques, ont néanmoins un contenu politique certain. C'est le cas de la nomination des hauts fonctionnaires « à la discrétion » du Président de la République ou du Premier ministre selon les cas, qui, même si elle intervient dans le cadre de la gestion administrative, tient néanmoins compte des considérations politiques. Cet aspect politique, en principe non mentionné dans la décision, est cependant

toujours présent. Il faut toutefois préciser que c'est seulement quelques décisions, dans le domaine du pouvoir discrétionnaire, qui ont un contenu politique. Il est, par exemple, difficile de trouver un contenu politique significatif derrière une décision « discrétionnaire » d'application d'une sanction disciplinaire à un fonctionnaire ordinaire d'une administration tout aussi ordinaire.

3. Des effets différents sur le contrôle juridictionnel

181. Les notions de pouvoir discrétionnaire et d' « actes de gouvernement » sont caractérisées par leur impact sur la compétence du juge administratif et c'est dans la nature de cet impact que se situe leur différence profonde. C'est dans ce cadre qu'il a été dit qu' « elles sont relativement voisines dans leurs effets pratiques, mais radicalement différentes à la fois dans la technique juridique mise en œuvre et dans les conceptions qui les sous-tendent »³⁵⁸. La notion d' « acte de gouvernement » aboutit à l'incompétence totale du juge administratif. L'acte administratif pris dans le cadre du pouvoir discrétionnaire ne pose aucun problème de compétence ni d'ailleurs de recevabilité devant le juge administratif. Dans certains cas, le juge estimera qu'il n'est pas indiqué de contrôler l'appréciation discrétionnaire faite par l'administration sauf seulement à examiner s'il n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation. Le pouvoir discrétionnaire n'aura été, dans ce cas, qu'à la base de la réduction de l'intensité du contrôle du juge et non de l'immunité juridictionnelle totale de l'acte. Dans d'autres cas, le juge décidera de ne pas contrôler du tout l'acte pris dans le cadre du pouvoir discrétionnaire lorsque la loi ou le règlement n'a pas donné des conditions juridiques pouvant conférer une utilité pratique au contrôle juridictionnel. L'immunité juridictionnelle n'est pas de principe comme pour le cas de l' « acte de gouvernement » mais seulement la conséquence du bon sens. Tel est le cas notamment de la loi sur les ordres nationaux et les décorations qui indique les différents ordres, décorations et grades ainsi que leur signification symbolique sans obliger le Président de la République à des conditions de forme ou de procédure ou à une motivation quelconque³⁵⁹. Le jugement de la régularité de la décision par laquelle le Président de la République confère des grades dans les ordres nationaux ou des décorations serait dès lors très délicat. Pour le requérant, il sera déjà bien difficile d'établir l'intérêt d'une telle action.

³⁵⁸ Michel LEROY, *Op.cit.*, p. 184.

³⁵⁹ « Le Président de la République confère les grades dans les ordres nationaux et les décorations, conformément à la loi », Article 84 de la Constitution du 18 février 2006.

§3. Il n'y a pas d' « actes de gouvernement » insusceptibles de contrôle juridictionnel par nature

182. L'existence d'une catégorie d'actes administratifs insusceptibles de contrôle juridictionnel par nature nous paraît insoutenable. Il a été ainsi démontré que l' « acte de gouvernement » est « justiciable par nature » et « injusticiable par accident »³⁶⁰. Trois remarques démontrent que ces actes sont, en principe, justiciables. D'abord, dans la catégorie présentée comme « actes de gouvernement », il n'y a pas que des actes administratifs contrairement à une présentation répandue. Certains sont des actes administratifs tandis que d'autres ne sont pas des actes administratifs (1). Ensuite, les actes administratifs, peu importe leur contenu politique, sont susceptibles, par principe, de contrôle du juge administratif (2). Enfin, les actes non administratifs sont susceptibles, par principe, de contrôle du juge constitutionnel (3).

1. Certains « actes de gouvernement » sont des actes administratifs, d'autres ne le sont pas

183. Les « actes de gouvernement » sont présentés comme des actes administratifs qui doivent échapper au contrôle juridictionnel en raison de leur contenu politique. Cette présentation n'est pas entièrement conforme à la réalité. La notion d' « acte de gouvernement » s'applique aussi bien aux actes administratifs qu'aux actes qui n'en sont pas. Il faut même noter que les actes administratifs représentent une portion infime. Pour étayer cette affirmation, nous allons nous servir des critères de la nature juridique de l'acte administratif pour identifier quels sont les actes administratifs. Tous les actes qui ne répondent pas à ces critères ne peuvent pas être considérés comme des actes administratifs. Les critères de l'acte administratif sont les critères organique et matériel³⁶¹. Les actes administratifs « procèdent d'autorités administratives et sont, en tout cas, pris dans l'exercice d'un « pouvoir administratif »... »³⁶².

184. Du point de vue organique, est administratif l'acte qui émane d'une autorité administrative rattachée, en principe, au pouvoir exécutif. Certes, l'autorité administrative

³⁶⁰ Louis FAVOREU, cité par Josiane AUVRET-FINCK, *Op.cit.*, p. 135.

³⁶¹ Dans sa démonstration sur les bases constitutionnelles du droit administratif, le doyen Georges VEDEL a dégagé la définition du droit administratif à partir des critères organique et matériel, voir à ce sujet René CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 13^{ème} édition, 1999, p. 5.

³⁶² *Idem*, p. 665.

peut être une autorité gouvernementale mais toute autorité administrative n'est pas une autorité gouvernementale. A titre d'illustration, le chef de division des affaires foncières est une autorité administrative rattachée au pouvoir exécutif mais elle n'est pas une autorité gouvernementale. En revanche, les ministres, le Premier ministre ou le Président de la République sont, des autorités administratives rattachées au pouvoir exécutif et sont également des autorités gouvernementales.

185. Mais, toute autorité gouvernementale n'agit pas toujours comme une autorité administrative. Cette dernière assertion fait appel au critère matériel. Du point de vue matériel, est administratif l'acte qui est pris dans l'exercice des fonctions administratives. C'est l'acte dont l'objet est de réaliser une activité de gestion administrative en exécution de la loi ou du règlement. Les fonctions administratives se distinguent à ce titre des fonctions gouvernementales. Les deux types de fonctions, administratives et gouvernementales, font partie de la fonction exécutive. C'est au départ de ces critères que l'administration a été définie comme « l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics s'exerçant sous un régime de puissance publique »³⁶³. A titre d'illustration, l'autorisation ou le refus de construire sont des actes administratifs. Par contre, la nomination ou la révocation des membres du gouvernement ne sont pas des actes administratifs.

186. Les critères organique et matériel sont souvent cumulatifs mais pas toujours. Il arrive, en effet, que le seul critère matériel confère le caractère administratif à l'acte. C'est le cas notamment de certains actes pris par des autorités législatives ou judiciaires mais dont l'objet est manifestement la gestion administrative. C'est le cas par exemple des décisions de nomination ou de sanction disciplinaire du personnel administratif des assemblées par les autorités de ces dernières ou le cas de passation des marchés publics par ces dernières³⁶⁴.

187. Les critères organique et matériel sont cumulatifs mais pas forcément. En ce qui concerne le critère organique, il n'est pas en lui-même suffisant lorsque l'acte a été pris par une autorité gouvernementale. Cette dernière peut, en effet, porter une double casquette. Elle

³⁶³ René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, Paris, Montchrestien, 13^{ème} édition, 1999, p. 4.

³⁶⁴ Voir à ce sujet l'évolution enregistrée en droit belge à la suite de l'affaire de M. Charles-Antoine de MEESTER de BETZENBROECK rapportée par David RENDERS, *Droit administratif*, Tome II, Cours UCL, 2010-2011, p.9 et s.

peut agir comme une autorité politique ou comme une autorité administrative³⁶⁵. Ses décisions ne sont administratives que quand elle agit comme une autorité administrative. Pour savoir en quelle qualité elle a agi, il faut se référer à la nature de la décision qu'elle a prise, c'est-à-dire au critère matériel. Lorsqu'elle agit dans les matières mettant le gouvernement en rapport avec les autres pouvoirs, avec les Etats étrangers ou avec les organisations internationales, l'acte pris n'est plus administratif mais de caractère politique. Il est admis que « le pouvoir exécutif, au sens matériel, n'apparaît pas réductible à ce que l'on appelle généralement la fonction administrative »³⁶⁶. Les « actes de gouvernement » correspondent à « l'exercice de la fonction gouvernementale »³⁶⁷. Si l'acte administratif découle directement de la mise en œuvre d'une loi ou d'un règlement³⁶⁸, l'acte de caractère politique « ...découle directement de la mise en œuvre d'une compétence constitutionnelle »³⁶⁹ de l'autorité gouvernementale. Elise CARPENTIER suggère ainsi la notion d'« acte constitutionnel institutionnel », le terme institutionnel s'opposant à « individuel ». La notion d'« acte constitutionnel », empruntée au droit espagnol, désigne « les actes pris par les organes constitutionnels dans l'exercice de leurs attributions constitutionnelles spécifiques »³⁷⁰. Les actes ainsi désignés correspondent aux deux listes d'« actes de gouvernement » précédemment présentées. Ainsi, la décision de nomination ou de révocation d'un Premier ministre ou des ministres n'est pas un acte administratif mais un acte politique « constitutionnel » correspondant aux pouvoirs directement reconnus au Président de la République ou au Roi en dehors de la mise en œuvre d'une loi ou d'un règlement. L'utilité de cette distinction apparaît davantage au niveau du régime contentieux.

³⁶⁵ L'expression « autorité politico-administrative » a été longtemps utilisée dans les lois congolaises relatives à l'organisation territoriale et administrative.

³⁶⁶ Josiane AUVRET-FINCK, *Op.cit.*, p. 167.

³⁶⁷ André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA, Yves GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Tome I, 10^{ème} édition, Paris, LGDJ, 1988, p. 535, § 918 cité par OKITENEMBO WETSHONGUNDA, « La théorie des actes de gouvernement dans l'arrêt de la Cour suprême de justice RA 459 et consorts du 26 septembre 2001 sur la révocation des 315 magistrats », *Les analyses juridiques*, Revue quadrimestrielle, Lubumbashi, n°5/2005, p. 23.

³⁶⁸ Cette observation se vérifie même dans le cadre des règlements autonomes qui, sans découler de la mise en œuvre directe d'une loi, ont quand même une portée infra législative dans la mesure ils sont censés se conformer aux principes généraux du droit qui ont valeur législative. C'est à ce titre, d'ailleurs, que les règlements autonomes sont susceptibles de contrôle de légalité, René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, déjà cité, p. 631, n°838.

³⁶⁹ P. JAN, « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », p. 26, cité par Elise CARPENTIER, *Op.cit.*, p. 664.

³⁷⁰ *Idem*, p. 663.

2. Les actes administratifs sont, par principe, justiciables devant le juge administratif

188. Le problème ne se pose pas ici pour tous les actes administratifs. Le présent propos ne vise que les actes administratifs dont le contenu politique important les rapproche des « actes de gouvernement ». Nous voulons simplement rappeler ce qui a déjà été dit plus haut. Lorsqu'un acte administratif est le résultat d'une appréciation discrétionnaire important de caractère politique, il n'y a aucun obstacle de principe pour sa justiciabilité. Il ne pose ni un problème de compétence ni de recevabilité. La Constitution, qui attribue la compétence aux juridictions administratives pour connaître des actes des autorités administratives, ne mentionne aucune limitation de compétence fondée sur le contenu « politique » de l'acte³⁷¹. Il se déduit du principe de légalité qu'aucun acte administratif « n'évite le contrôle de la légalité dévolu par la loi aux juridictions qu'elle établit à cette fin »³⁷² même s'il s'agit des actes dits de gouvernement. L'acte est justiciable dès l'instant où il a le caractère administratif et qu'il émane d'une autorité administrative. Il peut arriver néanmoins que le juge, au regard de sa politique jurisprudentielle, renonce à son contrôle s'il estime qu'il ne saura s'exercer utilement au regard du large pouvoir d'appréciation reconnu à l'administration. Ce qui serait seulement à craindre, c'est que le juge ne se réfugie abusivement derrière la théorie des actes de gouvernement pour éviter d'exercer son contrôle pour des motifs inavoués ou inavouables, notamment des intérêts ou des pressions politiques³⁷³.

3. Les actes « constitutionnels » sont, par principe, justiciables devant le juge constitutionnel

189. Une partie importante d'« actes de gouvernement » ayant été définis comme résultant de la mise en œuvre directe des compétences constitutionnelles, il semble normal que le juge constitutionnel soit compétent pour contrôler leur conformité à la constitution. Comme il s'agit de règles juridiques, il est normal que leur régularité soit contrôlée et au besoin par une instance juridictionnelle. Une difficulté technique consisterait au fait que ces actes ne soient pas expressément prévus dans les compétences de la juridiction constitutionnelle. Cette difficulté se rencontre effectivement dans le système juridique congolais où il est, en l'état

³⁷¹ « Sans préjudice des autres compétences que lui reconnaît la Constitution ou la loi, le Conseil d'Etat connaît, en premier et dernier ressort, des recours pour violation de la loi, formés contre les actes, règlements et décisions des autorités administratives centrales », Article 155, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 18 février 2006.

³⁷² Cyr CAMBIER, « Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité », *J.T.*, 67^{ème} année, n°3959, 7 décembre 1952, p. 633.

³⁷³ Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation...* déjà cité, p. 264.

actuel du droit, impossible d'insérer certains « actes de gouvernement » dans le contrôle de la Cour constitutionnelle.

190. L'inquiétude est d'autant plus élevée qu'un acte ainsi qualifié « de gouvernement » échappe à la censure de tout juge, qu'il soit administratif ou constitutionnel. La Cour constitutionnelle connaît des recours en inconstitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi ainsi que de tout acte législatif ou réglementaire³⁷⁴. Certains actes dits de gouvernement ne peuvent s'insérer dans cette énumération. Par exemple, l'ordonnance de nomination du Premier ministre et des membres du gouvernement par le Président de la République obéit à des conditions de procédure et de fond prévues par la Constitution³⁷⁵, ce qui justifie amplement un contrôle de constitutionnalité. Le contrôle de légalité par le juge administratif est à écarter car l'ordonnance de nomination ne met en œuvre aucune loi. Or, ladite ordonnance n'est ni une loi, ni un acte de valeur législative et encore moins un acte réglementaire. Elle ne peut donc relever de la compétence de la Cour constitutionnelle dans le cadre de la définition actuelle de ses attributions. L'on pourrait tenter une objection en disant que c'est un acte réglementaire car le pouvoir réglementaire du Président de la République s'exerce par voie d'ordonnance. Mais un tel raisonnement ne tiendrait pas la route car, suivant le critère matériel, un règlement prescrit une norme de conduite à caractère général et impersonnel³⁷⁶. La nomination du Premier ministre et de son gouvernement, quant à elle, a plutôt une portée individuelle. Un réaménagement des règles de compétence de la Cour constitutionnelle est donc nécessaire pour autoriser la Cour constitutionnelle à connaître d'un tel acte qui risque d'être définitivement exclu de tout contrôle juridictionnel.

191. S'agissant de la mise en œuvre des dispositions constitutionnelles, le juge constitutionnel devrait donc, moyennant un aménagement de sa compétence, avoir une compétence de principe sur ces actes « constitutionnels » des autorités gouvernementales. Mais, comme il a été dit pour les actes administratifs, le juge constitutionnel est libre d'apprécier si son contrôle peut avoir un effet utile au regard des conditions juridiques qui s'imposent à l'autorité gouvernementale³⁷⁷. L'article 78 de l'Acte constitutionnel de la Transition, dont l'application

³⁷⁴ Articles 160 alinéa 1^{er} et 162 alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006.

³⁷⁵ Article 78 de la Constitution du 18 février 2006.

³⁷⁶ Jacques de BURLET, *Précis de droit administratif congolais*, Bruxelles, Larcier, 1969, p. 200, n°397.

³⁷⁷ Dans la pratique, cependant, il sera très délicat d'exercer utilement le contrôle de la régularité d'un tel acte. En effet, en dehors de la question de compétence de l'auteur de l'acte et dans une moindre mesure de la procédure de son édicition, il est difficile de l'attaquer du point de vue de son contenu qui relève essentiellement de la discrétion de son auteur. A titre d'illustration, le Président de la République a révoqué, pour des « raisons d'indélicatesse » un ministre de la recherche scientifique (décret n°055 du 12 juillet 2007) et un ministre des

a donné lieu au célèbre arrêt USOR et alliés, définissait les conditions de nomination du Premier ministre. Il comportait la définition de certaines conditions juridiques dont l'inobservation pouvait soulever la contestation et justifier amplement la compétence juridictionnelle. Il disposait que « le Premier ministre est présenté, après concertation avec la classe politique, par la famille politique à laquelle n'appartient pas le Chef de l'État, dans les dix jours à compter de la promulgation du présent Acte » (alinéa 2) ; « Passé ce délai, le Haut Conseil de la République - Parlement de Transition se saisit du dossier » ; « Il est nommé ou investi, selon le cas, par ordonnance du Président de la République ».

192. L'on peut retenir, parmi ces conditions, que le candidat Premier ministre doit être présenté par la famille politique à laquelle n'appartient pas le chef de l'Etat et dans le délai de dix jours à compter de la promulgation de l'acte. L'on peut se demander qui pourrait être le juge si le candidat présenté était issu de la famille politique du chef de l'Etat ou si le délai de dix jours n'était pas observé. Il est donc nécessaire d'attribuer expressément une telle compétence au juge constitutionnel.

193. L'arrêt USOR et alliés³⁷⁸ illustre le cas d'actes « politiques » qui au regard du système juridictionnel congolais ne sont susceptibles d'aucun contrôle juridictionnel. La section administrative de la Cour suprême de justice s'est déclarée incompétente pour connaître de la requête introduite par une plate forme politique USOR (Union Sacrée de l'Opposition Radicale) et ses alliés contre les ordonnances présidentielles n°94/039 du 16 juin 1994 et 94/042 du 6 juillet 1994 portant respectivement investiture d'un Premier ministre, en la personne de Monsieur Kengo wa Dondo, et nomination des membres de son gouvernement. Les décisions attaquées avaient eu pour conséquence la déchéance du Premier ministre Tshisekedi wa Mulumba, élu au sein de la Conférence nationale souveraine, et de tout son gouvernement. Les requérants reprochaient aux ordonnances précitées d'avoir été prises par le Président de la République en exécution des actes et procédures irrégulièrement accomplis par le Haut Conseil de la République-Parlement de Transition (HCR-PT, en sigle).

194. La section administrative de la Cour a, en vertu de l'article 87, alinéa 2, de l'ordonnance-loi portant procédure près la Cour suprême de justice, estimé ne pas pouvoir connaître de ces

affaires sociales (Ordonnance du 9 janvier 2010). Ne pouvant invoquer l'irrégularité externe, il est quasi impossible d'envisager que ces décisions soient attaquées devant un juge.

³⁷⁸ CSJ, R.A. 320- 21 août 1996, USOR et alliés c/ Le Président de la République du Zaïre.

ordonnances car elle les a considérées comme des « actes de gouvernement à caractère politique, essentiels pour assurer le fonctionnement des pouvoirs publics ». Elle s'est également estimée incompétente pour connaître de la régularité des actes du Haut-Conseil de la République-Parlement de Transition en application de l'article 87, alinéa 3, de l'ordonnance-loi relative à la procédure près la Cour suprême de justice qui dispose que « la Cour ne contrôle pas les actes législatifs ». Elle a considéré, en effet, qu'on ne pouvait pas dissocier les ordonnances du Président de la République des actes du HCR-PT qui les avaient préparées. Juger les ordonnances équivaldrait à juger les actes du HCR-PT.

195. La Cour a eu raison, non pas du fait de s'être couvert derrière la théorie critiquable des actes de gouvernement, mais parce qu'une ordonnance de nomination d'un Premier ministre n'est pas un acte administratif susceptible d'annulation par le juge administratif. C'est un acte pris en vertu des pouvoirs constitutionnels directs du Président de la République. Il est, tout au plus, susceptible de contrôle de constitutionnalité. De même les délibérations d'une assemblée visant à l'élection d'un Premier ministre ne sont-elles pas non plus des actes administratifs susceptibles d'annulation par le juge administratif. L'on peut, toutefois, regretter qu'en l'état actuel du droit congolais, aucune juridiction ne soit techniquement compétente pour en connaître.

196. Conclusion du premier chapitre. A l'issue de ce chapitre, l'on peut retenir que pour mieux comprendre la notion de pouvoir discrétionnaire, il convient de l'observer sous ses deux dimensions. Le pouvoir discrétionnaire en lui-même et le pouvoir discrétionnaire comme s'exerçant dans le cadre d'un acte administratif et avec les éléments duquel il entretient des relations étroites. Cette double dimension est présente dans tous les aspects du pouvoir discrétionnaire qu'il s'agisse de sa définition, de son étendue ou de son contrôle. Ce n'est pas un pouvoir absolu, non pas parce qu'il serait limité dans son principe - ce serait une antinomie³⁷⁹ de le considérer comme un pouvoir libre et limité en même temps - mais en raison des limites extérieures que peut comporter son exercice dans le cadre de l'acte administratif. Il s'agit d'une liberté d'appréciation de l'administration, découlant de la loi ou de la nature des choses, exercée sous le contrôle du juge administratif. Il tire sa source de l'opération d'appréciation des faits en opportunité de la décision. Il ne résulte pas de l'opération de la qualification juridique des faits qui est une opération juridique soumise déjà

³⁷⁹ Roger BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, déjà cité, p. 59.

à des conditions juridiques qui ne comportent pas de choix en opportunité, sinon que l'interprétation des concepts indéterminés. Le pouvoir discrétionnaire est l'objet de différents procédés de contrôle qui visent, non pas sa suppression – le contrôle juridictionnel ne s'oppose pas et n'est pas antagonique à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, bien au contraire³⁸⁰ – mais plutôt son encadrement³⁸¹. Il s'agit, en effet, d'un pouvoir à la fois important et redoutable. Le pouvoir discrétionnaire est effectivement redoutable dans les systèmes juridiques qui, comme ceux du Congo, comportent de nombreux domaines de pouvoir discrétionnaire alors qu'ils n'ont pas développé de mécanismes de contrôle suffisamment élaborés pour en garantir un usage conforme à la loi.

197. La notion de pouvoir discrétionnaire est proche mais ne se confond pas avec la notion d' « actes de gouvernement ». Contrairement à la présentation classique, nous avons démontré que certains actes de gouvernement sont, en réalité, des actes administratifs comprenant un contenu politique important, des actes pris sur la base d'un pouvoir discrétionnaire et qui sont susceptibles de contrôle du juge administratif par principe. Ils intéressent, à ce titre, notre étude. D'autres « actes de gouvernement » sont plutôt des actes politiques ou des « actes constitutionnels » qui sont la mise en œuvre directe des compétences constitutionnelles et qui sont, pour cette raison, justiciables du juge constitutionnel. Le système juridique congolais les exclut actuellement de tout contrôle juridictionnel. Il y a nécessité, de ce point de vue, d'un réaménagement des compétences du juge constitutionnel pour ne pas créer des poches regrettables d'immunité juridictionnelle. Ces actes n'intéressent pas en tant que tel directement notre étude. Au regard de tout de ce qui précède, qu'implique le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire ?

³⁸⁰ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », p. 96 ; Pour Pierre DELVOLVE, « l'extension du contrôle du juge a fait reculer le domaine du pouvoir discrétionnaire, donc celui de l'opportunité : elle a déplacé la ligne de partage de l'opportunité et de la légalité ; elle n'a pas fait disparaître le pouvoir discrétionnaire ni englobé l'opportunité dans le contrôle juridictionnel », in « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », *Conseil constitutionnel et conseil d'Etat*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Paris, LDGJ-Montchrestien, 1988, pp. 271 et 272.

³⁸¹ L'extension du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire réalise « le passage vers une « liberté surveillée » », Françoise DERYFUS, « Brèves réflexions sur un concept en crise », déjà cité, p. 88.

CHAPITRE II. LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

198. Plusieurs types de contrôle sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration sont possibles. Il peut s'agir du contrôle que le parlement exerce sur l'exécution des lois par le pouvoir exécutif. Ce contrôle perdrait de plus en plus de sa finesse³⁸². Il peut s'agir des contrôles administratifs, soit à l'occasion du recours d'un administré soit à l'occasion du contrôle interne par la voie hiérarchique ou par celle de la tutelle. Ces contrôles sont limités puisqu'ils ne peuvent pas atteindre les décisions des autorités administratives supérieures. L'exercice du pouvoir discrétionnaire peut être également l'objet du contrôle du juge judiciaire. Même si, par moments, des évolutions notables de la censure juridictionnelle de l'administration sont dues aux juges de l'ordre judiciaire³⁸³, leur contrôle est souvent caractérisé par une certaine timidité à l'égard des litiges administratifs. Pratiquement, c'est le contrôle du juge administratif, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir³⁸⁴ qui a marqué les avancées les plus significatives à l'égard du pouvoir discrétionnaire. Bien que cela n'ait pas encore été suffisamment relevé, le contrôle du pouvoir discrétionnaire est, dans ses modalités, soit indirect, soit direct (Section I). Il est variable dans son intensité et repose sur des choix pragmatiques (Section II). Le pragmatisme du contrôle du pouvoir discrétionnaire pose le problème de la détermination des conditions d'un bon contrôle. Cette question n'a jamais été suffisamment débattue non plus. Elle mérite d'être abordée dans la perspective de l'amélioration des contrôles (Section III).

Section I. Les modalités du contrôle du pouvoir discrétionnaire

199. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration est un contrôle de la régularité de l'acte administratif unilatéral comportant exercice du pouvoir discrétionnaire³⁸⁵. Tout le problème est cependant de déterminer les éléments de l'acte sur lesquels porte le contrôle. La doctrine majoritaire semble limiter le contrôle du pouvoir discrétionnaire aux seules hypothèses du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, du contrôle de la proportionnalité et du contrôle du bilan coûts-avantages, autrement dit, aux seuls cas où le contrôle porte sur

³⁸² Paul TAPIE, « Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives », *A.P.T.*, 1977-1978, p. 27.

³⁸³ Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, déjà cité, p. 12.

³⁸⁴ *Idem*, p. 30.

³⁸⁵ Cela se comprend parfaitement en raison de l'indivisibilité de l'acte administratif unilatéral. A ce sujet, Françoise DREYFUS, « Brèves réflexions sur un concept en crise », déjà cité, p. 89.

les éléments discrétionnaires de l'acte administratif unilatéral. Sans que cela ne soit expressément dit, le contrôle portant sur la compétence, la forme, la procédure, l'objet, la matérialité des faits et le but de l'acte semble exclu. Il faut pourtant se rendre à l'évidence que le contrôle du pouvoir discrétionnaire porte à la fois sur les éléments liés et sur les éléments non liés de l'acte. L'on peut y voir deux modalités de contrôle dont l'une est indirecte, en tant que le contrôle porte sur les éléments liés (§1) et la seconde directe, en tant que le contrôle porte sur les éléments discrétionnaires de l'acte (§2). Ces deux modalités du contrôle du pouvoir discrétionnaire entretiennent des rapports étroits (§3).

§1. Le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire

200. Le contrôle indirect est ainsi qualifié parce qu'il ne vise pas directement les appréciations discrétionnaires de l'administration. Il les touche indirectement en visant les éléments liés de l'acte dans le cadre duquel elles sont réalisées. C'est un contrôle à travers lequel le juge ne substitue pas son appréciation personnelle à celle de l'administration³⁸⁶. Il est loin d'être un contrôle homogène. Il renferme plusieurs techniques de subtilité et de performance variables (1). C'est un contrôle techniquement modeste mais qui renferme des avantages certains (2).

1. Les éléments visés par le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire

201. Les éléments visés sont la compétence, la procédure d'élaboration, la forme, la matérialité des faits et le but de l'acte. Les opérations qui se rapportent à ces éléments sont des opérations juridiques, des opérations objectives qui n'impliquent pas une appréciation en opportunité³⁸⁷. La doctrine range ces éléments dans la légalité externe (1.1) et dans la légalité interne (1.2), une distinction qui n'est, toutefois, pas absolue³⁸⁸.

³⁸⁶ Suzanne GREVISSE, « Essai d'analyse du pouvoir discrétionnaire dans l'administration française », *E.D.C.E.*, 1976, p. 293.

³⁸⁷ Sous la réserve de l'appréciation en opportunité possible, pour l'auteur de l'acte, du fait qui réalise la condition dont sa compétence est affectée, dans le cas de la compétence conditionnée, d'une part, et de l'autre, des modalités de la procédure d'élaboration de l'acte. Voir à ce sujet, Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 76.

³⁸⁸ « ...elles [classifications] sont aussi artificielles, et conduisent à une schématisation excessive ou à des oppositions injustifiées. La forme et le fond, l'externe et l'interne, se complètent plus qu'ils ne s'opposent. Certaines illégalités ne se laissent pas classer sans hésitation », Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 394.

1.1. Le contrôle des aspects de la légalité externe

202. Le juge vérifie si l'administration a exercé son pouvoir discrétionnaire dans le respect des règles relatives à la compétence de l'auteur de l'acte (A), des règles relatives à la procédure d'élaboration (B) et dans le respect de règles de forme (C). La règle est donc que le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne peut régulièrement s'exercer que par une autorité compétente dans le respect des règles de procédure et de forme.

A. Le contrôle des règles relatives à la compétence de l'auteur de l'acte

203. Le contrôle du respect des règles de compétence vise à vérifier si l'auteur de l'acte a respecté les attributions qui lui ont été conférées du point de vue matériel, spatial et temporel. Mais auparavant, l'on doit vérifier si l'auteur de l'acte a été réellement investi dans les fonctions au regard desquelles il a pris l'acte ou s'il était encore investi à cette époque. Le juge vérifie s'il y a lieu de tenir compte des dérogations admises aux règles attributives de compétence notamment en application de la théorie du fonctionnaire de fait ou des mécanismes de délégation de compétence. Du point de vue matériel, le juge veut s'assurer que la décision figure au nombre des attributions conférées. Du point de vue spatial, le juge vérifiera si la juridiction de l'auteur de l'acte s'étend à l'espace géographique qu'il vise. Du point de vue temporel, le juge vérifiera si les délais d'adoption de l'acte ont été respectés et si la décision ne présente pas le caractère d'actes *in extremis*.

204. L'administration ne dispose pas, en principe, du pouvoir d'appréciation en opportunité des conditions de sa compétence à l'exception de l'hypothèse des compétences conditionnées. Dans certains cas, l'exercice de la compétence est soumis à une condition dont la réalisation est laissée à l'appréciation de l'administration. Comme il a déjà été dit, une telle appréciation ne donne pas, en principe, lieu à un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, la condition peut être tellement vague que l'administration n'a d'autre choix, dans l'interprétation de la condition, que d'exercer une appréciation en opportunité. Dans un tel cas, extrême, on doit le concéder, l'administration apprécie discrétionnairement l'exercice de sa compétence. Et dans cette hypothèse, le contrôle exercé par le juge sur l'exercice de la compétence sera en même temps le contrôle d'une compétence discrétionnaire. Tel est le cas lorsque la loi donne à l'administration le pouvoir de dissoudre une association confessionnelle en cas de menace ou d'atteinte grave à l'ordre public. Il appartiendra à l'administration d'apprécier si les faits

réalisent effectivement une menace ou une atteinte grave. Il s'agit là d'une appréciation en opportunité et donc l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

B. Le respect des règles relatives à la procédure d'élaboration de l'acte

205. Le juge contrôle le respect des formalités qui doivent être suivies dans le processus de l'élaboration de l'acte sous peine d'irrégularité. Ces formalités peuvent se situer en amont ou en aval de l'acte. Elles concernent les prescriptions relatives aux propositions et avis, au respect des principes généraux de bonne administration, à l'enquête publique et l'accès aux documents administratifs. La loi peut prescrire qu'un acte ne sera édicté que « sur proposition » ou après avoir recueilli tel « avis » de l'organisme ou de l'autorité qu'elle désigne. L'auteur de l'acte est toujours obligé de requérir la proposition avant de décider et est lié par le contenu de celle-ci. Par contre, l'avis est obligatoire dans certains cas tandis qu'il est facultatif dans d'autres. Dans certains cas son contenu lie l'administration (avis conforme) mais dans d'autres cas, l'administration n'est pas liée par le contenu de l'avis (avis simple). Mais chaque fois que l'administration a requis l'avis, elle doit en « tenir compte » dans l'édition de sa décision.

206. En ce qui concerne le respect des principes généraux du droit, il s'agit de prescriptions qui obligent l'auteur de l'acte à tenir compte de la défense présentée par celui qui risque une sanction et d'entendre celui qui risque une décision défavorable. Ces principes prescrivent aussi l'impartialité de l'auteur de l'acte dans l'appréciation des éléments en présence lors de l'édition de sa décision. L'auteur de l'acte doit préparer minutieusement le dossier qui va déboucher sur une décision. Cela crée l'obligation, dans le chef de l'administration, de s'informer correctement en vue de se prononcer en « parfaite connaissance de cause ».

207. Dans certains cas déterminés par la loi, l'exigence de la préparation minutieuse de la décision se traduit par la conduite d'une enquête publique. Elle peut être obligatoire ou facultative. Elle peut être organisée dans ses modalités et ampleur ou non. La norme qui exige la tenue d'une enquête publique prévoit des conditions de fond et de forme à observer. Entre autres conditions, l'administration doit rendre l'enquête effective, l'organiser en temps utile, mettre à la disposition du public l'information nécessaire, respecter les différents délais prescrits, organiser les réunions d'information et de concertation avec le public qui ont été prévues, etc. A l'issue de l'enquête publique, l'administration doit tenir compte du résultat,

motiver et communiquer la décision prise après enquête, recommencer l'enquête si les conditions du projet soumis à enquête ont subi des modifications avant l'adoption de la décision.

208. Dans le cadre de l'obligation d'informer le public, l'administration a le devoir de se conformer aux prescriptions relatives à l'accès aux documents administratifs. Ces prescriptions peuvent résulter des dispositions des lois particulières, elles peuvent résulter d'une loi générique relative à l'accès aux documents administratifs, elles peuvent également avoir une base constitutionnelle.

209. La compétence de l'administration est, en principe, liée à l'égard de règles relatives à la procédure d'élaboration de l'acte. Le juge exerce un contrôle complet de leur observation. Mais, constate Jean-Marie Woehrling, « alors que l'analyse jurisprudentielle classique ne situe le pouvoir discrétionnaire et son contrôle juridictionnel que dans le domaine de l'appréciation et la qualification des faits [...] l'étendue réelle du pouvoir discrétionnaire et l'efficacité du contrôle juridictionnel dépendent pour une large part d'autres éléments, en particulier de la procédure administrative suivie, car c'est à travers cette procédure que se réalise la recherche des faits pertinents permettant à l'autorité administrative de se déterminer valablement »³⁸⁹. L'examen minutieux par le juge de la procédure administrative à l'issue de laquelle la décision a été édictée est donc susceptible d'atteindre les appréciations en opportunité que l'auteur de l'acte a réalisée sur les faits.

210. D'autre part, même si la compétence de l'administration est généralement liée quant à la procédure de l'édition de l'acte, il peut arriver que le choix des modalités ou de l'ampleur de celle-ci soit laissé à la libre appréciation de l'administration. Le respect des droits des citoyens ou de l'intérêt général peut dépendre du choix en opportunité effectué par l'administration.

C. Le respect des règles relatives à la forme de l'acte

211. Le juge contrôle le respect d'un certain nombre de prescriptions relatives à la forme de l'acte. Il s'agit du caractère écrit de la décision, de la mention des visas, de la motivation en la forme, de la mention de la date et du lieu de l'adoption de l'acte, et de la signature ou du

³⁸⁹ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 91.

contreseing. L'inobservation de prescriptions relatives au caractère écrit, aux visas, à la date et au lieu d'adoption n'est pas, en principe, constitutive d'irrégularité. De tous ces aspects, la motivation en la forme est la formalité qui permet le plus d'exercer un contrôle serré de l'usage du pouvoir discrétionnaire. En effet, la motivation en la forme comporte l'exigence, pour l'administration, de révéler et d'explicitier de manière claire les fondements en fait et en droit de sa décision. « L'exigence d'adéquation [des motifs] impose une motivation plus étayée si la compétence de l'autorité est discrétionnaire que si cette compétence est liée »³⁹⁰. Le contrôle sur la motivation formelle de l'acte est un contrôle formel qui vérifie l'existence même des motifs. Les motifs par référence sont prohibés sauf lorsque le document de référence est annexé à l'acte lors de sa notification³⁹¹. Ce contrôle se double cependant d'un contrôle de légalité interne et vérifie toute une série d'exigences à savoir l'exactitude des motifs en fait, l'adéquate qualification des faits, la pertinence des motifs et l'admissibilité des motifs en droit.

212. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs existe dans les cas où une loi l'a consacrée à l'égard d'une catégorie d'actes déterminés. Généralement, l'obligation est limitée aux actes administratifs individuels. Il peut être fait exception pour certains actes pour des raisons déterminées par la loi notamment pour éviter de compromettre la sécurité extérieure de l'Etat, de porter atteinte à l'ordre public, de violer le droit au respect de la vie privée ou de constituer une violation des dispositions en matière de secret professionnel³⁹². L'obligation de motivation formelle peut également résulter de lois particulières qui peuvent concerner aussi bien les actes individuels que les actes réglementaires³⁹³. La conséquence en

³⁹⁰ David RENDERS, *Droit administratif*, déjà cité, p. 87.

³⁹¹ David RENDERS, *Droit administratif*, déjà cité, p.87; Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, Paris, Dalloz, p. 437 ;

³⁹² Article 4 de la loi belge du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

³⁹³ En matière de demande d'enregistrement des partis politiques, la loi dispose que « dans les 30 jours du dépôt de la demande d'enregistrement, le Ministre ayant les affaires intérieures dans ses attributions délivre un arrêté d'enregistrement lorsque les conditions requises sont réunies. Dans le cas contraire, il invite les membres fondateurs du parti à compléter le dossier dans le délai de 15 jours. A défaut pour les membres fondateurs de le faire, le Ministre peut prendre un arrêté de rejet dûment motivé pour non-conformité à la loi (...) », Article 14 de la Loi n°04/002 du 15 mars 2004 portant organisation et fonctionnement des partis politiques.

En ce qui concerne les associations sans but lucratif, « Lorsqu'il existe au sein d'une association confessionnelle un conflit menaçant l'ordre public, le Ministre de la Justice peut suspendre par voie d'arrêté motivé, toute activité de l'association confessionnelle concernée jusqu'au règlement dudit conflit », Article 54, alinéa 1^{er}, de Loi n° 004/2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique.

cas d'obligation de motivation en la forme est la limitation du contrôle de fond dans la mesure où « seuls les motifs exprimés dans l'acte peuvent être pris en considération »³⁹⁴.

1.2. Le contrôle des aspects de la légalité interne

213. Le contrôle des aspects de la légalité interne de l'acte administratif unilatéral est un contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire lorsqu'il se limite à l'examen des éléments liés de l'acte. Il vérifie le respect des prescrits relatifs à l'objet, aux motifs et au but de l'acte. Il est cependant difficile de séparer nettement les contrôles portant sur ces trois éléments. L'illégalité quant à l'objet est relative au contenu même de l'acte. Ce moyen est présenté comme la violation directe de la loi. On ne lui trouve « cependant aucune spécificité ; il n'a de sens que s'il est mis en relation avec l'un ou l'autre moyen de légalité interne ou externe »³⁹⁵, notamment l'illégalité quant aux motifs. De même, l'illégalité quant aux motifs et celle relative au but ne sont pas nettement séparées. Ainsi, « étant donné l'étroite corrélation qui existe entre les motifs d'un acte et le but que son auteur poursuit, le contrôle des motifs rejoint celui du but »³⁹⁶. Le contrôle des aspects de la légalité interne peut alors se résumer dans le contrôle des motifs (A) ainsi que dans le contrôle du but de l'acte (B).

A. Le contrôle des motifs de l'acte

214. Ce contrôle s'attèle à vérifier l'existence des motifs (1°), la régularité des motifs de droit (2°) et la régularité des motifs de fait (3°).

1°. L'existence des motifs

215. Dans les cas de motivation formelle obligatoire des actes administratifs, la vérification de l'existence des motifs est aisée et se fait dès la phase du contrôle formel de l'acte. Mais, même en l'absence d'une telle obligation, le juge procède toujours à la vérification de l'existence de ces motifs. Tout acte administratif doit reposer « sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, lesquels doivent résulter du dossier administratif établi au cours de

³⁹⁴ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, déjà cité, p. 456.

³⁹⁵ Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 1061, n°602.

³⁹⁶ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, déjà cité, p. 437.

la procédure de l'élaboration de cet acte »³⁹⁷. Le défaut de motifs est une illégalité qui expose l'acte à l'annulation.

2°. La régularité des motifs de droit

216. Le juge censure l'illégalité quant aux motifs de droit. L'on constate quelques nuances entre auteurs sur les hypothèses que peut recouvrir cette illégalité. René Chapus relève trois hypothèses à savoir la mise en œuvre d'une norme inapplicable, c'est l'erreur quant à la base légale ; le rattachement des dispositions édictées à une norme illégale ; et le rattachement des dispositions édictées à une norme, applicable et régulière, mais inexactement interprétée par l'auteur de l'acte, qui s'est trompée sur ce qu'elle permet ou impose de faire³⁹⁸. Paul Lewalle relève, de son côté, trois hypothèses également à savoir l'absence de base légale, dans ce cas « l'acte administratif ne trouve aucun fondement dans la hiérarchie des sources » ; la méconnaissance du champ d'application de la loi et l'erreur de droit, qui consiste en une erreur d'interprétation³⁹⁹. Pour le premier auteur, les trois hypothèses sont des cas d'erreur de droit. Pour le second, l'erreur de droit ne correspond qu'à l'erreur d'interprétation de la norme. Il nous semble que ces points de vue ne sont pas radicalement opposés, ils sont plutôt complémentaires.

217. Le contrôle de la « violation directe la loi », précédemment évoquée, peut être rattachée, selon les cas, à l'une ou l'autre des hypothèses de l'illégalité relative aux motifs. En effet, en cas de violation directe de la loi, le juge constate que « l'autorité n'accomplit pas l'acte ou les actes que lui impose la règle de droit, ou [...] qu'elle accomplit l'acte qui lui est défendu »⁴⁰⁰. Le défaut d'accomplissement de l'acte imposé ou l'accomplissement de l'acte défendu peut renvoyer à l'absence de base légale, à l'application d'une norme irrégulière, à la méconnaissance du champ d'application de la loi ou à l'interprétation erronée de la loi.

3°. La régularité des motifs de fait

218. Le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire se limite, au niveau des motifs de fait, à l'examen de leur exactitude matérielle et de leur qualification juridique. Le contrôle de

³⁹⁷ *Idem*, p. 431.

³⁹⁸ René CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome I, p.997, n°1237.

³⁹⁹ Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, p. 1062 à 1064.

⁴⁰⁰ Jean SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t. I., p. 499 et s., cité par Paul LEWALLE, *Op.cit.*, p. 889.

l'exactitude matérielle des faits vise à vérifier si les faits qui servent de fondement à la décision ont réellement existé et s'ils ont été correctement rapportés. Autrement, la décision porterait sur des faits n'ayant jamais existé ou faux. Elle serait, dans ces cas, une décision arbitraire et irrationnelle. Le contrôle de la qualification juridique vise, quant à lui, à s'assurer que les faits, dont l'existence et l'exactitude ont été établies, sont de nature à fonder juridiquement la décision. Le juge contrôle « la relation opérée par l'autorité administrative entre les faits qu'elle a constatés et telle catégorie juridique définie par une norme de droit »⁴⁰¹.

219. Le contrôle de la qualification juridique des faits n'est pas un contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Certes, il vise une appréciation faite par l'administration. Il a été ainsi observé que « qualifier les faits, c'est déjà les apprécier »⁴⁰². Il a été également observé que « plus la compétence attribuée est discrétionnaire, plus est vague le critère législatif ou réglementaire qui règle son exercice, plus l'opération mentale de qualification des faits tend à se rapprocher de celle de leur appréciation »⁴⁰³. Quoiqu'il en soit, l'appréciation juridique des faits demeure une opération juridique. Le contrôle du juge porte, dès lors, sur une opération juridique et non sur une appréciation discrétionnaire en opportunité.

B. Le contrôle de la régularité du but de l'acte

220. L'acte administratif ne peut être édicté que dans un seul but, à savoir la satisfaction de l'intérêt général. Tout autre but qui s'en écarte est considéré comme une illégalité qualifiée de détournement de pouvoir et qui expose l'acte à annulation. La conception du détournement de pouvoir peut différer selon qu'on estime qu'il est réalisé par le fait que l'auteur de l'acte poursuit son propre intérêt au détriment des intérêts publics ou selon qu'on estime qu'il est réalisé dès lors que l'acte poursuit un objectif étranger à celui que prescrit la norme de droit mais qui, à un titre ou à un autre, rencontre un certain intérêt public.

221. Le détournement de pouvoir pose de délicats problèmes de preuve. Il ne s'agit pas, en effet, de constater, sur la base d'éléments objectifs, l'illégalité commise, mais plutôt d'établir l'intention de détourner la compétence de son but d'intérêt public. Cet examen suppose une

⁴⁰¹ Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, p. 1069, n°610.

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ *Ibidem*.

appréciation subjective qui est loin d'être aisée. La prise en compte de ces difficultés a donné lieu, dans certains systèmes juridiques, à des mesures législatives et à des techniques jurisprudentielles particulières. Pour ne citer que l'exemple de la Belgique, l'annulation pour détournement de pouvoir est réservée à une formation de jugement élargie⁴⁰⁴, le Conseil d'Etat siégeant en Assemblée générale. Par ailleurs, le moyen du détournement de pouvoir n'est pris en compte qu'à titre subsidiaire dans la mesure où il conduit à l'allongement de la procédure⁴⁰⁵. Les cas de détournement de pouvoir sont aussi appréhendés sous le contrôle des motifs au moment de l'examen de leur admissibilité. C'est le cas des « nominations dictées par du favoritisme politique, local ou familial »⁴⁰⁶.

2. Les caractéristiques du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire

222. Le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire est facile à exercer. Il n'exige pas beaucoup d'effort intellectuel ni l'audace d'affronter le pouvoir politique (2.1). Il n'expose pas le juge aux soupçons de subjectivité (2.2). Sa portée est par voie de conséquence très large. Il est même le mode le plus courant de contrôle juridictionnel des actes de l'administration (2.3).

2.1. Le contrôle indirect est peu exigeant

223. Le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire est peu exigeant du point de vue intellectuel et du point de vue de l'audace. Du point de vue intellectuel, le juge ne doit pas fournir autant d'effort que lorsqu'il s'agit du contrôle direct. En effet, le contrôle indirect est une opération mécanique qui consiste à faire correspondre aux faits de l'espèce la solution juridique prédéterminée. Le juge ne doit pas, par exemple, procéder à une construction juridique complexe pour vérifier la régularité de la nomination d'un agent public du point de vue de l'âge requis par la réglementation. Il a été observé, dans le même sens, que les tribunaux jugent le plus facilement de la méconnaissance des données de la légalité externe⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 1091, n°614.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 436.

⁴⁰⁷ Cyr CAMBIER, « Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité », *J.T.*, 7 décembre 1952, p. 653. Jean-Marie WOEHLING observe que, généralement, le juge français vide l'affaire sur des questions de légalité externe (compétence, procédure, forme,...). *Op.cit.*, p.92.

224. Du point de vue de l'audace, le juge est très libre par rapport à l'administration dans la mesure où la décision qui découle de son contrôle est une application pure et simple de la volonté clairement exprimée du législateur. Il est difficile, dans ce cas, de vouloir imputer au juge la volonté de réduire le pouvoir de l'administration. Il est très facile pour le juge de se réfugier derrière la loi dans le cas où l'administration s'en prendrait à lui. La décision du juge est, dans ce cas, plus neutre qu'en cas de contrôle des appréciations en opportunité.

2.2. Le contrôle indirect jouit de la présomption d'objectivité

225. La forte présomption de neutralité du juge en cas de contrôle indirect permet à ce dernier d'être moins exposé à la critique. La seule critique dont puisse être l'objet le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire est l'erreur de droit ou l'erreur de fait mais pas une erreur dans l'appréciation de l'opportunité des faits. Il est presque impossible de reprocher au juge d'avoir fait état d'un point de vue ou d'un jugement personnel. Ce contrôle est impersonnel car le juge n'y traduit pas sa propre opinion des faits mais plutôt et exclusivement celle de la loi. Les erreurs du juge quant à l'interprétation du droit ou des faits ne sont pas totalement exclues mais ne sont pas non plus très fréquentes pour donner régulièrement lieu à critique. Ce n'est pas le cas des appréciations en opportunité où chaque jugement peut être taxé de traduire une opinion personnelle du juge.

226. Il est également difficile de prêter au juge l'intention de vouloir amoindrir le pouvoir de l'administration et de faire du gouvernement de juges. Dans toutes les hypothèses de ce contrôle, en effet, il est possible de démontrer qu'il ne s'est agi que de l'application froide et désintéressée du droit.

2.3. Le contrôle indirect est un contrôle constant

227. Le fait que le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire soit l'objet de peu de restrictions a pour conséquence qu'il est plus largement appliqué que le contrôle direct. L'on peut même dire qu'il s'agit d'un contrôle de routine qui se fait sans que le juge ne se sente obligé de prendre de précautions particulières. Dans le concret, le juge procède systématiquement au contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire qu'il vérifie toujours la régularité des éléments de légalité externe et ceux de légalité interne et plus exactement les éléments liés de l'acte administratif unilatéral.

§2. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

228. Ce contrôle est qualifié de direct parce qu'il vise directement sur les éléments discrétionnaires de l'acte administratif unilatéral. Le juge limite le domaine ou vérifie l'usage du pouvoir discrétionnaire⁴⁰⁸(1). Le contrôle direct est plus élaboré et plus subtil que le contrôle indirect. Ses caractéristiques en limitent cependant la portée (2).

1. Les procédés du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

229. Le premier procédé consiste à limiter le domaine du pouvoir discrétionnaire (1.1). Le second procédé vérifie l'usage du pouvoir discrétionnaire (1.2).

1.1. La limitation du domaine du pouvoir discrétionnaire

230. Le procédé du juge consiste ici, non pas à juger l'usage que l'administration a fait de son pouvoir mais plutôt à limiter le domaine de ce pouvoir. Il y parvient par la liaison d'une compétence antérieurement « discrétionnaire » par voie jurisprudentielle. Par ce procédé, le juge transforme un pouvoir antérieurement discrétionnaire en un pouvoir lié en droit. Il y arrive par le biais d'un travail subtil d'analyse et d'interprétation qui lui permet de découvrir des conditions juridiques qui n'avaient pas été expressément prévues par la loi et qui affectent l'exercice d'une compétence discrétionnaire. Ces conditions sont souvent celles qui sont tirées de l'obligation de l'administration d'observer des « principes supérieurs » dans la mise en œuvre de sa compétence. L'œuvre jurisprudentielle du juge consiste principalement en la découverte des normes qui guident l'action de l'administration. Par ailleurs, le maniement de l'erreur de droit peut subtilement conduire à la restriction du pouvoir d'appréciation de l'administration⁴⁰⁹. D'aucuns ont suggéré que l'approfondissement de la vérification des faits pouvait avoir également l'effet, en pratique, de réduire le pouvoir d'appréciation de

⁴⁰⁸ Jean-Marie WOEHRLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », p. 81. Daniel LABETOULLE indique que « le juge limite le domaine du pouvoir discrétionnaire ; il encadre les conditions de son exercice ; il en surveille l'emploi », in « Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'intervention économique », déjà cité, p. 29.

⁴⁰⁹ Daniel LABETOULLE a fait remarquer à ce sujet que « la définition des motifs qui ne peuvent légalement être retenus aboutit de proche en proche, en négatif en quelque sorte, à indiquer les motifs en fonction desquels, et en fonction desquels seuls, l'administration doit se prononcer, ce qui, d'une certaine façon revient, ou peu s'en faut, à poser une condition légale », in « Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique », déjà cité, p. 33.

l'administration sur les mêmes faits⁴¹⁰. Cet effet résulterait du fait que l'administration est amenée à livrer le moindre détail sur les faits ayant donné lieu à l'édition de la décision. Il nous revient de constater que ce procédé n'est pas une forme de contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Il s'inscrit plutôt dans le cadre du contrôle de l'existence et de l'exactitude matérielle des faits qui postule justement l'approfondissement de la vérification des faits. Malgré tout l'intérêt que ce procédé représente, il n'atteint pas directement le pouvoir discrétionnaire. Il se range plutôt dans le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire.

1.2. Le contrôle de l'usage du pouvoir discrétionnaire

231. A ce niveau, le juge exerce le contrôle du pouvoir discrétionnaire de deux manières. Il vérifie d'un côté les conditions d'exercice de ce pouvoir (A) et de l'autre, le contenu même de la décision (B).

A. Le contrôle des conditions de mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire

232. Ce contrôle repose sur deux postulats. D'une part, l'administration, jouissant d'une compétence discrétionnaire, est tenue de la mettre en œuvre effectivement. D'autre part, elle est tenue d'en faire usage selon une procédure qui garantisse les droits des particuliers. Il découle de ces postulats les règles ci-après qui doivent être observées sous peine d'irrégularité. L'administration doit faire un usage effectif de son pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire est en même temps un pouvoir et un devoir d'appréciation⁴¹¹. Il doit découler de l'examen de l'affaire que l'administration a effectivement exercé son pouvoir d'appréciation pour aboutir à sa décision. Elle ne peut ni méconnaître cette compétence ni se lier à l'avance par une position de principe. L'administration doit, dans l'exercice de ce pouvoir, examiner chaque cas individuellement afin d'adapter son appréciation et sa décision aux caractéristiques propres que le cas présente. Elle ne peut pas se réfugier derrière des positions stéréotypées, des solutions passe-partout. Pour éviter l'inégalité susceptible de résulter du traitement identique des situations pourtant différentes, la jurisprudence des « directives » a été développée. L'usage des directives par l'administration consiste en la

⁴¹⁰ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 81.

⁴¹¹ Maurice-André FLAMME, « L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire », obs. sous C.E. bel. 21 mai 1976, *MM.Sarot, van den Bossche (R) et Ligot*, n°17.668 (III), *A.P.T.*, 1976-1977, p.75.

réglementation administrative de l'usage du pouvoir discrétionnaire⁴¹². L'on y voit une forme d'autolimitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il est, pour cette raison, minutieusement surveillée par le juge administratif⁴¹³.

233. L'élaboration des directives est une véritable nécessité pour l'administration qui doit mettre en œuvre une législation générale formulée en des termes vagues et aux contours imprécis afin de se fixer des critères susceptibles de guider son pouvoir d'appréciation. L'administration recourt à ce procédé dans des domaines diversifiés tels l'exercice de la tutelle, du pouvoir hiérarchique, du pouvoir disciplinaire, de la police du commerce extérieur, de l'urbanisme, de la délivrance d'autorisations ou d'agrément, de l'octroi d'aides ou des subventions ou d'avantages fiscaux, etc. L'auteur des directives se les destine à lui-même ou à ses subordonnés⁴¹⁴. Les directives fixent à l'avance les conditions dans lesquelles le pouvoir discrétionnaire sera utilisé mais ne doivent pas le transformer en pouvoir lié. En effet, il ne s'agit pas des décisions réglementaires qui auraient un tel effet. C'est pourquoi l'administration est tenue d'y déroger si, « dans un cas particulier, celles-ci paraissent inadéquates en raison de l'intérêt général et des circonstances spécifiques »⁴¹⁵.

234. Ayant déjà adopté une manière de mettre en œuvre son pouvoir discrétionnaire, l'administration ne doit pas la modifier intempestivement. Pour cette raison, elle est tenue de motiver tout revirement en vertu du principe de « confiance légitime » pour éviter de porter atteinte aux « attentes légitimes »⁴¹⁶ des particuliers. Dans l'usage de son pouvoir discrétionnaire, l'administration est aussi tenue de respecter le principe du contradictoire. Pour cette raison, celui qui risque d'être affecté par une décision doit être informé du projet de décision et de ses motifs en vue de faire connaître ses observations ou ses objections. L'administration doit, enfin, procéder à la recherche suffisante de tous les éléments pertinents susceptibles de fonder la décision. Ce contrôle des conditions de la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire renvoie, comme on peut le remarquer, au contrôle approfondi des motifs. La motivation de la décision doit être examinée à fond pour savoir si ces différentes règles ont

⁴¹² Alain BOCKEL, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », déjà cité, p. 363.

⁴¹³ A ce sujet, Marcel WALINE, « L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par les directives, (Conseil d'Etat, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*) », *R.D.P.*, 1971 ; Maurice André FLAMME, « L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire », précité, p.65-77.

⁴¹⁴ Maurice André FLAMME, *op.cit.*, p. 72.

⁴¹⁵ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 83.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

été scrupuleusement observées. Il en résulte ainsi souvent la sanction de l'erreur dans les motifs.

B. Le contrôle du contenu de la décision

235. L'expression « contrôle du contenu de la décision » doit être prise ici dans son sens le plus large, c'est-à-dire englobant aussi bien le contrôle du choix de l'opportunité de l'action que le contrôle du choix du contenu de la décision. Comme on l'a dit auparavant, il y a une différence entre deux modalités du pouvoir discrétionnaire. Le choix de l'opportunité de l'action consiste, pour l'administration, à apprécier si, au regard des faits, il est opportun d'agir. C'est le cas lorsque l'autorité disciplinaire, saisie des faits constitutifs de faute commis par un Fagent public, apprécie l'opportunité d'initier des poursuites et le cas échéant de sanctionner. Un premier contrôle peut porter sur cette appréciation. Le choix du contenu même de la décision consiste pour l'administration, ayant choisi d'agir, à apprécier l'opportunité du contenu même de sa décision. Pour revenir à l'exemple de l'autorité disciplinaire, celle-ci ayant choisi d'initier des poursuites et de sanctionner, apprécie l'opportunité d'une sanction sur l'échelle des sanctions possibles. Ainsi compris, le contrôle du contenu de la décision concerne donc deux types d'appréciations en opportunité. C'est « la forme la plus élaborée du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire »⁴¹⁷. Trois techniques de contrôle ont été développées par la jurisprudence. Il s'agit du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation (1°), du contrôle du bilan coûts-avantages (2°) et du contrôle de la proportionnalité (3°). Ces contrôles ne sont pas foncièrement différents. Ce sont tous des contrôles marginaux (4°).

1°. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

236. Ce contrôle est celui par lequel le juge administratif censure le plus les illégalités relatives à l'usage du pouvoir discrétionnaire par l'administration. Il réalise un contrôle marginal de l'appréciation faite en opportunité par l'administration. Il est le résultat très subtil de l'effort fait par le juge de ne pas se livrer au contrôle entier de l'opportunité au risque de se substituer à l'administration mais aussi de ne pas laisser passer des irrégularités flagrantes liées à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Pour ne pas être un contrôle total d'opportunité,

⁴¹⁷ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 85.

le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation est un contrôle marginal, mieux un contrôle fait à la marge de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il ne rentre pas dans le choix d'opportunité, mais vérifie à la marge s'il n'y a pas d'irrégularité manifeste, tellement évidente que sa grossièreté entame le contenu. Son but n'est pas la suppression du pouvoir discrétionnaire mais seulement d'en surveiller l'usage⁴¹⁸. Ce contrôle est essentiellement pragmatique⁴¹⁹.

Formatted: Font: Not Bold

2°. Le contrôle du bilan coûts-avantages

237. Le contrôle du bilan coûts-avantages consiste à évaluer la décision prise en opportunité par l'administration par le biais d'un bilan entre les avantages et les inconvénients qu'elle comporte. Il contrôle le contenu même sur lequel a porté le choix de l'administration⁴²⁰. Il est apparu comme un nouveau principe⁴²¹. La technique consiste à considérer comme irrégulier un choix dont les inconvénients l'emportent sur les avantages. Cependant, ce n'est pas tout déséquilibre qui est ainsi sanctionné. Seules les disproportions excessives sont sanctionnées. A l'instar de la technique de l'erreur manifeste d'appréciation, ce sont les excès qui sont sanctionnés. Mais contrairement à la technique de l'erreur manifeste d'appréciation, la technique du bilan présente l'inconvénient de se substituer entièrement à l'autorité administrative. Pour Michel Leroy, la technique du bilan conduit le juge à « déguiser une décision politique sous les dehors d'un raisonnement juridique »⁴²². La jurisprudence du bilan est née à partir des cas d'expropriation pour cause d'utilité publique. Elle a connu une extension vers les dérogations aux règles d'urbanisme. Elle reste cependant très peu utilisée.

3°. Le principe de proportionnalité

238. Ce principe est de plus en plus présent dans la jurisprudence administrative. Il joue un rôle important dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la mesure où l'appréciation en

⁴¹⁸ Daniel LABETOULLE a dit, au sujet de la théorie du pouvoir discrétionnaire, qu'elle « conduit plutôt à un pouvoir surveillé ou tempéré qui laisse l'administration maîtresse de ses choix, à condition de ne pas franchir les frontières du raisonnable », in « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique », déjà cité, p. 35.

⁴¹⁹ Françoise DREYFUS, « Brèves réflexions sur un concept en crise », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 88.

⁴²⁰ Alain BOKEL, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire », déjà cité, p. 394.

⁴²¹ Jeanne LEMASURIER, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantages » », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, 1974.

⁴²² *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 444.

Formatted: French (Belgium)

Formatted: Superscript

opportunité faite par l'administration consiste dans la plupart des cas à effectuer la balance au sein de la décision entre les moyens mis en œuvre et le but poursuivi. Ainsi par exemple, la régularité d'une sanction sera-t-elle évaluée à l'aune du rapport entre la gravité des faits et la sévérité de la sanction. Ce principe se répand de plus en plus et a déjà donné lieu à de nombreuses études⁴²³.

4°. Des contrôles marginaux

239. Leur but est de contrôler à la marge l'opportunité de l'action administrative. Cela leur vaut la qualification de « contrôles marginaux ». Ils se limitent, en effet, à la censure des erreurs évidentes d'appréciation de l'opportunité de l'action administrative. Le contrôle du principe de proportionnalité ainsi que celui du bilan coûts-avantages sont des variantes du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation censure la violation du principe du raisonnable dans les domaines les plus divers. Le contrôle du principe de proportionnalité censure la disproportion manifeste entre les moyens et le but poursuivi dans les domaines disciplinaire, de l'égalité de traitement, de la police administrative, des impôts et taxes, etc.). Contrairement aux contrôles précédents qui instaurent une balance bipolaire entre deux intérêts (intérêt individuel et intérêt public), le contrôle du bilan coûts-avantages est fondé, suivant l'expression de Paul Lewalle, sur une conception multipolaire des relations, et censure la balance faite par l'administration entre plusieurs groupes d'intérêts (particuliers entre eux, particuliers versus personnes publiques ou personnes publiques entre elles). Ce contrôle se rencontre souvent dans le domaine des décisions relatives à l'appréciation de l'utilité publique.

⁴²³ Voir, entre autres, Paul LEWALLE, « Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge », rapport au colloque organisé par les barreaux de Lyon et de Liège, *A.P.T.*, 1995, p.53 et s ; Paul MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Vélu*, t.I, p. 51 et s ; Xavier PHILIPPE; préface de Charles Debbasch, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990 ; Guy BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité » in *Mélanges M.Waline*, L.G.D.J., 1974, t.II, p.297 ; Jean-Paul COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1988, p.434 et s. ; Francis DELPEREE et Véronique BOUQUEY-REMION, « Liberté, égalité et proportionnalité », Rapport aux Xes Journées juridiques Jean Dabin, *A.P.T.*, 1980, pp. 290-291 ; Françoise DREYFUS, « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du tribunal administratif de l'O.I.T. », *R.D.P.*, 1974, p.691 ; Sébastien van DROOGHENBROECK; préface de Françoise Tulkens e.a., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles : FUSL, 2001.

2. Les caractéristiques du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

240. Le véritable contrôle du pouvoir discrétionnaire, celui qui touche au cœur même du pouvoir discrétionnaire, est celui qui porte directement sur les appréciations en opportunité de l'administration. Malgré les apparences, le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est un contrôle de légalité (2.1). Cependant, c'est un contrôle très délicat, très exigeant en termes d'opération intellectuelle à réaliser, en termes d'audace pour le juge de prendre le risque d'une confrontation avec l'administration (2.2), qui est plus susceptible de critiques (2.3) et qui par conséquent ne s'applique que dans des cas très limités (2.4). Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire requiert un contexte favorable à son exercice à défaut duquel il est difficile qu'il puisse émerger et s'épanouir (2.5).

2.1. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est un contrôle de légalité

241. Contrairement à ce que pourrait laisser penser son objet, le « contrôle direct » est un contrôle de légalité et non un contrôle de pure opportunité. Il porte sur la manière dont l'administration exerce son pouvoir, y compris le pouvoir discrétionnaire et recherche sa conformité à la légalité. Il ne doit donc pas y avoir de confusion entre le contrôle et son objet. L'objet est certes l'opportunité mais le contrôle qui y porte est un contrôle de légalité. Il n'y a pas non plus de confusion entre le contrôle de légalité et le contrôle d'opportunité ainsi que le soutient une certaine doctrine⁴²⁴.

2.2. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est très exigeant

242. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est très exigeant étant donné qu'il requiert du juge plus d'effort intellectuel et d'audace que le contrôle indirect. Ce contrôle est très exigeant en ce qui concerne l'effort intellectuel à fournir dans toutes ses modalités c'est-à-dire

⁴²⁴ Si l'on doit admettre la réalité selon laquelle la frontière entre la compétence liée et le pouvoir discrétionnaire n'est pas étanche (« Ces frontières sont fluides : elles varient dans le temps et dans l'espace », Chantal PASBEQ, « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1980, p. 847.), l'on devra, cependant, se garder de trouver une identité entre le contrôle de légalité et le contrôle d'opportunité ainsi que semble le suggérer Daniel CHABANOL. A propos de ces deux sortes de contrôles il pense, en effet, que « la césure est plus que simplificatrice, elle est inexacte [...] : la frontière entre contrôle de légalité et contrôle d'opportunité n'est ni linéaire ni tranchée » ; qu'« Il est donc parfaitement erroné d'opposer contrôle de légalité et contrôle d'opportunité, le second étant partie intégrante du premier » ; il en conclut que le contrôle de la légalité et le contrôle d'opportunité est un contrôle unique in « Contrôle de légalité et liberté de l'administration », *AJDA*, 20 janvier 1984, pp. 14 et 15.

qu'il s'agisse de la limitation du domaine du pouvoir discrétionnaire ou du contrôle de l'usage du pouvoir discrétionnaire. En ce qui concerne la première modalité, le juge doit faire l'effort de trouver une condition juridique qui lie l'action administrative là où aucun texte ne l'avait antérieurement lié. Cela suppose un travail d'analyse approfondie pour découvrir et établir le principe au nom duquel le pouvoir de l'administration doit être soumis à plus ou moins de limitation⁴²⁵. L'on peut mesurer toute la difficulté d'une telle démarche.

243. En ce qui concerne la seconde modalité, la tâche est tout aussi délicate. Il s'agit, en effet, de contrôler l'usage que l'administration fait de son pouvoir discrétionnaire, autrement dit de contrôler ses appréciations en opportunité. Or, ces dernières reposent sur la subjectivité de l'administration. Par leur biais, l'autorité administrative se fonde sur son appréciation personnelle des faits pour décider ce que requiert l'intérêt général dans un cas d'espèce. Le contrôle juridictionnel des appréciations en opportunité de l'administration repose, lui aussi, sur la subjectivité du juge. C'est à partir de ce que le juge estime, selon son jugement personnel, être conforme à l'intérêt général qu'il apprécie la décision de l'administration. La délicatesse de ce contrôle repose sur l'obligation pour le juge de ne pas substituer son appréciation personnelle à celle de l'administration. Il doit construire des critères objectifs à partir desquels il devra apprécier la décision de l'administration. Le contrôle doit toujours être mené avec objectivité y compris lorsque le juge recourt aux techniques de l'erreur manifeste d'appréciation, de la proportionnalité ou du bilan. La grande difficulté intellectuelle que le juge doit surmonter est de construire des critères objectifs du « manifeste », du « raisonnable », du « proportionné », etc. Cette gymnastique délicate n'est pas de nature à susciter l'engouement du juge. L'on comprend donc que le juge administratif ne puisse pas s'empreser de s'engager sur une voie aussi délicate et laborieuse.

244. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire requiert, en outre, de l'audace. Il faut de l'audace pour décider de limiter jurisprudentiellement le pouvoir de l'administration. En fait, il se comprend que l'administration veuille conserver le plus possible son pouvoir d'appréciation en opportunité. Ce n'est donc pas sans lutter qu'elle se laissera s'en dépouiller à cause de ce qu'elle pourra qualifier de « zèle du juge » voire de « gouvernement de juges ». Le juge doit donc s'attendre à affronter la résistance de l'administration et dans certains

⁴²⁵ Yves GAUDEMET démontre dans sa thèse que derrière la décision souvent laconique du juge administratif se cache un travail énorme d'analyse, d'interprétation et d'appréciation très délicates, *Les méthodes du juge administratif*, déjà cité, p. 11.

contextes, il peut être très risqué pour le juge de ne pas reconnaître à un pouvoir exécutif très fort la liberté d'appréciation dans certaines matières ou de critiquer négativement l'usage qu'il en fait.

245. D'autre part, le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire vise à vérifier la manière dont l'administration procède aux appréciations en opportunité. Or, ces dernières sont un jugement subjectif de l'administration. Leur contrôle juridictionnel est par conséquent susceptible d'être perçue comme une attaque personnalisée surtout que le juge administratif passe généralement pour le censeur du pouvoir. L'on sait aussi que, dans certains contextes, il peut être dangereux d'afficher son opposition au pouvoir. Le juge qui censure les appréciations en opportunité de l'administration court donc le risque, dans une mesure plus ou moins large selon les contextes, de s'attirer le courroux du pouvoir. La seule perspective de savoir qu'il risque des démêlés avec le pouvoir est donc de nature à dissuader le juge du contrôle des appréciations en opportunité de l'administration.

2.3. Le contrôle direct est empreint de subjectivité

246. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire s'appuie sur une démarche subjective. Il en est ainsi de l'usage de l'erreur manifeste d'appréciation ou du principe de proportionnalité⁴²⁶. Le fait que le contrôle du juge sur les appréciations en opportunité de l'administration soit empreint de subjectivité l'expose à beaucoup de critiques. Quel que soit l'affinement qu'il lui donne, le raisonnement du juge restera toujours relatif et donc susceptible de remise en cause. Il est, en outre, difficile pour le juge de garder sa parfaite neutralité lorsqu'il contrôle les appréciations discrétionnaires de l'administration. Il a été démontré que le juge, à cette occasion, de manière délibérée ou non, fait référence à un ensemble de valeurs idéologiques, philosophiques ou politiques, dans la détermination de ce qui est juste ou conforme à l'intérêt général. Le jugement des appréciations discrétionnaires peut facilement prendre l'allure de la proclamation d'une position politique, idéologique ou philosophique⁴²⁷. Cette présomption de défaut de neutralité fait que le raisonnement du juge ne se verra que rarement ou difficilement reconnaître le statut d'une vérité incontestable. La crainte de la critique de son œuvre est susceptible de justifier bien souvent la retenue du juge plutôt que de favoriser son contrôle. Il

⁴²⁶ Françoise DREYFUS, « Brèves réflexions sur un concept en crise », déjà cité, p. 89.

⁴²⁷ A ce sujet, Danièle LOSCHAK, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, p.514 ; Yves GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972, p.188.

préfèrera bien souvent laisser l'appréciation en opportunité de l'administration en dehors de son contrôle, même lorsqu'il n'est pas convaincu de sa justesse, lorsqu'il estime lui-même ne pas disposer d'une réponse susceptible de faire facilement l'unanimité.

2.4. Le contrôle direct est d'une portée limitée

247. Le contrôle des appréciations en opportunité est techniquement l'outil le plus performant pour le contrôle du pouvoir discrétionnaire mais son applicabilité est néanmoins limitée. Le nombre des décisions dans lesquelles le juge a procédé au contrôle des appréciations en opportunité demeure marginal. Le juge procède toujours et très librement au contrôle indirect. Par contre, ce n'est que rarement, en cas d'illégalité patente relative aux appréciations en opportunité et lorsque cela peut se passer « à moindre frais » que le juge procède au contrôle des appréciations en opportunité.

2.5. Les déterminants du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

248. L'on peut se demander ce qui détermine le juge à recourir, là où il le fait, à l'exercice du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire s'il apparaît que ce dernier est à ce point exigeant. S'agit-il d'un besoin exprimé par la collectivité ou cela dépend-il du bon vouloir du juge ? Il serait erroné de justifier l'existence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire uniquement par le besoin. Cela signifierait a contrario que là où ce contrôle n'est pas pratiqué, c'est parce qu'on n'en éprouve pas le besoin. Un tel raisonnement serait erroné dans la mesure où le besoin de contrôler directement le pouvoir discrétionnaire est ressenti partout où s'exerce l'action administrative. Quel que soit le niveau de développement, l'action administrative met toujours en œuvre aussi bien la compétence discrétionnaire que la compétence liée. Ainsi, si l'on ne s'en tenait qu'au besoin du contrôle, l'on remarquerait partout l'essor du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire.

249. La volonté du juge est une justification plus pertinente. C'est le juge qui fait le contrôle et qui évalue les risques et les chances de son contrôle. Il choisit les procédés qui lui paraissent les plus adaptés et les plus efficaces. Il faut qu'il décide lui-même de courir un risque ou de se charger d'un travail laborieux. L'essor du contrôle du pouvoir discrétionnaire en France a été justifié par le fait que « la juridiction administrative devenait plus consciente

de sa mission et de ses devoirs ainsi que plus ferme dans son autorité »⁴²⁸. Il faut tout de même relativiser la portée explicative de la volonté du juge. Tout ne s'y réduit pas. Des exigences d'ordre technique, d'indépendance du juge et des conditions favorables de travail entrent en ligne de compte. Pour que le juge procède au contrôle direct du pouvoir discrétionnaire, il faut d'abord qu'il ait été saisi d'une telle demande et que le pouvoir discrétionnaire ait été mis directement en cause. Ce n'est pas toujours le cas comme l'exemple du Congo nous permettra de le constater. Le juge doit, en outre, jouir de suffisamment d'indépendance pour exercer un contrôle si délicat sans craindre pour sa propre personne ou pour ses intérêts. Il faut enfin qu'il soit mis dans des conditions de travail qui lui permettent de se livrer à un travail intellectuel approfondi.

§3. *Le rapport entre le contrôle direct et le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire*

250. Les deux aspects du contrôle du pouvoir discrétionnaire ne s'opposent pas et ne sont pas mutuellement exclusifs. Ils sont plutôt complémentaires. Le contrôle indirect est un contrôle constant. Il s'exerce en toutes hypothèses. Cela veut dire qu'il peut s'exercer seul. C'est d'ailleurs l'hypothèse la plus courante. Dans la majeure partie des cas, le contrôle du juge se limite au contrôle des éléments liés de la légalité externe et de la légalité interne. Le contrôle indirect peut aussi s'exercer cumulativement avec le contrôle direct. En effet, toutes les fois que le juge contrôle l'étendue ou l'usage du pouvoir discrétionnaire, il aura au préalable contrôlé la compétence de l'auteur de l'acte, la procédure d'élaboration, la forme de l'acte, l'objet et les motifs de ce dernier. Par contre, le contrôle direct ne s'exerce jamais seul. Il n'y a pas de cas où le juge vérifie uniquement l'appréciation en opportunité sans vérifier le respect des prescriptions relatives aux éléments liés de l'acte. Le contrôle direct vient, en principe, après le contrôle indirect. « A supposer qu'un acte résiste à toutes les vérifications que comporte l'examen de ses motifs, qu'il se révèle doté de motifs établis, admissibles, pertinents, [le juge administratif vérifie si l'autorité a] usé de son pouvoir d'une manière qui ne soit pas manifestement déraisonnable »⁴²⁹.

⁴²⁸ Raymond ODENT, *op.cit.*, p. 527.

⁴²⁹ Michel LEROY, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver », in Robert ANDERSEN (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs. Loi du 29 juillet 1991*, La Chartre, 1992, p. 131.

§4. *L'intérêt de la distinction contrôle direct-contrôle indirect*

251. La distinction opérée entre le contrôle direct et le contrôle indirect sur le pouvoir discrétionnaire n'a rien de révolutionnaire ni d'absolu. Elle ne s'oppose pas à la classification bien connue qui opère la distinction entre le contrôle minimum, le contrôle normal et le contrôle maximum des actes administratifs à compétence discrétionnaire. Mais alors que celle-ci est une vue indicative de la diversité de degrés d'intensité du contrôle juridictionnel sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, la classification contrôle direct-contrôle indirect repose sur le constat que le contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire est soit celui des éléments liés de l'acte soit celui des éléments non liés de l'acte. Son mérite est de mettre en évidence le fait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire est toujours l'objet d'un contrôle même lorsque les techniques subtiles du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, de la proportionnalité et du bilan coûts-avantages ne sont pas pratiquées à l'instar du Congo.

252. Cette réalité transparaît d'ailleurs quelque peu dans l'acception initiale du contrôle minimum. Le juge l'exerce quelque soit la marge d'appréciation de l'administration en se limitant au contrôle de l'exactitude matérielle des faits, de l'erreur de droit et du détournement de pouvoir. C'est en quelque sorte le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire à la condition d'y ajouter le contrôle de la qualification juridique des faits. Mais, dans son acception actuelle, le contrôle minimum comporte presque toujours le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Une nuance importante existe donc entre la classification classique contrôle minimum, normal et maximum et la classification proposée entre contrôle direct et contrôle indirect. La fonction de la première est de mettre en lumière les degrés d'intensité du contrôle juridictionnel tandis que la fonction de la seconde est d'indiquer les éléments de l'acte à partir desquels le juge exerce son contrôle. Le but est, en effet, d'éviter cette erreur qui consisterait à penser qu'il n'existe pas de contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration en dehors des contrôles de l'erreur manifeste d'appréciation, de la proportionnalité et du bilan coûts-avantages.

253. La distinction entre le contrôle direct et le contrôle indirect a un rôle essentiellement didactique de permettre d'appréhender clairement les deux facettes du contrôle juridictionnel qui demeure indivisible. Les contrôles direct et indirect sont donc complémentaires et non mutuellement exclusifs.

Section II. L'étendue du contrôle du pouvoir discrétionnaire

254. L'intensité du contrôle du pouvoir discrétionnaire est variable en fonction des cas soumis à l'attention du juge (§1). Il n'existe pas de critères constants permettant de systématiser l'exercice du contrôle quant à son étendue. C'est un contrôle essentiellement pragmatique (§2). Malgré l'importance de son contrôle, le juge ne doit pas se substituer à l'administration (§3).

§1. *L'intensité variable du contrôle*

Formatted: Font: Italic

255. Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration varie en fonction de l'appréciation du juge. Les degrés de contrôle ne sont toutefois déterminés ni par la loi ni par le juge. L'effort de systématisation est l'œuvre de la doctrine⁴³⁰. Le contrôle varie entre un minimum et un maximum⁴³¹ entre lesquels existe toute une gamme variée de degrés intermédiaires⁴³² (1). Les différentes classifications n'épuisent pas la réalité du contrôle. Elles ne sont qu'une vue indicative d'une réalité plutôt complexe (2).

1. Les différents degrés de contrôle

256. Certains auteurs ont relevé deux degrés, d'autres en ont relevé trois mais tous reviennent généralement à la même réalité. D'autres ajoutent même qu'il est possible d'observer des variations d'intensité au sein de chaque degré de contrôle. La terminologie n'est pas uniforme chez tous les auteurs. Les mêmes termes peuvent désigner des degrés de contrôle différents d'un auteur à l'autre. Pour des raisons de commodité, nous présenterons les degrés contrôle de faible intensité (1.1), les degrés de contrôle de moyenne intensité (1.2) et les degrés de contrôle d'intensité élevée (1.3).

⁴³⁰ Hugues LE BERRE, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Ellipses, 2002, p. 186.

⁴³¹ Raymond ODENT observe par exemple que « Les progrès contentieux ont conduit la jurisprudence à une analyse plus poussée de la règle de droit », *Contentieux administratif*, op.cit., p. 527 ; Bernard PACTEAU, de même, observe que, contrairement au juge de la cassation administrative, « le juge de l'excès de pouvoir a continué d'étendre et d'intensifier son contrôle », *Manuel de contentieux administratif*, Paris, PUF, 2006, p. 327.

⁴³² A ce propos, Raymond ODENT fait remarquer qu' « entre ces deux situations extrêmes, entre ces deux types de contrôle, il n'y a pas de solution de continuité : on passe insensiblement de l'un à l'autre par toute une gamme subtile et nuancée de contrôles adaptés aux possibilités du juge et à ce que lui paraissent être les besoins du moment », *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 534.

1.1. *Les degrés de contrôle de faible intensité*

Formatted: Font: Italic

257. Peuvent être rangés dans cette catégorie les degrés de contrôle qui n'atteignent pas ou qui effleurent à peine le pouvoir d'appréciation de l'administration. L'on parle dans ce cas de contrôle minimum. Il en existe deux variantes. La première exclut tout contrôle du pouvoir d'appréciation de l'administration (A) tandis que la seconde vérifie si la décision de l'administration n'est pas entachée de l'erreur manifeste d'appréciation (B).

A. Le contrôle minimum exclusif de tout examen du pouvoir d'appréciation

258. Ce contrôle minimum ou encore « restreint » signifie que le juge n'exerce aucun contrôle, mieux, aucun contrôle direct, sur le pouvoir discrétionnaire. Il correspond à ce que nous avons auparavant qualifié de contrôle indirect à la seule différence qu'il ne comporte pas le contrôle de la qualification juridique des faits. Il est exercé par le juge dans tous les cas, c'est-à-dire « quelle que soit la marge de pouvoir d'appréciation de l'administration ». Il est dit restreint car il se limite à censurer « ...l'incompétence de l'auteur de l'acte, le vice de forme et de procédure, l'erreur de droit et le fait matériellement inexact, la violation directe de la loi et le détournement de pouvoir »⁴³³. C'est le niveau le plus élémentaire du contrôle de la décision administrative que d'aucuns considèrent comme désormais banal⁴³⁴. L'on peut mentionner la particularité de la classification de Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO⁴³⁵ qui comporte le « contrôle moyen ». Il s'agit d'un contrôle qui concerne l'unique hypothèse de mesures de police exceptionnelle et qui consiste à vérifier si les faits entrent dans le champ de la loi. Ce contrôle est présenté « comme une sorte de transaction entre le contrôle minimum et le contrôle normal »⁴³⁶. Il semble qu'il ait pratiquement disparu aujourd'hui.

B. Le contrôle minimum renforcé par celui de l'erreur manifeste d'appréciation

259. Le principe demeure que le juge ne contrôle pas le pouvoir discrétionnaire de l'administration sauf lorsque celui-ci est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation, entendue comme « la contradiction non seulement évidente mais aussi inexplicée entre la

⁴³³ Serge DAEL, *Op.cit.*, p.180.

⁴³⁴ Yves GAUDEMET, *Droit administratif*, 18^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2005, p. 145.

⁴³⁵ Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1984, p. 370.

⁴³⁶ *Ibidem*.

décision administrative et les faits de la cause »⁴³⁷. De nos jours, le juge, effectuant le contrôle minimum, vérifie presque toujours l'absence d'erreur manifeste d'appréciation⁴³⁸. Certains auteurs estiment que la différence entre le contrôle minimum et le contrôle restreint réside au fait que c'est ce dernier qui comporte le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation⁴³⁹.

1.2. Le degré de contrôle de moyenne intensité

260. Le contrôle inclut les vérifications visées par le contrôle minimum ou restreint et procède à l'examen de la qualification juridique des faits. L'on se rappellera le débat relatif à la qualification juridique des faits. Cette opération n'est pas en soi l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Elle est une opération juridique qui consiste pour l'administration à décider, par le biais de l'appréciation des faits, s'ils sont de nature à fonder juridiquement la décision. Elle ne constitue pas, de ce fait, une appréciation en opportunité. Pour cette raison, le contrôle de la qualification juridique des faits est un contrôle juridique et non un contrôle d'opportunité. Cependant, l'on a noté que certains concepts juridiques sont tellement vagues que l'opération de l'appréciation juridique des faits implique nécessairement une évaluation subjective des faits par l'administration. Dans ces genres des cas limites, le contrôle de la qualification juridique confine à un contrôle d'opportunité. Ce contrôle qui comporte celui de la qualification juridique des faits porte le nom de « contrôle normal ». Il est encore appelé « contrôle moyen »⁴⁴⁰ ou « contrôle ordinaire »⁴⁴¹.

1.3. Les degrés de contrôle d'intensité élevée

261. Sont visés ici les contrôles qui atteignent complètement tout le pouvoir d'appréciation de l'administration. Le contrôle porte, en plus des vérifications visées par les contrôles de faible et de moyenne intensité, sur l'adéquation de la mesure aux faits. Il procède à « une

⁴³⁷ Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, déjà cité, p. 376.

⁴³⁸ Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, Paris, Dalloz, 2006, p. 208.

⁴³⁹ Hugues LE BERRE, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Ellipses, 2002, p. 186 ; Gustave PEISER, *Droit administratif général*, 21^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 277 ; Contrôle minimum et contrôle restreint ne doivent pas être confondus, pour Georges DUPUIS, Marie-José GUEDON et Patrice CHRETIEN, car pour eux « Aujourd'hui le contrôle restreint consiste pour le juge, en cas de pouvoir discrétionnaire à vérifier que l'Administration n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation », *Droit administratif*, 8^e édition, Paris, Dalloz, Armand-Colin, 2002, p. 603.

⁴⁴⁰ Gustave PEISER, *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1990, p. 148.

⁴⁴¹ Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation*, déjà cité, p. 7.

vérification complète des appréciations de fait effectuées par l'administration »⁴⁴². L'adéquation aux faits peut consister soit en un rapport de proportionnalité soit en la légitimité de la décision comme c'est le cas dans la théorie française du bilan. Le contrôle de la légalité pousse loin jusqu'aux confins de l'opportunité⁴⁴³. S'il est jugé acceptable lorsqu'il porte sur la proportionnalité de la mesure, comme c'est le cas notamment du rapport entre la sanction disciplinaire et la gravité des faits, il est jugé excessif lorsqu'il juge la légitimité de la mesure, comme c'est le cas dans le contrôle du bilan⁴⁴⁴. Dans ce cas là, en effet, la mesure est jugée régulière si ses avantages excèdent ses inconvénients. Ce contrôle est appelé « contrôle maximum »⁴⁴⁵. D'autres l'appellent « contrôle entier »⁴⁴⁶ et d'autres encore « contrôle normal »⁴⁴⁷.

2. Les différents degrés, une vue indicative d'un contrôle complexe

262. Derrière l'apparente contradiction entre les auteurs sur les degrés de contrôle du pouvoir discrétionnaire se cache une même réalité, celle d'un contrôle complexe. Il suffit, pour s'en convaincre, de considérer les fréquentes réserves des auteurs sur le fait que les classifications n'ont qu'un caractère indicatif (2.1) ou l'établissement de critères qui tentent d'unifier l'appréhension du contrôle (2.2).

2.1. *Le caractère indicatif des classifications des degrés de contrôle*

263. Si les classifications paraissent bien séduisantes, l'on se tromperait pourtant en croyant qu'elles épuisent toute la réalité du contrôle du juge. Raymond ODENT fait remarquer que « « Contrôle normal », « contrôle minimum », ce sont des formules commodes, usuelles et utiles : elles permettent d'exposer les lignes directrices des orientations jurisprudentielles, de clarifier les idées et de faire avec prudence un peu de systématisation doctrinale. Il faut se garder de leur donner une valeur de principe sinon elles se révéleraient vite erronées »⁴⁴⁸. Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, au sujet des degrés qu'ils ont relevé, signalent à leur

⁴⁴² Emmanuel LANGAVANT, Marie-Christine ROUAULT, *Le contentieux administratif*, Paris, Masson, 1987, p. 236.

⁴⁴³ Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation*, déjà cité, p. 7.

⁴⁴⁴ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 403.

⁴⁴⁵ Raymond ODENT pense que ce terme n'est ni heureux ni adéquat, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 533, note 1.

⁴⁴⁶ Serge DAEL, *Op.cit.*, p. 180.

⁴⁴⁷ *Idem* ; Dominique TURPIN, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, Paris, Hachette, 2007, p. 71.

⁴⁴⁸ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 533.

Formatted: Font: Italic

Formatted: Font: Italic

tour que « la détermination des quatre degrés du contrôle des motifs de fait ne doit pas être acceptée comme une méthode d'action systématique de la part du juge. Bien des incertitudes subsistent qui tiennent aux termes employés par certains arrêts, soit à l'évolution de la jurisprudence, soit au fait qu'on peut insensiblement passer d'une forme de contrôle à une autre. Il apparaît cependant que ces quatre procédés correspondent à une certaine ligne de pensée et qu'en outre ils ont une incidence directe sur le fond du droit »⁴⁴⁹.

2.2. *Des critères qui tentent d'unifier l'appréhension du contrôle*

Formatted: Font: Italic

264. L'on peut noter la particularité de Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT pour lesquels tout le contrôle du pouvoir discrétionnaire se résume dans des contrôles d'intensité variable de la qualification juridique et de l'appréciation des faits. Les différents degrés sont, dès lors l'absence de contrôle de qualification, le contrôle restreint de qualification et le contrôle entier de qualification d'une part et de l'autre l'absence de contrôle d'adéquation, le contrôle restreint d'adéquation et le contrôle maximal d'adéquation⁴⁵⁰.

265. Un autre critère d'unification est celui de la constance. Certains contrôles sont constants et sont exercés en toutes hypothèses tandis que d'autres sont contingents. Ils ne sont exercés que si le juge l'estime nécessaire. Dans le cas des contrôles constants « le juge administratif contrôle toujours le respect par l'administration des règles de compétence, de forme, de procédure et de fond qui s'imposent à elle, des buts qu'elle doit poursuivre, l'exactitude matérielle des faits et les motifs de droit sur lesquels elle se fonde »⁴⁵¹. Le contrôle exercé est celui qui a été qualifié de contrôle minimum sans vérification de l'erreur manifeste d'appréciation. Les contrôles non constants sont ceux qui portent sur l'erreur manifeste d'appréciation, la qualification juridique des faits et l'adéquation du contenu de la décision aux faits. Ils ne sont pas toujours exercés. Ces observations mettent surtout en exergue la complexité du contrôle du juge et la nécessaire liberté dont il jouit dans l'exercice de sa mission.

⁴⁴⁹ Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Tome 2, Paris, LGDJ, 1984, p. 371.

⁴⁵⁰ Pierre-Laurent FRIER et Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 463 et s.

⁴⁵¹ Sur le degré de constance du contrôle du juge, Pierre DELVOLLE, *Le droit administratif*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 132.

§2. *Le pragmatisme du contrôle*

266. Quel peut bien être le critère qui détermine le choix du juge pour un degré de contrôle ? Le moins que l'on puisse dire est qu'il n'y a pas de critère constant. Il n'y a pas non plus nécessairement de correspondance entre le degré de contrôle juridictionnel et l'intensité du pouvoir de l'administration. C'est le juge qui, en définitive, apprécie librement, au cas par cas, le degré de contrôle qui convient. Les efforts doctrinaux de systématisation traduisent le caractère pragmatique de ce contrôle⁴⁵². Les critères qui tentent de se dessiner sont continuellement l'objet d'exceptions dans la pratique du juge qu'ils finissent par perdre leur aptitude à expliquer des cas généraux. Néanmoins, des tendances générales peuvent être relevées.

267. Le juge exerce un contrôle d'une faible intensité lorsque l'administration jouit d'un important pouvoir d'appréciation discrétionnaire tandis qu'il exerce un contrôle poussé lorsque l'administration n'en dispose pas. Or, pour connaître le degré de pouvoir d'appréciation reconnue à l'administration, l'on se fonde soit sur la rédaction du texte, soit sur l'interprétation qu'en fait le juge. Plus le texte définit de manière précise la circonstance de fait à la base de la décision administrative, plus le pouvoir d'appréciation de l'administration croît en intensité et le contrôle du juge est moins intense. Moins le texte est précis sur cette circonstance de fait, moins l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation et le contrôle du juge croît en intensité. Mais puisqu'un texte exprès peut faire défaut ou puisque le texte existant peut nécessiter d'être interprété, le juge, à partir de son appréciation, peut accroître ou réduire l'intensité de son contrôle.

268. Si l'on applique ces critères aux degrés de contrôle inventoriés, l'on constate que le choix de tel ou tel degré repose sur une gamme variée de raisons dont la liste n'est pas limitative. Mais quoiqu'il en soit, ces raisons traduisent l'idée que le juge se fait de l'exigence de l'intérêt général⁴⁵³. Le juge autolimité son contrôle notamment lorsqu'il s'agit des domaines particulièrement sensibles de l'action administrative telle la « haute police » ; quand

⁴⁵² « Le contrôle du juge est aussi varié que les cas concrets sur lesquels il porte et il est extrêmement difficile et à la limite arbitraire, de l'enfermer dans une série de gamme de contrôles précis », Gustave PEISER, *Contentieux administratif*, 7^{ème} édition, Paris, Dalloz, 1990, p. 144.

⁴⁵³ « L'étendue du contrôle dépend dans chaque cas d'espèce des intérêts publics et privés dignes de protection qui sont en jeu et de la mesure dans laquelle la compétence d'appréciation du juge lui permet un contrôle objectivement fondé de la mesure administrative », Jürgèn SCHWARTZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 276.

il se pose des questions techniques qui débordent ses connaissances ; lorsqu'il souhaite respecter le principe de séparation des autorités ou lorsqu'il estime qu'est en cause un choix d'opportunité. Le juge pousse, par contre, son contrôle dans le cas où il découvre une condition légale au-delà de la lettre des textes ou lorsque sont en cause des droits fondamentaux.

269. Le degré du contrôle tient ainsi au choix et aux possibilités du juge. Il existe ainsi « toute une gamme subtile et nuancée de contrôles adaptés aux possibilités du juge et à ce que lui paraissent être les besoins du moment »⁴⁵⁴. Il apparaît aussi que « selon l'interprétation qu'il donne de l'exigence de la règle de droit, le juge exerce sur chaque question le contrôle qui en est la conséquence et qu'il est en mesure d'exercer réellement »⁴⁵⁵. En évoquant les possibilités du juge, il faut leur donner un contenu très large. Il ne s'agit pas seulement des possibilités juridiques mais aussi de tout ce qui est lié aux contraintes du contexte. C'est notamment l'indépendance du juge face au pouvoir politique, le temps de s'occuper suffisamment de l'examen d'une affaire, la documentation sur laquelle il peut appuyer ses analyses, les moyens financiers et matériels dont il peut disposer pour mener ses investigations, etc.

270. Il n'y a pas, en effet, de « lien automatique entre la marge d'appréciation de l'administration et degré de contrôle du juge »⁴⁵⁶. Par exemple, le juge n'a pas l'obligation de réduire l'intensité de son contrôle lorsqu'est en cause une matière de grande technicité ou de haute police. La pratique jurisprudentielle offre des exemples dérogatoires où, malgré « l'incompétence technique du juge », « certaines différences dans le contexte juridique » entraînent un certain contrôle de la qualification juridique des faits⁴⁵⁷. Le juge a, par exemple, exercé un contrôle restreint sur l'interdiction de la diffusion d'une publicité pour une spécialité pharmaceutique alors qu'il a contrôlé la qualification juridique des faits lorsqu'il a été saisi d'un recours contre un retrait d'autorisation de diffuser une publicité pharmaceutique⁴⁵⁸. Il a exercé auparavant un contrôle réduit sur le classement des terres par nature de culture mais, « il semble maintenant s'orienter vers un contrôle normal »⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ Raymond ODENT, *Op.cit.*, p. 534.

⁴⁵⁵ Serge DAEL, *Op.cit.*, p. 173.

⁴⁵⁶ Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^{ème} édition, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005, p. 286.

⁴⁵⁷ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, déjà cité, p. 557.

⁴⁵⁸ *Ibidem*.

⁴⁵⁹ *Idem*, p. 559.

271. L'intensité du contrôle dépend en définitive de l'appréciation que le juge fait de la situation. Cela traduit sa liberté quant aux degrés et aux critères du choix du contrôle. Cette réalité revient très souvent dans les propos des auteurs au sujet de l'intensité du contrôle du juge. Ainsi peut-on lire que « la notion d'erreur de fait oblige en effet le juge à fixer lui-même les limites qu'il entend ne pas dépasser dans son contrôle »⁴⁶⁰ ; qu'« à l'exception des cas où l'on se trouve en présence d'une prescription législative formelle, le contrôle des motifs par le juge dépend de sa propre décision »⁴⁶¹ ; qu'« en principe, le juge administratif contrôle cette qualification, sauf dans les cas où de son propre chef il refuse de l'effectuer en fonction de considérations techniques ou d'opportunité », etc. L'intensité du contrôle est donc, finalement, un choix de politique jurisprudentielle, librement déterminée par le juge motivé par « l'intérêt primordial » qu'il estime en cause »⁴⁶².

§3. *L'incidence du contrôle du pouvoir discrétionnaire sur la séparation des fonctions de juger et d'administrer*

272. Une des questions les plus récurrentes est de savoir dans quelle mesure le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire ne risque pas de s'immiscer dans la fonction propre de l'administration, à savoir la fonction d'administrer⁴⁶³. La crainte est que le contrôle juridictionnel n'atteigne le domaine de l'opportunité et ne rentre ainsi en plein dans la fonction d'administrer. Le juge se comporterait alors comme le supérieur hiérarchique de l'administration. Le principe en la matière demeure la séparation de la fonction de juger – en l'occurrence de juger les actes administratifs – de la fonction d'administrer⁴⁶⁴. En application du principe, le contrôle du pouvoir discrétionnaire est et demeure un contrôle de légalité et non un contrôle de l'opportunité. Seulement, dans certains cas, ce contrôle peut friser le contrôle de l'opportunité⁴⁶⁵. Il ne détermine pas ce que requiert l'opportunité mais se limite à

⁴⁶⁰ *Idem*, p. 528.

⁴⁶¹ Jean-Marie AUBY et Roland DRAGO, *Op.cit.*, p. 370

⁴⁶² Françoise DREYFUS, « Brèves réflexions sur un concept en crise », déjà cité, p. 90.

⁴⁶³ Chantal PASBEQ constate à ce sujet que « malgré les précautions prises à la création des juridictions administratives, il y a eu, de tout temps, un danger pour le juge de concurrencer l'auteur de l'acte dans son appréciation des faits », in « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », déjà cité, p. 804.

⁴⁶⁴ Sur la portée du principe, Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, déjà cité, p. 19 à 34.

⁴⁶⁵ La loi peut faire « de l'opportunité d'une décision administrative – de sa « nécessité » - une condition de sa légalité ». Par ailleurs, tout acte, y compris l'acte de juger « comporte une part d'appréciation », Dominique LAGASSE, *L'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif*, déjà cité, p. 22 et 23.

contrôler l'usage du pouvoir d'appréciation de l'opportunité. Force est donc de constater une certaine extension du champ de la légalité qui inclut désormais une part d'appréciation en opportunité.

273. Initialement le champ de la légalité contrôlé par le juge administratif se limitait à la compétence de l'auteur de l'acte, aux formes et procédures, à l'erreur du droit et au but de l'acte. Les appréciations faites par l'administration en opportunité étaient exclues du contrôle juridictionnel. A l'instigation du juge administratif, l'on a admis progressivement que la légalité requiert le contrôle de l'usage par l'administration de son pouvoir d'appréciation en opportunité. Puisque c'est la loi ou la réglementation au sens large qui accorde ce pouvoir d'appréciation en opportunité à l'administration dans le seul but de la satisfaction de l'intérêt général, il est normal que le juge puisse en contrôler l'exercice pour s'assurer que la volonté de la loi a été respectée quant à ce. En cas de compétence liée, la condition de l'action administrative est entièrement déterminée par la loi. Il est normal, dans ce cas, que le juge exerce un contrôle complet de l'opportunité. En cas de compétence discrétionnaire, la loi fixe le cadre de l'action sans en déterminer entièrement les conditions. Il appartient dès lors à l'administration d'en apprécier librement. La légalité dans ce cas est le cadre minimal fixé par la loi plus l'appréciation faite par l'administration et qui permet la satisfaction de l'intérêt général. Il appartient dès lors au juge de contrôler le cadre minimal et le caractère raisonnable de l'appréciation de l'administration sans pour autant lui substituer sa propre appréciation.

274. C'est en tenant compte du caractère pragmatique du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge et de la difficulté de l'enserrer dans des limites précises que l'on se borne à en appeler à la conscience du juge pour qu'il n'abuse pas de son pouvoir : « Le juge doit donc se fixer à lui-même une ligne de conduite et décider qu'il n'en dévierait pas, alors que tout favorise les « dérapages ». Il se doit de s'y tenir :

- même si la doctrine l'incite à accroître toujours davantage son contrôle ;
- même si l'opinion publique ne comprend pas les subtilités inévitables d'une jurisprudence qui paraît à la fois contradictoirement audacieuse et timide ;
- même si certains dossiers donnent la tentation d'aller au-delà des limites admises pour apporter une solution satisfaisante à une situation particulière ;
- même si certains courants intellectuels, au nom de la logique et d'une meilleure administration, suggèrent d'aller toujours plus avant dans le contrôle, sous prétexte que quand on n'avance pas on recule, ces courants se manifestant au sein de la

jurisprudence administrative et même dans l'esprit de chaque juge désireux de mieux faire »⁴⁶⁶.

Section III. Les conditions d'un bon contrôle du pouvoir discrétionnaire

275. Au terme de l'exposé sur les modalités, l'étendue et les caractéristiques du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, la question de la qualité du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire demeure entière. Elle n'a jamais spécifiquement retenu l'attention de la doctrine. Elle est pourtant importante pour au moins deux raisons. Primo, la critique est virulente aussi bien à l'endroit d'un contrôle timide qu'à l'égard d'un contrôle très poussé⁴⁶⁷. Secundo, l'on observe une différence, jusque là non encore clairement élucidée, entre les systèmes juridiques qui ont atteint un niveau satisfaisant de contrôle du pouvoir discrétionnaire et ceux dont le niveau est encore très faible. Il y a ainsi lieu de se demander quelles sont les conditions d'un bon contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire. Encore faut-il se mettre d'accord sur ce qu'il faut entendre par « un bon contrôle », un contrôle satisfaisant du pouvoir discrétionnaire (§1). Les résultats de l'examen de l'étendue du contrôle du pouvoir discrétionnaire indiquent une solution simple pour l'exercice d'un bon contrôle. Il faut exercer un contrôle complet et sérieux selon les règles de l'art (§2). L'on ne doit cependant pas perdre de vue que l'exercice d'un contrôle complet et sérieux n'est possible qu'en présence de certains facteurs indispensables (§3).

§1. Le sens du « bon contrôle » du pouvoir discrétionnaire

276. Le « bon contrôle » du pouvoir discrétionnaire n'est pas nécessairement le contrôle le plus poussé ni d'ailleurs le contrôle le moins poussé. Dans certains cas, le contrôle le plus poussé sera jugé excessif. Dans d'autres cas, le contrôle le moins poussé sera jugé laxiste. Le « bon contrôle » est donc celui qui réalise le mieux le dosage de son intensité. C'est celui qui correspond le mieux aux caractéristiques de l'affaire. Le « bon contrôle » n'a donc rien de systématique. C'est un dosage subtil au cas par cas. Ainsi, dans certains cas, le « bon contrôle » du pouvoir discrétionnaire est un contrôle restreint et dans d'autres, c'est en revanche un contrôle entier. Cette précision permet alors de mieux comprendre le sens de la

⁴⁶⁶ Raymond ODENT, *Op.cit.*, p. 528.

⁴⁶⁷ Jean-Michel GALLARDO, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Faculté de droit, d'économie et de gestion, 2002, p.7.

question des conditions d'un bon contrôle. En effet, si le bon contrôle est celui qui procède à un bon dosage de l'intensité en fonction des caractéristiques de l'affaire, qu'est-ce qui peut garantir que dans un cas concret le juge administratif y procédera ? Ces garanties sont l'exercice d'un contrôle complet et sérieux à condition que des facteurs favorables à celui-ci soient réunis.

§2. L'exercice d'un contrôle complet et sérieux

277. Le contrôle complet et sérieux ne demande rien d'autre que de se conformer aux règles applicables en matière de jugement. Il repose sur l'obligation de juger complètement les affaires. Le contrôle complet suppose le respect de toutes les étapes prévues par les règles de procédure ainsi que l'examen de tous les éléments de l'affaire à chaque étape. Le contrôle complet s'oppose à un examen superficiel. En ce qui concerne les étapes de la procédure, elles peuvent être résumées en trois moments principaux. Le premier moment consiste à déterminer si le juge connaîtra de l'affaire qui lui est soumise. Il vérifiera ainsi sa saisine, sa compétence et la recevabilité de la requête. Cette étape à elle seule est cruciale et ne doit pas être menée avec laxisme car ses conséquences peuvent être graves. Le refus du juge de connaître de la requête, pour une raison quelconque, suffit pour que le pouvoir discrétionnaire de l'administration échappe définitivement à la censure juridictionnelle. C'est une conséquence grave car l'on risque ainsi de laisser subsister à jamais les méfaits de l'arbitraire administratif. C'est pourquoi le juge devra examiner minutieusement les éléments de sa saisine, de sa compétence et de la recevabilité. Le deuxième moment consiste globalement en l'instruction de la requête afin de vérifier l'exactitude des allégations du requérant ainsi que du bien-fondé de sa demande. L'examen doit être minutieux à ce niveau. Le juge doit s'assurer d'avoir réuni et analysé tous les éléments nécessaires à la formation de sa conviction aussi bien sur les questions de fait que sur les questions de droit. Le troisième moment, enfin, est celui de la décision. C'est à ce niveau que le juge doit s'assurer de faire le « bon dosage » entre les éléments de l'affaire et les solutions juridiques possibles.

278. Le sérieux doit caractériser toutes les étapes du contrôle juridictionnel. Le contrôle sérieux s'oppose à un contrôle complaisant ou laxiste. Le contrôle sérieux tire correctement toutes les conclusions qui s'imposent des éléments qui ont été analysés. Le juge doit pouvoir indiquer le traitement qu'il a réservé à chacun des éléments relevés par son analyse. Il indiquera les éléments qu'il considère comme devant être écartés et s'en justifiera. Il

indiquera également les éléments qui lui paraissent pertinents et qui méritent à ce titre d'être retenus pour la solution de l'affaire. Il devra, dans tous les cas, justifier ses choix. Le respect élémentaire de la règle de la motivation est indispensable surtout lors du contrôle du pouvoir discrétionnaire car cela permettra d'écarter l'impression malsaine que le juge administratif substitue son arbitraire à celui de l'administration.

§3. La possibilité du contrôle complet et sérieux

279. Il ne suffit pas de relever que le « bon contrôle » du pouvoir discrétionnaire dépend de l'exercice d'un contrôle complet et sérieux. Encore faut-il que ce contrôle soit possible. Le contrôle complet et sérieux dépend de la réunion de trois conditions. La première condition est relative au juge. Le juge doit être suffisamment indépendant pour exercer la censure de l'acte administratif qui, on doit le souligner, émane des détenteurs de la puissance publique. Un juge placé sous le joug du pouvoir politique, par crainte ou par clientélisme, n'est pas en mesure d'assurer sereinement le contrôle de l'acte administratif unilatéral, surtout lorsqu'il comporte l'exercice d'une appréciation en opportunité de l'administration. Le juge doit, en outre, être suffisamment apte à exercer correctement le contrôle des actes de l'administration. L'aptitude suppose une bonne formation de juge et une bonne maîtrise du droit applicables aux actes de la puissance publique. Les conditions d'acquisition et de vérification de l'aptitude à juger les actes de l'administration peuvent varier d'un système juridique à l'autre. Il importe peu donc de savoir comment le juge acquiert cette aptitude. Il faut tout simplement s'assurer que le juge est capable de comprendre la spécificité du droit applicable à l'administration et de contrôler la régularité de ses actes.

280. La deuxième condition est relative à l'état du droit qui règle la procédure de contrôle. Le juge le plus indépendant et le plus apte pourrait être sérieusement handicapé dans son contrôle par les limites des règles de procédure. La procédure de contrôle doit donc permettre un contrôle complet notamment en attribuant d'importants pouvoirs d'instruction au juge ou en organisant un régime de preuve qui facilite l'accès aux éléments du dossier par le juge. La procédure doit permettre également une plus grande ouverture aux requêtes pour ne pas bloquer ab initio la possibilité de mettre en cause le pouvoir discrétionnaire. La disponibilité des techniques élaborées de contrôle est indispensable pour permettre au juge d'avoir une large gamme de possibilités pour neutraliser l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire.

281. Il est enfin indispensable que le juge ait à sa disposition les moyens matériels nécessaires pour exercer aisément sa mission. Il doit avoir à sa portée la législation et la réglementation, les ouvrages de doctrine, l'outil informatique, les fournitures de bureau, etc. C'est autant d'éléments qui, lorsqu'ils font défaut, peuvent contraindre le juge à se limiter à un travail incomplet.

282. Conclusion du deuxième chapitre. Nous avons voulu démontrer que le contrôle du pouvoir discrétionnaire, contrairement à la tendance qui se dégage majoritairement de la doctrine, comporte deux modalités et non une seule. C'est un contrôle qui porte aussi bien sur les éléments liés que sur les éléments discrétionnaires de l'acte administratif unilatéral. Le contrôle des éléments liés peut être qualifiée de contrôle indirect dans la mesure où le contrôle est limité à la vérification du respect par l'administration des règles de légalité externe et des règles de légalité interne à savoir les règles relatives aux motifs et au but de l'acte sans toutefois atteindre les appréciations en opportunité. Le contrôle des éléments non liés de l'acte peut être qualifié de contrôle direct. C'est celui qui réalise un contrôle poussé du pouvoir discrétionnaire. Il comporte lui-même deux modalités. La première modalité consiste pour le juge administratif de procéder à la limitation du domaine du pouvoir discrétionnaire par la découverte jurisprudentielle des conditions juridiques des compétences initialement inconditionnées. La deuxième modalité porte sur le contrôle de l'usage du pouvoir discrétionnaire. Elle consiste à vérifier les conditions dans lesquelles ce pouvoir s'est exercé, notamment l'exercice complet de l'appréciation dans le respect des principes de bonne administration. Ce contrôle consiste aussi à vérifier le contenu de la décision à travers trois techniques très élaborées qui sont le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle du bilan et le contrôle de la proportionnalité. Globalement, il apparaît que le contrôle du pouvoir discrétionnaire est d'une étendue variable. C'est un contrôle essentiellement pragmatique.

283. En raison de ses exigences, l'émergence et l'épanouissement du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire ne sont possibles que dans des contextes qui remplissent un certain nombre de conditions. Il faut d'abord assurer une formation intellectuelle de haute facture aux juges pour qu'ils soient à mesure de faire face aux exigences intellectuelles du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Il faut également être dans un contexte où l'opinion publique est développée, où la culture de la liberté politique est développée et où il est possible de critiquer l'action du pouvoir sans courir des risques exorbitants pour la sûreté de sa personne. Le

contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire comporte l'avantage de s'exercer plus facilement sans obliger son auteur à une gymnastique intellectuelle ardue et de s'exercer sous le sceau de la neutralité en évitant d'attirer les foudres du pouvoir. Il convient ainsi mieux dans les contextes où la culture politique et juridique n'est pas encore très épanouie. Il permet aussi, efficacement appliquée, d'infuser progressivement l'idée du nécessaire contrôle de l'action publique avec l'avantage de pouvoir déboucher, lorsque le niveau de maturité du contexte le permettra, sur le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. L'on peut en conclure que la meilleure manière de maîtriser le pouvoir discrétionnaire passe principalement par le renforcement du contrôle indirect et subsidiairement par celui du contrôle direct.

284. Conclusion du premier titre. Il apparaît, à l'issue de ce titre que le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne peut se concevoir en dehors de son cadre d'exercice qu'est l'acte administratif unilatéral. Cela est d'autant plus vrai qu'il est déterminé par l'ensemble des éléments de l'acte aussi bien dans sa définition que dans son étendue. Cela comporte une conséquence importante sur le contrôle qui s'exerce sur le pouvoir discrétionnaire. En raison de l'indivisibilité de l'acte administratif unilatéral, en contrôler un élément revient à en contrôler indirectement tous les éléments. La régularité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire suppose, au préalable, le respect des prescriptions relatives aux éléments liés de l'acte. Il apparaît cependant que le contrôle des éléments liés est plus aisé que le contrôle des éléments non liés. En conséquence, pour l'efficacité du contrôle du pouvoir discrétionnaire, il convient de mettre l'accent sur le contrôle des éléments liés car dans tous les cas, si cela est minutieusement fait, il parvient à encadrer en grande partie l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

TITRE II. LE CONTROLE DU JUGE ADMINISTRATIF CONGOLAIS SUR LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE

285. Le juge administratif congolais exerce essentiellement un contrôle indirect sur le pouvoir discrétionnaire. Il contrôle la légalité externe et quelques aspects de la légalité interne de l'acte administratif⁴⁶⁸. En l'état actuel de son contrôle, il n'exerce pas encore le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Son contrôle est timide⁴⁶⁹ (Chapitre I). Des limites liées au contexte, au cadre et à la procédure de son contrôle justifient la faiblesse de son contrôle du pouvoir discrétionnaire (Chapitre II).

CHAPITRE I. UN CONTROLE INDIRECT DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

286. Le contrôle du juge administratif congolais porte sur la légalité externe (Section I) et sur la légalité interne de l'acte administratif unilatéral (Section II). C'est un contrôle louable au regard du contexte dans lequel il s'exerce mais il nécessite d'être amélioré (Section III).

Section I. Un contrôle indirect par le biais de la légalité externe

287. La jurisprudence congolaise fournit plusieurs exemples d'actes comportant des appréciations discrétionnaires annulés pour vice d'incompétence (§1) ou pour vice de procédure (§2). Une décision a été annulée pour vice de motivation (§3).

§1. Le contrôle de la violation des règles de compétence

288. Les développements ci-après seront limités aux cas où l'auteur de l'acte a l'obligation d'exercer sa compétence. Les cas où il a seulement la faculté de l'exercer seront examinés ultérieurement pour démontrer que le juge laisse l'exercice de cette faculté en dehors de tout

⁴⁶⁸ Comme le constate Jean-Marie BRETON, le juge africain est très peu enclin, dans son esprit, à appliquer la loi au-delà de la lettre, « Légalité et état de droit : statut et perception du juge de l'administration (contribution à une réflexion transversale) », déjà cité, p. 90.

⁴⁶⁹ Gérard CONAC (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, p. VI ; D'autres juges africains refusent de recourir à des techniques de contrôle perfectionnées telle l'erreur manifeste d'appréciation, BABACAR KANTE, *Unité de juridiction et droit administratif, l'exemple du Sénégal*, thèse de doctorat, 1983, cité par Jean du Bois de GAUDUSSON, « La jurisprudence administrative des cours suprêmes en Afrique », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, p.3. Les expressions « timide » ou « timidité » sont utilisées par Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, p. 528 et 553.

contrôle. Le juge saisi d'une requête en annulation procède systématiquement à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte. La plupart des requêtes introduites le sont contre des actes qui comportent exercice du pouvoir discrétionnaire. Le juge examine le respect des règles de compétence indépendamment de l'exercice de ce pouvoir. Il s'en dégage au moins une leçon importante, à savoir que le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative ne la dispense pas du respect des règles attributives de compétence⁴⁷⁰. Les exemples examinés concernent les cas d'incompétence *ratione temporis* (1) et d'incompétence *ratione materiae* (2).

1. L'incompétence *ratione temporis*

289. Des décisions discrétionnaires ont été annulées parce que l'auteur de l'acte n'était plus, à la date de la décision, investi de ses fonctions. Ainsi, la rétrogradation et la révocation d'un agent par un inspecteur général de la police qui n'était plus en fonction au moment où il a pris la décision attaquée⁴⁷¹ ; le prononcé d'une mutation disciplinaire par une autorité qui n'était plus compétente⁴⁷².

2. L'incompétence *ratione materiae*

290. Des décisions « discrétionnaires » ont été annulées parce que l'auteur de l'acte n'était pas matériellement compétent. Dans certains cas, l'auteur de l'acte a agi dans la sphère des attributions matérielles d'une autre autorité. C'est le cas de la désignation d'un chef de groupement par un Commissaire de zone en lieu et place de l'autorité coutumière⁴⁷³ ; la décision d'interdiction d'exercer l'art de guérir prise par le Ministre de la Santé au mépris des attributions disciplinaires du Conseil de l'ordre des médecins⁴⁷⁴ ; la révocation d'un membre du Comité de gestion d'une entreprise publique par le ministre de tutelle en lieu et place du Conseil d'administration⁴⁷⁵ ; l'annulation d'un certificat d'enregistrement devenu inattaquable par le ministre des affaires foncières alors que cette compétence est reconnue exclusivement

⁴⁷⁰ Voir Dominique LAGASSE, « L'évolution du contrôle des actes administratifs « discrétionnaires » par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986 », *A.P.T.*, 1987, p. 218.

⁴⁷¹ CSJ, R.A.34– 20 novembre 1976, Mwamba Badinebe c/ La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat à la Défense nationale, Ruffin Mushigo, *Op.cit.*, p. 169.

⁴⁷² CSJ, RA, 035, 1^{er} novembre 2002, En cause Mawula Lemba c/Chef de Division provinciale de l'Enseignement primaire, secondaire et professionnel de Kinshasa-Est.

⁴⁷³ CSJ, RP, 004, 28 juin 1995, En cause Matadi Mando c/Ministre de la Justice et garde des sceaux.

⁴⁷⁴ CSJ, RA 73, 31 juillet 1987, En cause Muloko bin Sengu c/Commissaire d'Etat à la Santé publique.

⁴⁷⁵ CSJ, RA 112, 15 novembre 1994, En cause Mutombo Ngandu c/Commissaire d'Etat à l'Agriculture et au Développement rural.

au Conservateur des titres immobiliers⁴⁷⁶ ; l'annulation d'un certificat d'enregistrement par le gouverneur de province en lieu et place du Conservateur des titres immobiliers⁴⁷⁷ ; la réquisition des biens et meubles sans indemnité par le ministre de la justice en lieu et place du Président de la République⁴⁷⁸ ; la désignation d'un comité de gestion provisoire d'une S.A.R.L par le ministre au mépris de l'article 7 du décret du 27 février 1887 selon lequel les membres du comité de gestion sont désignés conformément aux statuts de la société⁴⁷⁹ ; la décision du Maire de la Ville de mettre fin au mandat de Président et du Vice-président du Comité des vendeurs du marché central de Kadutu par interférence aux compétences de l'Assemblée générale d'une A.S.B.L⁴⁸⁰.

291. Plus spécifiquement, dans les cas où la délégation de compétence est envisageable, l'auteur de l'acte a agi sans délégation régulière. C'est le cas de la suspension des administrateurs d'une coopérative d'épargne et de crédit par le Vice-gouverneur de la Banque centrale en lieu et place du Gouverneur de la banque en l'absence de délégation valable des pouvoirs⁴⁸¹ ; la déclaration d'abandon d'un immeuble et de son retour au domaine privé de l'Etat sans indemnité par le Secrétaire d'Etat mais sans délégation du Ministre des affaires foncières⁴⁸².

292. Dans d'autres cas, l'auteur de l'acte a empiété sur les pouvoirs d'une autorité judiciaire. C'est le cas de la décision prise par le ministre de la justice de surseoir à l'exécution d'un arrêt rendu par la Cour d'appel en matière de travail au mépris de la séparation des pouvoirs⁴⁸³ ; ou encore l'ordre intimé par le ministre de la justice d'exécuter deux arrêts de

⁴⁷⁶ CSJ, RA 176, 27 août 1999, En cause Kayembe Kabunda c/Ministre des Affaires foncières et Katende Mukinay.

⁴⁷⁷ C.A. Bukavu, R.A.202- 18 juillet 2006, Marius Luhinzo Chikuta c/ Le Gouverneur de province du Sud-Kivu.

⁴⁷⁸ CSJ, RA.454 – 20 janvier 2003, Dangbele-a-Djinga et crts c/ La République démocratique du Congo

⁴⁷⁹ CSJ, RA.456 – 25 août 2000, Derikoye Tito Ngindo c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du ministre des Transports et Communications et consorts ;

⁴⁸⁰ C.A. Bukavu, R.A.205- 27 mars 2007, Comité syndical des vendeurs du Marché central de Bukavu, ASBL c/ Le Maire de la Ville de Bukavu ;

⁴⁸¹ CSJ, RA 236, 2 novembre 1990, En cause Panzu Mavinga Pelot et Kandi Makwala c/Banque du Zaïre.

⁴⁸² CSJ, R.A.141 – 24 avril 1987, Kambale Nzala c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières

⁴⁸³ CSJ, R.A. 325– 1^{er} décembre 1997, Kato Kale Lutina Mwana Luhembwe c/ La République démocratique du Congo ;

justice⁴⁸⁴ ; la déclaration faite par le gouverneur de province qu'un certificat d'enregistrement est faux et la reprise, en conséquence, des parcelles que couvrait ledit certificat⁴⁸⁵.

293. Soit enfin que l'autorité a agi dans un domaine où aucun texte ne lui reconnaissait un pouvoir⁴⁸⁶. C'est le cas de l'arrêté du Gouverneur de la Ville de Kinshasa ordonnant la démolition d'une clôture en vue de créer une servitude légale de passage alors qu'aucun texte ne lui confère cette compétence⁴⁸⁷.

§2. Le contrôle de la violation des règles de procédure

294. Sont visées ici les procédures imposées que l'autorité administrative investie du pouvoir de décision est tenue de suivre à peine de nullité. Ce sont des formalités qui permettent de s'assurer, en somme, que l'autorité a pris sa décision en pleine connaissance de cause. Ici également, le juge examine la conformité de l'acte à la procédure prescrite par la loi ou par le règlement. Cet examen est effectué indépendamment de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'auteur de l'acte. La leçon qui s'en dégage est que le pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative ne la dispense pas du respect des règles de procédure. La quasi-totalité des décisions annulées, dans l'échantillon analysé, se situent dans le domaine de la fonction publique. Ainsi plusieurs décisions discrétionnaires prises en matière disciplinaire ou en rapport avec l'emploi du fonctionnaire ont été annulées pour n'avoir pas observé des prescriptions relatives à la procédure (1). Il y a cependant des cas regrettables d'arrêts ayant rejeté la requête pour violations des procédures sur la base d'une motivation discutable (2).

1. Les arrêts d'annulation

295. La révocation prononcée en dehors des formalités préalables. C'est le cas de la décision du ministre de la fonction publique qui a révoqué un agent sans avoir requis au

⁴⁸⁴ CSJ, RA.422 – 25 septembre 2000, Mutombo Nyemba c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du ministre de la Justice et Garde des Sceaux.

⁴⁸⁵ CA Bukavu, RA 190, 30 novembre 2004, Kahasha Cirhuza et crts c/ Le Gouverneur de la province du Sud-Kivu, la République démocratique du Congo et le Conservateur des titres immobiliers.

⁴⁸⁶ C.A. Kinshasa/Gombe, R.A. 163 – 26 avril 2001, Zotu Maria c/ Chef de division provinciale de l'Urbanisme et Habitat ; C.A. Kinshasa/Gombe, R.A. 171 – 7 décembre 2001, Kahamba Lubilanjji c/ Office des Biens Mal Acquis (OBMA).

⁴⁸⁷ C.A. Kinshasa/Gombe, R.A.125 - 9 novembre 2002, Centre Missionnaire Evangélique au Congo, en sigle « C.M.E.C. » ; Monsieur Nduguma Mbayi et Caleb Tchyombo Nkongolo c/ La Ville de Kinshasa, représentée par Monsieur le Gouverneur de la Ville

préalable l'avis du Conseil de discipline⁴⁸⁸ ; la mesure de révocation prise par le ministre de l'enseignement supérieur et universitaire sans avoir préalablement dressé un PV de constat de faute disciplinaire, notifié au requérant ledit PV, annexé les pièces invoquées contre le requérant, mené une enquête et requis l'avis du Conseil de discipline⁴⁸⁹ ; la révocation par le Président de la République de quelques inspecteurs de l'enseignement primaire et secondaire sans avoir observé les procédures préalablement requises notamment l'avis du Conseil de discipline⁴⁹⁰ ; la révocation par le Président de la République d'un fonctionnaire public sans que le dossier disciplinaire de ce dernier n'ait été présenté ni que l'avis du Conseil de discipline n'ait été requis⁴⁹¹ ; la révocation d'un agent public par le ministre de la justice au mépris des principes du contradictoire et des droits de la défense⁴⁹².

296. La privation ou le changement d'emploi au mépris de la procédure requise. C'est le cas de la désignation d'un nouveau directeur par le ministre en remplacement de l'ancien sans qu'aucune procédure disciplinaire n'ait été exercée à l'encontre du précédent⁴⁹³ ; le remplacement d'un agent par un autre sur décision du ministre sans que le premier n'ait été placé dans l'une des positions prévues par la loi, à savoir le détachement, la disponibilité, la suspension ou la révocation⁴⁹⁴ ; le relèvement de ses fonctions d'un secrétaire général académique par le ministre alors qu'aucune action disciplinaire n'avait été ouverte⁴⁹⁵.

297. L'autorisation de licenciement en violation des procédures. C'est le cas de la décision de l'inspecteur provincial du travail qui a autorisé la mutation d'un agent de la SNEL sans avoir procédé à l'enquête préalable⁴⁹⁶ ; la décision de l'inspecteur du travail d'autoriser le licenciement d'un travailleur, membre de la délégation syndicale, sans avoir mené des

⁴⁸⁸ CSJ, RA 188 du 29 avril 1988, Buki Itoki c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat à la fonction publique.

⁴⁸⁹ CSJ, RA 203 du 1^{er} juillet 1988, Kato Kale Lutina M.L. c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat à l'Enseignement supérieur, universitaire et à la recherche scientifique ;

⁴⁹⁰ CSJ, RA 182, 180 et 191 – 1^{er} juin 1990, Ngbenzi Nzombi M'Okoba ; Dzu-ma-Mbadi ; Mulomba Kalenda ; Nsilulu za Mafuefue ; Ukendi Katako c/ La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat à l'enseignement primaire et secondaire ;

⁴⁹¹ CSJ, RA 194 du 15 novembre 1994, Matala Shambuvi c/ La République du Zaïre.

⁴⁹² CSJ, R.A. 271– 9 janvier 1998, Kanyinda Nsumpi c/ La République démocratique du Congo, prise en la personne du ministre de la fonction publique et de la Justice et garde des sceaux.

⁴⁹³ CSJ, RA 279 du 25 octobre 1999, Jean-Pierre Baketa Lombi Lola c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du ministre de la Justice et Garde des Sceaux et du ministre de la Santé publique ;

⁴⁹⁴ CSJ, R.A. 330– 6 juillet 1998, Bolowa Lituku c/ La République démocratique du Congo ;

⁴⁹⁵ CSJ, RA.398 – 13 août 2001, Docteur Longo Mbenza Benjamin c/ La République démocratique du Congo, prise en la personne du ministre de l'Enseignement supérieur, universitaire et à la Recherche scientifique.

⁴⁹⁶ CA L'Shi, R.A. XXX – 31 mars 2000, Katembo Katanku c/ Inspecteur provincial du travail ;

investigations ni entendu le travailleur⁴⁹⁷ ; l'établissement d'un procès-verbal de non conciliation sans avoir entendu les parties⁴⁹⁸.

2. Les arrêts de rejet

298. La procédure disciplinaire. L'interprétation par la Cour des règles relatives à la procédure disciplinaire vont parfois à l'encontre de la lettre et de l'esprit de la loi. La loi prescrit la procédure à suivre ainsi que les formes à respecter avant d'infliger une sanction disciplinaire. La procédure est toujours déclenchée par l'ouverture de l'action disciplinaire et la notification de celle-ci à l'agent concerné. Le procès-verbal de constat de faute disciplinaire, dont le modèle est indiqué dans les règlements d'administration, lui est également transmis. L'agent doit pouvoir ensuite présenter ses moyens de défense par rapport à ce qui lui est reproché. Pour certains cas, notamment l'application de la sanction la plus forte, la révocation, l'autorité est tenue de requérir l'avis du Conseil de discipline. Dans tous les cas, l'action disciplinaire doit être clôturée par une décision de classement sans suite ou de sanction disciplinaire dans les trois mois de son ouverture, faute de quoi elle est frappée de caducité⁴⁹⁹.

299. Dans sa jurisprudence constante, la Cour interprète généralement de manière restrictive les règles de forme ou de procédure. Mais, dans certains cas, il recourt à une interprétation large, avec la conséquence regrettable de dédouaner des décisions pourtant viciées. L'arrêt *Loota Ebola*⁵⁰⁰ illustre cette jurisprudence critiquable. Alors que la loi et le règlement exigent, l'établissement et la notification à l'intéressé d'un procès-verbal de constat de faute disciplinaire, la Cour a jugé que « bien qu'il n'ait pas été dressé de procès-verbal de constat de faute disciplinaire dans la forme prescrite par l'arrêté départemental visé au moyen, la Cour suprême de justice considère que l'objectif visé dans cette disposition a néanmoins en l'espèce été atteint car le requérant a eu à s'expliquer et à se défendre sur les reproches qui lui

⁴⁹⁷ CA Gombe, R.A.080-24 août 1995, *Ndambo Mandjawandu c/ L'inspecteur du travail Ngokene Arthur*, de l'inspection urbaine du travail ; CA L'Shi, R.A.094-14 août 1997, *Lisango Mangbondo c/ L'inspecteur principal urbain Tshibanda*.

⁴⁹⁸ CA Gombe, R.A.053- 14 juillet 1994, *La Compagnie Sucrière de Kwilu-Ngongo c/ Dame Mayinga Nzolameso et Monsieur Mulumba Moloway*, Inspecteur du travail ;

⁴⁹⁹ Loi 81-003 du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'État. (*J.O.Z.*, n°15, 1^{er} août 1981, p. 11), articles 60 à 63 ; Ordonnance 82-031 du 19 mars 1982 portant règlement d'administration relatif au régime disciplinaire et aux voies de recours du personnel de carrière des services publics de l'État (*J.O.Z.*, n°8, 15 avril 1982, p. 25).

⁵⁰⁰ CSJ, R.A.167 – 10 juin 1987, *Loota Ebola c/La République du Zaïre pris en la personne du Commissaire d'Etat à l'Enseignement supérieur, universitaire et à la recherche scientifique*.

avaient été faits ». La formulation de ces règles semble pourtant exiger une stricte interprétation.

300. De même, la Cour n'a pas eu égard au moyen tiré du dépassement du délai de deux mois pour clôturer l'action disciplinaire, sous le prétexte que, l'autorité, qui a ouvert l'action disciplinaire, ayant constaté que la sanction à intervenir dépassait ses pouvoirs disciplinaires, a transmis le dossier disciplinaire à l'autorité compétente. Il est à noter, toutefois, que le règlement disciplinaire ne dispense pas, en cas d'accomplissement de cette formalité intermédiaire, du respect de la règle du classement sans suite ou du prononcé de la peine disciplinaire dans le délai déterminé par la loi ou le règlement⁵⁰¹. Sinon, la sanction risque d'être prononcée très tardivement, alors que l'agent est souvent en suspension.

301. La Cour n'a même pas examiné le délai qui s'est écoulé depuis l'ouverture de l'action disciplinaire. Les éléments renseignés dans l'arrêt permettent d'observer que l'action disciplinaire a été ouverte, sans P.V, le 21 octobre 1983 alors que la décision de révocation prise par le Ministre est intervenue le 14 juillet 1984 soit près de 9 mois après. La Cour a fondé le rejet de ce moyen en disant que le Recteur qui avait ouvert l'action disciplinaire avait transmis le dossier au Ministre. Ceci n'est pas du tout une justification satisfaisante car, peu importe qui a ouvert l'action et qui l'a clôturée, le délai légal ou réglementaire doit être observé. La Cour interprète donc très largement les délais en défaveur du requérant.

§3. Le contrôle de la violation des règles de forme

302. Ce contrôle concerne les cas où l'administration devait motiver sa décision en la forme. Bien qu'en droit congolais, l'obligation de motivation formelle des actes administratifs ne soit pas encore généralisée, elle est néanmoins prévue par certaines lois. L'obligation est formulée par la loi à travers les expressions telles que « par ordonnance dûment motivée », « par décision motivée », « par voie d'arrêt motivé », etc. Tel est le cas de la loi du 18 septembre 1965 sur les associations sans but lucratif qui accordait le pouvoir au Président de la République de dissoudre, par voie d'ordonnance motivée, les associations sans but lucratif qui compromettent ou qui menacent de compromettre l'ordre public. Cette loi rendait obligatoire la mention des motifs justifiant la dissolution dans l'instrumentum de l'ordonnance. Elle a

⁵⁰¹ *Idem.*

trouvé application dans le célèbre arrêt Témoins de Jéhovah⁵⁰². Il y a été jugé qu'une décision administrative n'est pas motivée lorsqu'elle se limite à invoquer « la menace à l'ordre public » sans l'étayer par des faits précis. Cet arrêt a annulé l'ordonnance par laquelle le Président de la République a dissous l'Eglise dénommée « Les Témoins de Jéhovah » avec pour toute motivation qu'il s'agissait d'une secte qui menaçait l'ordre public. La Cour s'est ainsi exprimée : « la Cour suprême de justice relève que l'ordonnance, dont l'annulation est sollicitée, affirme simplement dans son préambule « attendu que l'activité de cette secte menace de compromettre l'ordre public », mais omet cependant d'indiquer des faits précis, actes ou activités jugés en l'espèce comme attentatoires à l'ordre ou à la tranquillité publics pour retirer à cette association sa personnalité civile. Il s'ensuit que cette ordonnance n'est pas motivée et qu'il y a eu ainsi atteinte aux droits garantis aux particuliers... ». La Cour a ainsi sanctionné le défaut de mentionner les motifs de la dissolution dans l'ordonnance présidentielle.

Section II. Un contrôle indirect par le biais de la légalité interne

303. Ce contrôle ne concerne en réalité que quelques aspects de la légalité interne. C'est un contrôle limité à quelques aspects de la légalité interne qui laisse en dehors de son champ les appréciations discrétionnaires. Le juge atteint indirectement le pouvoir discrétionnaire par la censure de la « violation directe de la loi » (§1), la censure des illégalités relatives aux motifs (§2) et par la censure des illégalités relatives au but (§3).

§1. La censure de la « violation directe de la loi »

304. Le juge censure sous le nom de « violation directe de la loi » les illégalités relatives à l'objet de l'acte c'est-à-dire, l'illégalité qui se rapporte au contenu même de l'acte. Ce type d'illégalité est souvent lié aux illégalités relatives aux motifs. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Il est de cas où cette violation est indépendante de tout motif. Elle a une existence séparée dans la mesure où elle se suffit en elle-même. Le contrôle du juge vise à déceler la « violation directe la loi », c'est-à-dire constater que « l'autorité n'accomplit pas l'acte ou les actes que lui impose la règle de droit, ou [...] qu'elle accomplit l'acte qui lui est défendu »⁵⁰³.

⁵⁰² CSJ, RA 266 – 8 janvier 1993, Anciens membres effectifs de l'ASBL « Les Témoins de Jéhovah » c/ Président de la République.

⁵⁰³ Jean SALMON, *Le Conseil d'Etat*, t. I., p. 499 et s., cité par Paul LEWALLE, *Op.cit.*, p. 889.

Le plus grand nombre d'actes comportant exercice du pouvoir discrétionnaire contrôlés par le juge congolais se situent dans cette hypothèse. Le plus grand nombre d'exemples se retrouvent en matière foncière. D'autres concernent des domaines très divers.

305. Dans le domaine foncier, le juge a sanctionné les décisions déclarant des parcelles abandonnées alors qu'aucune des conditions légales permettant d'y procéder n'étaient réalisées⁵⁰⁴. Il en a été ainsi de la déclaration d'abandon d'une parcelle par le ministre des affaires foncières alors que la parcelle était couverte par un certificat d'enregistrement devenu inattaquable⁵⁰⁵; la déclaration d'abandon a visé le bien d'un national alors que la réglementation appliquée ne visait que les biens des étrangers⁵⁰⁶. Le juge a sanctionné l'attribution des parcelles de terre au mépris de la loi ou des droits des tiers. Il en a été ainsi notamment lorsque le ministre des affaires foncières a attribué une parcelle déjà attribuée à une personne⁵⁰⁷.

306. La Cour a encore annulé des décisions de morcellement, de lotissement de parcelles ou de création de servitudes de passage prises au mépris de la loi ou des droits des tiers. C'est le cas du morcellement d'une parcelle au mépris de la chose jugée⁵⁰⁸, de la création d'un lotissement et de la distribution des parcelles sur un fonds que le requérant avait déjà suffisamment mis en valeur avant d'avoir obtenu le titre légal l'y autorisant, justifiant ce comportement par la lenteur de l'administration à délivrer les documents exigés⁵⁰⁹; de la création d'une servitude de passage par la démolition d'un mur mitoyen sans le consentement des parties et sans l'évaluation de l'expert⁵¹⁰.

307. Dans d'autres matières, la Cour a annulé la décision de licenciement avec préavis prise par le Conseil d'administration d'une entreprise publique au mépris de l'ordre de surseoir au

⁵⁰⁴ CSJ, RA 60, 2 mars 1984, Agence Africaine de distribution du matériel (Afrima) c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

⁵⁰⁵ CSJ, RA, 138/148, 10 juin 1987, En cause Habarugira Buhoro c/ République du Zaïre et Mwenenge Afamasa ; CSJ, RA 141, 24 avril 1987, Kambale Nzala c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

⁵⁰⁶ CSJ, RA, 204, 27 avril 1998, En cause Bakwela Ndosi c/ République Démocratique du Congo, le Conservateur des titres Immobiliers, Kambu Landu.

⁵⁰⁷ CSJ, RA, 334, 24 février 1999, En cause « Alpha-Omega » ASBL, c/ République Démocratique du Congo ; CSJ, RA 161, 12 avril 1987, Elumba Nkongolo c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

⁵⁰⁸ CSJ, RA, 381 et RA 410, 2 novembre 1998, En cause « Trans-Tshikem » SPRL, c/ République Démocratique du Congo.

⁵⁰⁹ CSJ, RA 278, 21 décembre 1995, En cause Archidiocèse de Kinshasa c/ République du Zaïre.

⁵¹⁰ CSJ, RA 418, 10 avril 2000, Dinguidi Sapata Odile c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du ministre des Affaires foncières et Monsieur Masegabio Nzanu.

licenciement jusqu'à l'issue de l'enquête diligentée par l'autorité de tutelle⁵¹¹ ; l'autorisation de licenciement de travailleurs par l'inspecteur général de travail au mépris de l'ordre de suspendre les licenciements massifs jusqu'à nouvel ordre intimé par le ministre⁵¹² ; l'autorisation de licenciement accordée par l'inspecteur du travail sous la pression exercée par le maire de la Ville⁵¹³ ; l'approbation par le ministre de la justice de changements intervenus dans une association religieuse au mépris des règles légales ou statutaires⁵¹⁴ ; l'enregistrement d'un parti politique avec, dans sa dénomination, trois éléments sur quatre identiques à ceux d'un autre parti politique déjà enregistré, en violation de la loi⁵¹⁵ ; la reconnaissance d'un chef de groupement désigné irrégulièrement et ne faisant pas partie des familles régnautes au mépris de la loi⁵¹⁶ ; la nomination des membres de la Commission permanente de réforme du droit congolais au mépris des règles légales en la matière⁵¹⁷ ; la mise à la disposition de la fonction publique d'un agent alors que la loi l'interdit⁵¹⁸ ; la mise des agents de la fonction publique dans une position non définie au mépris de la loi⁵¹⁹ ; le refus d'enregistrement d'un parti politique contrairement aux dispositions légales⁵²⁰ ; la modification par le barreau des conditions d'admission des magistrats émérites et honoraires à la profession d'avocat contrairement au prescrit de la loi⁵²¹.

308. La Cour a annulé une décision du Conseil national de l'Ordre des avocats ayant figé la peine d'inéligibilité au maximum de cinq ans alors que la loi avait prévu le pouvoir pour

⁵¹¹ CSJ, R.A. 99 – 29 juillet 1988, Ansimbanda c/La Société de transport de Kinshasa & La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Transports et communications.

⁵¹² CSJ, R.A. 324– 27 avril 1998, Ngwele Nganda et crts c/ La République du Zaïre et la Société commerciale Pétro-Congo.

⁵¹³ CA L'Shi, RA 347 – 13 décembre 2001, Mme Musinde Ibenge c/ Inspecteur principal du travail.

⁵¹⁴ CSJ, RA 211– 27 juillet 1990, Le Révérend Pasteur Ilunga-Tshibangu c/ La République du Zaïre prise en la personne du ministre de la Justice ; CSJ, R.A. 307/315– 25 juillet 1996, Abeli Tshite Sumbu et Al'Hadji c/ République du Zaïre.

⁵¹⁵ CSJ, R.A. 329/95– 30 janvier 1997, Mouvement National Lumumba c/ La République du Zaïre.

⁵¹⁶ CSJ, R.A. 341– 12 septembre 1997, Famille Befili et crts c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du Ministre de l'Intérieur et des affaires coutumières.

⁵¹⁷ CSJ, R.A. 340– 19 février 1998, Dibunda Kabwinji c/ La République démocratique du Congo et crts.

⁵¹⁸ CSJ, RA.437 – 10 avril 2000, Jean Marcel Mankoto Kedwe c/ La République démocratique du Congo.

⁵¹⁹ CSJ, R.A. 754- 19 juin 2006, Mayamba Monga Liwanga et crts c/ La République Démocratique du Congo, prise en la personne des Ministres de la Justice et Garde des Sceaux, de la Fonction publique, des Finances et à la Direction des impôts ; CSJ, R.A. 873- 1^{er} novembre 2006, Raphaël Mungomba Ngwefu c/ La République Démocratique du Congo, prise en la personne des Ministres de la Justice et Garde des Sceaux, de la Fonction publique, du Travail et Prévoyance sociale ; Mukadi Bamanya ; CSJ, RA 330 – 6 juillet 1998, Bolowa Lituku c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du Ministre de l'Enseignement primaire, secondaire et professionnelle.

⁵²⁰ CSJ, RA.724 – 23 juin 2003, Luanghi Célestin et crts c/ La République démocratique du Congo, prise en la personne du Ministre de la Justice et Garde des Sceaux et du Ministre de l'Intérieur.

⁵²¹ CSJ, R.A. 740- 14 juin 2004, Procureur Général de la République c/ Le Conseil national de l'ordre « des avocats ».

l'autorité disciplinaire d'apprécier librement la durée d'inéligibilité entre zéro et cinq ans⁵²². Cette décision est importante dans la mesure elle tient à préserver le pouvoir discrétionnaire d'appréciation de l'autorité disciplinaire. En effet, figer la peine d'inéligibilité à cinq ans revient à refuser à cette autorité le pouvoir d'apprécier, en fonction des faits, la durée convenable entre zéro et cinq ans.

309. La Cour a annulé la décision du ministre de la justice prise en violation de la chose jugée en justice⁵²³ ; la décision du ministre de la justice enjoignant le président du tribunal de grande instance de surseoir à l'exécution d'un arrêt⁵²⁴.

310. La Cour a cependant rejeté, suivant une motivation critiquable, la requête qui sollicitait l'annulation d'une décision du ministre de l'agriculture qui nommait un inspecteur de l'agriculture alors qu'une autre personne assumait les mêmes charges sans qu'elle n'ait été affectée à un autre emploi. La Cour a estimé que cette nomination avait pour effet de replacer implicitement l'agent remplacé dans son ancien poste⁵²⁵. La Cour a également rejeté la requête d'un agent sollicitant l'annulation d'une décision du directeur général des contributions qui supprimait le nom du requérant de la liste des effectifs et le mettait à la disposition du ministère de la coopération étant donné que ce dernier y avait déjà un numéro de matricule⁵²⁶.

§2. La censure des illégalités relatives aux motifs

311. La jurisprudence congolaise révèle que le juge administratif contrôle les motifs de l'acte administratif sous plusieurs angles. Il censure le défaut des motifs (1), l'insuffisance des motifs (2), la contradiction des motifs (3), l'interprétation inexacte de la loi applicable (4), le défaut de base légale (5), l'inexactitude matérielle des faits (6) et l'erreur de qualification juridique des faits (7).

⁵²² CSJ, RA 251 – 29 novembre 1991, Me Mbuy-Mbiye Tanayi c/ Ordre national des avocats.

⁵²³ CSJ, RA 603- 19 avril 2004, Mavinga Buala c/ Ministre de la Justice.

⁵²⁴ CSJ, RA 850 – 21 janvier 2008, Tshiaba Mbangama c/Ministre de la Justice et Banque Commerciale du Congo.

⁵²⁵ CSJ, RA 345 – 24 février 1998, Bulungu Songa Akadigow c/Ministre de l'Agriculture et Ministre de la Justice.

⁵²⁶ CSJ, RA 344/96- 20 juillet 1998, Embonga Masya Likayi c/ La République démocratique du Congo.

1. La censure du défaut des motifs

312. La jurisprudence congolaise est constante en ce qui concerne l'exigence des motifs de l'acte administratif. Le juge a annulé une décision par laquelle le ministre des affaires foncières a rapporté sa décision antérieure mais sans justifier cette attitude alors que cette décision avait déjà conféré des droits au requérant. Cet arrêt pose comme principe que l'administration ne peut procéder à un revirement de sa décision antérieure sans la motiver⁵²⁷. La Cour s'est exprimée en ces termes : «...le Commissaire d'Etat aurait dû préalablement établir que celui-ci était entaché d'illégalité. Ce que, en l'espèce, il n'a pas fait. En effet, sa lettre n°1440/001020/83 du 31 octobre 1983 ne contient aucun motif ». La Cour considère comme une absence de motifs tout revirement de décision non justifié. A ce propos, et dans la même affaire « dans l'espèce sous examen, en revenant sans motif sur sa décision du 28 septembre 1983 alors qu'il ne pouvait plus le faire, étant donné que l'immeuble litigieux était déjà sorti du domaine de l'Etat et que le requérant y avait déjà acquis des droits, le Commissaire d'Etat aux affaires foncières a commis une faute qui engage la responsabilité de l'Etat ».

313. La Cour a réédité la jurisprudence « Témoins de Jéhovah » dans un autre arrêt qui a annulé une ordonnance du Président de la République ayant suspendu sa décision de nomination et de promotion d'un magistrat aux grades et fonctions de procureur général près une Cour d'appel en se fondant sur la seule motivation de l'urgence. La Cour a jugé qu'il y avait absence de motivation parce que l'ordonnance attaquée « non seulement ne reproche rien à l'ordonnance suspendue n°92-071 du 17 juillet 1992, mais ne relate pas pour quel intérêt elle a été prise ». La Cour a également jugé qu'« en prenant l'acte entrepris, le Président s'est contenté de se référer à l'urgence, sans expliciter les raisons exactes de sa mesure de suspension de l'ordonnance n°92-071 du 17 juillet 1992, alors que cette suspension était défavorable aux intérêts professionnels du requérant »⁵²⁸. Dans le même ordre d'idées, l'arrêt Kiabuila Mavinga a également annulé une ordonnance de suspension de la nomination d'un magistrat sans motivation aucune⁵²⁹.

⁵²⁷ CSJ, RA 149 – 27 novembre 1987, Matali Muhirhi c/ Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

⁵²⁸ CSJ, R.A. 298– 23 janvier 1998, Kikoka Toni Gayitoni c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du ministre de la Justice et garde des Sceaux.

⁵²⁹ CSJ, Kiabuila Mavinga c/ République démocratique du Congo.

314. Les arrêts Témoins de Jéhovah et Kikoka Toni Gayitoni sont intéressants dans la mesure où l'exigence de la motivation vient limiter substantiellement l'exercice par le Président de la République de son pouvoir d'apprécier l'opportunité de procéder à la dissolution d'une Eglise ou à la suspension d'une décision de nomination.

315. Le juge a encore sanctionné le défaut de motifs dans une décision qui autorisait la création d'un lotissement dans une parcelle déjà attribuée parce que le certificat d'enregistrement détenu par la requérante contredisait le rapport des services de cadastre qui faisait état des anomalies du certificat d'enregistrement de la requérante. La Cour a relevé « qu'en créant sur la même concession un lotissement appelé « COLONEL MPIA » au mépris des droits régulièrement acquis par les USINES TEXTILES AFRICAINES et sans motif juridique valable, le ministre des affaires foncières a, par arrêté n°270/94 du 12 janvier 1994, violé la disposition légale visée au moyen »⁵³⁰.

316. Dans l'arrêt *La Siforzal*⁵³¹, la Cour a réitéré sa jurisprudence *Utexafrica* et annulé pour défaut de motif l'arrêté du ministre des affaires foncières qui a abrogé sans motif un ancien arrêté qui accordait des droits à la requérante sur une parcelle de terre. Elle dit en substance qu'« il résulte du contenu de l'arrêté entrepris que celui-ci se réfère tout simplement à la requête de la deuxième défenderesse prenant en considération un rapport technique logé dans le dossier y afférant. Mais l'arrêté incriminé n'indique aucun motif justifiant la reprise, quatre années après la création de la parcelle litigieuse pourtant régulièrement concédée comme ci-devant relevé de même qu'il n'épingule aucun fait et acte précis à la charge de la requérante pour mettre fin à ses droits acquis sur cette parcelle. Il s'ensuit que l'arrêté déféré n'est pas motivé au vœu de la loi... ». Par cet arrêt, la Cour indique que la motivation par simple référence n'est pas valable lorsque l'on ne peut accéder au contenu du document auquel il est référé.

317. La Cour d'appel de Bukavu, dans l'arrêt *Victor Kibukila*⁵³², a annulé une décision de déguerpissement prise par le bourgmestre à l'encontre de l'occupant des lieux sans que le

⁵³⁰ CSJ, R.A. 301- 16 février 1998, *Usines textiles africaines (Utexafrica) c/ La République démocratique du Congo*.

⁵³¹ CSJ, RA 332 – 6 avril 1998, *La Siforzal, Sarl c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières et du Commissaire d'Etat aux reformes institutionnelles, Justice et Garde des Sceaux ; Succession Docteur Mangomopande*.

⁵³² CSJ, R.A.186- 7 mai 2002, *Victor Kibukila Maneno c/ Bourgmestre de la Commune de Kadutu, en la personne de Monsieur Roger Ramazani Balebanga*.

dossier ne renseigne sur le véritable motif de cette décision. Elle a ainsi jugé qu'« à l'examen des pièces du dossier, la Cour relève que la décision attaquée ainsi que la note circulaire sont affectés de l'illégalité afférente à leurs motifs. En effet ces actes sont illégaux pris de ce que rien n'indique au dossier que les raisons de son auteur y invoquées existent réellement ou sont indubitablement établis ».

318. Dans l'arrêt *Ndambo Mandjawandu*⁵³³, la Cour d'Appel de Kinshasa a annulé l'autorisation de licenciement d'un agent membre de la délégation syndicale délivrée par un inspecteur du travail qui s'est limité à relever les griefs articulés contre ledit agent. La Cour a posé que même si la loi ne détaillait pas la procédure en la matière, l'inspecteur avait néanmoins l'obligation d'entendre le travailleur et de mener les investigations nécessaires. Elle a jugé qu'en se limitant à relever les griefs, l'inspecteur n'a nullement motivé sa décision qui encourt annulation.

2. La censure de l'insuffisance des motifs

319. Cette hypothèse est proche de celle de la censure du défaut des motifs dans la mesure où le juge congolais assimile bien souvent l'insuffisance des motifs à leur absence. La jurisprudence fournit des exemples où le juge a considéré que les motifs étaient insuffisants. Il offre également des exemples où il considère, par contre, que les motifs présentés sont amplement suffisants. Même s'il apparaît que dans sa jurisprudence le juge n'admet pas la motivation par référence, le dernier exemple examiné, l'arrêt *Luyindula*, illustre le cas où le juge se contente de la seule référence.

320. L'arrêt *Société Congo Airlines*⁵³⁴ a annulé, pour insuffisance de motivation, l'arrêté du ministre des transports et communications qui avait remis à la compagnie nationale de transport aérien congolais, Lignes Aériennes Congolaises (L.A.C), le monopole de l'exploitation des droits de trafic sur la liaison Kinshasa-Bruxelles-Kinshasa entraînant ainsi la mise à l'écart de deux compagnies privées, dont la requérante, qui avaient été désignées pour exploiter cette ligne à la suite de la faillite de la compagnie nationale précitée anciennement appelée Air Zaïre. La décision ministérielle de remise du monopole à la

⁵³³ C.A. Kinshasa/ Gombe, R.A.080-24 août 1995, Monsieur Ndambo Mandjawandu c/ L'inspecteur du travail Ngokene Arthur, de l'inspection urbaine du travail.

⁵³⁴ CSJ, R.A.458 – 7 août 2000, Société Congo Airlines, en sigle CAL sprl c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du Ministre des transports et communications.

nouvelle compagnie nationale, baptisée Lignes Aériennes Congolaises, avait été motivée par l'occurrence de la signature d'un protocole d'accord entre la Compagnie nationale et le curateur de la faillite de l'ex- Air Zaïre qui aurait permis de lever tous les obstacles judiciaires à la reprise de l'exploitation des droits de trafic de la République Démocratique du Congo par les Lignes aériennes congolaises, instrument désigné dans l'accord aérien belgo-congolais du 10 septembre 1965.

321. La Cour a procédé au contrôle des motifs en jugeant que « si au sujet des faits sur lesquels porte sa décision, l'autorité centrale visée au moyen possédait un pouvoir d'appréciation résultant d'une évaluation subjective et personnelle, elle devait néanmoins s'appuyer sur des éléments qui apportent à sa décision une motivation suffisante pour justifier sa conclusion ».

322. La Cour s'est montrée particulièrement exigeante en ce qui concerne l'obligation d'une motivation suffisante. Elle a jugé qu'était insuffisamment motivée la décision qui se limitait à invoquer le protocole d'accord passé entre la Compagnie nationale et le curateur de la faillite de l'ex-Air Zaïre sans mentionner les moyens pour assurer l'exploitation ni alléguer simplement l'existence de tels moyens. La Cour s'est ainsi exprimée à ce sujet : « La Cour suprême de justice relève que l'unique raison invoquée au soutien de la décision attaquée, à savoir qu'un arrangement était intervenu entre l'ex- Air Zaïre en faillite et le curateur de la faillite sans qu'il ne soit établi ou même simplement allégué que ledit arrangement avait fourni à la société, devenue LAC, les moyens nécessaires qui lui ont manqué dans le passé, pour effectuer les susdites liaisons, cette motivation n'était pas suffisante pour justifier la décision attaquée prise à l'encontre de la requérante » (sic).

323. L'intérêt de cet arrêt, du point de vue du contrôle du pouvoir discrétionnaire, est d'avoir posé en principe que le pouvoir d'appréciation subjective et personnelle des faits ne dispensait pas l'administration de motiver suffisamment sa décision. En l'espèce, la décision a été motivée par la signature d'un protocole d'accord entre la Compagnie nationale et le curateur de la faillite, ce qui a eu pour effet de lever les obstacles judiciaires à la reprise du trafic. La Cour est allée plus loin en exigeant, au-delà de la signature de ce protocole d'accord, la preuve que la Compagnie nationale disposait désormais des moyens financiers suffisants pour assurer l'exploitation de la ligne. Si l'on approfondit l'analyse, il ressort de cet arrêt que la Cour reconnaît au ministre des transports le pouvoir d'apprécier discrétionnairement les

moyens nécessaires au maintien du trafic sur la ligne aérienne Kinshasa-Bruxelles-Kinshasa⁵³⁵. Il en découle également que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire devait donc reposer sur deux motifs à savoir, d'une part, la levée des obstacles judiciaires liés à la situation antérieure de la faillite de la Compagnie nationale et, de l'autre, la disponibilité des moyens suffisants pour maintenir le trafic. La motivation de la décision ministérielle, s'étant limitée à mentionner la levée des obstacles judiciaires sans établir la disponibilité des moyens financiers suffisants, est dès lors insuffisante. La décision mérite, de ce fait, l'annulation.

324. Si la décision poursuivie avait indiqué les moyens dont disposait la Compagnie nationale, la Cour aurait peut être été amenée à dévoiler sa doctrine sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire. Deux hypothèses sont envisageables. La Cour se serait peut être abstenue d'examiner le caractère « suffisant » ou « insuffisant » de ces moyens. Elle avait déjà reconnu, en effet, le pouvoir discrétionnaire dont disposait le Ministre pour l'évaluation des faits. Elle aurait pu aussi, peut être, au vu d'une insuffisance manifeste, s'autoriser de dénoncer le caractère « manifestement insuffisant » de ces moyens en application de la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation et d'annuler la décision sur cette base.

325. L'arrêt Léonard Muepu Mibanga⁵³⁶ a censuré l'insuffisance de motifs de la décision du Conseil national de l'Ordre des avocats, de refuser l'admission au barreau à un ancien magistrat révoqué pour atteinte à l'honneur et à la dignité de ses fonctions. La Cour a jugé que cette décision était insuffisamment motivée. Le Conseil national de l'ordre des avocats s'est limité à une partie de l'hypothèse légale qui l'autorisait à refuser l'admission à un ancien magistrat révoqué pour motif disciplinaire d'atteinte à la dignité et à l'honneur de ses fonctions. Il a omis de prendre en compte l'autre partie de l'hypothèse légale à savoir qu'en cas d'autorisation spéciale du Ministre de la justice, l'admission devait être accordée au requérant. La Cour a ainsi jugé qu'« en confirmant la première décision au motif que le Conseil de l'Ordre du barreau de Kinshasa/Gombe, pour rejeter la candidature du demandeur,

⁵³⁵ Le Conseil d'Etat belge, qui était entre 1946 et 1960 également compétente pour le Congo et pour la Belgique, reconnaissait aussi le caractère discrétionnaire des décisions du Ministre des transports d'autoriser ou de refuser l'exploitation d'une ligne de transport aérien. Cyr CAMBIER écrit à ce sujet que « Le ministre peut refuser l'autorisation d'exploiter une ligne de transport par air vers le Congo belge et déduire ce refus de ce que le service aérien sollicité pourrait prêter à confusion avec le service régulier ; d'un intérêt national d'ordre financier ; de ce que les moyens et ressources du requérant ne lui paraissent pas suffisants pour l'entreprise envisagée. Le Conseil d'Etat tient ces appréciations pour discrétionnaires (C.E., 6^e ch., 3 juill. 1952, Cie belge de transp. Cobeta, n°1704) », in « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle de légalité », *J.T.*, 7 décembre 1952, p. 636.

⁵³⁶ CSJ, R.A. 664- 28 février 2005, Léonard MUEPU MIBANGA c/ Le Conseil National de l'Ordre des avocats.

n'a fait que tirer les conséquences des faits qui étaient reprochés au demandeur devant le Conseil supérieur de la magistrature et qui ont donné lieu à sa révocation en rejetant, sans une autre motivation, la demande d'admission du requérant alors que ce dernier avait produit à l'appui de son dossier l'autorisation requise par le point 4 de la disposition invoquée, le Conseil national de l'Ordre des Avocats a violé la disposition légale visée au moyen ».

326. Dans la série d'arrêts de rejet ci-après, la Cour a considéré que les motifs de l'acte attaqué étaient suffisants. L'arrêt Société en nom collectif De Wever et frères⁵³⁷ a rejeté la requête en annulation d'un arrêté ministériel ayant déchu le requérant de ses droits de propriété sur quatre parcelles en jugeant que la décision était suffisamment motivée. Le requérant a soulevé comme griefs que le retrait de ses droits aurait dû être fait par la procédure de l'expropriation pour cause d'utilité publique et qu'il détenait déjà des certificats d'enregistrement devenus inattaquables sur ces parcelles. La Cour a jugé que « la décision du Commissaire d'Etat est principalement motivée par la considération que 'la demande introduite par la Société de Wever et frères en date du 1^{er} août 1966 n'est pas conforme aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1^{er} de l'ordonnance n°66 -417 du 8 juillet 1966, car elle ne comporte de renseignements ni sur les conditions d'exploitation, ni sur les projets d'avenir' et que c'est à titre subsidiaire que l'arrêté entrepris a invoqué l'insuffisance des conditions dans lesquelles se trouvaient alors les parcelles litigieuses ».

327. Dans l'arrêt Aponga Buta-E-Nkumu⁵³⁸, la Cour a déclaré que la motivation de la décision attaquée était suffisante. Il s'agissait d'un arrêté ministériel qui avait abrogé un autre arrêté de déclaration d'abandon d'une parcelle. La Cour a jugé que « l'arrêté incriminé contient une motivation suffisante. Il relève que le ministre des affaires foncières n'était pas dans les conditions des articles 107, alinéa 2, de la loi dite foncière et 648 du Code civil congolais, livre III, pour prendre l'arrêté n° 010/93 du 14 mai 1993 portant déclaration d'abandon de la parcelle sise au n°834 du plan cadastral de la Commune de la Gombe à Kinshasa ».

⁵³⁷ CSJ, RA 37- 3 juin 1983, Société en nom collectif De Wever et frères c/ La République du Zaïre.

⁵³⁸ CSJ, R.A. 331/339- 31 août 1998, Aponga Buta-E-Nkumu c/ La République démocratique du Congo et Jacques E. De Cannart D'Hamale.

328. L'arrêt Kiala Luyindula⁵³⁹ illustre le cas dans lequel le juge considère comme suffisamment motivée une décision qui invoque la « gravité des faits » par référence à un rapport transmis à l'auteur de la décision sur les faits. Il s'agit d'un arrêt qui a rejeté la requête en annulation d'une décision du vice-premier ministre et ministre de l'intérieur qui avait suspendu un commissaire de zone assistant (bourgmestre assistant). La requête considérait que l'arrêté de suspension n'était pas motivée parce qu'il se contentait de mentionner « Considérant la gravité des faits mis à la charge du poursuivi sans donner le moindre détail ». La Cour a cependant jugé que l'arrêté mis en cause était motivé au regard de la déclaration suivante « Vu le rapport du Gouverneur de la Ville de Kinshasa me transmis par sa lettre n°SG/02454/BCV/11/201/95 du 07 novembre 1995 ; Considérant la gravité des faits mis à charge de Monsieur Kiala Luyindula, Commissaire de Zone Assistant de Kimbaseke ; Considérant la nécessité et l'urgence de rétablir la crédibilité de l'autorité de l'Etat ». La Cour semble s'être contentée dans cette affaire d'une motivation par référence. Un commentaire y sera réservé dans les points ultérieurs.

3. La censure des motifs contradictoires

329. Un arrêt, l'arrêt Tshishimba Mbala⁵⁴⁰, censure de la contradiction entre les motifs. Il a visé un arrêt du ministre des affaires foncières qui avait abrogé un précédent arrêté qui avait attribué au requérant un immeuble déclaré abandonné. La Cour a expressément jugé que « doit être considérée comme illégale, une décision qui est fondée sur des faits matériellement inexacts ou encore sur des motifs contradictoires ». Elle a dégagé la contradiction des éléments du dossier et a en opéré la démonstration : « En effet, les divers rapports du département des affaires foncières établissent d'une manière concordante l'état d'abandon et de mise en valeur insuffisante de la parcelle litigieuse par la Société SOCIRA alors que l'arrêté déféré reconnaît cette situation pour se limiter à affirmer d'une manière évasive que la parcelle litigieuse n'était pas abandonnée. Par ailleurs, une attestation de la direction des Contributions versée au dossier prouve d'une manière péremptoire que c'est seulement à partir du 29 janvier 1980, soit plusieurs années après l'arrêté abrogé que la société SOCIRA s'est fait enregistrer et a commencé à payer des impôts fonciers sur la parcelle SU 507. Cela

⁵³⁹ CSJ, RA 347, 22 juin 1998, Kiala Luyindula c/République Démocratique du Congo pris en la personne du Vice-Premier ministre et Ministre de l'Intérieur.

⁵⁴⁰ CSJ, R.A.76 – 9 août 1983, Tshishimba Mbala c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

contredit le deuxième attendu en son litera d'où il est affirmé que cette société payait régulièrement ses impôts fonciers ».

330. La Cour démontre encore que « dans son deuxième attendu, litera b, l'arrêté déféré affirme d'une manière inexacte que la société SOCIRA n'a jamais cessé d'exercer ses activités normales alors qu'au litera a, il soutient parallèlement que cette société a connu un arrêt momentané de ses activités entre 1973 et 1977, cela constitue en même temps une contradiction entre ces deux motifs ».

331. La contradiction entre les motifs trahit un manque de cohérence dans la pensée de l'auteur de l'acte mais, bien plus, le dysfonctionnement de l'administration. Dans l'arrêt sous examen, la Cour a mis le doigt sur cette plaie. Contrairement au laconisme habituel de ses démonstrations, elle ne s'est pas contentée d'affirmer qu'il y avait une contradiction entre les motifs. Elle l'a démontré à travers les déclarations gisant au dossier de l'administration. Elle est allée encore plus loin en tirant les leçons de bonne administration. Elle a en aussi profité pour rappeler les limites des prérogatives importantes reconnues à l'administration. Sur le ton de l'admonestation, elle a dit que « la Cour considère que l'administration est responsable des erreurs de droit qu'elle commet elle-même puisqu'une administration normalement prudente et diligente n'ignore pas la loi et l'interprète correctement. En effet, les pouvoirs que la loi attribue à l'administration dans l'intérêt général ne soustrait pas celle-ci au devoir de prudence qui s'impose à tous. Dans toutes ses activités, l'administration doit respecter la loi, le respect de la loi englobe celui de l'obligation générale de prudence et de diligence ».

4. La censure de l'interprétation inexacte de la loi applicable

332. L'arrêt Solidarité Katangaise⁵⁴¹ a fourni l'exemple d'une interprétation inexacte de la norme applicable. Cet arrêt est l'œuvre de la section administrative de la Cour d'appel de Lubumbashi. Elle a été saisie du recours en annulation d'une décision du Gouverneur de province portant interdiction de fonctionnement à durée indéterminée et sur toute l'étendue de la province à l'encontre de la requérante. La décision d'interdiction reposait sur le motif selon

⁵⁴¹ C.A. L'Shi, R.A. 212 – 14 décembre 2005, Solidarité katangaise, ASBL c/ Gouverneur de la province du Katanga.

lequel la requérante « fonctionnerait comme une association de fait dépourvue de l'autorisation de la loi ».

333. La démarche suivie par la Cour est très intéressante dans la mesure où elle a procédé à une analyse minutieuse de tous les éléments du dossier à la recherche des motifs ayant fondé la décision d'interdiction. Elle a principalement cherché à savoir si la requérante, SOLIDARITE KATANGAISE, répondait réellement à la qualification retenue par le Gouverneur, celle d'« association de fait dépourvue de l'autorisation de la loi ». La Cour a constaté que la requérante avait régulièrement introduit sa demande d'obtention de la personnalité civile. Elle a ensuite été autorisée à fonctionner provisoirement par les services du ministère de la justice. Six mois se sont écoulés sans que le Ministre de la justice n'octroie la personnalité juridique. La requérante s'est ainsi trouvée dans l'hypothèse prévue par l'article 5 al. 3 de la loi 004-2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique en vertu duquel au bout de six mois la personnalité juridique est réputée acquise. Au vu de ces éléments, conclut la Cour, la requérante ne peut être considérée comme une association de fait.

334. La Cour a, en outre, constaté que la mesure de l'interdiction ne figurait pas au nombre de celles qui pouvaient être prises à l'encontre des associations précitées. Approfondissant son raisonnement et suivant en cela les arguments de la requérante, elle a jugé que la mesure d'interdiction s'assimilait à celle de la dissolution, du moins quant aux effets, or une telle décision est de la compétence exclusive des cours et tribunaux. La Cour a finalement annulé la décision car fondée sur des raisons « fantaisistes ».

5. La censure du défaut de base légale

335. La jurisprudence congolaise comporte plusieurs cas dans lesquels le juge a censuré le défaut de base légale pour la décision prise. Dans une série d'affaires, il se dégage que l'acte administratif était pris sur la base d'un texte abrogé. Or, un texte abrogé, n'étant plus en vigueur, ne peut plus servir de fondement à une décision administrative. Ce principe a été rappelé dans plusieurs arrêts qui ont annulé des décisions de déclaration d'abandon et de reprise des biens immobiliers fondées sur l'ordonnance n°74-152 du 2 juillet 1974 sur les biens abandonnés ou insuffisamment mis en valeur alors qu'elle était déjà abrogée par

l'ordonnance n°84/026 du 2 février 1984⁵⁴². A été également annulée une décision d'abrogation d'une ordonnance de reconnaissance de personnalité civile en prenant appui sur la loi n°93-001 du 2 avril 1993 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de la transition elle-même abrogée par l'Acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994. La Cour a conclu que, dans ces cas, l'autorité « s'est basé sur un texte inexistant »⁵⁴³.

336. D'autres exemples concernent l'annulation des décisions qui se sont référées à des textes étrangers à l'objet même de la décision. A été ainsi annulée une décision qui a déclaré un bien sans maître en se fondant sur une disposition légale étrangère à cet objet⁵⁴⁴. La Cour a également considéré comme inapplicable le texte invoqué par l'autorité administrative comme base de sa décision mais qui, à l'analyse, ne prévoit pas la mesure prise par l'autorité. A été ainsi annulée une décision du Gouverneur de province du Katanga qui a interdit le fonctionnement de l'ASBL Solidarité Katangaise sur toute l'étendue du territoire de la province en se fondant sur la loi 004/2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique alors que cette loi ne prévoit nulle part la mesure de l'interdiction de fonctionnement⁵⁴⁵.

337. La Cour a cependant confirmé des décisions auxquelles les requérants ont dénié toute base légale. C'est le cas du pouvoir du président du Conseil judiciaire d'intimer l'ordre de faire organiser des assemblées électives au sein des Associations sans but lucratif qui vivent des conflits qui menacent ou portent atteinte à l'ordre public. Tel est le cas dans l'Arrêt Evêque Lutete Tunga Nzezi Pangi⁵⁴⁶.

⁵⁴² CSJ, R.A. 193– 26 octobre 1990, Monsieur Longola Mayi c/ La République du Zaïre prise en la personne du ministre des Affaires foncières & Le Docteur Shaumba ; CSJ, RA.432 – 20 août 1999, Succession Bolia Mbamba c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du ministre des Affaires foncières ; CSJ, RA.393 – 8 mai 2002, Gardacos Dimitros c/ La République démocratique du Congo ; R.A. 730- 14 juillet 2005, Kudiangela Kasembe et crts c/ La République Démocratique du Congo, prise en la personne du Ministre des Affaires foncières et du Ministre de la Justice et Garde des Sceaux ; CSJ, R.A.172 – 26 juin 1987, Ilosyo Musiho-wa-Mwenengeshi c/La République du Zaïre, prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières et Kanyere Wansokodi ; R.A. 216 – 11 avril 1990, Shematsi wa Bahu c/ La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

⁵⁴³ CSJ, R.A. 319/95– 17 juillet 1997, Eglise des Noirs en Afrique c/ La République démocratique du Congo.

⁵⁴⁴ CSJ, R.A. 371– 10 août 1998, La Cotonnière SARL c/ La République démocratique du Congo.

⁵⁴⁵ C.A. L'Shi, R.A. 212 – 14 décembre 2005, Solidarité katangaise, ASBL c/ Gouverneur de la province du Katanga.

⁵⁴⁶ CSJ, RA 260/265 du 23 juillet 1993, Evêque Lutete Tunga Nzezi Mpangi c/ La République du Zaïre, prise en la personne du Président du Conseil judiciaire et Muzola Nata.

6. La censure de l'inexactitude matérielle des faits

338. Dans l'arrêt *Habarugira*⁵⁴⁷, la Cour a annulé pour « motifs matériellement inexacts » un arrêté du Ministre des affaires foncières qui avait attribué la parcelle du requérant à une autre personne alors que ce dernier avait déjà obtenu un certificat d'enregistrement devenu inattaquable. L'arrêt *Tshishimba Mbala*, déjà cité, illustre le fait que la contradiction des motifs cache derrière elle des motifs matériellement inexacts. La Cour a annulé une décision de retour au domaine de l'Etat d'une parcelle sous le prétexte d'état d'abandon alors qu'un procès-verbal dressé par un agent du Cadastre avait antérieurement constaté que la mise en valeur du terrain était suffisante⁵⁴⁸. Elle a encore annulé un arrêté ayant déclaré un immeuble abandonné alors qu'en l'espèce, après examen des faits, n'était remplie aucune des conditions prévues par la loi⁵⁴⁹.

339. La Cour a encore annulé un arrêté portant révocation d'un agent au motif qu'il serait détenteur d'un faux diplôme d'Etat. Une enquête a été menée et a conclu à la fausseté de ces allégations. Le ministre a pris néanmoins sa décision en dépit des résultats de l'enquête. La Cour a relevé que « ledit Commissaire d'Etat a pris l'arrêté de révocation en dépit de la seconde lettre du Secrétaire Général Académique et des avis contraires du Rectorat et du Secrétaire d'Etat de son Département⁵⁵⁰ ».

340. Dans l'arrêt *Mutingwa Ngolo*⁵⁵¹, la Cour a jugé que le moyen soulevé par le requérant, selon lequel l'attribution de l'immeuble fait au premier défendeur était illégale dans la mesure où ce dernier ne s'était pas acquitté de la somme convenue, n'était pas fondé « puisque la décision d'attribution au défendeur [...] n'est pas motivée comme l'a si bien dit la Cour suprême de justice, car elle est fondée sur des faits qui sont matériellement inexacts. Le non

⁵⁴⁷ CSJ, R.A.138/148 – 10 juin 1987, *Habarugira Buhoro c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières & Monsieur Mwenenge Afamasa, intervenant.*

⁵⁴⁸ CSJ, RA 50- 16 décembre 1983, *Matobo Mungu c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.*

⁵⁴⁹ CSJ, RA 60 – 2 mars 1984, *Agence Africaine de distribution du matériel (Afrima) c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières ; CSJ, RA 95- 2 mars 1984, M. c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières ; CSJ, RA 97 – 13 juin 1986, Kabamba Tshipapayi wa Ntumba c/La République du Zaïre.*

⁵⁵⁰ CSJ, RA 127- 29 mai 1987, *Mulumba Kapepula c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat à l'Enseignement primaire et secondaire.*

⁵⁵¹ CSJ, R.A. 258– 26 novembre 1993, *Mutingwa Ngolo c/ La République du Zaïre, prise en la personne du ministre des Affaires foncières et Matali Muhiri.*

paiement du prix de l'immeuble relevé dans la lettre du conservateur n'est pas imputable à Matali mais à dame Ladia Tubu ».

7. La censure de l'erreur de qualification juridique des faits

341. Les espèces dans lesquelles le juge administratif congolais procède à la censure de l'erreur de qualification juridique des faits sont très peu nombreuses. Dans l'arrêt *Mudiayi Shambuwi*⁵⁵², la Cour a été saisie d'une requête tendant à l'annulation d'un arrêté du ministre de la justice qui a révoqué un agent pour abandon de poste. La loi ne détermine pas clairement les faits qui sont susceptibles de donner lieu à la qualification d'« abandon de poste ». Elle ne donne qu'une indication très générale des faits laissés à l'appréciation de l'autorité administrative. La loi dispose, en effet, qu'« est considéré comme ayant abandonné son poste, l'agent qui ne se conforme pas à une décision d'affectation »⁵⁵³. S'agit-il d'une sortie non autorisée, du défaut de reprendre le service à l'expiration d'un congé ? Il apparaît que « ne pas se conformer à une décision d'affectation » est susceptible de nombreuses interprétations, ce qui laisse à l'autorité administrative un pouvoir d'appréciation, mieux, un pouvoir d'interprétation des faits.

342. Dans l'espèce sous étude, après avoir effectué « un examen attentif des faits », la Cour a constaté que, certes, le requérant n'était pas toujours à son poste, mais qu'il avait été régulièrement autorisé par sa hiérarchie à poursuivre une formation. Il en résulte que la situation de celui qui s'absente de son poste sans autorisation et celle de celui qui s'absente parce qu'il y a été autorisé ne peuvent pas donner lieu, juridiquement, à la même qualification. Si l'absence non autorisée peut être qualifiée d'abandon de poste, il ne saurait en être ainsi d'une absence régulièrement autorisée. La Cour a jugé que ces faits ne pouvaient dès lors pas être qualifiés d'abandon de poste et a conclu à une erreur de qualification juridique des faits. Elle a, en conséquence, annulé la décision de révocation. Il se dégage de cet arrêt que l'autorité administrative est libre d'user de son pouvoir discrétionnaire de décider d'infliger une sanction disciplinaire à un agent à condition que sa décision soit motivée par des faits qui correspondent à la qualification juridique retenue.

⁵⁵² CSJ, R.A.68 – juillet 1983, *Mudiayi Shambuwi Kazadi c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat à la Justice*.

⁵⁵³ Article 50 al. 2 de la Loi du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat.

343. Dans son arrêt Ignace Mwima⁵⁵⁴, la Cour d'appel de Lubumbashi a été saisie en appel d'un jugement du tribunal de grande instance rendu en matière disciplinaire contre un défenseur judiciaire à qui il était reproché trois préventions dont le fait d'avoir contracté une dette qu'il n'avait pas encore honorée et qui constituerait de ce fait une faute disciplinaire. La Cour a jugé qu'elle n'allait pas avoir égard à cette prévention « en ce que la première relative à la créance du greffier Panu n'est pas de nature professionnelle. En effet, le règlement d'une telle créance est prévu par les mécanismes juridiques propres aux contestations civiles ». Cette interprétation exclut donc du domaine disciplinaire les contestations susceptibles d'être résolues par les mécanismes de droit privé. L'on peut se demander si ce n'est pas là une qualification très restrictive dans la mesure où en matière de déontologie, le comportement de l'individu dans ses relations privées peut affecter sa vie professionnelle. Les actes de la vie privée sont, en effet, susceptibles de retenir l'attention des organes de l'ordre dans la mesure où ils font scandale et portent atteinte à la dignité de l'Ordre et à son honneur⁵⁵⁵.

344. Dans une affaire similaire, la même Cour d'appel de Lubumbashi a été saisie par un autre défenseur judiciaire qui sollicitait la réformation du jugement du tribunal de grande instance qui l'avait condamné au disciplinaire à l'interdiction d'exercer la profession pendant six mois pour avoir refusé de fournir au syndic les éléments nécessaires à l'établissement de la liste du corps des défenseurs judiciaires et d'avoir refusé de payer une dette qu'il avait contractée auprès des tiers et que le syndic avait payée à sa place dans l'espoir de se faire rembourser. La Cour a confirmé la qualification du refus de fournir les données personnelles comme constitutifs d'un manquement aux devoirs de son état. Mais comme dans l'arrêt précédent, la Cour a estimé que la prévention relative au non paiement de sa dette n'est pas de nature professionnelle étant donné que le règlement d'une telle créance est prévu par les mécanismes juridiques propres aux contestations civiles.

§3. La censure des illégalités relatives au but

345. Le contrôle de la légalité interne porte non seulement sur les aspects objectifs de l'acte attaqué mais aussi sur les aspects subjectifs. En ce qui concerne ces derniers, c'est le but de

⁵⁵⁴ CA L'Shi, RA 141- 28 juin 2001, Ignace Mwima Ngombe ya Meda c/ Syndic et Chambre de surveillance du corps des défenseurs judiciaires.

⁵⁵⁵ Antoine BRAUN et François MOREAU, *La profession d'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 146.

l'acte qui sera recherché. Ce contrôle cherche à savoir si l'acte a été adopté dans le cadre du seul but admissible, à savoir l'intérêt général. Il censure le détournement de pouvoir. Contrairement au caractère très exceptionnel que les jurisprudences belge et française réservent à ce contrôle, le juge congolais annule très souvent un acte administratif unilatéral pour « excès et détournement de pouvoir ». La difficulté de la compréhension de cette jurisprudence est que la Cour ne précise pas dans sa décision les parts respectives de l'excès de pouvoir et du détournement de pouvoir.

346. L'arrêt CPA⁵⁵⁶ fournit une illustration intéressante d'un cas de détournement de pouvoir. Dans cet arrêt, est en cause un arrêté du ministre des affaires foncières qui a morcelé un terrain au motif que la mise en valeur en était insuffisante. Un contrat de location fut signé au profit d'une autre personne sur la partie du terrain démembrée. La requérante a attaqué en annulation l'arrêté ministériel en alléguant que le ministre s'était attribué la partie de son terrain « en créant une fausse apparence tendant à faire croire que ce morcellement a été opéré au profit d'un tiers en l'occurrence le citoyen K. ». La Cour a examiné minutieusement le dossier et a constaté la supercherie. Elle a conclu son examen en ces termes : « De ce qui précède, il s'avère que K. et KA qui à l'époque des faits se trouvait à la tête du Département des Affaires Foncières, ne sont qu'une seule et même personne. C'est donc en réalité en sa propre faveur que l'ancien Commissaire d'Etat aux Affaires Foncières KA a pris l'arrêté sur la partie du terrain morcelé en faveur de K qui comme lui a la boîte postale n° 0 Kinshasa/Gombe. Pour parvenir à cette fin, l'ancien Commissaire d'Etat s'est simplement servi de K comme paravent. En agissant de la sorte, il a commis un excès de pouvoir ».

347. Toute la démonstration de la Cour établit le détournement de pouvoir même si, l'on ne sait pour quelle raison, l'euphémisme peut être, elle a jugé qu'il s'agissait de l'excès de pouvoir.

348. Dans un autre arrêt cependant, la Cour a conclu au détournement de pouvoir sans que sa démonstration ait permis de l'entrevoir. L'on garde l'impression que c'est à partir d'une présomption non démontrée que le juge a conclu au détournement de pouvoir. Ainsi a-t-on dit parfois que le juge congolais conclut précipitamment ou par un coup de cœur au détournement de pouvoir sans avoir indiqué l'intention de s'écarter du seul intérêt général

⁵⁵⁶ CSJ, R.A.57 – 18 novembre 1983, C.P.A., S.A.R.L., c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

dans le chef de l'autorité administrative. Dans son arrêt *Famille Befili*⁵⁵⁷, la Cour a été saisie en annulation de l'arrêté du ministre de l'intérieur portant reconnaissance d'un chef de groupement désigné en dehors des prescrits légaux. La loi en vigueur à l'époque des faits prévoyait, en effet, que le chef de groupement est reconnu par le ministre de l'intérieur et investi par le commissaire sous régional⁵⁵⁸. Il devait être choisi par les notables de l'entité concernée parmi les familles régnantes. Dans l'espèce sous examen, le ministre a reconnu une personne qui n'était pas issue de familles régnantes et qui n'avait pas été élue par les notables. En outre, les consultations populaires qui ont fait l'objet d'un PV ont été annulées par le gouverneur de province. Il s'agit donc d'un cas classique de violation directe de la loi. Mais la Cour a jugé qu'« en passant outre la décision de ce dernier et dès lors même que la désignation du chef Kongo Lomela s'est déroulée en violation de la coutume du lieu, la République du Zaïre, représentée par son Ministre de l'Intérieur, a commis un détournement de pouvoir ». La preuve du détournement de pouvoir n'ayant pas été livrée, on peut penser que la Cour a en présumé l'intention.

349. Un raisonnement similaire a été observé dans l'arrêt *Dibunda Kabwinji*⁵⁵⁹. La Cour a considéré qu'un arrêté qui en abrogeait un autre sans qu'il lui soit reproché une illégalité et alors même qu'il n'était plus susceptible de recours, était entaché d'excès et de détournement de pouvoir. Le raisonnement du juge semble être implicitement fondé sur le fait que ledit arrêté a eu pour effet de remplacer le requérant aux fonctions qu'il exerçait depuis trois ans sans qu'aucune faute ne lui ait été reprochée. La présomption pouvait dès lors être faite que c'est pour l'intérêt du remplaçant que l'acte a été pris et non pour l'intérêt du service.

350. Dans un arrêt de rejet, l'arrêt *Congo Motors*⁵⁶⁰, la Cour a réfuté l'allégation de détournement de pouvoir dans le chef du ministre des affaires foncières. Le requérant sollicitait, en effet, l'annulation d'un arrêté qui portait retour au domaine de l'Etat d'une parcelle et qui l'avait ensuite attribuée à une autre personne. La Cour a jugé qu'à défaut d'apporter la preuve que le ministre a agi aux seules fins d'attribuer cette parcelle à l'autre personne, le détournement de pouvoir ne pouvait pas être retenu. L'on observe ici que sa

⁵⁵⁷ CSJ, R.A. 341– 12 septembre 1997, *Famille Befili et crts c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du Ministre de l'Intérieur et des affaires coutumières*.

⁵⁵⁸ Ordonnance-loi 82-006 du 25 février 1982 portant organisation politique et administrative de la République du Zaïre.

⁵⁵⁹ CSJ, R.A. 340– 19 février 1998, *Dibunda Kabwinji c/ La République démocratique du Congo et crts*.

⁵⁶⁰ CSJ, RA 5 et 33- 14 juin 1973, *Congo Motors Limited c/ La République du Zaïre*.

position ancienne était celle d'une exigence rigoureuse de la preuve du détournement de pouvoir. Cette exigence a été allégée dans les arrêts ultérieurs précédemment cités.

Section III. Un contrôle louable mais encore limité

351. Il découle de ce qui précède que le contrôle exercé par le juge administratif congolais, dans le contexte difficile qui est le sien, est très louable. Le pouvoir discrétionnaire s'y exerce, dans une certaine mesure, sous le contrôle du juge (§1). Ce contrôle est toutefois limité sur certains aspects essentiels, ce qui affaiblit le contrôle du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle des motifs est insuffisant (§2). De même en est-il de la motivation des jugements (§3).

§1. Le pouvoir discrétionnaire s'exerce sous le contrôle du juge administratif

352. L'action administrative n'est pas sous le règne de l'arbitraire au Congo. Elle s'exerce sous le contrôle du juge administratif qui en vérifie la conformité au droit. Il en est ainsi même lorsque l'administration agit dans le champ de sa compétence discrétionnaire. Le juge administratif contrôle, en effet, la forme et le fond de l'acte administratif comportant exercice du pouvoir discrétionnaire. Son contrôle vise la régularité externe (1) et la régularité interne de l'acte administratif unilatéral. Dans ce dernier cas, il contrôle l'objet et les motifs de l'acte (2) et mieux encore, le but de l'acte, un contrôle pourtant très délicat (3). Son contrôle demeure toutefois indirect. Il n'atteint pas directement le pouvoir discrétionnaire. Il ne contrôle pas le pouvoir discrétionnaire dans son principe même (4).

1. Le juge administratif pose le principe du respect des prescriptions relatives à la régularité externe de l'acte

353. Le juge administratif congolais exerce systématiquement le contrôle de la régularité externe de l'acte administratif. Il exige le respect des règles de la compétence de l'auteur de l'acte, le respect de règles de procédure ainsi que le respect de formalités substantielles. Cette attitude consacre le principe selon lequel, même si l'administration a le pouvoir d'apprécier l'opportunité de son action, elle doit néanmoins remplir toutes les conditions de légalité externe à l'égard desquels sa compétence est en principe liée. Il s'ensuit, à cet égard, des cas d'annulation en cas d'inobservation de ces règles. Il lui est arrivé de préciser dans certains cas

que l'administration n'avait pas de pouvoir discrétionnaire à l'égard de certaines règles de procédures et de forme. C'est le cas dans l'arrêt Kikoka Toni Gayitoni, déjà cité, dans lequel la Cour a censuré le défaut de motifs d'une décision qui n'était fondée que sur l'urgence. Elle a dit en substance que « le Président de la République, auteur de la deuxième ordonnance, ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour revenir sur la première décision qu'il a régulièrement prise, il ne peut prendre une nouvelle décision contraire à la première, qu'en suivant les procédures et les formes prévues par la loi en matière de promotion et de discipline des magistrats, en l'occurrence après avis du Conseil supérieur de la magistrature ».

2. Le juge administratif pose le principe du respect des prescriptions relatives à l'objet et aux motifs de l'acte

354. Le juge congolais précise directement ou indirectement que les règles relatives à l'objet et aux motifs de l'acte doivent être observées. Même si l'on peut avoir l'impression qu'il exerce son contrôle sans avoir égard au phénomène du pouvoir discrétionnaire, quelques arrêts permettent de se rendre compte qu'il a ce phénomène à l'esprit. C'est le cas de l'arrêt Société Congo Airlines où la Cour a reconnu qu'en l'espèce l'administration jouissait d'un pouvoir d'appréciation en opportunité. Mais cela dit, elle a tenu à indiquer que l'exercice de ce pouvoir était assujéti à une obligation de motivation suffisante de la mesure prise sur la base d'une telle appréciation. Elle a jugé que « si au sujet des faits sur lesquels porte la décision, l'autorité centrale visée au moyen possédait un pouvoir d'appréciation résultant d'une évaluation subjective et personnelle, elle devait néanmoins s'appuyer sur des éléments qui apportent à sa décision une motivation suffisante pour justifier sa conclusion ».

3. Le juge administratif congolais soumet toujours la décision au respect du but d'intérêt général

355. Il découle clairement de la jurisprudence administrative congolaise que la décision administrative doit toujours poursuivre le seul but de l'intérêt général sous peine d'annulation pour détournement de pouvoir. Cette attitude est imposée à toute décision administrative, qu'elle soit prise dans la sphère de compétence discrétionnaire ou dans celle de la compétence liée. Comme on a pu le constater, quelques décisions comportant exercice du pouvoir discrétionnaire ont été annulées pour cause de détournement de pouvoir.

4. Le juge administratif congolais ne franchit pas le seuil du contrôle indirect

356. Le contrôle du juge administratif congolais est encore limité au seul contrôle indirect. Cela comporte le désavantage que, dans certains cas, le litige relatif au pouvoir discrétionnaire reste entier lorsque l'acte ne comporte aucun vice de légalité externe ou interne alors qu'il est peut-être susceptible de critique du point de vue de l'usage du pouvoir discrétionnaire (4.1). Certains cas, à titre d'illustration, auraient pu faire l'objet d'un contrôle direct (4.2).

4.1. Le risque de laisser subsister l'illégalité relative au pouvoir discrétionnaire

357. La plus grande difficulté réside au fait que le juge congolais n'ait pas encore mis au point et expérimenté des contrôles subtils du pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est d'ailleurs le cas de la plupart des pays jeunes connaissant les mêmes difficultés d'ordre sociopolitique et juridique que le Congo. La jurisprudence n'étant pas très développée, l'on n'y trouve pas souvent des cas où le juge limite jurisprudentiellement le domaine du pouvoir discrétionnaire en l'absence de toute condition légale. Le juge fait plutôt une application servile de la loi. L'on n'y trouve pas non plus des techniques aussi élaborées que l'erreur manifeste d'appréciation⁵⁶¹, le contrôle du bilan ou le contrôle de la proportionnalité. La réelle difficulté est que les décisions auxquelles on ne peut trouver un reproche sur la base de leur légalité externe ou interne mais dont l'appréciation en opportunité choque la raison risquent, malheureusement, d'être dédouanées étant donné que toutes les conditions formelles et de fond paraissent inattaquables. Il y a donc nécessité, de développer des mécanismes qui, comme l'erreur manifeste d'appréciation, sont capables de barrer le chemin à des décisions qui, sous les dehors d'une décision régulière, cachent une iniquité inacceptable.

358. L'arrêt Loota Ebola, déjà cité, illustre cette situation. Dans cet arrêt, la Cour a rejeté tous les moyens soulevés par le requérant en les estimant non fondés. Nous avons précédemment fait un commentaire critique de l'interprétation très large que, curieusement, la Cour a fait des exigences procédurales telles l'obligation d'ouvrir une action disciplinaire avant toutes poursuites, le respect du délai de trois mois pour le prononcé de la sanction disciplinaire ou du classement sans suite des poursuites. Le requérant a été, en effet, l'objet d'une décision de

⁵⁶¹ Le Sénégal est l'un des rares pays où ait été expérimentée l'erreur manifeste d'appréciation. Ce fut le cas dans les arrêts Cheikh Tridiane Mbengue et autres et Salif Fall du Conseil d'Etat du Sénégal, à ce sujet, Maimouna KANE, « L'élaboration du droit : le rôle de la jurisprudence », *La Revue administrative*, Numéro Spécial, 3/2000, p. 50.

révocation. Si le juge congolais avait déjà développé le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou le contrôle de la proportionnalité, il aurait, à tout le moins, ayant constaté selon lui que l'arrêt ne pouvait être annulé sur la base d'aucun des griefs soulevés par le requérant, vérifié si la sanction prise à l'encontre du requérant n'était pas entachée d'une disproportion manifeste. Dans l'arrêt sous examen, la Cour n'a nullement fait une telle recherche. Le silence que la Cour garde généralement sur le taux de la peine est difficile à interpréter. Ou bien ce silence traduit que la Cour est convaincue que tel est le taux qui convient ou bien ce silence signifie que la Cour s'abstient de s'immiscer dans l'appréciation faite par l'administration. Dans le cas de l'arrêt sous examen, il était reproché au requérant d'écrire « des lettres diffamatoires aux autorités du pays et hauts cadres du parti dont la teneur ne reflétait pas la réalité des situations décrites, portait atteinte à la réputation et à l'honorabilité de l'Université et était susceptible de troubler la paix sociale à l'Université de Kinshasa ». L'administration a donc effectué une appréciation en opportunité des faits mais la Cour s'est gardée de s'y prononcer.

4.2. Les cas dans lesquels le contrôle direct de l'exercice du pouvoir discrétionnaire aurait pu être effectué

359. Il est intéressant de commenter quelques cas, parmi les décisions examinées, dans lesquels le juge administratif congolais aurait pu effectuer un contrôle direct de l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'il avait poussé la recherche des motifs de fait ou s'il avait suffisamment motivé ses arrêts. Le premier cas concerne l'appréciation en opportunité de la mise en valeur d'un terrain comme condition pour la reconnaissance des droits réels fonciers (A) ; le deuxième cas concerne l'appréciation en opportunité de l'aptitude de la compagnie nationale à exploiter une ligne aérienne (B) ; le troisième cas concerne l'appréciation en opportunité de la proportionnalité d'une mesure de retrait des droits d'exploitation (C) ; le quatrième cas concerne l'appréciation en opportunité de la gravité des faits, de la nécessité et de l'urgence d'une mesure prise par l'administration (D).

A. L'appréciation de la mise en valeur d'un terrain

360. Dans l'arrêt Matobo, déjà cité, la Cour a annulé un arrêté du ministre des affaires foncières qui avait décidé le retour au domaine de l'Etat d'un terrain concédé à perpétuité en invoquant un motif matériellement inexact selon lequel ledit terrain serait dans un état

d'abandon total. La Cour a formé sa conviction à partir d'un procès-verbal antérieurement dressé par un agent du cadastre qui avait constaté que la mise en valeur était suffisante. L'on constate que la Cour a évalué le caractère suffisant de la mise en valeur uniquement à partir du rapport de l'agent du Cadastre. Il en serait allé autrement si la Cour avait voulu effectuer par elle-même le constat sur le terrain étant donné que le rapport de l'agent du Cadastre n'est qu'une présomption de la réalité, susceptible d'être renversé par un constat contraire. La Cour aurait été alors amenée à dévoiler ses propres critères du caractère suffisant de la mise en valeur et aurait effectué un véritable contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

361. Dans l'arrêt Archidiocèse de Kinshasa, déjà cité, la Cour reproche au ministre des affaires foncières d'avoir loti une parcelle occupée et mise en valeur par la requérante même si, à la suite de ses « lenteurs et négligences », l'administration des affaires foncières n'a jamais procédé au constat de cette mise en valeur. Pour la Cour, cependant, le fait que la requérante ait érigé sur le terrain « une église, une résidence pour les religieux, quelques salles et bureaux, quelques habitations ainsi qu'une école primaire » est une preuve de mise en valeur. Jusqu'à ce niveau, l'on peut encore considérer que la Cour a qualifié juridiquement les faits pour les faire rentrer dans le concept juridique de « mise en valeur » mais qu'elle n'a pas procédé à une appréciation en opportunité. Mais, plus loin dans son raisonnement, la même Cour a reproché au ministre des affaires foncières d'avoir loti cette parcelle « suffisamment mise en valeur par la requérante ». L'introduction du caractère « suffisant » déborde la simple appréciation juridique et évolue vers un jugement de valeur, une appréciation en opportunité. Si la Cour avait révélé ses critères de ce qui est suffisant, l'on aurait pu observer de sa part un véritable contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire contenu dans la décision du ministre des affaires foncières. C'est donc la limite de la motivation de l'arrêt quant aux critères d'une mise en valeur suffisante qui ne permet pas d'accéder au contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

B. L'aptitude de la compagnie nationale à exploiter une ligne aérienne

362. Dans l'arrêt Société Congo Airlines, déjà cité, la Cour a annulé pour insuffisance de motivation la décision du ministre de transports de redonner l'exclusivité de l'exploitation d'une ligne aérienne à la compagnie nationale en mettant à l'écart deux compagnies privées, dont la requérante. La Cour reproche à la décision du ministre des transports d'avoir été motivée uniquement par le protocole d'accord intervenu entre la compagnie nationale et le

curateur de la faillite mais de n'avoir pas établi ni simplement allégué la disponibilité de moyens garantissant le maintien de l'exploitation dans des conditions de fiabilité.

363. Cet arrêt comporte, en outre, quoiqu'imperceptiblement, la censure du caractère déraisonnable et de l'erreur manifeste d'appréciation de la décision. En ce qui concerne la censure du caractère déraisonnable, l'on peut présumer que la Cour s'est fondée sur l'assertion suivante : Il est contraire à la logique élémentaire, au bon sens et à la raison de confier l'exploitation d'une ligne aérienne à une compagnie qui n'en a pas l'aptitude, faute de moyens, et de la retirer aux compagnies qui remplissent pourtant toutes les conditions d'aptitude. Ce raisonnement est présent dans l'arrêt même si la Cour ne l'exprime pas directement en ces termes. Il est certain, en effet, que la Cour est convaincue de l'inaptitude de la compagnie nationale d'assurer l'exploitation du trafic. Elle tire cette conviction, faute pour la décision d'avoir établi les moyens, de l'examen du dossier. Elle dit clairement que « ... des pièces du dossier auxquelles la Cour peut avoir égard, fondamentalement de la lettre n°409/CAB/MIN/TC/0911/H3/95 du 4 octobre 1995 dudit Ministre à son homologue belge ainsi que de celle n°409/CAB/MIN/TC/2071/F2/98 du 8 octobre 1998 déjà citée ci-dessus et adressée au Président du Conseil de Gérance de la requérante, il ressort [...] que les difficultés de plusieurs ordres que rencontre la compagnie nationale Air Zaïre ne lui permettent pas de maintenir, pour le moment, une exploitation des services de transports aériens réguliers et fiables sur la liaison Kinshasa-Bruxelles-Kinshasa... ». La Cour a manifestement procédé à une évaluation des moyens dont dispose la compagnie et en a tiré la conviction que ces moyens ne permettent pas d'assurer l'exploitation de la ligne aérienne. L'on peut se demander, à juste titre, s'il s'agit là d'un contrôle juridique ou d'un contrôle d'opportunité. Nous y reviendrons dans le paragraphe suivant. Mais pour l'instant, limitons nous à constater que cela permet d'établir que la Cour était convaincue du défaut de moyens d'exploitation. La suite logique de son raisonnement est l'évaluation de la décision ministérielle au regard du principe du raisonnable. N'est-ce pas tout simplement absurde de confier l'exploitation d'une ligne aérienne à une compagnie nationale tout en sachant qu'elle n'en a pas les moyens ? N'est-ce pas simplement décider que l'exploitation n'aura plus jamais lieu ? Une telle décision manquerait de justification raisonnable et mériterait tout simplement l'annulation. Il découle de cette analyse, en définitive, que pour la Cour le ministre des transports a le pouvoir d'apprécier discrétionnairement la remise du monopole d'exploitation d'une ligne aérienne à la compagnie nationale mais à la condition, comme le commande la raison, que cette compagnie dispose des moyens nécessaires pour assurer cette exploitation. Autrement, la

décision pècherait contre la raison et commettrait un excès de pouvoir qui l'expose à l'annulation.

364. En ce qui concerne la censure de l'erreur manifeste d'appréciation, elle peut être déduite de l'évaluation que la Cour a faite des moyens dont dispose la compagnie nationale pour assurer l'exploitation. Elle a estimé, au regard des difficultés que traversait la compagnie, que celle-ci n'était pas apte à assurer, pour ce moment, l'exploitation de la ligne aérienne. La Cour n'a pas révélé la nature ni l'ampleur de ces difficultés. Elle n'a pas avancé des éléments qui auraient permis une évaluation chiffrée dans le but de conclure à la « suffisance » ou à l'« insuffisance » des moyens. L'on peut donc penser que la Cour n'a pas exercé un contrôle de pure opportunité. Mais l'on ne peut pas écarter l'hypothèse d'un contrôle marginal de l'opportunité. En effet, ce qui se cache derrière le raisonnement de la Cour c'est que l'examen qu'elle a fait des difficultés que traverse la compagnie nationale l'a amené à conclure que cette dernière ne disposait « manifestement » pas de moyens suffisants pour assurer l'exploitation. La décision ministérielle d'attribuer l'exploitation d'une ligne aérienne à une compagnie « manifestement » dépourvue de moyens serait alors tout simplement dénuée de sens et mériterait, de ce fait, annulation. La Cour aurait ainsi, dans cette décision, sans l'avoir dit ni développé, exercé un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Il découle de cette analyse que pour la Cour, le ministre des transports dispose du pouvoir d'apprécier discrétionnairement l'opportunité d'attribuer l'exploitation d'une ligne aérienne à la compagnie nationale, d'évaluer en conséquence l'ampleur des moyens nécessaires pour ce faire, à condition que ces moyens ne soient pas « manifestement » insuffisants, ce qui exposerait la décision à annulation.

C. La proportionnalité du retrait des droits d'exploitation

365. Dans le même arrêt Société Congo Airlines, la Cour aurait pu contrôler la proportionnalité de la décision de retrait des droits d'exploitation aux compagnies privées au bénéfice de la compagnie nationale. Telle semble d'ailleurs être la préoccupation principale de la requérante. Même si celle-ci dénonce, dans sa requête, la violation de l'égalité devant les charges et les avantages publics, c'est plutôt le caractère excessif, disproportionné de la mesure qui est véritablement visée. La question se poserait, en effet, de savoir si le ministre des transports, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, pouvait prendre la décision d'écarter les compagnies privées de l'exploitation alors qu'elles n'avaient pas encore

rémunéré le capital investi. La requérante a fait état d'un investissement important de l'ordre de « plus de 50 000 000 de francs belges » qu'elle avait effectué à Bruxelles en vue de l'exploitation et dont elle n'avait sûrement pas encore tiré profit. La Cour aurait certainement dû exercer un contrôle de proportionnalité entre la mesure prise par le ministre et les inconvénients qui en résultaient pour les deux compagnies privées. La prise en compte de la proportionnalité aurait pu amener à réfléchir sur les mesures qui auraient été plus justes au regard de la situation des compagnies privées après la fin de l'exploitation. Ainsi, la cessation de l'exploitation des compagnies privées aurait dû soit être couverte par une indemnisation conséquente, soit être différée dans le temps afin de leur permettre de rémunérer le capital investi. La leçon qui s'en dégagerait serait que le ministre des transports dispose du pouvoir d'apprécier discrétionnairement l'opportunité de retirer l'exploitation aux compagnies privées mais à la condition de prendre en compte la nécessité pour ces dernières de rémunérer le capital investi. Toute décision qui mettrait fin à l'exploitation tout en ignorant les sacrifices financiers consentis par ces compagnies serait tout simplement disproportionnée et mériterait annulation.

D. La gravité des faits, la nécessité et l'urgence de la mesure

366. Dans l'arrêt *Kiala Luyindula*, déjà cité, la Cour a rejeté une requête formée contre un arrêté ministériel de suspension d'un Commissaire de zone assistant parce qu'elle a jugé que ledit arrêté était suffisamment motivé pour avoir fait référence à un rapport remis au ministre. Si la Cour avait suffisamment motivé son arrêt, il aurait dû expliquer en quoi les faits reprochés au requérant étaient graves. Cela aurait conduit à un jugement de valeur. Elle aurait dû révéler ses critères de la gravité et en fonction de ces critères, elle aurait apprécié le comportement du requérant. La Cour, en disant que la mesure ministérielle était mue par la nécessité et l'urgence de rétablir l'autorité de l'Etat, a déclaré avoir été convaincue des caractères de nécessité et d'urgence de la mesure. Si elle avait motivé suffisamment sa décision, elle aurait dû démontrer la nécessité et l'urgence, tous deux des concepts qui conduisent à des jugements de valeur et donc à des appréciations en opportunité.

§2. Le contrôle des motifs est insuffisant

367. Les limites du contrôle des motifs s'observent sous deux angles. Sous le premier angle, la recherche des motifs est insuffisamment faite (1). Sous le second angle, les motifs recueillis sont l'objet d'un examen insuffisant (2).

1. La recherche insuffisante des motifs de fait

368. Le juge statue souvent sans avoir approfondi la recherche des motifs de fait qui sont à la base de la décision attaquée. Il statue ainsi souvent sur la seule base des motifs, insuffisants, figurant dans l'acte. Il n'établit pas auparavant l'inobservation de l'exigence du dépôt du dossier administratif ou la carence de certains faits lors de l'instruction préparatoire ou lors de l'instruction à l'audience. Cela s'observe à travers un certain nombre d'arrêts.

369. Dans l'arrêt *Témoins de Jéhovah*, déjà cité, la Cour a annulé pour défaut des motifs l'ordonnance présidentielle qui avait dissous l'ASBL « Les Témoins de Jéhovah » en alléguant la menace ou l'atteinte à l'ordre public sans l'avoir étayé par des faits précis. La Cour ne démontre pas avoir cherché les motifs de la décision en dehors de l'ordonnance attaquée. Il n'est nulle part fait mention de l'examen du dossier administratif. Il n'est même pas indiqué s'il avait été ordonné à l'administration de produire ce dossier. En outre, rien n'indique que la Cour ait tenté de chercher les motifs de l'acte au cours d'une instruction préparatoire. L'on peut même constater qu'à l'audience de la cause, la République du Zaïre n'a pas comparu ni personne pour elle. Mais la Cour n'a pas jugé opportun de demander un complément d'instruction afin de mettre la main sur le dossier administratif qui pourrait éventuellement comporter les motifs de la décision attaquée. Il est donc loisible de conclure que la Cour a considéré qu'elle n'avait pas le devoir de mener plus loin son instruction et qu'elle pouvait se limiter au seul instrumentum de l'acte.

370. Ce constat ne doit toutefois pas être généralisé dans la mesure où, dans beaucoup d'autres cas, la Cour exerce effectivement son pouvoir d'instruction pour exiger un complément d'information sur les faits⁵⁶². Il est dès lors difficile de comprendre pourquoi sa recherche des motifs de fait est poussée dans certains cas alors qu'il est limité dans d'autres. Il

⁵⁶² CSJ, RA 137/148 ; CSJ, RAA 33 ; CSJ, RA 244 ; CSJ, RA 414 ; CSJ, RA 337/392 ; CSJ, RA 607/620 ; CSJ, RA 149.

apparaît toutefois que lorsqu'il s'agit des cas dans lesquels la décision devait être motivée en la forme, la Cour limite son contrôle aux seuls motifs renseignés dans l'acte. Par contre, dans le cas où la décision ne devait pas être motivée en la forme, il fait usage de son pouvoir d'instruction pour requérir un complément d'information. Il s'agit là toutefois d'une jurisprudence implicite qu'il conviendrait d'établir à la suite d'une étude approfondie. Mieux, une loi sur la motivation formelle obligatoire comporterait l'avantage de fixer un régime plus clair et plus sûr.

2. L'examen insuffisant des motifs de fait

371. L'examen superficiel des motifs par le juge administratif congolais est à déplorer. Dans certains cas, si le juge avait examiné minutieusement les motifs, surtout les motifs de fait de l'acte, il contrôlerait sûrement la manière dont l'administration a apprécié l'opportunité de sa décision. La jurisprudence fournit des cas dans lesquels le juge n'a pas recherché les faits sur la base desquels la décision a été prise. Il y a lieu de regretter l'absence d'examen des faits réalisant la condition d'une compétence (2.1) ; des faits justifiant une dérogation (2.2) et des faits renseignés par un rapport auquel il est simplement fait référence (2.3).

2.1. L'absence d'examen des faits réalisant la condition d'une compétence

372. L'arrêt Evêque Lutete Tunga Nzezi Mpangi⁵⁶³. La réflexion que cet arrêt permet de d'amorcer se rapporte au contrôle du respect des règles de compétence par l'auteur de l'acte lorsqu'il dispose du pouvoir d'apprécier discrétionnairement l'opportunité de son action. Le contrôle du juge consiste, dans ce cas, à vérifier si la condition s'est bel et bien réalisée et si l'administration a correctement apprécié les faits qui la réalisent. Dans l'arrêt sous examen, le juge ne s'est pas intéressé à l'existence de la condition ni à l'appréciation des faits qui l'ont réalisée.

373. Est en cause un arrêté du président du Conseil judiciaire qui a approuvé la nomination de certaines personnes en qualité respectivement de représentant légal, de représentant légal suppléant, de conseillers, de trésorier et de trésorier adjoint d'une ASBL de caractère confessionnel. Le demandeur en annulation, représentant légal évincé, reproche à l'arrêté du

⁵⁶³ CSJ, RA 260/265 du 23 juillet 1993, Evêque Lutete Tunga Nzezi Mpangi c/ La République du Zaïre, prise en la personne du Président du Conseil judiciaire et Muzola Nata.

président du Conseil judiciaire d'avoir approuvé les nominations des personnes chargées de l'administration de la Communauté, lesquelles nominations ont été décidées par un congrès extraordinaire convoqué à l'initiative du président du Conseil judiciaire lui-même en violation, selon le requérant, de l'article 9 du décret du 18 septembre 1965 sur les associations sans but lucratif, en vigueur au moment des faits.

374. Dans le raisonnement du requérant, le président du Conseil judiciaire était compétent pour approuver les nominations décidées par les organes de l'association à leur propre initiative mais non pas lorsque l'initiative de l'assemblée électorale émane de lui-même. En réalité, il ne reconnaît pas au président du Conseil judiciaire la compétence d'ordonner la tenue d'une assemblée électorale au sein de son association religieuse.

375. La Cour a trouvé les bases légales des pouvoirs du président du Conseil judiciaire dans l'article 4 de l'Ordonnance-loi 79/002 du 31 janvier 1979 modifiant et complétant la loi 71/012 du 31 décembre 1971 réglementant l'exercice des cultes qui accordait au président du Conseil judiciaire ou au ministre de la justice le pouvoir de donner des directives à l'autorité administrative ou judiciaire, lorsqu'il existe, au sein d'une association religieuse, « un conflit menaçant l'ordre public ». La Cour en est donc arrivée à la conclusion que le pouvoir contesté par les requérants avait bel et bien une base légale. Elle a donc rejeté la requête à la suite de cette motivation.

376. La Cour a, certes, établi les bases légales des pouvoirs reconnus au président du Conseil judiciaire par rapport au conflit dans une association religieuse. Il s'agit, selon la chronologie des faits dans l'affaire sous examen, d'un pouvoir d'injonction, qui consiste à donner des directives à l'autorité administrative ou judiciaire en vue du règlement du conflit en cours⁵⁶⁴. Il s'agit aussi du pouvoir d'approuver les nominations des membres du conseil d'administration de l'association religieuse⁵⁶⁵. Dans l'espèce sous examen, le président du conseil judiciaire a donc mis en branle ses pouvoirs à deux moments même si l'arrêt ne les a pas fait ressortir clairement.

⁵⁶⁴ Article 4 de l'Ordonnance-loi 79/012 du 31 janvier 1979 précitée.

⁵⁶⁵ Article 9 alinéa 2 du décret du 18 septembre 1965.

377. Le président du Conseil judiciaire a d'abord usé de son pouvoir d'injonction consistant à donner des directives à l'autorité administrative ou judiciaire en vue du règlement du « conflit en cours menaçant l'ordre public ». Mais, l'arrêt ne rapporte pas expressément ce fait qui ne peut alors qu'être présumé avoir eu lieu. L'on peut donc présumer qu'il a intimé l'ordre à l'autorité administrative ou judiciaire du ressort de faire tenir une assemblée électorale au sein de l'association religieuse.

378. L'arrêt ne mentionne pas non plus si la Cour a vérifié la réalisation de la condition dont l'exercice des pouvoirs du président du Conseil judiciaire était assorti par la loi à savoir « lorsqu'il existe [...] un conflit menaçant l'ordre public ». En effet, la Cour, qui venait six mois plus tôt de reprocher au Président de la République d'avoir dissous une Eglise ou une secte au motif qu'elle « menaçait ou portait atteinte à l'ordre public » sans avoir indiqué des faits ou actes précis, ne pouvait pas se passer du même contrôle dans un cas similaire. En effet, les pouvoirs d'injonction du président du Conseil judiciaire ne pouvaient pas être mis en route en dehors d'« un conflit menaçant l'ordre public ». Le défaut pour la Cour de vérifier l'existence matérielle du conflit est de nature à permettre au président du Conseil judiciaire d'agir même en l'absence de tout conflit. Bien plus, le défaut du contrôle de la qualification de « conflit qui menace l'ordre public » est susceptible de favoriser son immixtion arbitraire dans la vie d'une ASBL, connaissant peut être des conflits mais qui ne menacent en rien l'ordre public.

379. Dans le deuxième moment de l'exercice de son pouvoir, le président du Conseil judiciaire a approuvé les résultats de l'élection tenue sous son injonction. Le lien apparaît alors clairement entre la régularité de l'ordre de tenir une assemblée électorale et celle de la décision d'approbation des résultats de l'élection. Le juge aurait donc dû commencer par valider la première phase pour accréditer ensuite la seconde phase de la compétence de l'autorité en procédant chaque fois à un contrôle poussé de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ceci est d'autant plus important que la compétence de l'auteur de l'acte est un moyen d'ordre public. Le juge était tenu de la vérifier même d'office.

380. Le grief principal adressé à cet arrêt est donc le fait de n'avoir pas démontré que la Cour a examiné la réalité d'un conflit et son aptitude à menacer l'ordre public, conditions sine qua non de l'exercice des pouvoirs dévolus par la loi, au moment des faits, au président du Conseil judiciaire.

2.2. L'absence d'examen des faits à la base d'une dérogation

381. L'arrêt Léonard Mwepu Mibanga⁵⁶⁶. Cet arrêt illustre l'absence de contrôle par la Cour des motifs d'une décision du ministre de la justice de déroger à la disposition légale qui consacre l'inadmissibilité au barreau d'un ancien magistrat révoqué. Dans l'arrêt sous examen, la Cour s'est limitée à opposer au Conseil national de l'Ordre des avocats l'autorisation du ministre de la justice sans chercher à vérifier les motifs de ladite dérogation. La Cour n'a même pas cherché à savoir de quelle manière le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire. Elle a ainsi motivé son arrêt : « le Conseil national de l'Ordre des avocats a perdu de vue, à tort, le fait qu'une personne poursuivie disciplinairement et sanctionnée par une décision administrative de révocation peut accéder à la profession d'avocat moyennant autorisation du ministre de la justice, comme cela est le cas en l'espèce où le demandeur avait obtenu cette autorisation ».

382. Certes, la loi ne mentionne-t-elle pas expressément l'obligation pour le ministre de motiver en la forme sa décision de déroger à la disposition légale en autorisant expressément l'admission au barreau d'un ancien magistrat révoqué⁵⁶⁷. Certes encore, dans son mémoire en réponse, le Conseil national de l'Ordre des avocats n'a-t-il pas mis en cause directement l'exercice du pouvoir de dérogation du ministre de la justice dans le cas d'espèce. Certes enfin, le moyen tiré du défaut de motivation n'est-il pas d'ordre public. Mais dans la mesure

⁵⁶⁶ CSJ, R.A. 664- 28 février 2005, Léonard MUEPU MIBANGA c/ Le Conseil National de l'Ordre des avocats.

⁵⁶⁷ Article 7 de l'Ordonnance –loi 79-028 du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenseurs judiciaires et du corps des mandataires de l'Etat (*J.O.Z.*, n°19, 1^{er} octobre 1979, p.4) : « Nul ne peut accéder à la profession d'avocat ni en exercer les prérogatives s'il ne remplit les conditions suivantes :

- 1/ Être Zaïrois. Toutefois, l'étranger pourrait accéder à la profession sous la condition de réciprocité ou en vertu des conventions internationales;
- 2/ Être titulaire d'une licence ou d'un doctorat en droit délivré par l'Université nationale du Zaïre ou par l'ancienne École nationale de droit et d'administration ou d'un diplôme équivalent délivré par une université étrangère en justifiant en ce cas de sa connaissance du droit zaïrois;
- 3/ N'avoir pas été condamné pour des agissements contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs, à moins d'en avoir été amnistié ou réhabilité;
- 4/ N'avoir pas été auteur de faits de même nature que ceux prévus ci-dessus et ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou à une décision administrative de destitution, radiation ou révocation, sauf autorisation expresse du président du Conseil judiciaire, procureur général de la République;
- 5/ Justifier d'une bonne conduite par la production d'un certificat de bonnes vie et mœurs délivré par l'autorité administrative du lieu de résidence durant les cinq dernières années ».

où la Cour fonde l'annulation de la décision du Conseil national de l'ordre des Avocats sur le moyen de la violation de la loi du fait de n'avoir pas considéré la dérogation du ministre de la justice en faveur du requérant, elle aurait pu vérifier si la dérogation était régulière du point de vue de l'auteur de l'acte ou des motifs de l'acte. A ce propos, même si le ministre n'a pas à motiver sa décision en la forme, sa décision doit néanmoins reposer sur des motifs admissibles que la Cour pouvait examiner à partir des éléments du dossier ou à partir de son pouvoir d'instruction. Tel est d'ailleurs l'enseignement des jurisprudences Témoins de Jéhovah et Kikoka Toni Gayitoni de la même Cour.

383. Le ministre de la justice s'est certainement fondé sur quelque chose pour accorder cette dérogation au requérant. En refusant l'accès à la profession d'avocat aux anciens magistrats révoqués en raison des manquements à l'honneur et à la dignité, la loi a entendu préserver ces valeurs dans la profession d'avocat comme l'affirme l'exposé des motifs. Il en résulte que la dérogation du ministre ne peut avoir pour effet de faire entrer dans le corps des personnes dont le comportement risque de porter atteinte à l'honneur et à la dignité. Pour cette raison, le ministre est censé avoir exercé son pouvoir d'appréciation pour se convaincre que l'ancien magistrat, révoqué pour cause de manquements à l'honneur et à la dignité, jouit désormais d'un comportement irréprochable. Le juge administratif est parfaitement en droit de vérifier, à travers les motifs de l'autorisation spéciale, si le ministre a réellement exercé son pouvoir d'appréciation dans cet objectif et s'il a constaté le comportement digne et honorable exigé pour l'accès au corps d'avocats.

384. Le silence du juge sur la motivation de la dérogation ministérielle permet de constater qu'il s'abstient de contrôler les motifs qui poussent l'autorité à exercer ce pouvoir. Cette absence de contrôle est regrettable car elle laisse la porte ouverte aux manipulations de toute sorte et à des traitements discriminatoires. Le ministre accordera ou refusera la dérogation selon sa convenance personnelle sans devoir s'en justifier devant aucune instance.

2.3. L'absence d'examen des faits renseignés dans un rapport

385. Dans l'arrêt Kiala Luyindula⁵⁶⁸, déjà cité, la Cour avait jugé qu'était suffisamment motivée la décision de suspension prise à l'encontre d'un commissaire de zone assistant en se

⁵⁶⁸ CSJ, RA 347, 22 juin 1998, Kiala Luyindula c/République Démocratique du Congo pris en la personne du Vice-Premier ministre et Ministre de l'Intérieur.

fondant sur le fait que celle-ci contenait la déclaration ci-après : « Vu le rapport du Gouverneur de la Ville de Kinshasa me transmis par sa lettre n°SG/02454/BCV/11/201/95 du 07 novembre 1995 ; Considérant la gravité des faits mis à charge de Monsieur Kiala Luyindula, Commissaire de Zone Assistant de Kimbaseke ; Considérant la nécessité et l'urgence de rétablir la crédibilité de l'autorité de l'Etat ». Cet arrêt fournit le parfait exemple de la motivation par référence qui est généralement prohibée et considérée comme un défaut de motivation. En effet, l'arrêt ne démontre à aucun moment avoir vérifié les allégations faites par le ministre dans sa décision. Cette motivation par référence contient trois éléments sur lesquels la Cour aurait dû approfondir son investigation.

386. Le premier élément est l'existence du rapport et son contenu. La Cour ne dit pas si ledit rapport était annexé à la décision et versé au dossier et qu'elle a pris connaissance de son contenu pour s'enquérir des circonstances ayant conduit à la suspension du requérant. Le deuxième élément est l'allégation de la gravité des faits. La Cour ne dit à aucun moment avoir pris connaissance des faits reprochés au requérant et les avoir évalués elle-même afin de se convaincre de leur gravité. Le troisième élément, enfin, c'est la nécessité et l'urgence de rétablir l'autorité et la crédibilité de l'Etat. La Cour ne démontre pas avoir évalué les faits pour estimer que l'autorité et la crédibilité de l'Etat étaient atteintes pour justifier la nécessité et l'urgence de les rétablir.

§3. La motivation des jugements est insuffisante

387. Les arrêts analysés comprennent des cas qui démontrent une insuffisance de motivation. Il y apparaît que si le juge avait révélé tous les motifs qui l'on conduit à prendre sa décision, l'on aurait peut être pu remarquer qu'il a fait un contrôle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que ne mentionne pas sa décision. Parmi les cas analysés, l'on peut se rendre compte que la Cour ne motive pas suffisamment et correctement le contrôle de la décision d'attribuer l'exclusivité de l'exploitation d'une ligne aérienne à la compagnie nationale (1) ; elle ne démontre pas comment elle a apprécié la gravité des faits ainsi que la nécessité et l'urgence de la mesure (2) ; elle ne démontre pas la preuve du détournement de pouvoir (3).

1. La motivation du contrôle de la décision d'attribuer l'exclusivité d'exploitation d'une ligne aérienne à la compagnie nationale

388. Dans l'arrêt Société Congo Airlines précité, la Cour a annulé pour insuffisance des motifs la décision du ministre des transports de redonner l'exclusivité de l'exploitation de la ligne aérienne Kinshasa-Bruxelles-Kinshasa à la Compagnie nationale au détriment de deux compagnies privées, dont la requérante, qui avaient été désignées en remplacement de la compagnie nationale qui était tombée en faillite. Il sied de remarquer que la Cour a insuffisamment motivé l'incapacité de la compagnie nationale à assurer l'exploitation de la ligne aérienne (1.1). Sa motivation est erronée et incohérente en ce qui concerne le principe violé par la décision attaquée (1.2).

1.1. La motivation insuffisante de l'incapacité de la compagnie nationale à assurer l'exploitation de la ligne aérienne

389. Certains passages de l'arrêt permettent de penser que la Cour n'a pas seulement censuré l'insuffisance de la motivation de la décision ministérielle quant aux moyens d'exploitation. Elle a également censuré l'insuffisance de ces moyens et a de ce fait réalisé un certain contrôle de l'opportunité de la décision ministérielle. Elle s'est, en effet, déclarée convaincue de l'incapacité de la compagnie nationale à maintenir l'exploitation à partir de l'examen du dossier ainsi que nous l'avons précédemment démontré. La Cour a pris connaissance, dans les documents qu'elle déclare avoir consultés, des faits qui, à partir de son évaluation, établissaient l'incapacité de la compagnie nationale à maintenir la liaison sur la ligne aérienne précitée. Mais elle a omis d'indiquer, et c'est en cela que consiste notre critique, les difficultés qu'elle avait constatées dans ces documents et de démontrer en quoi elles rendaient la compagnie incapable de maintenir l'exploitation de la ligne. S'agit-il de difficultés d'ordre technique, d'ordre financier, d'ordre administratif ? Impossible de le savoir car la motivation de l'arrêt fait défaut à cet égard. Autrement dit, la Cour a effectué une certaine appréciation de l'opportunité de la décision ministérielle mais sans avoir livré les éléments sur lesquelles elle a fondé son appréciation. Ce défaut de motivation empêche, hélas, tout examen de la méthode de la Cour dans son contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

1.2. L'erreur et l'incohérence de la motivation sur le principe violé par la décision ministérielle

390. La requérante a invoqué comme moyen unique d'annulation de la décision ministérielle la violation du principe d'égalité devant les droits et les avantages publics. La Cour a estimé que ce moyen était fondé et qu'il était correctement tiré de la violation de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 14 mai 1886. Nous reviendrons, dans la deuxième partie, sur cette question pour démontrer que la référence à cette ordonnance est erronée car elle a déjà été abrogée. Nous nous limiterons ici à démontrer que le principe sus invoqué n'est pas applicable à l'espèce. En effet, l'invocation de ce principe postule une différence illégale de traitement entre la compagnie nationale et les compagnies privées évincées. Plus clairement, c'est le monopole d'exploitation de la ligne aérienne par la compagnie nationale qui serait ici mis en cause. Or, cette position n'est pas soutenable dans la mesure où il est clair pour toutes les parties que le monopole d'exploitation par la compagnie publique est le principe et l'autorisation d'exploitation reconnue aux compagnies privées une exception. Tel est, en effet, l'état du droit à l'époque des faits qui ressort des éléments dont la Cour et dont les parties ont fait état et qui n'ont pas été contredits. Le ministre des transports avait rappelé dans sa lettre du 8 octobre 1998 l'accord aérien belgo-congolais du 10 septembre 1965 qui désignait la compagnie nationale Lignes aériennes congolaises comme le seul instrument d'exploitation de la ligne aérienne Kinshasa-Bruxelles-Kinshasa. La requérante reconnaît d'ailleurs avoir été désignée en remplacement de la compagnie nationale tombée en faillite. Cette désignation devrait être considérée comme précaire, n'attribuant pas un droit perpétuel à la requérante d'exploiter la ligne aérienne précitée. La violation de l'égalité devant les avantages et les charges publiques pouvait être régulièrement et légitimement invoquée si le monopole avait été accordé à la compagnie nationale au mépris de la Constitution ou de la loi. Il y a lieu de remarquer que cela n'a pas été mis en cause.

391. La Cour devrait plutôt examiner la régularité de la décision par rapport à son fondement juridique. Elle aurait cherché, pour cela, les dispositions légales relatives aux conditions du trafic aérien et le texte juridique, unilatéral ou contractuel, en vertu duquel l'exploitation avait été confiée aux deux compagnies privées en remplacement de la compagnie nationale en faillite. Cela aurait permis à la Cour de connaître les conditions de la cessation de l'exploitation par les compagnies pour bien apprécier si, dans le cas d'espèce, la décision ministérielle était régulière. Cela aurait permis d'établir notamment si le ministre disposait

d'un tel pouvoir. A la suite de cet examen du respect des conditions textuelles, la Cour aurait pu ensuite vérifier l'équité ou la proportionnalité de la décision. Elle aurait ainsi rejoint la véritable préoccupation de la requérante car elle semble mettre à l'avant le préjudice financier que la décision lui a fait subir.

392. Il apparaît d'ailleurs clairement que c'est là le principal souci qui a justifié la requête. Le point de vue d'une exploitation fiable est important certainement, mais il est certain que pour la requérante, qui a du reste dénoncé l'inégalité de la décision, c'est le point de vue de l'inégalité ou la disproportion de la mesure qui a été davantage visé dans la mesure où son capital investi n'avait pas encore été rémunéré. Il s'y ajoute aussi la perte de bénéfices futurs qui devraient être tirés de l'exploitation et qui sont tout à fait légitimes. Si la Cour avait suffisamment motivé sa décision, elle se serait rendu compte de la nécessité de procéder au contrôle direct des appréciations en opportunité de la décision attaquée en vue d'en censurer l'iniquité ou la disproportion. Elle aurait pu ainsi développer le contrôle de la proportionnalité de la mesure comme nous l'avons suggéré précédemment.

393. Il convient encore de souligner l'incohérence du raisonnement de la Cour dans la mesure où elle déduit des difficultés de la Compagnie nationale l'inégalité de l'accord. Elle a dit que « ...les difficultés de plusieurs ordres que rencontre la compagnie nationale Air Zaïre ne lui permettent pas de maintenir, pour le moment, une exploitation des services de transports aériens réguliers et fiables sur la liaison Kinshasa-Bruxelles-Kinshasa, établissant de ce fait l'inégalité dudit accord... ». Il nous semble, par contre, que les difficultés mentionnées par la Cour sont plutôt la preuve de l'inaptitude de la compagnie nationale d'assurer l'exploitation mais aucunement la preuve d'une inégalité, au sens d'une différence illégale de traitement entre la compagnie nationale et les compagnies privées.

2. L'insuffisance de motivation sur la gravité des faits et la nécessité et l'urgence de la mesure

394. Dans l'arrêt Kiala Luyindula déjà cité, la Cour a jugé qu'était suffisamment motivée la décision de suspension du commissaire de zone assistant par le ministre de l'intérieur par les motifs donnés en référence à un rapport remis au ministre mais dont il n'est pas dit qu'il a été examiné par la Cour. La Cour elle-même ne dit pas si elle a été convaincue de la gravité des faits ou encore de la nécessité et de l'urgence de la mesure.

3. L'insuffisance de motivation de la preuve du détournement de pouvoir

395. Dans les arrêts Famille Befili et Dibunda Kabuinji, précités, la Cour a conclu au détournement de pouvoir mais elle n'a pas elle-même donné les éléments sur la base desquels elle a été convaincue du détournement de pouvoir. La motivation du premier arrêt établit la violation de la loi dans la désignation d'un chef de groupement au mépris de l'exigence légale de le désigner au sein d'une des familles régnantes et sur le vote de notables. Rien n'indique dans l'arrêt que l'arrêté du ministre a délibérément reconnu une autre personne dans l'intention de se détourner de l'intérêt général. Dans le deuxième arrêt, la motivation fait état d'une violation de la loi dans la mesure où la nomination d'un membre de la Commission permanente de la réforme du droit congolais a été faite en méconnaissance de la nomination déjà intervenue en faveur du requérant. Rien n'indique cependant une intention délibérée de se détourner de l'intérêt général dans la motivation de la Cour pour qu'elle conclue au détournement de pouvoir.

396. Conclusion du premier chapitre. Le tableau du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais affiche un contrôle essentiellement indirect. Il ne comporte pas les techniques élaborées du contrôle direct tel que la limitation du domaine du pouvoir discrétionnaire par l'interprétation du juge, le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle du bilan coûts-avantages ou le contrôle de la proportionnalité. Le contrôle du juge congolais vise la légalité externe et quelques aspects de la légalité interne. Au niveau de la légalité externe, il contrôle la compétence de l'auteur de l'acte et le respect des règles de procédure et de forme. Au niveau de la légalité interne, il censure la violation directe de la loi, la violation des règles relatives aux motifs et le détournement de pouvoir. Le contrôle des motifs porte sur plusieurs aspects, entre autres, le défaut des motifs, l'insuffisance des motifs, la contradiction des motifs, le défaut de base légale, l'inexacte interprétation de la loi, l'inexactitude matérielle des faits et l'erreur de qualification juridique des faits. Ce contrôle est déjà en soi suffisamment louable. Il vérifie la régularité externe de l'acte et même au fond, la régularité interne de l'acte. Avec ce contrôle, l'on ne peut pas craindre que l'action administrative soit sous le règne de l'arbitraire. Au contraire. Il demeure néanmoins que le contrôle effectué est insuffisant. En effet, le seul contrôle indirect ne suffit pas pour anéantir une éventuelle illégalité qui résiderait dans une appréciation en opportunité faite par l'administration dans le cadre d'un acte irréprochable du point de vue de la légalité externe ou de la légalité interne. En outre, le contrôle des motifs et la motivation des jugements sont

insuffisants. Cela diminue encore de beaucoup les chances de procéder à un contrôle approfondi du pouvoir discrétionnaire.

397. Par ailleurs, la jurisprudence administrative congolaise ne traduit pas une politique spécifique du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Elle n'affiche pas une volonté claire de s'abstenir de ce contrôle ni de l'exercer. Nombreux sont les cas dans lesquels il aurait pu y être procédé, mais cela n'est pas fait. C'est plutôt un silence, une sorte d'indifférence qui est réservé à la problématique de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Quelques arrêts invoquent, presque machinalement, la formule selon laquelle il est reconnu un pouvoir discrétionnaire à l'administration mais sans aller plus loin dans l'examen de son usage. Nous essayerons de présenter les causes de cet état de choses dans le chapitre suivant.

CHAPITRE II. UN CONTROLE LIMITE PAR SON CONTEXTE, SON CADRE ET SA PROCEDURE

398. Le constat posé dans le premier chapitre soulève la question de savoir ce qui explique que le contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais soit seulement limité au contrôle indirect. Autrement dit, qu'est-ce qui explique la faible intensité du contrôle du pouvoir discrétionnaire ? Il serait hasardeux de prétendre déterminer avec précision les causes de cette faible intensité dans la mesure où l'intensité du contrôle juridictionnel de l'administration est le résultat de la combinaison de divers facteurs dont il est d'ailleurs difficile de préciser la proportion de chacun. La difficulté est d'autant plus grande que certains facteurs peuvent être d'ordre subjectif et être liés aux sentiments et volontés difficilement mesurables des juges. Toutefois, en tenant compte de ces réserves, cet état de choses peut s'expliquer par une série de limites qui caractérise ce contrôle. Certaines limites sont liées au contexte. Le contexte dans lequel le contrôle s'exerce ne favorise pas l'essor des contrôles plus élaborés (Section I). D'autres limites sont liées au cadre d'exercice du contrôle. Plus précisément, l'on enregistre des faiblesses liées au cadre législatif du pouvoir discrétionnaire et au cadre juridictionnel du contrôle (Section II). D'autres limites, enfin, sont liées à la procédure de contrôle qui ne favorise pas l'examen approfondi des motifs de l'acte administratif unilatéral et des décisions du juge administratif (Section III).

Section I. Les limites liées au contexte du contrôle

399. Le contexte sociopolitique, économique et culturel dans lequel se déroule le contrôle juridictionnel de l'action administrative au Congo n'est pas susceptible de favoriser le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire dont l'on a noté les exigences. Un droit administratif développé, une opinion publique libre et avertie, un climat d'ouverture politique et la disponibilité des moyens matériels et financiers font largement défaut. Or tous ces éléments sont les facteurs dont la combinaison favorise l'essor du contrôle juridictionnel de l'administration et par conséquent du pouvoir discrétionnaire. Ces limites liées au contexte se traduisent par la faible saisine du juge administratif en général (§1) et par la faible mise en cause du pouvoir discrétionnaire (§2).

§1. La faible saisine du juge administratif

400. En raison de la difficulté d'accès aux statistiques, il nous est difficile de présenter les chiffres exacts sur la saisine de la juridiction administrative au Congo. Les rares études disponibles sur le contentieux administratif congolais ne comportent pas d'indications précises sur la taille de la jurisprudence⁵⁶⁹. Nous fondons par conséquent nos conclusions sur le faible nombre d'arrêts rendus et sur les déclarations des témoins privilégiés de l'activité juridictionnelle congolaise notamment les hauts magistrats, les avocats près la Cour suprême de justice ou les professeurs d'université qui se sont exprimés à ce sujet. Tous sont unanimes que très peu de requêtes sont formées en matière administrative et, qu'en conséquence, très peu d'arrêts sont prononcés⁵⁷⁰. La section administrative de la Cour suprême « est moins sollicitée par rapport à la section judiciaire »⁵⁷¹. « En comparant le volume des dossiers traités par la section administrative de la Cour suprême de Justice à celui des dossiers traités par la section judiciaire, l'on peut vite remarquer que la première est sous-développée par rapport à la seconde »⁵⁷². Cet état de choses est singulièrement en contraste avec les nombreuses raisons qui devraient normalement pousser les citoyens à multiplier les recours devant le juge administratif⁵⁷³. Diverses raisons justifient le peu d'engouement à la saisine du juge administratif. Trois pistes méritent l'attention : la faible appropriation du rôle de

⁵⁶⁹ Ruffin MUSHIGO-A-GAZANGA GIGOMBE, *Op.cit.* ; Bâtonnier KALEMBA TSHIMANKINDA, « Evolution de la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice en matière d'annulation de 1973 à 2003 », *Revue de droit congolais*, Publié par Le Centre de Recherches et de Diffusion Juridiques C.R.D.J., 4^{ème} année, n°007 & 008/2002&2003, pp. 45 à 65 ; Corneille WASENDA N'SONGO, déjà cité.

⁵⁷⁰ C'est là une situation répandue dans les Etats africains, sauf quelques rares exceptions tel le Madagascar. Au sujet de la faible quantité d'arrêts, voir Alain BOCKEL, « Recherche d'un droit administratif en Afrique francophone », p. 10 ; BIBOMBE-MUAMBA, « La jurisprudence de la cour suprême zaïroise en matière de contentieux administratif (d'annulation et de responsabilité) », déjà cité, p. 340 ; Gilbert MANGIN, « Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone », déjà cité, p. 140 ; On irait jusqu'à dénier le statut de jurisprudence à l'activité du juge administratif, tant « la jurisprudence administrative de certaines Cours suprêmes se réduit à quelques arrêts par an », Jean du Bois de GAUDUSSON, « La jurisprudence administrative des cours suprêmes en Afrique », déjà cité, p. 1 ; Saïd Hassane SAÏD MOHAMMED relève que « le contentieux administratif est tellement rare dans la justice comorienne que même les magistrats locaux peinent à se rappeler la dernière affaire » in « Les difficultés de l'éclosion de la justice administrative en Afrique francophone. L'exemple des Comores », *Revue juridique et politique*, 2009, n°1, p. 4 ; Le juge et la justice en général, et la justice administrative en particulier, sont largement dévalorisés en Afrique, Jean-Marie BRETON, *Op.cit.*, p.69.

⁵⁷¹ BIBOMBE MUAMBA, *Op.cit.*, p. 340.

⁵⁷² BIBOMBE MUAMBA, « La jurisprudence de la Cour suprême zaïroise... », déjà cité, pp. 340 et 376 ; BALANDA MIKUI N'LELIEL, « Les options ou orientations relatives aux juridictions de l'ordre administratif », Kinshasa, Inédit, Le 20 février 2006, p. 1 ; TSHIBANGU KALALA LAMATA, « La protection juridictionnelle des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative de la Cour suprême de justice. Etude de quelques arrêts », *R.J.Z.*, Décembre 1995, 71^{ème} année, p. 6 ; MUEPU MIBANGA parle d'un *usage timoré* des recours in « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 89.

⁵⁷³ L'insatisfaction généralisée face aux prestations des services publics et les faibles performances de l'administration permet de présumer de nombreuses irrégularités et atteintes aux droits des citoyens. Le contraste est également très frappant entre le nombre des plaintes qui sont portées devant les administrations, notamment devant l'administration fiscale, et leur rareté devant les juridictions.

l'administration, de son droit et de son juge (1) ; la crainte du pouvoir et la crise de confiance dans le système de la justice (2) et les difficultés procédurales réelles de l'exercice du recours devant le juge administratif (3).

1. La faible appropriation et le dysfonctionnement du système administratif

401. L'explication a pour point de départ le fossé entre le citoyen et le système administratif qui comprend l'administration, son droit et son juge. Le système administratif qui prévaut au Congo, comme dans presque tous les pays africains, est un produit d'héritage⁵⁷⁴. Pour que le citoyen puisse en utiliser les éléments, il doit au préalable les avoir suffisamment intégrés dans son univers. Tel n'est pas encore le cas. La majorité des citoyens évoluent généralement en marge du schéma de l'administration moderne (1.1). Cela a pour conséquence le développement des schémas parallèles (1.2).

1.1. Les citoyens évoluent en marge de l'administration

402. Lorsqu'on observe le quotidien du citoyen congolais, l'on se rend compte que l'administration moderne ainsi que ses outils y occupe une place très réduite. Il en est ainsi dans presque tous les domaines de la vie. Cela se remarque dans les relations familiales, les transactions matérielles et financières, l'exercice de certaines activités ou professions, ou l'aménagement de l'espace et de l'habitat (A). Le citoyen ne recourt pas spontanément à l'administration. C'est l'administration qui, dans certaines circonstances, invite le citoyen à s'adresser à elle dans le cadre des obligations qu'elle lui impose. L'administration est ainsi perçue comme une institution étrangère, contraignante donc peu désirable et dont l'utilité est sujette à caution (B).

⁵⁷⁴ L'on évoque ainsi, à juste titre, comme l'une de principales causes de la faiblesse de la justice administrative, « l'absence de légitimité sociale de la justice étatique », Saïd Hassane SAID MOHAMED, « Les difficultés d'éclosion de la justice administrative en Afrique francophone. L'exemple des Comores », *Revue juridique et politique*, 2009, n°1, p.14. Joseph-Marie BIPOUN WOUM parle d'un « blocage socio-culturel du contrôle juridictionnel de l'administration » qu'il explique plus par le problème d'éducation juridique au sens de « l'accession des citoyens à la notion de droit individuel, de règle de droit et de relation juridique » que par un problème d'intimidation par les pouvoirs publics in « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun », *Revue juridique et politique Indépendance et coopération*, t. 26, n°3, Paris, Septembre 1972, p. 381.

A. Les relations entre le citoyen et son environnement en dehors de l'administration

403. Bien que le droit ait prévu l'intervention de l'administration dans la conduite de presque toutes les relations entre le citoyen et son environnement, humain ou matériel, celles-ci sont réalisées en dehors d'elle. Dans les relations familiales, cela peut être illustré par l'exemple du mariage, des naissances et des successions. Le mariage doit être célébré ou enregistré devant l'administration de l'état-civil⁵⁷⁵. Nombreux sont encore les couples qui se limitent au mariage coutumier et qui ignorent qu'il doit être enregistré devant l'officier de l'état-civil. Les naissances doivent être déclarées pour enregistrement devant l'officier de l'état-civil dans un délai de quatre-vingt-dix jours suivant la naissance sous peine d'amende⁵⁷⁶. Cette règle est quasi-complètement inappliquée. C'est grâce aux campagnes de sensibilisation de l'UNICEF que les régularisations se font au profit de masses nombreuses de personnes qui étaient sous le coup de l'infraction sans le savoir. En ce qui concerne les successions, la loi organise un bureau administratif des successions chargé d'aider les liquidateurs dans l'accomplissement de leur mission⁵⁷⁷. Mais, en dehors d'une infime minorité des cas des successions qui sont liquidées à la suite d'une décision judiciaire, le règlement des successions ne dépasse pas le cadre coutumier.

404. En ce qui concerne les transactions matérielles ou financières, la loi impose parfois qu'elles soient faites devant l'administration en vue de garantir la sécurité juridique des parties ou de permettre à l'administration de prélever la part qui lui est due pour ses finances. La loi exige la déclaration d'activités nécessitant l'emploi des travailleurs à l'Inspection du travail et à l'Office national de l'emploi⁵⁷⁸. Elle exige également la déclaration d'engagement de tout travailleur dans les 48 heures à l'Inspection du travail et à l'Office national de l'emploi⁵⁷⁹. Le contrat de travail doit comporter, entre autres énonciations, le numéro d'immatriculation de l'employeur et le numéro d'affiliation du travailleur à l'Institut national de sécurité sociale⁵⁸⁰. Le nombre d'employeurs qui se conforment à ces prescriptions est infime de sorte que la majeure partie de travailleurs congolais évoluent dans « l'informel ». Les mutations des titres de propriété d'un bien immeuble ou de véhicules doivent être

⁵⁷⁵ Article 384 de la 87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille (*J.O.Z.*, n° spécial, 1^{er} août 1987).

⁵⁷⁶ Article 16 de la Loi 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant (*J.O.RDC.*, Numéro spécial, 12 janvier 2009). Cet article abroge l'article 116 du Code de la famille qui prescrivait un délai de trente jours.

⁵⁷⁷ Article 812 du Code de la famille.

⁵⁷⁸ Article 216 du Code du travail.

⁵⁷⁹ Article 217, alinéa 1^{er}, du Code du travail.

⁵⁸⁰ Article 212 du Code du travail.

effectuées devant l'administration des affaires foncières ou devant l'administration fiscale. Rares sont les personnes qui le savent, ou le sachant, qui s'y conforment.

405. L'exercice de certaines activités ou de certaines professions est soumis à autorisation administrative. C'est le cas du commerce, de l'art de guérir, de la pharmacie, etc. De très nombreuses personnes se livrent à ces activités tout en ignorant qu'elles doivent y être préalablement autorisées.

406. Dans le domaine de l'aménagement de l'espace et de l'habitat, les personnes qui se savent propriétaires d'un lopin de terre se croient permises d'y ériger n'importe quelle construction et c'est presque toujours avec surprise qu'elles apprennent qu'elles doivent requérir un certain nombre d'autorisations et se conformer aux prescriptions urbanistiques. En fin de compte, la majeure partie des constructions le sont en dehors de normes légales et donnent lieu au phénomène tristement célèbre de « constructions anarchiques ».

407. Le fait pour les citoyens de « fonctionner » en marge de l'administration est tantôt involontaire, tantôt volontaire. Il est involontaire pour toutes ces personnes qui ignorent les prescrits de la législation. Une frange très importante de la population se retrouve dans cette catégorie. Certaines personnes ignorent complètement le droit applicable étant donné qu'elles n'ont jamais été instruites. Le taux d'analphabétisme est encore très important malgré les progrès énormes qui ne cessent d'être enregistrés. Il est pratiquement illusoire de s'imprégner correctement du système administratif, essentiellement fondé sur la tradition de l'écrit, sans un minimum d'alphabétisation. Il existe une autre forme d'analphabétisme dans les rangs mêmes de ceux qui ont pourtant un niveau suffisant d'instruction. Elle pourrait être qualifiée « d'analphabétisme juridique » pour désigner la situation de toutes les personnes instruites mais dont le niveau de connaissances juridiques est très faible. Or, c'est la situation de la majorité d' « intellectuels » du Congo dont le niveau de connaissance et de culture juridique est insignifiant. Quoi de plus normal que ces personnes, qui ignorent tout ou presque tout du droit dont se sert l'administration, évoluent en dehors de celle-ci et suivent des schémas tout différents ?

B. L'administration perçue comme étrangère, hostile et inutile

408. Pour les raisons ci-haut évoquées, l'administration est indifférente à une grande partie de la population. Pour ceux qui développent un certain contact avec elle, elle est perçue comme hostile et même inutile. Nombreux sont ceux dont l'existence est peu ou pas affectée par l'administration au Congo. Cette situation s'observe surtout pour les populations non instruites, vivant dans les milieux ruraux, qui ne sont pas connues de l'état-civil et dont les activités sont informelles. C'est aussi le cas de celles qui vivent dans les périphéries des villes, s'occupant de besognes les plus ingrates et qui ne sont l'objet d'aucun encadrement ou d'aucune protection de l'administration. Pour le reste de la population, l'administration est perçue comme hostile ou inutile. Hostile car elle ne se manifeste que pour la répression ou la ponction financière par l'imposition d'une multiplicité de taxes. Inutile, car l'essentiel des besoins de la communauté est pris en charge par les particuliers. Il en est ainsi de la santé, de l'enseignement, du transport, de l'information et de la communication et, dans une certaine mesure, de la sécurité de personnes et de leurs biens.

1.2. Le développement des schémas parallèles au système administratif

409. Le défaut d'appropriation du système administratif favorise l'émergence des schémas parallèles. Les relations entre le citoyen et son environnement ne sont pas exécutées sous la surveillance ou avec l'autorisation de l'administration mais par des instances sans mandat public régulier et souvent dans un cadre maffieux. C'est le cas des agents des services de l'Etat qui délivrent frauduleusement des autorisations de construire, de faire le commerce en contrepartie de paiements qui n'arriveront jamais dans la caisse publique. C'est de la même manière que le règlement des contentieux emprunte des voies parallèles. Lorsqu'on constate, à titre d'illustration, que la jurisprudence ne comporte aucun exemple de litige relatif à l'autorisation de bâtir ni de litige relatif à la fixation de charges fiscales, ce serait se tromper que de penser que dans ce domaine il n'existe aucun litige et que tout y va très bien. La vérité est plutôt que les innombrables litiges qui naissent dans ces deux domaines sont résorbés par les voies parallèles de la corruption ou du trafic d'influence. Plus de mystère donc lorsqu'on se rend compte qu'aucun arrêt n'a été prononcé en ces matières.

2. La crainte du pouvoir et la perte de confiance dans le système de la justice

410. Même si les difficultés d'appropriation et les dysfonctionnements du système administratif éloignent la majorité des citoyens du schéma du règlement juridictionnel des litiges administratifs, il arrive cependant que ce dernier se présente comme le dernier rempart. Des obstacles non négligeables entravent cependant cette voie et expliquent que de nombreuses personnes renoncent à saisir le juge pour recourir à des voies parallèles jugées moins dangereuses ou plus efficaces. L'on doit compter avec la crainte révérencielle de l'autorité chère à la société africaine (2.1). La crainte de la répression politique est souvent justifiée (2.2). Enfin, plusieurs facteurs ont conduit à la perte de la confiance dans le système de justice (2.3).

2.1. Le choc entre la conception moderne de la justice administrative et la révérence due traditionnellement au chef

411. La société traditionnelle africaine, en général, et congolaise, en particulier, a été caractérisée par le système de la personnalisation du pouvoir. L'autorité du chef est absolue et ne tolère aucune contestation. L'histoire précoloniale du Congo ne porte pas de trace d'un système de contestation juridictionnelle des actes de puissance publique de l'autorité traditionnelle (A). De nos jours, l'Etat et son administration incarnent, dans l'imaginaire des citoyens, le pouvoir absolu de l'autorité traditionnelle. Il apparaît difficilement concevable que leurs actes soient contestés au risque de commettre un crime de lèse-majesté (B).

A. L'absence de contestation juridictionnelle des décisions de puissance publique de l'autorité traditionnelle

412. Avant Léopold II, le Congo n'a pas existé en tant qu'Etat unique. Il y avait plutôt des empires, des royaumes ou d'autres formes de regroupement politique évoluant indépendamment les uns des autres. Ces « Etats traditionnels » étaient, pour la plupart, organisés sous une forme féodale. L'organisation politique ainsi que les rapports sociaux obéissaient à l'oralité. La justice était de la compétence du Chef ou de ses délégués. Les cours et tribunaux, du type occidental, n'étaient pas organisés. Il n'a pas non plus existé une

juridiction administrative⁵⁸¹. Toutefois, il a existé, incontestablement, une organisation judiciaire⁵⁸². D'une étude menée sur l'organisation judiciaire de certaines populations vivant dans la province du Maindombe, les Basakata, les Badja, les Baboma, on a pu relever des éléments importants à l'appui de cette affirmation. L'étude mentionne l'existence d'une structure hiérarchisée des juges, l'existence des voies de recours dont l'appel, l'existence des avocats et des officiers de police judiciaire. Les juges étaient nommés par le Chef après consultation de la population.

413. Le chef était le juge suprême. La séparation des pouvoirs, au sens strict, n'était pas connue. Elle a été introduite par l'administration coloniale qui a ainsi largement affaibli le pouvoir des autorités traditionnelles. On la retrouve cependant chez d'autres groupes notamment les Lunda, vivant dans l'actuelle province du Katanga. En effet, il y existait des juges de métier qui pouvaient être choisis dans tous les clans sauf celui du Chef⁵⁸³. La justice se faisait dans l'oralité car l'écriture n'était pas connue. Il n'existait pas ainsi des greffiers. D'où l'importance des Conseils des anciens, sortes de jurys et des collèges des gardiens de la coutume et de la jurisprudence⁵⁸⁴.

414. Ces quelques témoignages, qui méritent d'être complétés par une étude systématique, permettent de constater que l'idée de l'organisation judiciaire a toujours existé dans les territoires congolais avant l'arrivée de l'autorité coloniale. Une ressemblance dans le but et les principes s'observe avec le système judiciaire occidental. Sans doute, des différences existent-elles du point de vue des modalités de leur mise en œuvre. Toutefois, l'on ne perçoit pas l'idée d'une juridiction administrative. La notion même du recours en annulation ou du recours en indemnité contre un acte de l'administration ne transparaît pas non plus. Il est vrai

⁵⁸¹ Le fonctionnement de la justice dans l'ancien droit africain n'est pas connue avec précision en l'absence de documents à ce sujet, MANGIN Gilbert, « Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, I, Organisation, finalités, procédure*, Paris, Economica, 1988, p. 131 ; Félix VUNDUAWE-te-PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 849.

⁵⁸² John GILISSEN (dir.), *L'organisation judiciaire en Afrique noire. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1969, 290 pages.

⁵⁸³ Claude MAFEMA complété par Jean SOHIER, « Organisation judiciaire en pays Lunda », John GILISSEN (dir.), *L'organisation judiciaire en Afrique noire. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1969, p. 133 et 138.

⁵⁸⁴ Gérard BALANDA, « L'organisation judiciaire chez les Basakata, les Badja et les Baboma », in John GILISSEN (dir.), *L'organisation judiciaire en Afrique noire. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1969, 290 pages. pp. 110 et s.

que même la distinction entre l'action civile et l'action pénale est difficilement perceptible. Seule comptait, en effet, dans les systèmes étudiés, « la réparation d'un dommage causé »⁵⁸⁵.

415. L'on ne peut pas, en dehors d'une étude très précise, exclure que des recours contre des décisions des autorités publiques aient été portés à la connaissance du juge traditionnel. Surtout lorsqu'on sait que ces tribunaux traditionnels ne s'embarrassaient pas des distinctions entre matières mais qu'ils ne se préoccupaient que de la réparation du dommage. Or, une décision administrative peut causer un dommage de la même manière qu'en matière civile ou pénale. Les actions contre les décisions administratives ont donc pu être possibles de ce point de vue. Toutefois, compte tenu de la considération que les populations avaient envers l'autorité, la probabilité que des affaires relatives aux excès de pouvoir de l'autorité administrative aient été portées à la connaissance du juge traditionnel est très faible. Si un contrôle de l'action administrative a pu avoir lieu, ce n'est pas le contrôle de la décision administrative, de l'acte administratif unilatéral. Cela aurait été, plutôt, le contrôle de l'activité juridictionnelle de l'autorité administrative agissant en qualité de juge. Le contrôle a donc pu avoir lieu à l'occasion de la formation d'un recours, notamment l'appel contre la décision juridictionnelle de l'autorité inférieure.

B. De la crainte de l'autorité traditionnelle à la crainte de l'Etat et de son administration

416. La crainte du citoyen est toujours forte à l'égard de l'autorité, aujourd'hui moderne. Le citoyen éprouve beaucoup de peine à concevoir une action en contestation de la régularité de l'acte pris par le chef. Il a l'impression qu'en agissant ainsi, il commet un acte de rébellion et qu'il s'en prend ouvertement à la personne de l'autorité. Il s'autocensure à la seule idée d'un tel projet, comme s'il était en train de fomenter un véritable complot contre le pouvoir. Cette attitude se justifie non seulement par l'héritage traditionnel, par l'héritage colonial mais aussi par le fait des autorités publiques postcoloniales qui ont perpétué l'image du pouvoir absolu, en organisant un véritable culte de la personnalité et du pouvoir. Il est normal que le citoyen, lésé par l'acte administratif, ait suffisamment peur ne fût-ce que du principe de l'action contre l'acte de la puissance publique.

⁵⁸⁵ *Idem*, p. 111.

2.2. La crainte de la répression politique

417. La crainte révérencielle est fondée sur une menace supposée. La crainte de la répression politique est, elle, fondée sur une menace réelle⁵⁸⁶. Ce type de menace remonte à la période de la dictature de feu le président Mobutu qui, à de nombreuses occasions, a réprimé dans la brutalité les moindres formes de contestation du pouvoir. La crainte est d'autant plus justifiée que l'administration était fortement politisée. Les actes de l'administration avaient donc une forte connotation politique. Sa contestation pouvait très facilement, dans ce contexte, être interprétée comme celle du pouvoir en place. Le décor était bien planté pour inspirer une crainte réelle de toute confrontation avec la redoutable machine du pouvoir. Il s'agit du déploiement sur l'ensemble du territoire et dans tous les secteurs et services d'une sorte de police politique à l'affût de moindres contestations pour assurer la dénonciation. Il s'agit également d'une propagande politique accompagnée de la terreur pour tous ceux qui ne voulaient pas adhérer aux idéaux du Parti-Etat. Il s'agit enfin de l'obligation de militantisme et de loyauté politique dans le chef de tous les citoyens, quel que soit leur statut.

418. Il faut observer que tous les agents publics, fonctionnaires, militaires, gendarmes et policiers, magistrats, enseignants ainsi que tous les particuliers étaient astreints à l'obligation de militantisme et de loyauté. La plus grande difficulté est que la définition de ladite obligation était naturellement très large. Selon l'humeur de l'autorité, l'exercice d'un recours contre un acte supposé illégal pouvait être qualifié de déloyal et exposer le requérant à toutes sortes de menaces et d'atteintes à sa personne ou à ses biens. Dans un contexte pareil, il fallait être doué d'une témérité hors du commun pour prendre le risque de traîner le pouvoir en justice.

419. Plusieurs années après la chute de la dictature, il apparaît que cet état d'esprit est encore très présent chez la plupart des citoyens. Malgré la proclamation officielle du libéralisme politique et de la démocratie en 1990, les autorités publiques n'ont pas encore renoncé au culte et à la personnalisation du pouvoir. Dans la plupart des cas, ils perçoivent l'exercice des recours contre leurs actes comme des attaques dirigées contre leurs personnes. Des cas de

⁵⁸⁶ A propos de l'absence de participation à la vie politique et administrative « ...on peut remarquer un certain absentéisme lié à l'analphabétisme juridique et à la peur diffuse qu'inspirent certaines autorités politico-administratives qui n'hésitent pas parfois à manier la terreur psychologique et même physique afin d'obtenir des administrés qu'ils constituent une foule disciplinée et obéissante », Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays d'Afrique Noire francophone », déjà cité, p. 3.

répression brutale du pouvoir sur les personnes qui osent contester le pouvoir ou certaines méthodes de gouvernement sont encore nombreux. Il se comprend que dans un contexte de la peur de représailles les citoyens ne soient pas enclins à agir contre l'administration.

2.3. *La perte de confiance dans le fonctionnement de la justice*

420. Pour l'infime minorité des citoyens qui ne sont pas frappés par l'analphabétisme, qui ne sont pas limités par la crainte révérencielle du pouvoir ni par celle des représailles politiques, l'obstacle majeur qui les empêche de s'adresser à la justice en cas de besoin est la perte de confiance dans le système de la justice. Le citoyen n'a presque plus confiance en la justice de son pays du fait de la vénalité et de la partialité de celle-ci. Les dénonciations de la corruption généralisée au sein de la justice fusent de partout. Une idée pernicieuse est très répandue selon laquelle la justice est rendue en faveur, non de celui qui a juridiquement raison mais plutôt en faveur de celui qui a le mieux « graissé la patte » du juge. Dans la foulée, la justice est partielle, faite à la tête du client, minée par plusieurs maux qui se retrouvent à l'échelle globale de la société, à savoir le clientélisme, le népotisme, le tribalisme, etc. Réalisme oblige ! La plupart des personnes préfèrent ainsi emprunter des voies parallèles, souvent irrégulières, pour régler leurs différends plutôt que de s'en remettre aux instances judiciaires.

3. Les difficultés procédurales et réelles de l'exercice du recours devant le juge administratif

421. Ces difficultés contrastent curieusement avec les importantes facilités de procédure organisées par la loi. La procédure est très peu formaliste et le ministère d'avocat n'est pas obligatoire⁵⁸⁷. Le juge administratif est saisi par voie de requête en dehors d'un formalisme excessif⁵⁸⁸. Il suffit que la requête soit datée, signée et mentionne les nom, prénom, la qualité et demeure ou siège de la partie requérante ; l'objet de la demande ; s'il échet, les noms, qualité et demeure de la partie adverse ; l'inventaire des pièces formant le dossier⁵⁸⁹ ainsi qu'un exposé des faits et des moyens⁵⁹⁰. L'impact de toutes ces facilités sur le nombre des requêtes est amoindri par des difficultés procédurales et réelles. La complexité technique, le caractère écrit de la procédure, la limitation des titulaires de l'action en annulation, l'absence de procédure organisée devant les sections administratives des Cours d'appel, la conception

⁵⁸⁷ Article 2, alinéas 1^{er} et 2, de la loi 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice (*J.O.Z.*, n°7, 1^{er} avril 1982, p.11).

⁵⁸⁸ Corneille WASENDA N'SONGO, *Le contentieux administratif congolais*, p. 122.

⁵⁸⁹ Article 2 alinéa 3 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

⁵⁹⁰ Article 76 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

du procès administratif et l'incertitude juridique de l'exécution de la décision de justice administrative sont susceptibles de refréner l'ardeur de requérants potentiels (3.1). L'éloignement géographique des juridictions et le coût réel des procédures sont également susceptibles de décourager plus d'un requérant (3.2).

3.1. Les difficultés d'ordre technique

422. Un certain nombre de difficultés d'ordre technique sont susceptibles de décourager les requérants ou de diminuer sensiblement les recours utiles. Il s'agit de la complexité technique et du caractère écrit de la procédure (A), de la limitation légale des titulaires de l'action devant le juge administratif (B), de l'absence de procédure organisée devant les sections administratives des Cours d'appel (C), et de l'incertitude juridique de l'exécution de la décision de justice administrative (D).

A. La complexité technique et le caractère écrit de la procédure

423. La procédure de l'introduction de la requête peu paraître simple. A l'examen, il est bien plus complexe et susceptible de désorienter le citoyen moyen non initié aux arcanes de la procédure juridictionnelle. L'inobservation des délais et de l'exigence du recours administratif préalable figurent parmi les causes majeures de l'irrecevabilité d'un nombre important de requêtes. Nombreux sont également les cas d'irrecevabilité imputables à des erreurs mineures qui témoignent de l'ignorance des justiciables notamment le recours prématuré, le recours préalable adressé à une autorité incompétente, le défaut de produire l'acte attaqué, etc.

424. Le caractère écrit de la procédure est prohibitif pour la masse de personnes non instruites mais qui, pour une raison ou pour une autre, auraient souhaité s'adresser au juge⁵⁹¹. La procédure étant essentiellement écrite, il va de soi que c'est à chaque étape de la procédure que le requérant analphabète sera en difficulté de saisir l'évolution de l'enjeu du procès. La difficulté est d'autant plus prononcée pour les justiciables indigents et analphabètes, et souvent les deux caractères vont de pair, qui ne peut donc bénéficier du concours d'un avocat motivé. Combien de fois n'a-t-on vu les requérants, incapables de comprendre les questions

⁵⁹¹ « La procédure écrite protège mal les citoyens dans les pays qui comportent encore une forte proportion d'analphabètes », Guy BRAIBANT, Nicole QUESTIAUX, Céline WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, Paris, Cujas, 1973, p. 294.

leur adressées par la Cour être invités à se renseigner à la fin de l'audience auprès du greffier pour l'explication de la solution retenue ? Cette difficulté est quelque peu atténuée par la possibilité pour le juge de s'exprimer dans la langue comprise par le justiciable mais l'on remarque aussi l'énorme embarras du juge d'improviser la traduction des actes de procédure du français à la langue du justiciable. Le dialogue entre les parties et le juge, qui comporte à l'évidence des avantages, y compris dans le procès administratif⁵⁹², fait dès lors énormément défaut. De nombreux requérants potentiels se découragent et n'osent même pas affronter ce rituel auquel ils ne sont pas initiés.

B. La limitation légale des titulaires de l'action devant le juge administratif

425. Seuls « les particuliers » peuvent introduire une action en annulation d'une décision administrative⁵⁹³ ou une action en réparation du dommage exceptionnel⁵⁹⁴. La loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par « les particuliers ». Ce concept est souvent utilisé pour désigner la personne de droit privé, physique ou morale, par opposition à une personne publique. Ainsi comprise, la loi n'autorise pas les personnes de droit public à agir en annulation ou en réparation du dommage exceptionnel en droit congolais⁵⁹⁵. Le débat n'a porté à ce jour que sur l'action en annulation. La jurisprudence justifie cette limitation par le fait que la personne publique ne peut poursuivre que la satisfaction de l'intérêt général et non de l'intérêt privé⁵⁹⁶. La loi n'autorise pas non plus le ministère public à introduire une requête en annulation. Le ministère public est cependant autorisé à interjeter appel par voie de requête de la décision rendue par la section administrative d'une Cour d'appel⁵⁹⁷.

⁵⁹² Daniel CHABANOL, « Du dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », *Mélanges Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 151.

⁵⁹³ Article 87, alinéa 1^{er} de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice : « Les requêtes en annulation ne peuvent être introduites que par les particuliers justifiant que l'acte, la décision ou le règlement entrepris leur fait grief et qu'il a été pris en violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, ou qu'il y a eu excès ou détournement de pouvoir ».

⁵⁹⁴ Article 94 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice : « Lorsqu'un particulier estime avoir subi un dommage exceptionnel résultant d'une mesure prise ou ordonnée par les autorités de la République, des régions ou des collectivités locales, et qu'il n'existe aucune juridiction compétente pour connaître de sa demande de réparation du préjudice subi, il peut introduire par voie de requête une demande d'indemnité devant la Cour ».

⁵⁹⁵ Félix VUNDUAWA-te-PEMAKO, *Op.cit.*, p. 876.

⁵⁹⁶ CSJ, Arrêt « Ngokene Arthur », R.A.A. 40– 20 février 1996.

⁵⁹⁷ Article 91 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

426. Dans certains cas, le législateur indique limitativement les personnes susceptibles d'exercer un recours devant le juge administratif. Tel est le cas de l'article 124 de la loi organique du barreau selon lequel, en dehors des sanctions disciplinaires, la décision ou le règlement du Conseil national de l'ordre ou de l'Assemblée générale de l'Ordre national entaché d'excès de pouvoir, contraire aux lois ou irrégulièrement adopté peut faire l'objet de recours en annulation devant la Cour suprême de justice à la requête des seuls Président du Conseil judiciaire, Procureur général de la République, Bâtonnier national ou par tout avocat intéressé. Cette disposition semble exclure le recours de toute autre personne non reprise dans l'énumération légale. Tel est notamment le cas du candidat avocat dont la demande d'admission aurait été rejetée. La Cour suprême de justice a toutefois consacré jurisprudentiellement l'extension du recours en annulation en dehors des catégories citées à l'article 124. Elle estime que la limitation prévue à cette disposition ne peut être conçue que dans le cadre des attributions du Conseil national de l'ordre énumérées à l'article 120 qui concernent uniquement les avocats, membres du corps, les autorités du corps ainsi que le Procureur général de la République dans l'intérêt de la loi. Mais en dehors de ces attributions, d'autres décisions sont susceptibles de recours en annulation à la requête de toute personne intéressée lorsqu'elle allègue un grief⁵⁹⁸.

427. Cette limitation légale diminue automatiquement le nombre de requêtes qui auraient pu parvenir au juge administratif notamment celles exercées par les autorités sous tutelle contre les décisions de tutelle. Le droit d'action est ouvert à toute personne, publique ou privée, dans d'autres systèmes juridiques. C'est le cas en droit belge ou en droit français. Toute personne, physique ou morale, de droit privé ou de droit public, justifiant d'un intérêt à l'annulation de l'acte peut agir devant le juge administratif⁵⁹⁹. Le droit de recours prévu en faveur des entités territoriales décentralisées apparaît ainsi comme une avancée exceptionnelle annonçant peut être la fin de la restriction qui frappait jusqu'alors les personnes publiques⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ CSJ, RA 664, Léonard Daniel MWEPU MIBANGA c/ Le Conseil national de l'Ordre, 28 février 2005.

⁵⁹⁹ Félix VUNDUAWE-te-PEMAKO, *Op.cit.*, p. 877 ; Paul LEWALLE, *Op.cit.*, p. 641, n°373 ; Michel LEROY, *Op.cit.*, p. 506.

⁶⁰⁰ « Le silence de l'autorité de tutelle endéans trente jours constitue une décision implicite de rejet. Dans ce cas, l'entité territoriale décentralisée peut former un recours devant la Cour administrative d'appel de son ressort », Article 100 de la Loi organique 08/016 du 7 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des entités territoriales décentralisées et leurs rapports avec les Etats et les provinces (*J.O.RDC*, Numéro spécial, 10 octobre 2008).

C. L'absence de règles de procédure en matière administrative devant les cours d'appel

428. Les règles de procédure du contentieux administratif congolais sont, en général, élémentaires et peu précises⁶⁰¹. D'où « une certaine aporie entre la squelettique législation et les exigences étatiques, sociales et démocratiques actuelles »⁶⁰². Par ailleurs, seule la procédure à suivre devant la section administrative de la Cour suprême de justice est organisée⁶⁰³. Elle ne l'est pas en ce qui concerne la section administrative des Cours d'appel⁶⁰⁴. Les avis demeurent partagés entre l'application de la procédure civile⁶⁰⁵ et de la procédure près la section administrative de la Cour suprême de justice⁶⁰⁶. Cette limite est de nature à décourager un requérant trop pointilleux. Dans le concret, les Cours d'appel transposent les règles prévues par la loi portant procédure près la Cour suprême de justice⁶⁰⁷.

D. L'incertitude de l'exécution de la décision du juge administratif

430. L'obstacle juridique à l'exécution forcée contre l'administration décourage beaucoup de requérants potentiels. Ils estiment, en effet, qu'il est inutile d'obtenir la condamnation de l'administration s'il demeure illusoire de pouvoir exécuter contre elle⁶⁰⁸. La loi fixe le

⁶⁰¹ Pour un aperçu général, lire BALANDA MIKUI N'LELIEL, « Procédure et compétence administrative de la Cour suprême de Justice du Zaïre », déjà cité, p. 1 à 3 ; Corneille WASENDA N'SONGO, « Regards croisés sur les pourvois dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir dans la jurisprudence des cours de cassation française, belge et congolaise », déjà cité.

⁶⁰² MATADI NENGA GAMANDA, Préface à Ruffin MUSHIGO, *Op.cit.*, p. 16.

⁶⁰³ Articles 76 à 97 de l'ordonnance-loi n° 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure près la Cour suprême de justice.

⁶⁰⁴ Corneille WASENDA N'SONGO, *Le contentieux administratif en droit congolais*, déjà cité, p. 92 ; Ce constat vaut aussi pour l'exécution des arrêts rendus en matière administrative par les Cours d'appel. A ce sujet, MUEPU MIBANGA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, Année non précisée, pp. 79.

⁶⁰⁵ D'aucuns suggèrent qu'en l'absence des règles de procédure devant la Cour d'appel en matière administrative, les règles de la procédure civile s'appliquent. Voir notamment MABANGA MONGA MABANGA, *Le contentieux constitutionnel congolais*, Kinshasa, Ed. Universitaires Africaines, 1999, p. 12 ; Ruffin MUSHIGO-A-GAZANGA GIGOMBE, *Le contentieux administratif dans le système de la République Démocratique du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, p. 93 ; Le juge fait parfois une application expresse du code de procédure civile, C.A. Kinshasa/ Gombe, R.A.080-24 août 1995, Monsieur Ndambo Mandjawandu c/ L'inspecteur du travail Ngokene Arthur, de l'inspection urbaine du travail.

⁶⁰⁶ Tel est le sens de la proposition de VUDISA MUGUMBISHI qui suggère une lecture systémique des sources du contentieux administratif : « Réflexion sur le contentieux administratif congolais : analyse critique de quelques points de doctrine et de jurisprudence » in *Revue de droit congolais*, CRDJ, 2^e année, Janvier, février, Mars, Avril, N°003/2000, pp. 30 et s.

⁶⁰⁷ Tel est la tendance qui se dégage de l'Arrêt RP 004, 24 juillet 1995 selon lequel : « il est de règle générale de droit, que le requérant qui attaque un acte administratif, produise un exemplaire de cet acte d'abord, et ensuite, qu'il établisse avoir fait un recours administratif auprès de l'auteur de l'acte ou de ses chefs hiérarchiques pour obtenir l'annulation de cet acte ».

⁶⁰⁸ Saïd Hassane SAID MOHAMED, « Les difficultés d'éclosion de la justice administrative en Afrique francophone. L'exemple des Comores », déjà cité, p.13.

principe de l'exécution des arrêts qui s'impose aux autorités administratives⁶⁰⁹. La formule exécutoire prévue par la loi accompagne les arrêts d'annulation en matière administrative. Elle exprime le caractère impératif et immédiat de l'exécution des arrêts rendus en matière administrative qui « ne peut être, en principe ni entravée ni différée »⁶¹⁰. L'article 85 de la loi relative à la procédure près la Cour suprême de justice dispose :

« Les arrêts de la Section administrative sont exécutés au nom du Président du Mouvement Populaire de la Révolution, Président de la République.

Le greffier appose sur les expéditions la formule suivante : Le Président de la République mande et ordonne à tous les Commissaires d'Etat et à toutes les autorités administratives, en ce qui les concerne, de pourvoir à l'exécution immédiate du présent arrêt et à tous les huissiers à ce requis, d'y concourir en ce qui concerne les voies de droit commun.

Les expéditions sont scellées et délivrées par le Greffier ».

431. Mais la loi ne prévoit aucune sanction de l'éventuel refus d'une autorité administrative d'exécuter immédiatement l'arrêt en question. En pratique, la formule exécutoire n'a que le simple effet d'un « épouvantail inoffensif »⁶¹¹. La loi suscite l'interrogation lorsqu'elle dispose, dans la formule précitée, que les huissiers à ce requis, concourent à l'exécution en ce qui concerne les voies du droit commun. Veut-elle signifier qu'il est possible, en droit congolais, de procéder à l'exécution forcée contre l'administration en recourant à l'office de l'huissier ? L'on connaît la difficulté d'une telle exécution en raison de la mission d'intérêt général reconnue à l'administration. La réalité est que cette formule exécutoire, copiée du droit français, a été reprise de manière incomplète. La version complète est ainsi libellée, in fine, « ...à tous les huissiers à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision »⁶¹². La formule complète est plus claire et dissipe tout doute en précisant que l'exécution forcée n'est possible que contre les parties privées et non contre les pouvoirs publics. Le principe qu'aucune exécution forcée ne peut être opérée contre l'Etat et les personnes morales de droit public est

⁶⁰⁹ Article 85 ; Sur une vue générale du sujet, lire les exposés de MUEPU MIBANGA et de BIBOMBE MUAMBA sur l' « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 80 et ss.

⁶¹⁰ MUEPU MIBANGA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 80.

⁶¹¹ BIBOMBE MUAMBA estime que « l'exécution des décisions de justice rendues en matière administrative obéit, [...], à un certain nombre de principes non codifiés, ce qui pose de très sérieux problèmes d'ordre pratique », « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 93 ; BALANDA MIKUIIN LELIEL, « Procédure et compétence administrative de la Cour suprême de Justice du Zaïre, déjà cité, p.2.

⁶¹² M. LETOURNEUR, J. BAUCHET, J. MERIC, *Le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs*, p. 197, cité par BIBOMBE MUAMBA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, pp. 91 et ss.

presqu'unaniment admis en droit administratif⁶¹³. L'Etat ne peut utiliser sa propre force contre lui-même ou contre ses sociétés⁶¹⁴.

432. L'interdiction d'exécution forcée contre l'administration au Congo trouverait sa consécration formelle dans une lettre du Premier Président de la Cour suprême de Justice du 13 août 1975 qui dispose : « Aucun greffier et huissier ne sont autorisés à dater de ce jour à pratiquer une quelconque saisie-exécution sur un bien appartenant à une entreprise zaïrianisée »⁶¹⁵. Mais, la valeur juridique d'une telle lettre demeure controversée. Il n'empêche que l'interdiction d'exécution forcée contre l'administration demeure entière⁶¹⁶. En attendant que la question soit précisée, l'exécution contre l'administration ne se ferait que par des voies indirectes, incertaines, inspirées de la jurisprudence française, consistant à considérer notamment que le refus d'exécution constitue un excès de pouvoir et une faute de nature à engager la responsabilité de la personne publique intéressée⁶¹⁷ ; que le retard dans l'exécution rend la personne publique passible du paiement d'intérêts moratoires ou compensatoires ou enfin, la responsabilité personnelle de l'agent. Ces solutions sont insuffisantes dans la mesure où, pour la première notamment, elle expose au risque des refus successifs d'exécution par l'administration⁶¹⁸. D'autres proposent de recourir aux ressources du droit pénal en poursuivant les fonctionnaires réfractaires pour abstention coupable de fonctionnaire, infraction prévue et réprimée par le code pénal livre II⁶¹⁹.

⁶¹³ OKITAKULA, « Exécution des condamnations civiles contre la République et autres personnes morales de droit public », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 106.

⁶¹⁴ BAYONA BA MEYA MUNA KINVIMBA, « Exécution des condamnations civiles contre la République et autres personnes morales de droit public », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 102.

⁶¹⁵ Lettre circulaire n°H.20/L.a/01806/75 du 13/VIII/1975 citée par MUEPU MIBANGA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 85.

⁶¹⁶ Pour une position contraire, lire KANGULUMBA MBAMBI, qui interprète l'article 118 du Code de procédure civile relative à la saisie arrêt sur les sommes dues par l'Etat comme permettant une saisie arrêt des sommes de l'Etat, « L'exécution des décisions judiciaires par les personnes morales de droit public en droit judiciaire privé congolais », *RADIC*, 1999, p. 309.

⁶¹⁷ BIBOMBE MUAMBA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 95.

⁶¹⁸ L'affaire Noualhier, où le maire de Limoges a tenu tête au Conseil d'Etat, cité par MUEPU MIBANGA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 86.

⁶¹⁹ Article 150f : « Sans préjudice de l'application d'autres dispositions visant des infractions plus sévèrement punies, tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou parastatal, toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte qui, sans motif valable, retardera ou retiendra le règlement de fonds ou deniers publics dont il a la gestion et qui sont destinés au paiement de rémunérations, traitements, salaires et créances dus par l'Etat ou par une société étatique, paraétatique, d'économie mixte ou privée ou l'Etat a des intérêts, sera punie d'une peine de deux mois de servitude pénale et d'une amende de un à dix zaires ou d'une de ces peines ».

Article 150g : « Sans préjudice de l'application d'autres dispositions visant des infractions plus sévèrement punies, tout fonctionnaire public, officier public, toute personne chargée d'un service public qui s'abstiendra volontairement de faire, dans les délais impartis par la loi ou par les règlements, un acte de sa fonction ou de son

433. BAYONA BAMEYA, alors ministre de la justice, a proposé une solution consistant à préserver le principe d'inexécution contre l'Etat et les personnes morales de droit public mais qui devrait en même temps assurer le respect des droits des particuliers constatés par une décision de justice. La solution consiste en l'« adoption d'un texte de loi affirmant expressément en droit positif zaïrois le principe de non-exécution forcée contre l'Etat, ses entités décentralisées et les parastataux, mais ce texte devra soustraire du bénéfice de l'inexécution forcée les sociétés paraétatiques à vocation commerciale et industrielle, sauf des exceptions à prévoir de manière limitative »⁶²⁰. D'autres propositions suggèrent l'inscription d'office de la dette de l'Etat au budget ; la condamnation de la personne publique au paiement d'une astreinte et l'envoi des commissaires spéciaux⁶²¹. D'aucuns ont observé, si significativement, que l'« exécution des arrêts rendus au fond prend l'allure de la palabre africaine où interviennent plusieurs personnalités influentes »⁶²².

3.2. Les difficultés d'ordre matériel

434. Sont visées ici les obstacles susceptibles de décourager la formation des requêtes qui sont liées aux conditions matérielles. Il s'agit principalement de l'éloignement géographique des juridictions (A) ainsi que du coût réel des procédures qui est en réalité prohibitif (B).

A. L'éloignement géographique des juridictions

435. La juridiction administrative se trouve au niveau de la Cour d'appel et de la Cour suprême de justice. Il y a une Cour d'appel par province, située au chef-lieu de la province. La Cour suprême de justice est située dans la capitale. Au regard de l'étendue du pays, les chefs-lieux des provinces sont souvent situés à plusieurs centaines de kilomètres de la plupart de territoires de la province. La capitale, quant à elle est située à plus de mille kilomètres de la plupart de territoires et villes du pays. Dans l'état actuel des routes impraticables, du transport

emploi qui lui a été demandé régulièrement, sera puni d'une servitude pénale de six mois et d'une amende d'un à dix zaïres ou d'une de ces peines seulement.

Il en est de même lorsqu'il s'abstient volontairement de faire un acte de sa fonction ou de son emploi pour lequel aucun délai n'a été préétabli et qui lui a été demandé régulièrement, si ce retard est manifestement exagéré ».

⁶²⁰ BAYONA BA MEYA MUNA KINVIMBA, « Exécution des condamnations civiles contre la République et autres personnes morales de droit public », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 104.

⁶²¹ OKITAKULA, « Exécution des condamnations civiles contre la République et autres personnes morales de droit public », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 112.

⁶²² MUEPU MIBANGA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année, p. 90.

aérien limité et difficilement accessible à toutes les bourses, les services de poste ne fonctionnant pas, engager un procès contre un acte des autorités centrales ou provinciales et locales est une ambition souvent démesurée et de longue haleine.

B. Le coût réel des procédures est prohibitif

436. Le coût des procédures ne se limite pas aux frais judiciaires. Loin de là. Il faut intégrer le coût de transport, de séjour dans le ressort de la juridiction, les innombrables pots-de-vin exigés par le personnel des administrations et de la justice pour soi-disant « diligenter la procédure ». En fin de course, le gain escompté et pour lequel l'on a décidé d'engager la bataille judiciaire s'avère de loin infime par rapport à ce que l'on risque de dépenser. Réflexion bien faite et après avoir fait la balance entre les avantages et les coûts, beaucoup de personnes renoncent carrément à poursuivre la recherche de la vérité judiciaire, le rétablissement de la légalité violée et la réparation de leurs droits bafoués.

§2. La faible mise en cause du pouvoir discrétionnaire

437. Le contexte ne favorise pas la saisine du juge administratif. Il ne favorise pas non plus la mise en cause du pouvoir discrétionnaire. Jean-Marie Breton conclut son analyse du bilan et de l'impact de la fonction du juge de l'administration en Afrique en notant qu'« un tel contrôle voit les difficultés de sa mise en œuvre directement liées à l'étendue d'un pouvoir discrétionnaire jamais véritablement mis en cause (et qui n'a de ce fait aucune chance d'être limité ou lié en quoi que ce soit par un juge « défaillant ») dont continue la plupart du temps à disposer l'administration dans de très nombreux domaines »⁶²³. En effet, dans l'ensemble de requêtes formées, le pouvoir discrétionnaire est faiblement mis en cause (1). L'on constate également que tout le contentieux est concentré dans quelques domaines alors qu'il est absent dans de nombreux autres qui sont pourtant le champ privilégié de l'exercice du pouvoir discrétionnaire (2). L'on doit, enfin, déplorer certaines décisions d'incompétence et d'irrecevabilité qui, à tort, empêchent l'examen du fond de l'affaire et éventuellement de l'appréciation en opportunité faite par l'administration (3).

⁶²³ Jean-Marie BRETON, « Légalité et Etat de droit : statut et perception du juge de l'administration », déjà cité, p. 75.

1. Le pouvoir discrétionnaire est rarement visé directement par les requêtes

438. Il est rare de trouver des cas où la requête vise directement l'illégalité de l'appréciation en opportunité faite par l'administration. Le pouvoir discrétionnaire est généralement mis en cause de manière indirecte. Deux difficultés résultent de cet état de choses qui ne favorisent pas le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. La première difficulté tient à l'interdiction faite au juge de statuer *ultra petita*. Cette interdiction a pour conséquence que le juge ne peut pas examiner d'office l'usage du pouvoir discrétionnaire lorsqu'un tel moyen n'a pas été soulevé dans la requête. Il « ne soulève donc pas d'office les moyens d'annulation qui n'ont pas été exposés par le requérant même s'ils étaient fondés »⁶²⁴ sauf lorsqu'il s'agit de moyens d'ordre public.

439. La deuxième difficulté tient au fait que le juge jouit de la liberté du choix de moyens d'annulation de la requête. Il peut, de ce fait, passer outre l'examen des moyens directement relatifs au pouvoir discrétionnaire s'il peut annuler l'acte sur la base de moyens plus simples. C'est d'ailleurs cela qu'il fait le plus souvent et cela est tout à fait légitime surtout lorsqu'il est pressé par un arriéré judiciaire important à vider. Le juge ne contrôle pas directement le pouvoir discrétionnaire mis en cause parce que très souvent il choisit d'annuler l'acte sur la base d'un autre grief portant sur un cas de compétence liée de l'administration. Dans le cas où la requête a soulevé plusieurs moyens, qui peuvent être répartis en plusieurs branches, l'on observe souvent que le juge passe outre l'examen des autres moyens, s'il a trouvé un moyen sur la base duquel il peut annuler l'acte. Il utilise à cet effet les expressions « sans qu'il ne soit besoin d'examiner les autres moyens... », « l'examen des autres moyens est dès lors superfétatoire », etc. Ce procédé, même s'il comporte l'inconvénient de ne pas vider complètement le litige⁶²⁵ – dans la mesure où l'insatisfaction portant sur l'appréciation discrétionnaire persisterait si l'administration reprenait l'acte annulé en corrigeant simplement le vice de procédure ou de forme ayant donné lieu à annulation – se justifie en pratique. Il représente certainement beaucoup d'avantages et le juge y recourra très souvent. En effet, l'illégalité liée à une compétence liée est plus facile à établir que celle qui est relative à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire surtout lorsque ce dernier consiste en un jugement de

⁶²⁴ Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, Thémis, 2006, p. 167.

⁶²⁵ « La volonté de sanctionner l'autorité administrative sans se préoccuper du sort du requérant explique qu'aujourd'hui encore, dès qu'il constate un vice de procédure ou de forme, le juge administratif arrête l'examen de la décision attaquée et l'annule sans dire si, sur le fond, l'administration a tort ou non : la violation de la légalité externe est ainsi sanctionnée mais la question de fond n'est toujours pas tranchée », Michel FROMONT, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, Thémis, 2006, p. 167.

valeur sur les motifs de fait. L'avantage de ce procédé est encore plus évident dans un contexte d'arrière judiciaire important. Cette attitude peut être illustrée par l'arrêt Société Congo Airlines⁶²⁶.

440. La requérante avait invoqué, dans son moyen unique la violation du principe d'égalité devant les avantages offerts par la République. La mesure ministérielle lui paraissait discriminatoire entre la Compagnie nationale et les compagnies privées. Elle était par conséquent disproportionnée puisqu'elle avait mis brutalement fin à l'exploitation de ces deux compagnies alors que la requérante, comme elle l'avait déclaré, avait opéré « d'énormes investissements à Bruxelles se chiffrant à plus de 50 000 000 de francs belges » qu'elle n'avait certainement pas encore fini de rémunérer. La Cour a pourtant censuré la décision, non pas sur base de la disproportion mais sur la base de l'insuffisance de la motivation fournie par le ministre des transports.

2. L'absence de contentieux dans des domaines importants

441. L'on constate paradoxalement l'absence de requêtes dans plusieurs domaines dans lesquels l'administration exerce pourtant un important pouvoir discrétionnaire. C'est le cas des domaines tels que les libertés publiques (manifestations pacifiques, liberté d'aller et venir, liberté d'expression) ; l'aménagement du territoire, urbanisme et habitat ; la police de la sécurité, de la tranquillité et de la salubrité publique ; les autorisations administratives ; les interventions économiques de la puissance publique⁶²⁷ ; la condition des étrangers⁶²⁸ ; la sécurité sociale ; la fiscalité ; les marchés publics, etc. C'est pourtant des domaines dans lesquels l'insatisfaction des citoyens est très prononcée et généralement décriée. Cette absence de contentieux n'est certainement pas dû au fait qu'il ne se commet pas d'illégalité dans ces domaines. Il est très vraisemblable que ce sont des domaines dans lesquels se développent des mécanismes parallèles, mais pas toujours réguliers, de règlement de litiges.

⁶²⁶ CSJ, R.A.458 – 7 août 2000, Société Congo Airlines, en sigle CAL sprl c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du Ministre des transports et communications.

⁶²⁷ Jean-Marie BRETON, « Légalité et Etat de droit : statut et perception du juge de l'administration », déjà cité, p. 75.

⁶²⁸ Et pourtant, « la police des étrangers est un domaine où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire particulièrement étendu », Danièle LOSCHAK, « Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire des étrangers », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 18.

442. Pour ne prendre que cet exemple, il est curieux qu'il n'y ait absolument pas de jurisprudence en matière de directives. L'on sait pourtant combien cette technique de l'action administrative soulève le problème de l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire. Les directives posent un nombre important de problèmes de droit administratif, notamment la compétence de l'auteur de l'acte ou le risque de traitement discriminatoire des bénéficiaires de l'action administrative. En ce qui concerne la compétence de l'auteur de l'acte, l'auteur d'une directive ne doit pas s'arroger le pouvoir réglementaire que ne lui reconnaît pas la constitution. C'est surtout en droit français que se pose ce problème⁶²⁹. En ce qui concerne le traitement des bénéficiaires de l'action administrative, le fait que l'administration prédétermine des critères de sélection des potentiels allocataires des avantages publics est un véritable risque d'imposer un traitement égalitaire des situations différentes, ce qui peut entraîner la discrimination. Or, l'administration congolaise, comme toute administration, recourt à la technique des directives. Mais celle-ci est entièrement en dehors du contrôle du juge administratif dans la mesure où aucun contentieux ne s'y rapporte. Cette situation est sans doute renforcée par le fait que notamment le contentieux relatif aux interventions de l'Etat en matière économique n'est quasiment jamais déféré au juge administratif.

3. Les décisions d'incompétence et d'irrecevabilité qui empêchent à tort l'examen du fond

443. Une grande partie de décisions d'incompétence et d'irrecevabilité s'expliquent par l'ignorance des règles de procédure par les requérants. Toutefois, un nombre non négligeable des décisions d'incompétence traduisent l'autolimitation de compétence du juge administratif face au pouvoir discrétionnaire (3.1). De même, un nombre important de décisions d'irrecevabilité sont dues à une interprétation erronée des règles de procédure (3.2). Ces décisions comportent en commun l'inconvénient d'empêcher l'examen du fond et par conséquent, l'éventuel examen du pouvoir discrétionnaire.

3.1. L'autolimitation de compétence face au pouvoir discrétionnaire

444. Quelques arrêts illustrent la possibilité pour le juge administratif d'autolimiter sa compétence face au pouvoir discrétionnaire en se couvrant derrière la théorie des actes de gouvernement.

⁶²⁹ Maurice André FLAMME, « De l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire », déjà cité, p. 75.

445. L'affaire des 315 magistrats révoqués en est une parfaite illustration. La section administrative de la Cour suprême de justice s'est déclarée incompétente pour connaître des requêtes en annulation du décret présidentiel n°144 du 6 novembre 1998 portant révocation des 315 magistrats, introduites par 134 personnes. La section administrative s'est fondée sur l'article 87, alinéa 2, de l'ordonnance-loi relative à la procédure près la Cour suprême de justice pour prononcer sa décision. Elle a jugé que « l'acte déféré avait un caractère politique et qu'il rentrait dans le cadre de la politique du Gouvernement visant l'assainissement des mœurs au sein de la magistrature et le meilleur fonctionnement de l'un de trois pouvoirs de l'Etat ». Elle a jugé en outre que « sont considérés comme actes de gouvernement échappant au contrôle de sa section administrative, ceux relatifs à la conduite de la politique de la nation menée par le Gouvernement et le Président de la République... ».

446. Cet arrêt suscite plusieurs questions. Il consacre une nouvelle espèce dans les catégories classiques d'actes de gouvernement. L'on se demande si la décision visée peut être revêtue de cette qualification. Et, ensuite, si elle peut échapper à la censure juridictionnelle. Pour les mêmes raisons que celles évoquées dans l'analyse de l'Arrêt USOR et alliés, il est surprenant que le juge administratif continue à recourir à la théorie des actes de gouvernement pour s'exonérer du contrôle de certains actes administratifs. Mais, plus surprenant encore, à travers cet arrêt, le juge étend le champ des « actes de gouvernement » avec comme conséquence l'amenuisement du champ de son contrôle. L'extension réalisée porte sur une matière dont on peut légitimement douter qu'elle puisse rentrer dans le champ classique des actes dits de gouvernement.

447. En effet, la Cour ajoute à la liste classique des « actes de gouvernement » les actes relatifs à la « conduite de la politique de la nation menée par le Gouvernement et le Président de la République ». Elle juge que « les actes d'exécution de la politique de la nation pris par le Président de la République en qualité d'autorité politique, échappent au contrôle du juge administratif ». Cette construction est très critiquable en raison de son caractère trop factice et artificiel, ne reposant sur aucun fondement solide. Il saute directement aux yeux que « la politique de la nation est une nébuleuse qui couvre plusieurs réalités et il serait commode pour les gouvernants de tout justifier par elle pour soustraire leurs actes du contrôle

juridictionnel »⁶³⁰. Sans aller trop loin, il semble que la conduite de la politique de la nation se fait à travers un cadre soumis à des règles juridiques déterminées et auxquelles l'autorité publique, même agissant dans la sphère de ses attributions politiques, doit se conformer sous peine d'irrégularité de ses actes.

448. Deuxièmement, indépendamment de son rattachement à la politique de la nation, le décret attaqué en annulation est un acte administratif dont aucun aspect ne permet d'orienter l'analyse vers la catégorie des « actes de gouvernement ». Mieux, il s'agit d'un acte administratif ordinaire auquel on ne peut appliquer ni la théorie du mobile politique, largement abandonnée mais encore chère au juge administratif congolais, ni celle de l'exercice direct des pouvoirs publics constitutionnels⁶³¹. Ledit décret a touché une matière prévue et réglementée par une loi spéciale portant statut des magistrats et pour aucune raison, fût-ce politique, elle ne peut être ignorée sous peine d'irrégularité. C'est un acte que le Président de la République a pris dans l'exercice de ses attributions administratives inhérentes à sa qualité d'autorité administrative. L'on sait, en effet, que la carrière du magistrat est réglementée par la loi portant statut des magistrats. L'hypothèse de la révocation est aussi prévue aussi bien en ce qui concerne les règles de forme et de procédure. Une décision de révocation des magistrats ne peut donc se faire en dehors des règles statutaires. Le fait que cette décision participe à l'exécution de la politique du gouvernement, développée dans le programme de celui-ci, ou plus globalement de la politique de la nation ne lui confère aucunement le statut d'« acte de gouvernement » et encore moins l'immunité juridictionnelle.

449. Troisièmement, et en conséquence des développements précédents, le décret entrepris est parfaitement justiciable devant le juge administratif. La Cour a donc forcé l'application de la théorie des actes de gouvernement à cette espèce. Ceci confirme le danger de la formulation de l'article 87, alinéa 2, de la loi portant procédure près la Cour suprême de justice en ce qu'elle laisse au juge la possibilité de s'exonérer très facilement de la mission de contrôle qui est la sienne. L'évolution des faits accreditte cette lecture dans la mesure où le décret attaqué a été finalement abrogé par le décret n°03/037 du 25 novembre 2003⁶³². Les constatations de violation des dispositions du Pacte international relatif aux droits de l'homme par le Comité

⁶³⁰ OKITENEMBO WETSHONGUNDA, *Op.cit.*, p. 22.

⁶³¹ *Idem*, p. 23.

⁶³² *Idem*, p. 24.

des droits de l'homme ne sont peut être pas étrangères à la décision d'abrogation⁶³³. Nous en ferons le commentaire dans la seconde partie de cette étude.

450. L'arrêt Hamidou Soumaré et crts⁶³⁴ puisé dans la jurisprudence de la cassation en matière civile traduit la même attitude du juge qui recourt à la théorie des actes de gouvernement dans un domaine où l'administration a exercé son pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Cette jurisprudence est presque identique en matière civile comme en matière administrative. Dans cet arrêt, la Cour suprême a déclaré irrecevable un pourvoi en cassation au motif qu'il a été dirigé contre un arrêt rendu dans un litige portant sur une parcelle de terre prenant sa source dans la décision du Bureau politique, organe du Mouvement populaire de la Révolution, Parti-Etat, d'expulser des ouest-africains du territoire national et de vendre leurs biens aux congolais. La Cour a jugé que, de par son objet, cette décision avait un caractère politique et constituait de ce fait « un acte de gouvernement » insusceptible de recours devant les cours et tribunaux.

451. La Cour a ainsi soulevé d'office un moyen qu'elle estimait d'ordre public, tiré de la violation, par le demandeur en cassation, des principes généraux applicables en vertu de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 14 mai 1886 dont celui consacrant la théorie des actes de gouvernement. Pour la Cour, selon cette théorie, « certains actes accomplis par les autorités administratives et qui par leur nature et leur objet ont un caractère politique, ne sont susceptibles d'aucun recours devant les tribunaux tant administratifs que judiciaires ». Elle a estimé que cette théorie devait s'appliquer dans la mesure où l'arrêt contre lequel le requérant s'est pourvu en cassation était relatif à un litige qui trouvait son origine dans la décision d'expulsion prise par le Bureau politique du Mouvement Populaire de la Révolution, MPR en sigle.

452. Cet arrêt appelle les observations ci-après. Pour la Cour, la théorie des actes de gouvernement est fondée sur la nature ou le mobile politique de l'acte administratif. C'est une position très critiquée parce qu'elle ouvre la voie à la raison d'Etat plutôt qu'à la raison du droit. Comme pour la décision précédente, le juge a étendu les « actes de gouvernement » à une catégorie étrangère à leur champ classique. Les actes visés ici se rapportent à des procédures d'expropriation consécutives aux mesures d'expulsion des étrangers du territoire

⁶³³ Communication n°933/2000 : Democratic Republic of Congo. 19/09/2003. CCPR/C/78/D/933/2000.

⁶³⁴ CSJ, RC 2407, 8 février 2002, Hamidou Soumare c/Kakule Mulumbe ; Kahindo Nzoli ; République Démocratique du Congo ; Conservateurs des titres immobiliers ; Alumina Fany.

congolais. Les mesures d'expulsion ainsi que leurs conséquences sur les droits patrimoniaux ne semblent pourtant pas devoir rentrer dans la catégorie des rapports entre pouvoirs constitutionnels.

453. La condition des étrangers ainsi que la dévolution de leurs droits patrimoniaux sont des matières prévues et organisées par des lois spécifiques⁶³⁵. L'action du gouvernement est tenue de s'y conformer pour ne pas verser dans l'illégalité. Le mobile politique ne peut dispenser du respect de la loi.

3.2. Les décisions d'irrecevabilité fondées sur une interprétation erronée de la loi

454. La jurisprudence congolaise comporte une série d'arrêts d'irrecevabilité fondée sur une interprétation erronée de la loi. Certains arrêts ont estimé, à tort, que la loi exige dix ans d'ancienneté (A) et une procuration spéciale (B) à l'avocat signataire de la requête. Contrairement aux cas examinés précédemment d'autolimitation de compétence face au pouvoir discrétionnaire, l'on ne peut pas établir un lien direct entre les décisions d'irrecevabilité et le pouvoir discrétionnaire. Il existe toutefois un lien indirect à ne pas négliger dans la mesure où une telle décision peut empêcher définitivement l'examen au fond d'une décision administrative qui peut être une décision mettant en œuvre le pouvoir discrétionnaire.

A. L'exigence de l'ancienneté de dix ans pour l'avocat signataire de la requête

455. Plusieurs décisions d'irrecevabilité des requêtes en annulation ont été fondées sur le défaut pour l'avocat d'avoir réalisé une ancienneté de dix ans au moment de l'introduction de la requête. Dans l'arrêt Tshimanga Mpanda⁶³⁶, la Cour « relève que l'action est irrecevable. En effet, inscrit au tableau de l'ordre le 21 juillet 1978, l'avocat signataire de la requête en appel n'avait pas le 23 novembre 1982, date du dépôt de ladite requête, l'ancienneté de dix ans ». Dans l'arrêt Nyampala Nsombo⁶³⁷, la Cour « relève que l'avocat KISIMBA NGOY qui a signé la requête déposée le 20 juin 1984 n'avait pas, à cette date, l'ancienneté de 10 ans

⁶³⁵ Ordonnance-loi 83-033 du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers (*J.O.Z.*, n°18, 15 septembre 1983, p. 15) ; Loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés.

⁶³⁶ CSJ, R.A.A. 21 – 26 juin 1987, Tshimanga Mpanda c/La République du Zaïre & Monsieur Nsamba Sumunyina.

⁶³⁷ CSJ, R.A.151 – 26 juin 1987, Nyampala Nsombo c/La République du Zaïre, prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

pour avoir été inscrit au tableau de l'ordre des avocats du barreau de Kinshasa le 8 mars 1975 ». Dans l'arrêt Kabeya Nkashama⁶³⁸, la Cour « constate que cet appel est irrecevable pour défaut d'ancienneté requise dans le chef de l'avocat NGOYI KALALA, signataire de la requête introductive dudit appel. En effet, inscrit le 7 juillet 1985 au tableau de l'ordre des avocats près la Cour d'appel de Kinshasa, l'avocat précité n'avait pas encore, le 12 août 1985, date du dépôt de la requête susmentionnée au greffe de la Cour suprême de justice, l'ancienneté de dix ans requise par la loi ». Dans l'arrêt Mvita ya Botota, la Cour a jugé qu'« en ce qui concerne la requête introduite sous RA 180 en date du 10/03/1986 et signée par les avocats stagiaires BEYA KALAMBA LUSE, KOS'ISAKA et TSHITUNDU MBUYI, la Cour suprême la dira irrecevable pour défaut de qualité dans leur chef étant donné qu'ils ne remplissaient pas au moment du dépôt de ladite requête la condition d'ancienneté de 10 ans requise par la loi ». Dans l'arrêt SOFOS COSTA, déjà cité, la Cour « relève que le mémoire en réponse de l'intimé Mungomba Ngoy Kiyana est irrecevable car il a été signé par l'avocat TSHIBANGU KABAKA qui n'avait pas l'ancienneté de dix ans requise par la loi pour représenter une partie devant elle ».

456. La loi de 1969 qui prescrivait l'exigence de l'ancienneté de dix ans dans le chef de l'avocat signataire de la requête a déjà été pourtant abrogée. Tous les arrêts ci-dessus ont mentionné que l'ancienneté de 10 ans était « requise par la loi ». Ce sont également des arrêts rendus entre 1987 et 1998. L'on peut se demander à quelle loi ces arrêts font référence. La loi en vigueur à cette période, et qui l'est encore actuellement, est l'ordonnance-loi 82-017 du 31 mars 1982 portant procédure près la Cour suprême de justice. Ce texte n'exige nullement l'ancienneté de 10 ans pour l'avocat signataire de la requête en matière administrative. L'ancienneté de 10 ans n'apparaît que dans la procédure de la révision portée devant la Cour suprême de justice. Dans deux hypothèses précises, à savoir « après une condamnation pour homicide, il existera des indices suffisants propres à faire croire à l'existence de la prétendue victime de l'homicide »⁶³⁹ et « après une condamnation, un fait viendra à se révéler ou des pièces inconnues lors des débats seront présentées et que ce fait ou ces pièces seront de nature à établir l'innocence du condamné »⁶⁴⁰, l'initiative de la révision est réservée au « seul [...] commissaire d'État à la justice [qui] peut demander la révision soit d'office, soit sur requête des personnes visées ci-avant et après avoir pris l'avis d'une commission composée de deux

⁶³⁸ CSJ, R.A.A. 34 – 30 octobre 1987, Kabeya Nkashama c/La République du Zaïre et Lubamba Kayembe.

⁶³⁹ Article 70, alinéa 3, de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

⁶⁴⁰ Article 70, alinéa 4 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

conseillers de la Cour suprême de justice, de deux conseillers de la cour d'appel de Kinshasa et de trois avocats ayant au moins pratiqué le barreau pendant dix ans ».

457. Il apparaît donc clairement que la loi a voulu soumettre la révision d'un procès pénal à des conditions rigoureuses pour manifesterment éviter des demandes de révision fantaisistes qui peuvent comporter l'effet néfaste de ralentir ou de paralyser indûment le travail de la justice. Ainsi, dans certains cas le droit d'action est limité au seul ministre de la justice agissant suivant l'une des deux hypothèses expressément prévues par la loi : d'office ou sur requête des personnes visées. Ce droit d'action du ministre est assujéti à l'obligation de recueillir l'avis d'une commission dont la composition est réglée par la loi : deux conseillers de la Cour suprême de justice, deux conseillers de la Cour d'Appel de Kinshasa et trois avocats ayant au moins pratiqué le barreau pendant 10 ans. C'est la seule occasion où la loi portant procédure près la Cour suprême de justice fait allusion à l'ancienneté de 10 ans dans la profession d'avocat. C'est aux seules fins de faire partie de la commission chargée de donner avis au ministre de la justice lorsque ce dernier veut exercer l'action en révision.

458. En outre, l'ancienneté de 10 ans est prévue par la loi sur le barreau uniquement comme condition pour être admis au tableau du barreau près la Cour suprême de justice⁶⁴¹. Or, pour assister ou représenter les clients en matière administrative, la loi n'exige pas que l'avocat soit inscrit au barreau près la Cour suprême de justice.

459. Tout permet donc de croire qu'en exigeant cette ancienneté de dix ans, la Cour applique encore les dispositions de l'Ordonnance-loi n°69-2 du 8 janvier 1969 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice. Son article 2, alinéa 1^{er}, disposait, en effet, que « sauf lorsqu'elle émane du Ministère public, la requête introductive doit être signée par un avocat ayant au moins dix ans d'inscription au tableau de l'Ordre et porteur d'une procuration spéciale ».

⁶⁴¹ « Nul ne peut être admis comme avocat à la Cour suprême de justice s'il n'a exercé la profession pendant dix ans, au moins;

- s'il n'a réalisé une ou plusieurs publications dans le domaine du droit.

Il pourra être dérogé à la condition d'ancienneté pour les avocats qui, sous le régime précédent, étaient admis en vertu des dispositions alors en vigueur, à exercer leur ministère devant la Cour suprême de justice depuis cinq ans au moins », Ordonnance-loi sur le barreau de 1979, article 105.

460. Mais la loi de 1982 a plutôt allégé les exigences relatives au ministère d'avocat en matière administrative. Son article 2, alinéa 1^{er}, dispose que : «sauf lorsqu'elle émane du ministère public ou lorsqu'elle est formée en matière administrative, la requête introductive doit être signée par un avocat à la Cour suprême de justice ». Plus clairement, la requête introductive en matière administrative ne doit pas être nécessairement signée par un avocat à la Cour suprême de justice. La même disposition, alinéa 2, prévoit expressément que « le ministère d'avocat n'est pas obligatoire en matière administrative ». Cela signifie que le requérant a la faculté, selon sa convenance, d'agir seul, sans assistance d'avocat ; d'agir avec l'assistance d'un avocat au barreau près la Cour suprême de justice, donc justifiant d'au moins dix ans de profession, ou enfin d'agir avec l'assistance d'un avocat non inscrit au barreau près la Cour suprême, et donc ne justifiant pas nécessairement d'une ancienneté de dix ans dans la profession. Il découle de ce qui précède que l'exigence de l'ancienneté de dix ans pour l'avocat signataire de la requête sur la base de l'article 2 de la loi de 1982 est une erreur de droit pour défaut de base légale dans la décision d'irrecevabilité du juge. La survivance dans la jurisprudence de l'article 2 de la loi de 1969 est tout simplement juridiquement injustifiée.

B. L'exigence d'une procuration spéciale de l'avocat signataire de la requête

461. Plus nombreuses sont encore les décisions d'irrecevabilité qui ont été fondées sur le défaut de procuration spéciale dans le chef de l'avocat signataire de la requête. L'arrêt Jean de Malengreau d'Hembise, pris en 1974, se comprend parfaitement car elle l'a été sous l'empire de l'Ordonnance-loi de 1969 précitée, en vigueur au moment des faits⁶⁴². Cependant, toutes les autres, prises après 1982, sont injustifiées. Les exemples recueillis vont de 1984 à 2006. Dans l'arrêt Njila Katshayi⁶⁴³, la Cour « relève cependant que le recours est un droit personnel qui ne peut en principe être exercé que par le titulaire de ce droit et que si celui-ci constitue un mandataire celui-ci doit être porteur d'une procuration spéciale sous peine d'irrecevabilité du recours. Or, l'avocat KANTU MUTOMBO signataire de la requête en annulation ne produit pas de procuration spéciale l'habilitant à ce faire comme l'exigeait l'article 2 de

⁶⁴² CSJ, R.A.4– 16 janvier 1974, Jean de Malengreau d'Hembise et Charles de Malengreau d'Hembise c/ La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat chargé de l'Urbanisme et des Affaires foncières.

⁶⁴³ CSJ, R.A.116 – 25 mai 1984, Njila Katshayi c/La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières.

l'Ordonnance-loi n°69/2 du 8 janvier 1969 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice ».

462. Dans l'arrêt Kanda Tamasonga⁶⁴⁴, la Cour constate « que l'avocat Lukusa Mutobola qui a signé ladite requête n'était pas porteur de procuration spéciale exigée par l'article 2 de l'ordonnance-loi 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant elle ». Dans l'arrêt Lundunge⁶⁴⁵, la Cour « relève que la procuration spéciale donnée à l'avocat KISIMBA NGOY a été établie à New York le 3 novembre 1985 et qu'elle n'a pas été légalisée par les autorités diplomatiques ou consulaires zaïroises en service dans cette ville alors que les dispositions de l'article 20 de l'ordonnance-loi n°66/344 du 9 juin 1966 relative aux actes notariés l'exigent ». Dans l'arrêt Jean Colot⁶⁴⁶, la Cour « relève que cette requête n'est pas recevable, le requérant n'ayant pas fait légaliser, comme l'exigent les dispositions de l'article 20 de l'ordonnance-loi n°66/344 du 9 juin 1966 sur les actes notariés, la procuration spéciale établie par lui le 7 mars 1986 à Meknès, au Maroc, au nom de l'avocat Kalemba Tshimankinda, signataire de ladite requête en annulation et en indemnité pour préjudice exceptionnel ». Dans l'arrêt Bralima⁶⁴⁷, la Cour « constate que ce recours en annulation est irrecevable pour défaut de qualité dans le chef de l'avocat signataire de la requête. En effet, aux termes des articles 1^{er} et 2 de l'ordonnance-loi n°82/017 du 31 mars 1982 relative à sa procédure, la Cour est saisie par requête des parties signées par un avocat à cette Cour ou par la partie elle-même, lorsqu'elle est introduite en matière administrative. Or, dans le cas d'espèce, l'avocat TSHINKWELA signataire de la requête précitée n'est ni avocat à la Cour suprême de justice ni partie au procès ».

463. Dans l'arrêt Ngokene Arthur⁶⁴⁸, la Cour a jugé qu' « il en aurait été autrement si ledit avocat venait représenter l'appelant devant elle pour assurer sa défense étant donné que seul un avocat près la Cour suprême de Justice est autorisé à le faire ». Dans l'arrêt Somico⁶⁴⁹, la Cour « dira la requête irrecevable pour défaut de qualité dans le chef de l'avocat signataire de la réclamation préalable. En effet, la réclamation préalable au même titre que le recours en

⁶⁴⁴ CSJ, R.A.160 – 24 avril 1987, Kanda Tamasonga c/La République du Zaïre prise en les personnes des Commissaires d'Etat à la Justice et au Portefeuille.

⁶⁴⁵ CSJ, R.A. 187 – 30 octobre 1987, Lundunge Kahadi Chirimwami c/La République du Zaïre.

⁶⁴⁶ CSJ, R.A. 184 – 29 juin 1989, Jean Colot c/ La République du Zaïre prise en la personne du Commissaire d'Etat aux Affaires foncières et Kaseka wa Ngoy.

⁶⁴⁷ CSJ, R.A. 259– 28 juillet 1994, Bralima c/ La République du Zaïre.

⁶⁴⁸ CSJ, R.A.A. 40– 20 février 1996, Ngokene Arthur c/ Ndambo Mandjwandju Fortunat.

⁶⁴⁹ CSJ, R.A. 798- 20 novembre 2006, Société minière du Congo, SARL c/ La République Démocratique du Congo, prise en la personne de la Présidence de la République et du Ministre de la Justice et Garde des Sceaux.

annulation est un droit qui ne peut être exercé que par le titulaire ou par un fondé de pouvoir spécial ». Dans l'arrêt Société Congo Gate⁶⁵⁰, la Cour « déclarera irrecevable pour défaut de preuve de la qualité de l'avocat Charlotte TWAMBA ANDJELANI d'ester en justice au nom de la Société SIDECO SPRL ».

464. Les arrêts Njila Katshayi et Somico justifient l'exigence de la procuration spéciale par le fait que l'exercice du recours pour excès de pouvoir de même que l'introduction de la réclamation préalable sont des droits personnels qui ne pourraient être exercés que par le titulaire ou par un fondé de pouvoir spécial⁶⁵¹. Cette justification n'est pas satisfaisante car c'est toujours pour l'exercice d'un droit personnel que l'on confie à un tiers un mandat, fût-il général ou spécial. L'exigence d'un mandat spécial tient donc, non pas au caractère personnel du droit à exercer mais plutôt à la volonté de la loi suivant l'importance qu'elle accorde à l'intérêt visé. Il faut, dans ce cas, alors que la loi exige expressément une procuration spéciale. Cette exigence ne saurait être présumée.

465. L'arrêt Njila Katshayi semble consacrer la survivance de l'Ordonnance-loi de 1969 dans la mesure où elle constate le défaut de procuration spéciale « comme l'exigeait » ladite ordonnance. Cette position est difficile à comprendre pour un arrêt qui est rendu en 1984 alors que l'ordonnance de 1969 a été abrogée en 1982. Plus curieusement encore, les arrêts Kanda Tamasonga et Bralima vont plus loin en attribuant expressément à l'ordonnance-loi de 1982 l'exigence d'une procuration spéciale ou d'introduire la requête par un avocat au barreau près la Cour suprême de justice. L'arrêt Bralima conclut carrément au défaut de qualité dans le chef de l'avocat signataire de la requête.

466. La loi portant procédure près la Cour suprême de justice n'exige expressément la procuration spéciale de l'avocat que lorsqu'il représente le condamné qui s'est pourvu contre une décision en cassation⁶⁵². L'article 2 de la loi de 1982 ne l'exige nullement. Certes, il est également vrai que la loi précitée ne dit pas expressément que l'avocat peut signer la requête au nom d'une partie et encore moins à quelles conditions. L'on sait cependant qu'il est reconnu un mandat implicite à l'avocat porteur des pièces. Ce mandat est prévu par le Code

⁶⁵⁰ CSJ, R.A. 934/960 – 24 août 2007, La Société Congo Gate, Sprl, c/ La République Démocratique du Congo, prise en la personne des Ministres des Postes, Téléphone et Télécommunication « P.T.T » et de la Justice et Garde des Sceaux.

⁶⁵¹ Voir le même raisonnement en ce qui concerne le désistement, CSJ, RA 14 du 18/3/1978, Bull. 1979, p.42 avec note et CSJ, RA 80 du 5/12/1980 inédit, cité par Wasenda, p. 142.

⁶⁵² Article 49, alinéa 5, de la Loi portant procédure près la Cour suprême de justice.

de procédure civile⁶⁵³ et par la loi sur le barreau⁶⁵⁴. L'exigence d'un mandat spécial n'est donc envisageable que dans les cas limites dans lesquels la loi l'a expressément prévu tel en ce qui concerne l'exercice des voies des recours en matière judiciaire⁶⁵⁵. Bien plus, si l'exigence de la procuration spéciale procède de la règle *nul ne plaide par procureur*, force est de mentionner que cette règle est limitée au mandat conventionnel et ne concerne pas en principe « l'avocat, par exemple [qui] est cru sur parole lorsqu'il est porteur des pièces »⁶⁵⁶.

467. La jurisprudence ci-haut citée qui exige la procuration spéciale de l'avocat signataire de la requête ne trouve donc aucun fondement légal dans la loi en vigueur. Ce n'est donc qu'une survivance injustifiée de l'ordonnance-loi de 1969 qui témoigne clairement de la mauvaise lecture des textes par le juge administratif. Il en résulte la conséquence néfaste d'alourdir le procès administratif contrairement au vœu du législateur de 1982⁶⁵⁷. Il est regrettable que cette pratique injustifiée du juge n'ait jusqu'à présent pas reçu la censure de la doctrine sauf quelque rare exception⁶⁵⁸. Wasenda constate l'exigence de la procuration spéciale mais ne la discute pas⁶⁵⁹. Bibombe ne la discute pas non plus dans son article sur la jurisprudence administrative de la Cour suprême de justice.

468. L'apport de l'arrêt Dimitros Gardacos⁶⁶⁰, rendu en 2002, est capital sur cette question même s'il n'a pas explicitement mentionné l'exigence de la procuration spéciale. Cet arrêt a rejeté une fin de non recevoir fondée sur le fait que la requête aurait été signée par un avocat non inscrit au barreau près la Cour suprême de Justice. La Cour a répondu que « cette requête

⁶⁵³ Article 14.

⁶⁵⁴ Articles 107 et 146.

⁶⁵⁵ Articles 63 (opposition) et 68 (appel) du Code de procédure civile.

⁶⁵⁶ MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, Kinshasa, Droit et idées nouvelles, 2006, p. 182.

⁶⁵⁷ Yves LUCHAIRE fait, quant à lui, état de la confusion du juge gabonais qui, dans une jurisprudence constante, déclare irrecevable une requête en annulation au motif qu'il n'y a pas de réclamation préalable alors que la loi n'exige que la décision préalable, « La Chambre administrative et la Cour suprême au Gabon », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, p. 206.

⁶⁵⁸ KALUBA DIBWA Dieudonné, dans *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit public congolais. Lecture critique de certaines décisions de la cour suprême de justice avant la constitution du 18 février 2006*, Kinshasa, Editions Eucalyptus, 2006, pp. 2 et 21, a fustigé la position « surannée » du juge en ce qui concerne l'exigence d'une procuration spéciale de la part de l'avocat signataire de la requête. Une étude a été menée sur le défaut de procuration spéciale mais en droit judiciaire privé, KANGULUMBA MBAMBI (V.), « L'irrecevabilité de l'appel incident pour défaut de production de procuration spéciale en droit judiciaire privé congolais : pratique conforme ou en marge de la loi », in *Revue de Droit Africain, R.D.J.A.*, n°28, Oct. 2003.

⁶⁵⁹ Wasenda N'Songo, *Le contentieux administratif congolais*, p. 109.

⁶⁶⁰ CSJ, RA.393 – 8 mai 2002, Gardacos Dimitros c/ La République démocratique du Congo.

a été signée, non par l'avocat précité, mais par le requérant lui-même en vertu des dispositions de l'article 2 de la procédure applicable devant la Cour suprême de justice ». Elle a ajouté qu' « au demeurant, même un avocat près la Cour d'appel peut signer un telle requête car, aux termes de la loi applicable devant la Cour suprême de justice, le ministère d'un avocat n'est pas requis en matière administrative et donc, a fortiori, le ministère d'un avocat à la Cour suprême de Justice ». Cet arrêt a tout dit et il est surprenant qu'en 2006 (arrêt Somico) et en 2007 (arrêt Société Congo Gate) la Cour ne se soit pas inspiré de sa propre jurisprudence de 2002 (Arrêt Dimitros).

Section II. Les limites liées au cadre du contrôle

469. Le cadre d'exercice du contrôle comporte des faiblesses qui en limitent la qualité et l'intensité. Il s'agit du cadre législatif qui définit l'étendue du pouvoir discrétionnaire et les modalités de son exercice (§1). Il s'agit aussi du cadre juridictionnel (§2).

§1. Les limites liées au cadre législatif

470. Dans certains cas, la loi a consacré un pouvoir discrétionnaire au profit de l'administration très étendu et difficilement contrôlable (1). Il s'y ajoute l'absence de l'obligation générale de motivation formelle des actes administratifs (2).

1. Le pouvoir discrétionnaire découlant des faiblesses rédactionnelles de la loi

471. Le juge se bute à d'énormes difficultés lorsque l'administration dispose d'une marge énorme d'appréciation de sa décision, non pas parce que le législateur l'a ainsi voulu ou parce que cela découle de la nature des choses mais parce que manifestement la loi, dans sa rédaction, est incomplète. Nombreuses sont les lois qui prévoient des institutions juridiques mais sans en définir clairement les conditions d'application. L'administration apprécie dès lors librement ces conditions d'application. Elle dispose, dans ces cas, d'un pouvoir discrétionnaire important que le juge peut difficilement limiter en dehors d'un travail complexe de construction jurisprudentielle, exercice que le juge n'est pas souvent enclin à réaliser.

2. L'absence d'obligation légale de motiver les actes administratifs en la forme

472. Le juge administratif congolais applique la loi à la lettre dans la plupart des situations. Quand bien même tout acte administratif devrait reposer sur une motivation adéquate, le juge congolais n'exige souvent pas la motivation simplement parce que la loi ne l'a pas expressément exigée. L'exemple le plus éloquent est celui où l'autorité administrative se voit reconnaître un pouvoir de dérogation. Le juge se limite seulement à constater que l'administration a agi dans le cadre des pouvoirs de dérogation lui reconnus par la loi sans chercher plus avant à savoir si en agissant ainsi l'administration s'est appuyée sur une motivation adéquate. Dans l'arrêt Léonard Mwepu Mibanga, le juge s'est limité à opposer au Conseil national de l'ordre des avocats l'autorisation spéciale délivrée par le Ministre de la Justice à un ancien magistrat révoqué pour son admission au corps des avocats. La Cour n'a nullement cherché à vérifier les motifs qui ont conduit le Ministre à user de cet important pouvoir de dérogation.

§2. Les limites liées au cadre juridictionnel

473. Outre ce qui a été relevé dans le chapitre préliminaire notamment le défaut de spécialisation du juge en matière administrative, les limites susceptibles de défavoriser le contrôle du pouvoir discrétionnaire au niveau du cadre juridictionnel tiennent au défaut d'indépendance réelle des juges (1) et à l'insuffisance des ressources humaines, financières et matérielles (2).

1. Le défaut d'indépendance réelle du juge

474. L'indépendance du juge congolais a toujours posé problème aussi bien en droit qu'en fait. Avant la Constitution de 2006 et le statut des magistrats de la même année, la soumission du magistrat au pouvoir politique était consacrée en droit malgré la formule constitutionnelle et légale de l'indépendance de la magistrature⁶⁶¹. Il s'y ajoute, tout naturellement, la crainte révérencielle à l'égard du pouvoir qui caractérise tous les citoyens dans le contexte africain et congolais (1.1). Le juge manque aussi souvent d'indépendance à l'égard des justiciables et des tiers en raison de la précarité de sa condition matérielle ou de la pression de ses affinités

⁶⁶¹ Article 56 de la Constitution du 24 juin 1967; Article 95 de l'Acte constitutionnel de la transition de 1994; Article XI du Décret-loi constitutionnel de 1997; Article 147 de la Constitution de la transition; Article 149, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 18 février 2006.

sociales. En conséquence, les cas de corruption et de favoritisme sont légion (1.2). Un progrès immense a toutefois été réalisé sur le plan légal dans la mesure où tous les textes, à savoir la Constitution du 18 février 2006 et la loi portant statut des magistrats de 2006 organisent clairement l'indépendance de la magistrature. Il demeure donc uniquement la question de leur concrétisation⁶⁶².

1.1. Le défaut d'indépendance à l'égard du pouvoir politique

475. L'ancienne loi portant statut des magistrats comportait des dispositions susceptibles de lier le juge par rapport au pouvoir politique et de le limiter quant à sa liberté d'apprécier la solution à donner aux litiges surtout lorsque les pouvoirs publics sont mis en cause. L'emprise du pouvoir politique sur le pouvoir judiciaire n'a pas, hélas, complètement disparu dans les textes actuellement en vigueur. L'examen des statuts du pouvoir judiciaire et du juge permettent d'éclairer cette affirmation (A). Il faut aussi prendre en compte le contexte de terreur dans lesquels les atteintes à la vie, à l'intégrité physique et aux biens sont fréquemment justifiées par des menaces et représailles de caractère politique (B).

A. Les raisons de droit

476. L'emprise du pouvoir politique sur le pouvoir judiciaire est juridiquement consacrée dans les textes de la période de la dictature mobutienne. Le pouvoir judiciaire était placé sous le contrôle et la direction des organes du parti-Etat (1°). Il en était de même du magistrat dont le recrutement et l'avancement dans la carrière étaient fonction de son militantisme politique. Si cette donne a heureusement changé au cours de l'histoire, il apparaît hélas qu'aujourd'hui encore le magistrat demeure sous le joug des autorités politiques du fait qu'il est nommé et relevé de ses fonctions par le pouvoir exécutif (2°).

1°. Le statut du pouvoir judiciaire

477. Les mêmes textes qui consacraient l'indépendance du pouvoir judiciaire et des magistrats ont aussi organisé leur soumission au pouvoir politique. Ces textes ont prévalu sur toute la

⁶⁶² « Même lorsqu'ils ne précisent pas les moyens de l'assurer, tous les Etats africains proclament dans leur Constitution l'indépendance de la Magistrature », Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays en voie de développement d'Afrique Noire francophone », p. 10.

période de la production des décisions juridictionnelles que nous avons exploitées pour l'étude du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Cet état des choses pourrait très bien expliquer l'excessive prudence dont le juge fait montre à l'égard des appréciations discrétionnaires de l'administration. Il a ainsi développé sa jurisprudence autour d'une théorie des « actes de gouvernement » extensible à souhait à toutes les appréciations discrétionnaires dont le contrôle, même minimal, risque de le mettre en travers de la route des autorités politiques et dont la réaction est du reste imprévisible.

478. Les nombreuses révisions de la Constitution de 1967, qualifiées d'intempestives⁶⁶³, ont progressivement modifié, entre autres, la forme ou les compétences de la Cour suprême de justice, et par voie de conséquence, de celle de la juridiction administrative. Ces modifications ont progressivement entamé l'indépendance de la magistrature.

479. La révision du 15 août 1974 a consacré le monopole d'une seule institution politique dans le pays : Le Mouvement Populaire de la Révolution, parti unique et parti-Etat (M.P.R. en sigle). Elle a transformé le pouvoir judiciaire en « Conseil judiciaire ». Ce dernier occupait la 5^e place au sein des organes du Mouvement populaire de la Révolution qui était au sommet des institutions de l'Etat. Les autres institutions étaient le Bureau politique, le Congrès, le Conseil législatif et le Conseil exécutif. La présidence de toutes ces institutions revenait au Président du M.P.R., Président de la République. Il détenait la plénitude de l'exercice du pouvoir⁶⁶⁴. La justice était rendue, non plus au nom du peuple, mais au nom du Président du M.P.R., Président de la République⁶⁶⁵. « L'ensemble des cours et tribunaux forme le Conseil Judiciaire. Le Conseil Judiciaire comprend la Cour d'Appel, la Cour de Sûreté de l'Etat, les tribunaux civils et les Conseils de guerre. L'organisation, la compétence des cours et tribunaux ainsi que la procédure à suivre sont réglées par la loi »⁶⁶⁶. La Cour suprême a été, toutefois, maintenue en dehors du Conseil judiciaire.

480. La révision du 15 février 1978 a assujéti encore davantage la justice à l'autorité politique. Elle a intégré la Cour suprême de justice au Conseil judiciaire. Ce dernier était présidé par un haut magistrat nommé par le Président de la République. Ce haut magistrat était doté des prérogatives qui restreignaient sérieusement l'indépendance de la justice. En

⁶⁶³ WASENDA N'SONGO Corneille, *Le contentieux administratif congolais*, déjà cité, p. 59.

⁶⁶⁴ BIBOMBE-MUAMBA, *Op.cit.*, p. 119.

⁶⁶⁵ Exposé des motifs de la révision du 15 mai 1974 de la Constitution de 1967.

⁶⁶⁶ Article 66, Loi du 15 août 1974.

effet, il avait pour mission d'assurer le contrôle politique des décisions juridictionnelles ; il pouvait suspendre l'exécution de toute décision de justice et en requérir modification par la Cour suprême de justice ; il pouvait émettre des directives ayant le caractère de règlement général en vue d'assurer l'unité de la jurisprudence. Les juridictions ne pouvaient s'en écarter que moyennant « décision spécialement motivée »⁶⁶⁷. Le Président du Conseil judiciaire participait aux délibérations du Conseil exécutif (ou gouvernement).

481. A la suite de la révision du 15 novembre 1980, le Conseil judiciaire occupait la 8^e place après les sept organes du M.P.R. ci-après : le Président du M.P.R., Président de la République ; le Congrès ; le Comité central ; le Bureau Politique ; le Conseil législatif ; le Comité exécutif et le Conseil exécutif⁶⁶⁸. Après la révision du 31 décembre 1982, le Conseil judiciaire a occupé la 7^e place, le Comité exécutif du M.P.R. ayant été supprimé⁶⁶⁹. Le Président du Conseil judiciaire était le Procureur général de la République près la Cour suprême de justice. Il disposait d'un pouvoir hiérarchique sur tout le personnel judiciaire, y compris les magistrats du siège et ceux du parquet. Il avait aussi les attributions de Commissaire d'Etat à la justice (Ministre de la Justice)⁶⁷⁰.

482. Une restructuration du Conseil judiciaire a été opérée par la loi n°86/006 du 23 novembre 1986. Il était désormais composé du Bureau, du Conseil supérieur de la magistrature et de l'Assemblée générale. Si la structure a été élargie, elle n'en a pas moins continué à être soumise au pouvoir politique. A titre d'illustration, le Bureau du Conseil judiciaire comprenait :

- « 1°) Un Président, qui est de droit le Commissaire d'Etat à la justice ;
- 2°) un Premier Vice-président, qui est de droit le Premier Président de la Cour suprême de justice ;
- 3°) un deuxième Vice-président, qui est également de droit le Procureur général de la République ;
- 4°) un premier secrétaire-rapporteur, en la personne du bâtonnier national ;

⁶⁶⁷ Article 98 de la Loi du 15 août 1978.

⁶⁶⁸ Article 3 de la Loi n°080-012 du 15 novembre 1980 modifiant et complétant quelques dispositions de la Constitution.

⁶⁶⁹ Article 1^{er} de la Loi n°82-004 du 31 décembre 1982 portant modification de certaines dispositions de la Constitution.

⁶⁷⁰ Ceci a été modifié plus tard suite aux abus constatés dans l'exercice de ces nombreuses et importantes attributions, BIBOMBE-MUAMBA, *Op.cit.*, p. 120.

5°) un deuxième secrétaire-rapporteur, en la personne de l'auditeur général des Forces armées zaïroises »⁶⁷¹.

483. Dans ce contexte, le Président du Conseil judiciaire ou toute autre autorité politique ayant les faveurs du Parti pouvait facilement obtenir qu'une décision administrative litigieuse échappe à l'annulation ou carrément au contrôle du juge administratif. Le juge n'était pas dans les conditions nécessaires pour apprécier, objectivement et en toute indépendance, la légalité d'un acte administratif. La soumission du pouvoir judiciaire au pouvoir politique a juridiquement pris fin avec la suppression du parti unique et la consécration du libéralisme politique dans les textes constitutionnels ultérieurs (1993 à nos jours).

2°. Le statut des magistrats

484. L'ancienne loi de 1988 portant statut des magistrats comportait des dispositions qui sont manifestement contraires à l'indépendance de la magistrature. Elle disposait, parmi les conditions de recrutement du magistrat, qu'il faut « être un bon militant du Mouvement populaire de la révolution et jouir d'une parfaite moralité attestée soit par un certificat délivré par une autorité administrative soit, par un extrait du casier judiciaire »⁶⁷². Cette disposition imposait clairement l'adhésion du magistrat au parti politique mais également une participation active au sein du parti. L'exigence d' « être un bon militant », susceptible de multiples interprétations du fait de son caractère vague, pouvait être et a été un instrument efficace de chantage sur les magistrats. Il suffisait de considérer le zèle d'un magistrat dans l'instruction d'une affaire dans laquelle l'acte ou l'agissement d'une autorité politique est mis en cause pour que cela soit considéré comme un défaut de militantisme. Le serment d'entrée en fonction du magistrat consistait à jurer fidélité au Président du M.P.R. avant de jurer obéissance aux lois⁶⁷³. Cela fait apparaître clairement que le Président de la République était placé au dessus des lois de la République. La loi indiquait, parmi les devoirs du magistrat, l'obligation de « faire montre, en toute circonstance, d'un engagement sans faille aux idéaux du Mouvement populaire de la révolution »⁶⁷⁴. Ce système a heureusement pris fin avec l'abrogation de la loi de 1988 par la nouvelle loi de 2006.

⁶⁷¹ *Ibidem*.

⁶⁷² Article 1^{er}, 4, de la loi de 1988 portant statut des magistrats.

⁶⁷³ Article 5 de la loi de 1988 portant statut des magistrats.

⁶⁷⁴ Article 58, alinéa 2, de la loi de 1988 portant statut des magistrats.

485. Une difficulté demeure réelle cependant. C'est le fait que le magistrat est nommé et relevé de ses fonctions par ordonnance du Président de la République contresigné par le Premier ministre qui sont tous deux membres du pouvoir exécutif⁶⁷⁵. Ce pouvoir de nomination et de relèvement de fonction octroie au pouvoir exécutif un réel ascendant sur le pouvoir judiciaire et sur ses membres. Dans le concret, le magistrat demeure sous une dépendance réelle, affichée ou non selon les cas et les circonstances, à l'égard du pouvoir de nomination. Le système prévu par le Constituant de 2006, et ceux qui l'ont précédé d'ailleurs, pour garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire est de mettre en place un Conseil supérieur de la magistrature dont, entre autres missions, la gestion de la carrière des magistrats. Le constituant a doté ledit Conseil d'un pouvoir de proposition au Président de la République de nomination et de relèvement de magistrats de leurs fonctions. La garantie de ce mécanisme résiderait dans le fait que le Président de la République est lié par la proposition du Conseil supérieur de la magistrature. Concrètement, nul magistrat ne peut être nommé ni relevé de ses fonctions si ce n'est sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature, organe de gestion du corps des magistrats qui en maîtrise suffisamment les problèmes et les besoins et qui est à mesure de gérer en toute objectivité la carrière du magistrat.

486. Ce postulat comporte une part importante de vérité. Mais il doit être relativisé dans la mesure où le Président de la République dispose d'une emprise réelle sur la composition du Conseil supérieur de la magistrature et donc d'une influence significative sur ses délibérations. Le Conseil supérieur de la magistrature est composé de chefs de toutes les hautes juridictions et des chefs d'offices de parquet près ces juridictions, de chefs de juridictions de rang de Cour d'appel et de chefs d'offices de tous les parquets près ces juridictions, de représentants de magistrats par ressort de Cour d'appel et de Cour militaire. Le CSM est présidé, de droit, par le Président de la Cour Constitutionnelle. En attendant l'installation de la Cour constitutionnelle, il est présidé par le Premier président de la Cour suprême de justice. Au vu de la culture juridique prédominante, il est impensable que le Premier président de la Cour suprême de justice, nommé par le Président de la République, puisse être suffisamment indépendant à son égard. Le Président de la République dispose d'une sorte de choix discrétionnaire des magistrats à nommer surtout quand il s'agit de chefs de hautes juridictions. Même si la proposition de nomination qui émane du CSM lie le Président de la République, ce dernier conserve le droit de refuser la proposition. Cela signifie

⁶⁷⁵ Article 82, alinéas 1^{er} et 2, de la Constitution du 18 février 2006.

concrètement que la personne nommée est celle qui est acceptée par le Président de la République. L'exposé des motifs de la loi sur le Conseil supérieur de la magistrature dit que ce dernier « peut formuler des observations sur les propositions qui lui sont adressées ». Il n'est dès lors pas étonnant que les magistrats choisissent systématiquement de ménager le pouvoir exécutif, surtout quand c'est le pouvoir de nomination. Bref, le pouvoir exécutif, dans le cadre de la culture juridique prédominante au Congo, a la pleine possibilité de dicter une proposition au Conseil supérieur de la magistrature. Il peut même, dans certaines circonstances difficilement concevables sur le plan juridique, se passer de la proposition du Conseil supérieur de la magistrature et néanmoins nommer ou relever de leurs fonctions des magistrats.

487. Cette attitude s'est parfaitement observée dans les affaires de nomination et de révocation des magistrats en 1998 et en 2008. En 1998, 315 magistrats ont été révoqués à la suite d'une motivation globale de corruption, de moralité douteuse et d'incompétence notoire. La décision de révocation avait été prise en dehors de toute proposition du Conseil supérieur de la magistrature⁶⁷⁶. Saisie en annulation, la section administrative de la Cour suprême de justice a prononcé un arrêt d'irrecevabilité fondé sur la théorie des actes de gouvernement. Dans cette affaire, il apparaît que c'est la peur des représailles du pouvoir politique qui a déterminé la Cour à se déclarer incompétente, en prétextant l'application de la théorie des actes de gouvernement pour ne pas avoir à subir une confrontation avec le régime révolutionnaire de Laurent-Désiré Kabila. Par ailleurs, le fait que les magistrats qui ont été saisis de l'affaire sont les anciens collègues de requérants à la différence que eux avaient été nommés ou promus par l'ordonnance de 1998 attaquée en annulation. Ils ne pouvaient raisonnablement accepter de ruiner la décision qui les a gratifiés de hautes charges au sein de la magistrature ou porter une critique envers le Président de la République avait décidé en leur faveur⁶⁷⁷.

488. Une série d'ordonnances ont été prises en date du 9 février 2008 portant nomination, démission d'office et mise à la retraite de certains magistrats⁶⁷⁸. Ces ordonnances nommaient,

⁶⁷⁶ Jean-Pierre KILENDA KAKENGI BASILA, *L'Affaire des 315 magistrats de Kinshasa. Une purge néo mobutiste*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 108.

⁶⁷⁷ Sur cette affaire, Jean-Pierre KILENDA KAKENGI BASILA, *L'Affaire des 315 magistrats de Kinshasa. Une purge néo mobutiste*, Paris, L'Harmattan, 2004.

⁶⁷⁸ Ordonnance d'organisation judiciaire n°08/010 du 9 février 2008 portant mise à la retraite des magistrats du siège ; Ordonnance d'organisation judiciaire n°08/011 du 9 février 2008 portant mise à la retraite des magistrats du ministère public ; Ordonnance d'organisation judiciaire n°08/012 du 9 février 2008 constatant la démission

entre autres, le Premier Président de la Cour suprême de justice et le Procureur général de la République, les plus hauts magistrats du pays. Ces ordonnances ont été prises en dehors de la proposition du Conseil supérieur de la magistrature. Lesdites ordonnances ont ainsi motivé l'inobservation de la prescription de requérir la proposition du Conseil supérieur de la magistrature : « Attendu que les circonstances exceptionnelles ne permettent pas de réunir le Conseil supérieur de la magistrature non encore mis en place ; Vu la nécessité et l'urgence ; Sur proposition du Ministre de la Justice et des droits humains ; Le Conseil des ministres entendu ».

489. Ces décisions posent une série de questions de droit. Etait-il conforme à la Constitution et à la loi de déroger à l'obligation de requérir la proposition du Conseil supérieur de la magistrature ? Ni la Constitution ni la loi ne semblent autoriser cette dérogation. Y avait-il nécessité et urgence comme cela est mentionné dans les ordonnances ? Difficile de le savoir parce que ces circonstances n'ont pas été établies dans la motivation des décisions. Il aurait été plutôt plus conforme à la Constitution et à la loi d'attendre la mise en place du Conseil supérieur de la magistrature pour prendre ces décisions. Et même si la nécessité et l'urgence pouvaient être réellement établies, appartenait-il au Ministre de la Justice, membre du pouvoir exécutif de proposer la nomination ou la révocation des magistrats qui sont eux membres du pouvoir judiciaire ? Il aurait été plus conforme à l'esprit de la Constitution de requérir ces propositions de membres du pouvoir judiciaire eux-mêmes réunis dans une formation faisant fonction de Conseil supérieur de la magistrature pour éviter des suspicions inévitables lorsque la proposition provient d'un membre du pouvoir exécutif, en l'occurrence le Ministre de la Justice.

490. Les magistrats nommés ou promus dans ces conditions n'ont pas été présentés par le pouvoir judiciaire. Leur choix a reposé totalement sur le bon vouloir du pouvoir exécutif qui a soumis la proposition et qui a nommé. En outre l'urgence et la nécessité ont été invoquées mais elles n'ont jamais été établies de même qu'il n'a jamais été établi que ces circonstances étaient de nature à entraîner une dérogation à la procédure constitutionnelle de nomination des magistrats. L'on imagine mal dans les conditions ci-haut décrites l'exercice serein du contrôle

d'office de certains magistrats ; Ordonnance d'organisation judiciaire n°08/013 du 9 février 2008 portant nomination des magistrats du siège ; Ordonnance d'organisation judiciaire n°08/014 du 9 février 2008 portant nomination des magistrats du ministère public ; Ordonnance d'organisation judiciaire n°08/015 du 9 février 2008 portant nomination d'un président de la Cour suprême de justice à titre posthume ; Ordonnance d'organisation judiciaire n°08/016 du 9 février 2008 portant nomination d'un premier avocat général de la République à titre posthume.

de la légalité de ces ordonnances de nomination par des juges qui en sont eux-mêmes bénéficiaires.

491. Il n'y a pas encore, à notre connaissance, de décisions judiciaires sur la légalité de ces ordonnances. Tout porte à croire cependant que, compte tenu de la culture juridique qui prévaut encore aujourd'hui et des conditions dans lesquelles ont été nommés les hauts magistrats de la Cour suprême, que cette dernière trouvera encore un subterfuge pour ne pas sanctionner l'illégalité de ces ordonnances en se réfugiant, comme elle l'a fait dans l'affaire des 315 magistrats, derrière la théorie des actes de gouvernement.

B. Les raisons de fait

492. Il n'est pas rare que le juge subisse des menaces, des chantages et mêmes des atteintes à sa personne, à son honneur ou à ses biens en rapport avec l'attitude qu'il affiche dans le règlement d'une affaire mettant en cause les intérêts des pouvoirs publics ou des personnalités politiques. Tous ces agissements ont pour effet de l'amener parfois à trancher le litige dans le sens qui lui est intimé. Un exemple historique, souvent cité, est celle de Marcel Lihau, premier Premier Président de la Cour suprême de justice en 1968, révoqué pour avoir refusé de suivre le Président Mobutu dans l'illégalité en condamnant irrégulièrement des étudiants en grève⁶⁷⁹. D'autres émettent comme hypothèse de cette révocation le fait que le haut magistrat aurait critiqué vivement le régime autocratique de Mobutu et son projet de se placer au dessus de la Constitution⁶⁸⁰. La conséquence de cette réelle emprise du politique sur le pouvoir judiciaire est que les juridictions sont complètement à la solde du pouvoir. La Haute Cour a été qualifiée même d'« une cour complaisante, opportuniste, singulièrement à l'égard du politique »⁶⁸¹.

493. La main du politique est souvent très visible dans certains arrêts rendus en matière administrative. Le tout récent arrêt Tshiaba Mbangama⁶⁸² qui a annulé la mesure de surséance de l'exécution de l'arrêt d'une Cour d'appel par le Ministre de la Justice témoigne de ces

⁶⁷⁹ http://fr.wikipedia.org/wiki/Marcel_Lihau (Consulté le 26 janvier 2010); <http://www.udps.org/Textes-Edit/in-memori-am-lihau.html> (Consulté le 26 janvier 2010).

⁶⁸⁰ José Patrick NIMY MAIDIKA NGIMBI, *Je ne renie rien. Je raconte...L'histoire d'un parcours sur un parcours d'histoires*, Paris, L'harmattan, 2006, p. 104.

⁶⁸¹ *Idem*, p. 103.

⁶⁸² CSJ, RA 850 – 21 janvier 2008, Tshiaba Mbangama c/Ministre de la Justice et Banque Commerciale du Congo.

pratiques d'ingérence du pouvoir politique dans la sphère du pouvoir judiciaire. Dans cette affaire, n'eut été le recours exercé devant la CSJ par la requérante, la Cour d'appel se serait certainement soumise à cette injonction qui viole pourtant le principe de la séparation des pouvoirs.

1.2. Le défaut d'indépendance à l'égard des justiciables et des tiers

494. Le juge congolais manque souvent d'indépendance en raison de la précarité matérielle de sa condition (A) et de sa prise en otage par les réseaux sociaux et familiaux (B). La conséquence qui en résulte est malheureusement le développement des comportements indignes au sein du corps de la magistrature (C).

A. Les raisons matérielles

495. Le secteur de la justice n'est pas épargné par le phénomène global de la corruption qui mine la République démocratique du Congo. Ce mal résulte de plusieurs facteurs dont celui de la précarité des conditions matérielles. Même si les textes consacrent le droit pour le magistrat à un traitement décent et à de nombreuses allocations et avantages sociaux⁶⁸³, cela est loin d'être effectif. Le lot quotidien est celui de la modicité ou de l'irrégularité des salaires et autres avantages sociaux⁶⁸⁴, ce qui a comme conséquence d'exposer même les plus vertueux à la redoutable tentation de la corruption. Ventre affamé n'a point d'oreille, dit un adage fort bien connu. Le juge congolais ne jouit pas de son indépendance matérielle ou financière. Il ne vit pas à l'abri du besoin. Il est, selon l'expression courante, « clochardisé ». Il est réduit à se poser perpétuellement la question de savoir comment il va survivre et comment il va remédier à ses besoins les plus élémentaires. Ces préoccupations matérielles, souvent pressantes, ne doivent pas faciliter la concentration dont il a constamment besoin pour son travail qui est essentiellement de nature intellectuelle. Les magistrats sont souvent en grève pour des raisons salariales. Une nouvelle pratique dans la revendication vient de faire jour. Les magistrats de la ville de Bukavu, réunis dans leur syndicat, ont décidé de porter plainte pour détournement d'une partie de leurs salaires à charge d'un comptable du Conseil supérieur de la magistrature.

⁶⁸³ Articles 20 et s. de la loi de 2006 portant statut des magistrats.

⁶⁸⁴ http://www.globalrights.org/site/DocServer/SOS_WebFinal_Introduction.pdf?docID=3778 (consulté le 26 janvier 2010) ; <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/cfc1f8787752a093c1256b790046078b?Opendocument> (consulté le 26 janvier 2010)

La pratique dénoncée consisterait, depuis plusieurs mois, à payer un salaire incomplet aux magistrats sans explication aucune⁶⁸⁵. Ce fait, parmi tant d'autres, démontre à suffisance qu'en raison d'irrégularités de toutes sortes, les magistrats n'ont pas toujours un salaire régulier et suffisant.

B. Les raisons sociales

496. Dans le contexte de la plupart des pays jeunes, tous les secteurs de la vie publique et privée sont fortement tributaires des réseaux sociaux qui commandent, d'une manière complexe, parfois imperceptible mais certaine, toutes les activités. La règle de droit s'efface « au profit d'un arrangement fondé sur des considérations sociales » y compris dans les rapports avec l'administration⁶⁸⁶. Le secteur de la justice est particulièrement concerné. Les juges sont l'objet d'une multitude de sollicitations de tous genres auxquelles ils se sentent très souvent obligés d'accéder. Cela se traduit très concrètement par le trafic d'influence et pour le juge par une série d'indélicatesses et même d'infractions passibles de la prise à partie. Ce sera tantôt le rejet non motivé d'une requête, le gel des affaires qui se traduit par l'absence de jugement pour une affaire prise en délibéré depuis très longtemps, le fait de donner gain de cause à celui qui a manifestement tort, etc.

C. Les antivaleurs au sein de la magistrature

497. Pour les raisons évoquées ci-haut, la magistrature congolaise est minée par des antivaleurs de toute sorte. Il s'agit de la corruption, de la concussion, de déni de justice et d'autres maux qui ne sont pas de nature à garantir le sérieux du travail normalement assigné à un juge. Ce sont des maux qui ont, en plus, un impact très négatif sur la qualité technique des arrêts⁶⁸⁷. Le Ministère de la justice le reconnaît dans ce tableau sombre qu'il peint : « L'appareil judiciaire congolais souffre de corruption, d'une faible productivité et de

⁶⁸⁵ http://www.radiookapi.net/index.php?i=53&l=0&c=0&a=24055&da=&hi=0&of=3&s=&m=2&k=0&r=all&sc=0&id_a=0&ar=0&br=qst (consulté le 23 juillet 2009).

⁶⁸⁶ Saïd Hassane SAÏD MOHAMED, « Les difficultés d'éclosion de la justice administrative en Afrique francophone. L'exemple des Comores », déjà cité, p. 12 ; Gérard CONAC, « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone » in *L'état de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p.18.

⁶⁸⁷ Dans sa circulaire du 14 septembre 1989, le Président du Conseil judiciaire, N'singa Udjuu, mettait les magistrats en garde contre des décisions de justice dont la qualité laissait planer des doutes quant à la moralité des magistrats qui les avaient rendus. Voir à ce sujet, Jean-Pierre KILENDA KAKENGI BASILA, *L'Affaire des 315 magistrats de Kinshasa. Une purge néo mobutiste*, déjà cité, p. 219.

décisions judiciaires de faible qualité (peu ou pas de motivation, délais de jugement dépassés, etc.). Les statistiques judiciaires ne sont pas tenues, les décisions sont insuffisamment motivées, des dossiers sont perdus lors de leur transmission et il n'y a que rarement un suivi de l'exécution des jugements »⁶⁸⁸. En effet, il est impossible de se concentrer correctement à l'examen de questions juridiques délicates lorsque l'esprit est plutôt occupé à des combines louches et intéressées. Cette gangrène qui caractérise aujourd'hui la magistrature congolaise est dénoncée par des observateurs internationaux, par l'opinion publique nationale et il est même très significatif qu'elle ait été dénoncée par le Président de la République. Les révocations et démissions d'office massives des magistrats du siège et du parquet intervenues tout récemment témoignent de la réalité et de l'ampleur du problème. Il y a lieu de parler d'une purge au sein de la magistrature au regard du nombre élevé de personnes frappées : la révocation de 84 magistrats du siège⁶⁸⁹ et de 12 magistrats du parquet⁶⁹⁰ ainsi que la démission d'office de 7 magistrats du siège⁶⁹¹ et de 8 magistrats du parquet⁶⁹². Ce qui réalise un total de 111 magistrats révoqués ou démis d'office de leurs fonctions en une seule fois.

498. Il ressort de la motivation des ordonnances ayant pris les mesures de révocation que les magistrats frappés s'étaient rendus coupables d'une série d'infractions dont le dol et la concussion et qu'il leur était reproché le déni de justice. Certains d'entre eux avaient été condamnés à des peines d'emprisonnement supérieures à trois mois, d'autres avaient été condamnés à l'issue de la procédure de la prise à partie. Les magistrats frappés de la mesure de la démission d'office sont ceux qui, bien que régulièrement nommés et affectés n'ont pas rejoint leur poste et n'ont pas donné de leurs nouvelles depuis de longues périodes.

499. Il est frappant d'observer que même de hauts magistrats de la Cour suprême de justice et du Parquet général de la République se retrouvent également en grand nombre parmi ceux qui ont été frappés. Cela permet de comprendre que le mal qui ronge la magistrature congolaise est très profond et plonge ses racines jusqu'au sommet des institutions judiciaires, niveau

⁶⁸⁸ Ministère de la Justice, Fiche de projet N 7.1, <http://www.justice.gov.cd/jdmdocuments/p7.pdf> (consulté le 26 janvier 2010).

⁶⁸⁹ Ordonnance d'organisation judiciaire n°09/054 du 15 juillet 2009 portant révocation des magistrats civils du siège.

⁶⁹⁰ Ordonnance d'organisation judiciaire n°09/055 du 15 juillet 2009 portant révocation des magistrats civils du ministère public.

⁶⁹¹ Ordonnance d'organisation judiciaire n°09/056 du 15 juillet 2009 portant démission d'office des magistrats civils du siège.

⁶⁹² Ordonnance d'organisation judiciaire n°09/057 du 15 juillet 2009 portant démission d'office des magistrats civils du siège.

auquel l'on est censé trouver le fleuron de la magistrature aussi bien en terme de compétence technique que d'intégrité morale.

2. L'insuffisance des ressources humaines, financières et matérielles

500. Les conditions de travail du juge congolais ne sont pas de nature à favoriser le travail intellectuel rigoureux que requiert le jugement d'une affaire et le jugement du pouvoir discrétionnaire en particulier. Les conditions ne favorisent pas la recherche. Des carences notables sont enregistrées au niveau des ressources humaines, financières et matérielles.

501. En ce qui concerne les ressources humaines, même si l'on a noté la faible saisine du juge administratif, il ne faut pas avoir l'impression qu'il est désœuvré. L'on se rappellera, en effet, que le juge congolais est polyvalent et intervient en toutes matières. Même s'il est peu sollicité en matière administrative, il est par ailleurs submergé de travail dans les autres matières spécialement dans le contentieux judiciaire. Les chiffres du ministère de la justice renseignent que tout le Congo, sur toute son étendue et avec sa démographie qui est aujourd'hui aux environs de 60 millions d'habitants, ne compte que 1650 magistrats en fonction soit une moyenne d'un magistrat pour 200 000 personnes⁶⁹³. C'est extrêmement insignifiant. Les magistrats congolais ne peuvent pas compter sur des assistants pour les aider à dégrossir les affaires.

502. Sur le plan financier, les juridictions souffrent de la carence des moyens et cette situation est reconnue par le ministère de la justice. La juridiction ne pourra pas souvent approfondir l'instruction d'une affaire de la manière la plus appropriée seulement parce que cela exigerait de déboursier des moyens dont elle ne dispose pas. Cela est d'autant plus frappant en ce qui concerne le contrôle du pouvoir discrétionnaire. En effet, dans la plupart des cas où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire, il s'agit parfois de domaines de haute technicité qui déborde les compétences du juge. Souvent la seule manière d'apprécier l'opération qui a été effectuée consiste à recourir aux lumières d'experts qui doivent être payés par la juridiction. A cause du défaut de moyens, le juge préférera souvent limiter son instruction et s'abstenir d'examiner l'appréciation faite en opportunité par l'administration.

⁶⁹³ http://www.justice.gov.cd/j/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=44&Itemid=91 (consulté le 26 janvier 2010).

503. Sur le plan matériel, les juridictions sont généralement dans une situation avancée de dénuement. Une bibliothèque bien fournie et à jour, l'outil informatique et l'accès internet, des bureaux bien équipés et confortables ainsi que des fournitures de bureaux font largement défaut. Les bibliothèques ne disposent que des vieux ouvrages et ne sont pas abonnées à des revues juridiques qui intéressent les matières dans lesquelles le juge est appelé à se prononcer au quotidien. Il arrive même que les juridictions manquent les textes légaux ou réglementaires en vigueur. Il manque aussi la jurisprudence d'autres juridictions ou d'autres pays.

Section III. Les limites liées à la procédure de contrôle

504. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire ne s'accommode pas d'un examen superficiel de la requête. Un examen approfondi est donc requis mais il exige certaines conditions de concentration et de contre vérification. Le cadre procédural s'entend de la procédure de recherche et d'examen des motifs. Les règles de procédure en vigueur relatives à la recherche des motifs ne permettent pas d'accéder de manière suffisante aux motifs (§1). D'autre part, les règles en vigueur relatives à la procédure d'examen de la requête ne permettent pas un examen affiné des motifs (§2). La faiblesse du contrôle des motifs justifie aussi le peu de rigueur dans la motivation des jugements qui est pourtant une garantie essentielle d'une bonne justice. L'on peut, dans ce cadre, déplorer que le contrôle juridictionnel des décisions du juge administratif, qui doit jouer un rôle capital dans l'impulsion du juge à améliorer son contrôle, soit malheureusement limité (§3).

§1. Une procédure sommaire de recherche des motifs

505. Les règles en vigueur relatives à la recherche des motifs ne permettent pas un accès suffisant aux motifs de l'acte. Cela est lié à la manière dont sont organisées l'exigence de dépôt du dossier administratif (1), l'instruction préparatoire (2), et l'instruction en audience (3).

1. L'exigence du dossier administratif n'est pas assortie de sanction

506. Le législateur congolais a prévu l'exigence du dépôt du dossier administratif. Cela permet au juge d'accéder plus facilement aux motifs qui ne figurent pas ou qui ne sont pas clairement indiqués dans l'acte attaqué. Mais il ne définit pas ce qu'il faut entendre par le

dossier administratif. L'on doit toutefois se garder de le confondre avec le dossier judiciaire. Ce dernier s'entend de la requête, de toutes les pièces qui l'accompagnent pour établir les allégations portées par la requête ainsi que de toutes les pièces de la procédure consécutives à l'exercice du recours. Le dossier administratif peut être rangé parmi les pièces qui viennent à l'appui des allégations contenues dans la requête. Mais plus spécifiquement, il s'agit de toutes les pièces, actes et rapports qui ont servi à l'établissement de l'acte attaqué devant le juge administratif. Son intérêt est dès lors évident pour retracer les motifs de droit et de fait qui sont à la base de l'adoption de l'acte attaqué.

507. La loi dispose que le dossier administratif doit être déposé au greffe de la section administrative dans le délai d'un mois à dater de la signification de la requête. Ce délai peut être prorogé d'un mois en faveur de personnes demeurant à l'étranger ou lorsque les nécessités de l'instruction le justifient par ordonnance motivée du Président de la section administrative⁶⁹⁴. La prévision d'un délai de dépôt se comprend car autrement il est difficile d'envisager le dépôt du dossier administratif en même temps que le dépôt de la requête. En effet, le dossier administratif est censé se trouver entre les mains de l'auteur de l'acte attaqué et non entre celles du requérant. Il est donc normal de laisser à l'auteur de l'acte le temps de s'organiser pour réunir le dossier relatif à l'acte attaqué avant de le déposer au greffe. Il sied de tenir compte de ce qu'il doit réaliser cette obligation parmi tant d'autres activités qu'il lui revient d'accomplir et qui peuvent s'avérer être tout aussi prioritaires. Il sied aussi de tenir compte de ce qu'un seul dossier peut servir de fondement à l'adoption de plusieurs actes dont certains seront l'objet de contestations et d'autres non. Il y a donc là un besoin d'effectuer un tri nécessaire et de prendre des copies. Pour toutes ces raisons, le délai d'un mois, assorti d'éventuelles prorogations, nous paraît raisonnable.

508. L'institution de l'exigence du dossier administratif accuse cependant des limites dans la mesure où ne sont pas précisées les sanctions en cas de non dépôt du dossier administratif ou en cas de dépôt tardif, c'est-à-dire, en cas de dépassement du délai d'un mois fixé par la législation. Ces limites semblent justifier le fait que presque en général les administrations dont les actes sont attaqués ne déposent pas le dossier administratif. Le juge est privé de ce fait de la possibilité d'accéder aisément aux motifs de l'acte. C'est peut être aussi pour cette raison que le juge ne mentionne pas, dans la motivation de ses arrêts, avoir cherché à accéder au

⁶⁹⁴ Article 79 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

dossier administratif. Cela ne le dédouane pas toutefois car il doit chercher les motifs quitte à signaler qu'il s'est buté au refus ou l'abstention de l'administration et de préciser les conclusions qui doivent être tirées de cette attitude.

2. Le caractère « éventuel » de l'instruction préparatoire

509. La loi prévoit que l'instruction préparatoire sur la requête introduite devant le juge administratif est effectuée par le Procureur général de la République. La Cour peut, si elle le juge nécessaire, demander au Procureur général de la République ou à un conseiller rapporteur de procéder à une instruction préparatoire complémentaire. L'institution de l'instruction préparatoire est capitale dans la mesure où c'est elle qui effectue le travail préalable à la décision juridictionnelle en mettant en lumière les problèmes de droit que l'affaire soulève et les solutions éventuelles qui peuvent y être proposées. En ce qui concerne la recherche des motifs, elle comporte l'avantage d'établir les motifs fixés dans l'acte attaqué, dans le dossier administratif ou de les compléter grâce aux mesures d'instruction. Il faut noter, à cet égard, que le législateur accorde les pleins pouvoirs d'instruction au Procureur général de la République et au conseiller rapporteur. Ils peuvent, dans le cadre de l'instruction, « ...correspondre directement avec toutes les autorités, leur demander ainsi qu'aux parties tout renseignement utile, se faire communiquer tous documents, entendre tout témoin, commettre des experts, déterminer leur mission et leur communiquer les pièces utiles et procéder sur les lieux à toutes constatations »⁶⁹⁵.

510. La grande limite de l'instruction préparatoire est qu'elle n'est qu'éventuelle. Elle dépend entièrement de l'appréciation du Procureur général de la République ou de la Cour. Ce caractère éventuel résulte de la loi qui dispose que le Procureur Général de la République, « ...après une instruction préparatoire éventuelle, rédige un rapport sur l'affaire »⁶⁹⁶. Elle dispose également que « Si la Cour estime qu'il y a lieu d'ordonner des devoirs d'instruction préparatoire nouveaux, elle désigne un conseiller pour y procéder ou charge le Procureur général de la République de cette mission »⁶⁹⁷. Il résulte de la loi que l'instruction préparatoire initiale comme l'instruction préparatoire complémentaire sont toutes deux

⁶⁹⁵ Article 81 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

⁶⁹⁶ Article 80 alinéa 1^{er} de loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

⁶⁹⁷ Article 80, alinéa 3, de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

éventuelles. Elles ne sont dans aucun cas imposées par la loi. Elles sont laissées à l'entière appréciation soit du Procureur général de la République soit de la Cour.

511. Cette liberté d'appréciation conférée dans le cadre de l'instruction préparatoire semble expliquer l'instruction presque toujours minimale qui est réalisée dans la pratique et qui ne permet pas d'accéder suffisamment aux motifs de la décision attaquée. A observer de près, l'on se rend compte que l'instruction préparatoire dépasse rarement le cadre du dossier judiciaire. Le rapport du Procureur général de la République tout comme celui du Conseiller rapporteur sont presque toujours limités à l'examen de la requête, des mémoires éventuels en réponse des défendeurs, des mémoires éventuels des parties intervenantes et de la décision attaquée. Rares sont les rapports qui mentionnent avoir consulté le dossier administratif, avoir entendu les parties ou avoir procédé à des enquêtes et autres investigations.

3. Le caractère limité de l'instruction à l'audience

512. La loi prévoit qu'à l'audience la Cour peut encore apprécier l'opportunité d'une instruction. L'intérêt de l'instruction à l'audience consiste en ce qu'elle peut servir à établir les éléments d'instruction fournis par l'instruction préparatoire. Elle peut en outre compléter ces éléments dans la mesure où ils s'avèrent insuffisants. La Cour dispose, à cet effet, de pleins pouvoirs pour ordonner une instruction complémentaire. Comme les instructions précédentes, celle-ci est encore une fois laissée à l'entière appréciation de la Cour. Elle n'est aucunement rendue obligatoire par la loi. L'on déplore, hélas, que dans la pratique, la Cour statue sur l'affaire uniquement sur la base de l'instruction sommaire du Procureur général et du conseiller rapporteur qui souvent ne mentionne pas avoir consulté le dossier administratif ou avoir entendu les parties. La Cour statue ainsi souvent sans avoir procédé à une instruction complémentaire uniquement sur la base de la requête en l'absence des parties et donc sur la base d'informations incomplètes.

§2. Une procédure sommaire d'examen des motifs

513. Il y a lieu également de déplorer le fait que la procédure d'examen de la requête favorise l'examen insuffisant des motifs à travers les phases qu'elle organise à cet effet. Cela est vrai pour l'examen de la requête à la phase préparatoire (1), pour l'examen de la requête en audience (2) et pour l'examen de la requête lors du délibéré (3).

1. L'examen de la requête à la phase préparatoire

514. La procédure de l'examen de la requête lors de la phase préparatoire ne donne pas suffisamment de garantie quant à l'étude approfondie de questions juridiques qu'elle est censée réaliser. L'examen de la loi et de la pratique confortent cette appréhension. La phase préparatoire de l'examen juridictionnel de la requête consiste généralement, en tout et pour tout, en l'examen de la requête par le Procureur général de la République (1.1). La loi prévoit qu'il peut y avoir éventuellement trois autres examens. Il s'agit de l'examen par un Conseiller rapporteur (1.2), de l'examen en Assemblée plénière (1.3) et de l'examen en Assemblée générale (1.4). Ces deux derniers n'ont, en pratique, presque jamais lieu.

1.1. L'examen de la requête par le Procureur Général de la République

515. La loi portant procédure près la Cour suprême de justice est la seule à ce jour qui contienne des dispositions sur la procédure en matière administrative applicable devant la section administrative de la Cour suprême de justice. Il n'existe pas de dispositions expresses en ce qui concerne la procédure devant les sections administratives des Cours d'appel. La loi portant procédure près la Cour suprême de justice prévoit que lorsque la requête et le dossier administratif ont été déposés au greffe, le dossier est transmis au Procureur général de la République pour rapport. La loi ne précise pas la manière dont le Procureur général de la République doit procéder à l'examen de la requête. Mais il apparaît que l'examen peut se limiter à l'étude de seuls éléments versés au dossier. L'instruction préparatoire n'est qu'éventuelle et dépend certainement de l'appréciation du Procureur général de la République. L'on remarque, dans la pratique, que l'instruction préparatoire n'a presque jamais lieu. Après son examen, le Procureur Général rédige un rapport qu'il transmet à la Cour⁶⁹⁸.

516. Les textes ne précisent pas quel doit être le contenu du rapport présenté par le Procureur général de la République. Dans la pratique, il rappelle les faits, les moyens des parties et propose une solution au litige. Il s'agit généralement d'un rapport sommaire.

⁶⁹⁸ Article 80 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

517. Après le premier rapport présenté par le Procureur général de la République, la Cour peut estimer nécessaire de faire procéder à de nouveaux devoirs d'instruction. Elle peut choisir dans ce cas de charger le Procureur général de cette mission ou de désigner un conseiller rapporteur à cet effet⁶⁹⁹. Il est donc possible que, dans une même affaire, le Procureur général soit amené à rédiger plus d'un rapport sur l'examen de la requête.

518. Dans le concret, ce n'est généralement pas le Procureur général de la République qui examine lui-même la requête et rédige le rapport. Il désigne presque toujours un magistrat du parquet qui procède à ces devoirs. Mais l'on constate que c'est souvent l'œuvre d'une seule personne. Il n'y a pas de juristes associés au parquet qui feraient le travail préliminaire de dégrossissement de l'affaire. Il n'y a pas non plus d'examen collégial de l'affaire avec d'autres membres du Parquet ou de la Cour sauf les hypothèses en réalité théoriques d'examen en Assemblée plénière ou en Assemblée générale. Le Parquet général de la République ne dispose pas de service spécialisé en matière administrative. Il est composé d'une section judiciaire et d'une section de l'action publique. C'est la section judiciaire qui donne son avis sur toutes les procédures introduites à la Cour suprême de justice, en ce compris les procédures en matière administrative, hormis les procédures relatives à l'exercice de l'action publique qui sont du ressort de l'autre section⁷⁰⁰. Au sein de chaque section, un magistrat est chargé de préparer des avis sur des dossiers mais il n'y a pas de réflexion en équipe sur les problèmes juridiques que pose une affaire particulière. Le rapport du ministère public ne donne lieu à aucune discussion ou vérification ni au sein du parquet ni par les membres de la Cour avant l'audience.

1.2. L'examen « éventuel » de la requête par un conseiller rapporteur

519. Dans le cas où la Cour estime nécessaire de nouveaux devoirs d'instruction, un conseiller rapporteur peut être désigné pour y procéder. L'on remarque toutefois que, dans la pratique, un conseiller rapporteur est toujours désigné car c'est avec son rapport que commence l'examen de la requête à l'audience. Comme le rapport du Procureur général de la République, le rapport du conseiller rapporteur est presque toujours sommaire. Il est réalisé exclusivement par le conseiller. Le conseiller rapporteur ne s'appuie pas sur des recherches préliminaires qui pourraient être réalisées par des juristes associés aux travaux de la Cour. Le

⁶⁹⁹ Article 80, alinéa 3, de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

⁷⁰⁰ Article 91 de l'Arrêté d'organisation judiciaire de 1979.

rapport qu'il produit n'est pas soumis à la discussion du Parquet général ni de magistrats de la Cour sauf les cas rarissimes de l'examen en Assemblée plénière ou en Assemblée générale.

1.3. L'examen « éventuel » de la requête en Assemblée plénière

520. La Cour suprême de justice peut se réunir en Assemblée plénière pour l'examen des dossiers judiciaires pour étudier les rapports établis par les conseillers rapporteurs. L'Assemblée plénière est la réunion de tous les magistrats du siège de la Cour suprême de justice⁷⁰¹. Les membres du Parquet général de la République peuvent être associés à la réunion en Assemblée plénière. Il peut être créé au sein de l'assemblée plénière des commissions spécialisées chargées d'approfondir des questions juridiques particulières. La loi ne précise pas de quelle manière se déroule l'examen à ce niveau ni comment doit être présenté le rapport qui en résulte. L'on peut toutefois constater que ce procédé comporte l'avantage d'être collégial. Le seul cas où la Cour a fait recours à ce procédé, dans l'échantillon que nous avons exploité, concerne une affaire où le renvoi à la plénière a été décidé pour « finalisation » sans autre précision sur les devoirs à réaliser⁷⁰².

1.4. L'examen éventuel de la requête en Assemblée générale

521. L'Assemblée générale est une réunion conjointe de la Cour suprême de justice et du Parquet général de la République. Elle se réunit dans les cas extrêmes où il ya notamment des décisions de principe à prendre, en cas de revirement de jurisprudence ou lorsqu'une décision de justice n'a pas apporté la paix judiciaire⁷⁰³. L'Assemblée générale est seule compétente pour prendre des décisions relatives aux orientations relatives à la jurisprudence de la CSJ et en ce qui concerne strictement la fonction judiciaire de la CSJ⁷⁰⁴. L'on peut remarquer qu'il s'agit ici de la reprise par la CSJ des pouvoirs qui étaient anciennement attribués au Président du Conseil judiciaire. Au stade actuel, nous n'avons pas trouvé de cas dans lesquels la CSJ aurait recouru à ce procédé d'examen de la requête en Assemblée générale.

⁷⁰¹ Article 10 de 5 juillet 1976 - ORDONNANCE 0166 du Premier président de la Cour suprême de justice modifiant et complétant le règlement d'ordre intérieur de la Cour suprême de justice.

⁷⁰² CSJ, RA 385/2004, Me Kabanga Mambo.

⁷⁰³ Article 15 de l'ordonnance du Premier président de la Cour suprême de justice modifiant le règlement intérieur.

⁷⁰⁴ Article 16 de l'ordonnance du Premier président de la Cour suprême de justice modifiant le règlement intérieur.

2. L'examen de la requête à la phase de l'instruction en audience

522. Les débats sur la requête sont succincts à l'audience. Dans l'ordre chronologique, il y a la lecture de son rapport par le Conseiller rapporteur, les observations orales des parties qui n'ont la parole qu'une seule fois, l'avis du ministère public et la clôture des débats. La procédure étant essentiellement écrite, les éléments de la requête ne sont pas largement débattus en audience. L'instruction par les juges occupe également une faible place. C'est rarement, lorsque la Cour estime que le dossier n'est pas en état d'être jugé qu'elle ordonne des devoirs nouveaux d'instruction. Mais dans le concret, il n'y a presque pas de discussion sur les questions juridiques que soulève la requête.

3. L'examen de la requête à la phase du délibéré

523. Seuls les magistrats du siège participent au délibéré. Les membres du parquet n'y sont pas admis. C'est une étape susceptible de susciter un débat sérieux sur les moyens de fait et de droit de la requête. L'intensité de ce débat dépend sans doute de caractéristiques propres à l'affaire. En principe, chaque juge, dans la formation collégiale fournit son analyse. L'on respecte la préséance dans la prise de la parole dans ces genres de séance. Les critères pris en compte sont ceux du grade, de l'ancienneté ou de l'âge. Les décisions sont prises après un vote. Mais généralement, ce sont les solutions préconisées par le rapport du ministère public ou celui des conseillers rapporteurs qui sont entérinées dans la décision définitive.

§3. Le contrôle des décisions du juge administratif est limité

524. L'insuffisance du contrôle juridictionnel qui porte sur les arrêts rendus par le juge administratif est l'un des facteurs explicatifs de la faible intensité du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Cette insuffisance se situe d'abord au niveau du juge administratif lui-même marquée par l'absence de la cassation administrative (1). Le dialogue entre le juge de cassation civile, le juge constitutionnel et le juge administratif est quasi-inexistant (2). Il n'y a pas encore d'influence notable du juge international sur le juge administratif (3).

1. L'insuffisance de contrôle au niveau des juridictions administratives : absence de cassation administrative

525. Nous visons ici les voies de recours organisées au niveau des juridictions administratives. Les seules voies de recours organisées contre les décisions administratives sont l'appel et la tierce-opposition. Elles sont elles-mêmes limitées. L'appel est interjeté devant la section administrative de la Cour suprême de justice contre les arrêts rendus par les sections administratives des Cours d'appel. Il s'agit là certes d'une occasion pour le juge d'appel de censurer l'arrêt rendu par le premier juge aussi bien en fait qu'en droit. Cette voie paraît plus avantageuse que celle de la cassation parce qu'elle revisite entièrement l'œuvre du premier juge. La limite principale de l'appel, en droit congolais, est qu'il ne concerne que les décisions rendues par les Cours d'appel. Or, l'on constate que les décisions rendues par les Cours d'appel sont de loin très peu nombreuses par rapport à celles rendues par la section administrative de la Cour suprême de justice. Pour rappel, cette section connaît en premier et dernier ressort les recours en annulation formés contre les actes des autorités administratives centrales ou des organismes décentralisés placés sous la tutelle de celles-ci. L'intérêt de censurer les arrêts rendus en matière administrative, est, dès lors, de toute évidence plus important pour l'œuvre de la Cour suprême de justice que pour celles des Cours d'appel. Les décisions rendues par la section administrative de la Cour suprême de justice ne sont susceptibles de réexamen que dans les rares cas où la tierce-opposition est exercée.

526. La tierce-opposition est formée par quiconque est préjudicié dans ses droits contre les arrêts prononçant annulation d'un acte, d'une décision ou d'un règlement d'une autorité publique s'il n'a été partie au procès ni personnellement ni par représentation, à moins qu'ayant eu connaissance de l'affaire, il ne se soit abstenu volontairement d'intervenir⁷⁰⁵. La tierce-opposition, contrairement à l'appel, offre l'avantage de permettre le réexamen des arrêts rendus par la section administrative de la Cour suprême de justice. Le désavantage qui y est attaché est qu'elle est limitée aux tiers et ne peut être exercée par les parties au procès initial. Ce n'est donc pas une voie de recours susceptible d'être exercée aussi systématiquement que l'appel.

⁷⁰⁵ Article 84, alinéa 1^{er}, de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

527. La cassation en matière administrative n'est pas prévue en droit congolais à l'exception des décisions de la Cour des comptes qui sont, par ailleurs, susceptibles de cassation devant la Cour suprême de justice, toutes sections réunies. La majorité d'arrêts rendus par la section administrative de la Cour suprême de justice ne sont donc pas l'objet d'un recours effectif. Aucun autre mécanisme juridictionnel, en droit interne, ne permet de revenir sur la décision ainsi rendue même s'il comporte des faiblesses évidentes.

528. L'exemple de la consécration des décisions mal jugées est celui de l'arrêt des 315 magistrats. La Cour avait refusé de connaître de cette affaire car ayant considéré que l'acte de révocation des magistrats avait les caractères d'un acte de gouvernement. Cette qualification a été fortement contestée car il apparaît aux yeux de tous qu'il ne s'agit là que d'un acte administratif qui n'est pas intervenu dans le cadre des rapports entre pouvoirs constitutionnels, qui cause grief aux droits garantis à des magistrats par le statut de leur profession. Aucune voie de recours n'a pu être exercée car il s'agissait d'un arrêt rendu en premier et dernier ressort. La crise engendrée par cette décision n'a pu être dénouée que par l'abrogation de l'acte à l'issue de négociations politiques. Si la cassation administrative était organisée, il est très certain que les victimes de cette décision auraient pu trouver un rempart utile dans cette voie.

2. L'absence de dialogue entre le juge de cassation civile, le juge constitutionnel et le juge administratif

529. L'on doit aussi déplorer l'absence de dialogue entre les juges internes. Il n'existe pas, pour ainsi dire, un enrichissement mutuel de différents juges par leurs jurisprudences respectives. Même si en raison de la différence des disciplines des controverses sont susceptibles de demeurer au niveau des approches et de définitions conceptuelles, l'on sait qu'il n'est pas dénué d'intérêt qu'un tel dialogue s'instaure.

3. L'absence d'influence du contrôle du juge international

530. Les décisions juridictionnelles congolaises ne sont pas encore suffisamment l'objet de critique devant le juge international. C'est pourtant là une réelle opportunité pour censurer les

irrégularités qui ne peuvent l'être au niveau interne à cause de l'épuisement de voies de recours. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des nations unies ou de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples peut avoir un effet important en termes de correction permanente de l'œuvre du juge. Les développements importants entraînés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits administratifs nationaux⁷⁰⁶ sont un exemple éloquent. L'influence positive pourrait procéder d'une jurisprudence éclairante sur le droit à un recours effectif, sur les garanties du procès équitable et sur le respect des droits garantis par les instruments juridiques internationaux ratifiés par le Congo.

531. Conclusion du deuxième chapitre. Ce chapitre a tenté de fournir l'explication de la faiblesse du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais. La cause n'est pas unique. C'est plutôt le résultat du concours de plusieurs facteurs les uns objectifs, les autres subjectifs. Ces facteurs tiennent aux limites liées au contexte sociopolitique, économique et culturel défavorable, aux limites liées au cadre du contrôle, plus précisément le cadre législatif et juridictionnel et aux limites liées à la procédure du contrôle, en raison du caractère sommaire de la procédure de recherche et d'examen des motifs et de l'insuffisance du contrôle des décisions du juge administratif. Ces facteurs agissent, pour certains cas de manière cumulée et pour d'autres de manière alternative.

532. Conclusion du deuxième titre. Le contrôle exercé par le juge congolais sur le pouvoir discrétionnaire en réalise un encadrement non négligeable. Mais, comparé aux systèmes juridiques occidentaux, l'intensité du contrôle exercé est encore faible. Il s'explique par une série de facteurs contextuels caractérisée par une faible mise en cause du pouvoir discrétionnaire, par l'inadaptation du cadre législatif et juridictionnel et par l'insuffisance de la procédure de contrôle des motifs.

533. Conclusion de la première partie. A l'issue de cette partie, l'on retiendra que la notion de pouvoir discrétionnaire demeure une notion complexe en droit administratif. Si sa compréhension sur le plan théorique ne pose plus de sérieux problèmes, il demeure toutefois malaisé d'en donner des contours précis dans les faits. La complexité de la notion conduit à la complexité de son contrôle juridictionnel. C'est un contrôle qui peut prendre plusieurs formes

⁷⁰⁶ A ce sujet, Stéphane BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

ou une intensité variable. Dans tous les cas, c'est un contrôle qui est plus délicat que celui qui porte sur les actes de compétence liée. Il est toutefois important de noter que l'on ne saurait, sans risque de s'y méprendre, opposer radicalement le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée. Il est en effet difficile de définir la limite entre ces deux modalités de l'action administrative. Il y a une interdépendance entre les éléments liés et les éléments non liés de l'acte administratif. Cela a pour conséquence que le contrôle sur les premiers affecte nécessairement les seconds. C'est à partir de ce constat qu'apparaît clairement la distinction entre le contrôle indirect et le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Le premier est le plus facile, quoique plus limité, le second est le plus efficace quoique difficile à mettre en œuvre car plus exigeant. Il ressort de l'analyse de la jurisprudence congolaise que le juge administratif, pour différentes raisons, se limite au degré le plus simple du contrôle du pouvoir discrétionnaire à savoir le contrôle indirect. Le contexte du Congo ne favorise pas encore aujourd'hui l'essor du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Quoiqu'il en soit, le contrôle du juge congolais est un travail très louable si l'on doit tenir compte de toutes les contraintes qui l'entourent. Ce contrôle reste tout de même limité face aux défis du pouvoir discrétionnaire. Des raisons liées à l'état actuel du développement du droit congolais et du développement sociopolitique justifient qu'un contrôle très poussé ne soit pas encore possible. Mais, entretemps, des mutations importantes sont en train de se réaliser dans la société et dans le droit congolais qui obligent le juge administratif à améliorer sensiblement la qualité et l'intensité du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Pour y arriver, le juge administratif congolais doit surmonter les difficultés juridiques liées à sa connaissance du droit administratif, à ses procédés de contrôle, au cadre législatif du pouvoir discrétionnaire, au problème d'indépendance réelle du juge et aux difficultés matérielles et financières relatives à son environnement de travail. Il doit surtout développer des techniques de contrôle susceptibles d'atteindre directement le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Telles sont les pistes qui seront approfondies dans la seconde partie en vue de l'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais.

PARTIE II. L'AMELIORATION DU CONTROLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

534. Les limites du contrôle du juge administratif congolais sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration sont imputables, d'une part, à l'état de la législation et de l'administration de la justice, et de l'autre, aux techniques de contrôle mises en œuvre. Ainsi, l'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais est-elle tributaire des moyens dont certains sont d'ordre général et d'autres spécifiques au pouvoir discrétionnaire. Ces moyens seront examinés suivant la technique de l'entonnoir c'est-à-dire en partant de solutions de caractère général pour évoluer, progressivement, vers celles qui sont les plus spécifiques au pouvoir discrétionnaire. Les premiers moyens visent l'amélioration des conditions générales du contrôle juridictionnel de l'administration. En effet, le juge administratif doit exercer sa mission dans les conditions normales de toute activité juridictionnelle. Ces conditions ne garantissent, certes, pas par elles-mêmes la qualité du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Elles en constituent néanmoins un préalable nécessaire. Pour bien contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire, le juge administratif doit avant tout disposer de moyens nécessaires et bénéficier de toutes les garanties comme n'importe quel autre juge. Les conditions de bonne administration de la justice et la bonne qualité de la législation doivent ainsi être garanties (Titre I). Les moyens spécifiques sont ceux qui concernent particulièrement le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Deux propositions se présentent à ce niveau. La première consiste en l'amélioration du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire de l'administration que réalise déjà le juge administratif congolais. La seconde proposition est d'envisager la possibilité d'introduction, par le juge administratif congolais, dans son système de contrôle, de techniques de contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. En effet, et moyennant certaines réserves, la plupart de ces techniques sont susceptibles de s'appliquer sans difficulté juridique particulière dans le système juridique congolais compte tenu de la filiation qu'il entretient avec les systèmes juridiques qui les ont développées. Par ailleurs, le droit positif congolais, législatif ou jurisprudentiel, porte déjà largement l'empreinte des principes qui inspirent ces techniques de contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Des efforts d'appropriation seront toutefois nécessaires de la part du juge administratif congolais ainsi que de tous les autres acteurs de la justice administrative (Titre II).

TITRE I. LES CONDITIONS D'ORDRE GENERAL

535. Les faiblesses du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration sont issues, en partie, des causes générales de la faiblesse de tout contrôle juridictionnel. Il s'agit, entre autres, de mauvaises conditions de l'administration de la justice et de la qualité souvent déplorable de la norme que le juge est appelée à interpréter. Améliorer le contrôle du pouvoir discrétionnaire implique donc préalablement d'assurer de bonnes conditions d'administration de la justice et la bonne qualité des textes. L'amélioration du cadre juridictionnel sera ainsi proposée (Chapitre I) avant celle du cadre normatif (Chapitre II).

CHAPITRE I. LES CONDITIONS RELATIVES AU CADRE JURIDICTIONNEL

536. L'amélioration du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire requiert la réunion des conditions générales à toutes les juridictions, à savoir l'indépendance de la magistrature et les ressources humaines, matérielles et financières. En effet, le juge administratif congolais doit jouir d'une indépendance réelle pour exercer, avec l'audace nécessaire, le contrôle des appréciations en opportunité de l'administration. Un juge qui craint à tout moment pour sa sécurité physique ou matérielle ou qui est sous le joug du pouvoir politique développera systématiquement une réserve par rapport aux décisions de l'administration. D'autre part, le surcroît de travail dû à l'insuffisance du personnel et le manque d'équipement nécessaire sont susceptibles d'affecter négativement la qualité de l'œuvre du juge (Section I). L'amélioration du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire requiert, en outre, la réunion des conditions spécifiques à la juridiction administrative. Elles relèvent d'une exigence d'ordre technique. Il s'agit de la spécialisation de la juridiction administrative et de la spécialisation des juges en matière administrative. Le juge administratif doit justifier d'une solide compétence en matière administrative compte tenu de la complexité du droit administratif, en général, et de celle du régime juridique du pouvoir discrétionnaire, en particulier (Section II).

Section I. Les conditions communes à toutes les juridictions

537. Les conditions de l'indépendance du juge seront proposées en premier lieu (§1). L'on La nécessité de doter le juge de toutes les ressources susceptibles d'assurer l'exercice aisé de sa mission sera mentionnée ensuite (§2).

§1. L'indépendance du juge

538. L'indépendance du juge est une garantie fondamentale à l'exercice adéquat de toute mission juridictionnelle. Elle constitue, avec la compétence intellectuelle et professionnelle du juge, le gage de la qualité des décisions de justice. L'impartialité, garantie de l'objectivité du jugement, est impossible lorsque le juge manque d'indépendance. La problématique de l'indépendance est commune à tous les juges. Elle se pose, cependant, avec beaucoup plus d'acuité en ce qui concerne les juges administratifs. Ces derniers contrôlent, en effet, l'action administrative qui est le prolongement de l'action politique. Et c'est très inconfortable qu'ils soient « des personnes chargées de juger le pouvoir et qui sont en même temps à sa merci »⁷⁰⁷. Ils sont souvent perçus comme un obstacle au pouvoir qui, à l'occasion, multiplie les barrières à leur action. Cet état d'esprit est très présent au Congo comme dans la plupart des pays africains. C'est d'ailleurs beaucoup plus en fait qu'en droit que se pose aujourd'hui la problématique de l'indépendance du juge en général, et du juge administratif en particulier, au Congo. Contrairement à la France où l'on s'étonne d'ailleurs qu'« il existe très peu de garanties de droit et beaucoup de garanties de fait »⁷⁰⁸, au Congo il existe plutôt beaucoup plus de garanties en droit qu'en fait. La nouvelle loi relative au statut des magistrats de 2006 a supprimé l'inféodation et la soumission du juge au pouvoir politique organisées par la loi de 1988. Elle consacre, à travers une série de dispositions, les conditions de l'indépendance du juge notamment la garantie de l'inamovibilité. Mais, malgré la garantie juridique apportée par la nouvelle loi, l'indépendance du juge congolais est à ce jour encore largement mise à mal en raison des contraintes réelles auxquelles il fait encore face quotidiennement. Le travail à réaliser consiste donc essentiellement à rendre effectives les garanties juridiques d'indépendance consacrées par la Constitution et par la loi. L'indépendance doit être garantie aussi bien en droit qu'en fait⁷⁰⁹. Pour que le juge administratif congolais soit entièrement libre d'étendre son contrôle du pouvoir discrétionnaire au degré requis par le respect de la légalité, pour qu'il ait « le courage de décision »⁷¹⁰, il faut lui assurer l'indépendance à l'égard des

⁷⁰⁷ Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Op.cit.*, p. 552.

⁷⁰⁸ Guy BRAIBANT, Bernard STIRN, *Le droit administratif français*, 7^{ème} édition revue et mise à jour, Paris, Presses de Sciences politiques et Dalloz, 2005, p. 551 ; Pierre-Laurent FRIER, Jacques PETIT, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 383 ; Gustave PEISER, *Droit administratif général*, 21^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 221.

⁷⁰⁹ Jean RIVERO et Jean WALINE font remarquer, en effet, qu'« en fait, l'indépendance du Conseil d'Etat repose essentiellement sur une tradition plus efficace que bien des textes », *Op.cit.*, p. 519, n°592.

⁷¹⁰ Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays en voie de développement d'Afrique Noire francophone », p. 16.

contraintes politiques (1). Cet objectif doit se prolonger au plan matériel (2) ainsi qu'au plan de la sûreté physique (3).

1. Le juge doit être à l'abri des contraintes politiques

539. L'on doit se réjouir que le législateur congolais ait dépolitisé le statut du magistrat par l'adoption de la nouvelle loi relative au statut des magistrats de 2006. Cette loi est venue formaliser ce qui était déjà acquis, de facto, depuis le discours de feu le Président Mobutu du 24 avril 1990, qui avait annoncé la fin du régime du parti unique. Il reste cependant encore beaucoup d'efforts à réaliser pour pérenniser ces progrès car, les contraintes d'ordre politique sur l'action du juge, entendues au sens large comme provenant de toute personne investie d'un pouvoir public, sont encore d'une ampleur inquiétante. La réponse juridique fondamentale à cet épineux problème consiste essentiellement, à nos yeux, à assurer à la carrière du juge une gestion indépendante du pouvoir exécutif. L'indépendance du Conseil supérieur de la magistrature, organe constitutionnellement désigné pour cette gestion, doit elle-même être suffisamment garantie. La désignation autonome des responsables de cette institution par voie d'élection est un excellent moyen pour l'émanciper de l'emprise du pouvoir exécutif (1.1). Subsidiairement, il convient de veiller à l'application effective de mesures juridiques de la protection du juge dans l'exercice de leurs fonctions (1.2).

1.1. La désignation par élection des responsables du Conseil supérieur de la magistrature

540. La question de la suppression de l'emprise du pouvoir politique sur le pouvoir judiciaire et sur le juge est très délicate dans la mesure où il est difficile de réaliser concrètement l'absence totale d'influence entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Un système de recrutement et de promotion des magistrats qui échapperait complètement à l'emprise du politique ne relèverait que de l'idéal. En effet, le système électif comporterait l'inconvénient de rendre le juge dépendant des électeurs. La mise en œuvre du système électif pourrait, par ailleurs, s'avérer très coûteuse par rapport aux énormes difficultés économiques et financières que traverse la RDC. L'élection ne garantit pas toujours la prise en compte du critère de la compétence de l'élu, critère pourtant fondamental en ce qui concerne la fonction de juge.

D'autre part, évidemment, la nomination, sans réserves, par l'exécutif, placerait à son tour le juge sous l'influence du pouvoir⁷¹¹.

541. Le système équilibré de la nomination des juges par le Président de la République moyennant de garde-fous significatifs mérite ainsi d'être maintenu. En effet, quel que soit le système de désignation choisi, il y aura forcément des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, des « inévitables interférences »⁷¹². Il est normal que la nomination du personnel judiciaire, dont les magistrats, ressortisse à la compétence du pouvoir exécutif dans la mesure où il serait difficile de figer leur nombre à partir d'une loi surtout pour un pays qui est encore en pleine implantation de ses services et dont les « effectifs sont fréquemment sujets à modifications »⁷¹³. C'est le pouvoir exécutif qui est, « responsable, en dernière analyse, du maintien de l'ordre public »⁷¹⁴ auquel le pouvoir judiciaire concourt par sa mission de dire le droit. Le garde-fou habituellement posé pour contrer les vellétés d'abus du pouvoir exécutif consiste à organiser la nomination par le pouvoir exécutif sur présentation ou proposition des candidats par le pouvoir judiciaire et plus précisément par le Conseil supérieur de la magistrature. Ce garde-fou est une garantie très importante. La seule limite que l'on peut en craindre, légitimement, c'est que ses responsables ne soient pas eux-mêmes suffisamment indépendants du pouvoir exécutif surtout lorsque leur choix se fait à la discrétion de ce dernier. Dans ces conditions, la proposition de nomination ou de révocation présentée par un tel Conseil sera toujours suspectée de traduire l'allégeance de ses membres au pouvoir qui les a désignés. Le meilleur garde-fou est donc celui qui est le plus à mesure de conférer aux responsables du Conseil supérieur de la magistrature le sentiment qu'ils détiennent leur autorité et exercent leur mandat par la volonté de la Constitution et de la loi et non du bon vouloir du pouvoir exécutif⁷¹⁵. L'acte de nomination par le Président de la République ne doit être limité qu'au seul rôle de mise en œuvre de la volonté constitutionnelle et légale. Il ne doit aucunement revêtir le rôle d'un acte de gratification présidentielle aux personnes qui sont dans ses bonnes grâces.

⁷¹¹ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Les garanties de l'indépendance du juge en droit belge », *Revue de droit international et de droit comparé*, Numéro spécial de 1954, p. 162.

⁷¹² Pierre PIRON, *L'indépendance de la magistrature et le statut des magistrats*, Bruxelles, Académie Royale des sciences coloniales, Bruxelles, 1956, p. 6.

⁷¹³ *Idem*, p.10.

⁷¹⁴ *Idem*, p. 8.

⁷¹⁵ « L'efficacité et le rôle de ce Conseil dépendront de sa composition, du mode de désignation de ses membres, de ses compétences et de ses pouvoirs », Orlando AFONSO, « Le Conseil supérieur de la magistrature comme garant institutionnel de l'impartialité des juges et de l'indépendance de la justice », Rapport du Portugal, *Le rôle du Conseil supérieur de la magistrature*, Conseil de l'Europe, Madrid, 9-11 novembre 1993, p. 31.

542. L'élection des responsables du Conseil supérieur de la magistrature et des hautes juridictions par leurs pairs offre parfaitement cette garantie d'indépendance face au pouvoir exécutif. Plus concrètement, le système fonctionnerait de la manière ci-après. Le magistrat est toujours nommé par le Président de la République sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature. Mais, le Président de la Cour constitutionnelle, les Premiers-Présidents de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, les Procureurs généraux près la Cour constitutionnelle, près la Cour de cassation et près le Conseil d'Etat, qui sont les personnalités les plus influentes du Conseil supérieur de la magistrature, seront élus par leurs pairs. Le Président de la République prendra ainsi une ordonnance d'investiture à ces fonctions pour entériner le choix souverain fait au sein du corps de la magistrature. L'exercice de ces fonctions se fera dans le cadre d'un mandat d'une durée variable de 3 à 5 ans et qui sera renouvelable aussi longtemps que le magistrat sera en activité. Des conditions, notamment d'un grade déterminé, pour prétendre à l'exercice de ces fonctions au sein de la magistrature seront précisées par la loi. Ce système est, par ailleurs, déjà prévu par la Constitution pour la désignation du Président de la Cour constitutionnelle⁷¹⁶. Tel est aussi le cas en Belgique en ce qui concerne la désignation du Premier Président et des présidents de la Cour de cassation et des cours d'appel : « les cours élisent elles-mêmes parmi leurs membres leurs chefs »⁷¹⁷. Cela signifie que, conformément à la Constitution actuelle, le Conseil supérieur de la magistrature est indépendante du pouvoir exécutif étant donné qu'il est présidé par le Président de la Cour constitutionnelle, lui-même élu par ses pairs. Cette indépendance devrait, à notre avis, être renforcée par l'élection des autres chefs de hautes juridictions et parquets, membres du Conseil supérieur de la magistrature.

543. Ce mécanisme électif est susceptible de renforcer la confiance en soi de différents responsables du Conseil supérieur de la magistrature. C'est donc avec beaucoup d'indépendance que cet organe pourra faire des propositions de nomination, de retraite ou de révocation des magistrats sans avoir le sentiment de devoir nécessairement faire plaisir aux membres du pouvoir exécutif. Les dossiers dans lesquels seront mis en cause les pouvoirs publics seront de même examinés avec beaucoup de sérénité car il n'y a pas à craindre la foudre des pouvoirs publics qui pourrait se traduire par une révocation que le Conseil

⁷¹⁶ « Le Président de la Cour constitutionnelle est élu par ses pairs pour une durée de trois ans renouvelable une seule fois. Il est investi par ordonnance du Président de la République », article 158, alinéa 5, de la Constitution du 18 février 2006.

⁷¹⁷ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Les garanties de l'indépendance du juge en droit belge », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1954, p. 162.

supérieur de la magistrature pourrait être contraint de proposer. Cette solution comporte l'avantage de ne pas être coûteuse, de ne pas obliger une réforme constitutionnelle et de n'appeler qu'une décision législative.

1.2. La protection effective du juge dans l'exercice de ses fonctions contre l'emprise politique

544. Lever les faiblesses statutaires du juge face au pouvoir politique est une chose. Mais il faut également sanctionner effectivement les atteintes à son indépendance du fait de l'autorité politique dont il peut être l'objet dans l'exercice de ses fonctions. Le juge administratif, particulièrement, doit jouir de toute son indépendance tout au long de la phase de l'instruction de l'affaire ainsi que de la décision. L'instruction de l'affaire est une phase cruciale dans le processus du contrôle de la légalité. Elle est plus importante encore en ce qui concerne le contrôle de la régularité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. C'est à cette phase que le juge appréhende les motifs de droit qui ont fondé la décision mais aussi et surtout les motifs de fait qui sont la réelle mesure du degré du pouvoir discrétionnaire exercé par l'autorité administrative et par conséquent de l'intensité du contrôle susceptible d'être exercé par le juge⁷¹⁸. Pour que le juge administratif se prononce en parfaite connaissance de cause, il est indispensable qu'au cours de l'instruction il accède à toute information concernant les faits sans entrave aucune.

545. Certaines affaires sont tellement simples qu'il suffit seulement d'accéder à l'acte attaqué pour connaître tous les faits à la base de la décision. D'autres affaires sont plus complexes dans la mesure où les faits figurent dans une succession d'actes ou documents auxquels le requérant n'a pas eu forcément accès. Des documents comme les rapports d'enquête, d'expertise, les projets préparatoires à une décision sont souvent gardés par la seule administration dont l'acte est attaqué et qui peut parfois se refuser à les livrer lors de l'instruction en justice. Sur le plan formel, la législation congolaise est rassurante car elle offre des pouvoirs importants au juge en matière d'instruction. L'on peut distinguer à cet égard l'instruction préparatoire de l'instruction juridictionnelle. L'instruction préparatoire est menée par le Procureur général de la République ou par un conseiller rapporteur. Leurs pouvoirs d'instruction, grâce auxquels ils sont censés accéder à toute information utile, sont très larges. « Ils peuvent correspondre directement avec toutes les autorités, leur demander

⁷¹⁸ « Le degré de son contrôle sur l'appréciation des faits est la véritable mesure du contrôle du juge, parce que c'est sa principale variable », Serge DAEL, *Contentieux administratif*, Paris, Thémis, PUF, 2006, p. 179.

ainsi qu'aux parties tout renseignement utile, se faire communiquer tous documents, entendre tout témoin, commettre des experts, déterminer leur mission et leur communiquer les pièces utiles et procéder sur les lieux à toutes constatations »⁷¹⁹. La recherche des faits peut être complétée lors de l'instruction juridictionnelle. Le juge a la latitude de poser toutes les questions d'éclaircissement au requérant et au représentant de l'administration dont l'acte est attaqué. Point n'est besoin d'organiser la comparution forcée des parties car il s'agit avant tout d'un contentieux objectif où seuls des actes sont jugés et non des personnes. L'étape de la recherche des motifs de l'acte attaqué est un moment où le juge peut subir la pression du pouvoir pour ne pas approfondir les recherches surtout lorsque l'on veut couvrir un détournement de pouvoir.

546. La main du juge administratif ne doit pas être forcée lorsqu'il doit rendre sa décision. La meilleure garantie est celle qui concerne la manière dont s'organise le délibéré car c'est là qu'il décide en définitive sur la solution ultime par rapport au litige qui lui a été confié. La loi prévoit que le délibéré est secret et que n'y participent que les juges qui ont fait partie de la composition. Aucune personnalité extérieure, peu importe sa position, ne peut imposer sa présence au cours du délibéré. En outre, aucune injonction, même provenant de sa hiérarchie ne peut être faite au juge pendant le délibéré. Aucun autre moyen en dehors de ceux figurant sur la requête ne peut être reçu après la clôture des débats sauf les moyens d'ordre public⁷²⁰. Il ne faut toutefois pas négliger l'influence des pressions subies par le juge avant de se retrouver dans le secret du délibéré ou celles auxquelles il s'attend à la sortie. Telle est encore hélas la situation prédominante au Congo.

547. Pour donner au juge administratif plus d'assurance dans l'exercice de sa mission, il faut, outre les garanties liées à son statut, à l'instruction et à la décision, sanctionner effectivement le détenteur de l'autorité publique qui tente ou use effectivement de son pouvoir pour entraver l'indépendance et la liberté du juge dans l'exercice de son contrôle. La sanction pénale et la sanction disciplinaire sont certes difficiles à mettre en œuvre mais peuvent se révéler très efficaces. Etant donné que les pratiques de corruption et de trafic d'influence se sont érigées en système, il faut ajouter aux peines pénales et disciplinaires des actions de sensibilisation et de promotion de l'éthique professionnelle.

⁷¹⁹ Article 81 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

⁷²⁰ Articles 15 et 16 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

548. L'on peut poursuivre et sanctionner à ce niveau les actes positifs dont l'objectif est de dissuader le juge d'exercer son contrôle ou les abstentions qui empêchent le juge de disposer de l'information utile à son contrôle et plus globalement tous les agissements qui, d'une manière ou d'une autre, entravent le cours normal de la justice. Certains détenteurs de l'autorité publique peuvent user de leur position pour adresser des injonctions en ce qui concerne le cours à donner à une affaire en justice lorsque celle-ci concerne une décision qui engage l'institution publique qu'ils représentent. Cela peut prendre la forme de menaces, d'intimidations ou autres pressions sur la personne du juge administratif. Ces genres d'agissements sont pénalement répréhensibles car érigés en infractions⁷²¹. Leurs auteurs savent généralement que leur conduite est illégale. Les juges victimes des pressions, on s'en doute, connaissent également l'illégalité de ces comportements et la procédure pour arriver à la sanction. Donc, un juge ayant une forte personnalité et le courage nécessaire refusera de céder aux menaces et chantages et déclenchera la procédure des poursuites.

549. Mais très souvent la crainte de la perte de la vie, d'une position personnelle relativement confortable ou d'intérêts matériels fait que très souvent la raison cède le pas à la menace. L'auteur des menaces fait souvent partie d'un réseau très puissant comptant sur des « dignitaires » de la République, ceux-là mêmes qui sont censés, en ultime recours, assurer le respect de la loi ou de l'intérêt général. Il n'est pas rare que certaines personnes s'avouent carrément dans l'impossibilité de résister aux menaces étant donné qu'il s'agit de « tout un système » qui se protège et assure sa perpétuité.

550. Dans ces conditions, il est plus indiqué de renforcer la résistance individuelle des juges les plus courageux par l'action institutionnelle. Le Conseil supérieur de la magistrature, saisi de la plainte d'un juge victime d'une pression doit initier des poursuites contre l'auteur de ces pressions. En tant qu'institution, il est plus fort et moins vulnérable qu'un individu.

551. L'autorité administrative dont l'acte est attaqué est capable de cacher ou de retenir une information dont elle dispose pourtant. Elle peut commencer par retenir l'acte attaqué lui-même. Dans ce cas, la juridiction ne pouvant être valablement saisie qu'au vu de l'acte attaqué, il faut nécessairement la contraindre à produire ledit acte au lieu de sanctionner le

⁷²¹ Articles 159 et 160 du Code pénal congolais.

requérant par l'irrecevabilité pure et simple de sa requête. En effet, c'est ce dernier qui est doublement lésé car non seulement l'administration attaquée lui applique les effets de la décision mais, entretemps, il n'en a pas reçu signification pour pouvoir l'attaquer utilement devant le juge administratif. La meilleure solution consiste ici pour le juge à ordonner à l'autorité administrative la production de l'acte sous peine des poursuites pénales du chef d'abstention coupable de fonctionnaire⁷²².

552. L'autre cas de figure concerne le cas où l'autorité administrative se refuse à livrer un document ou toute information requise soit au cours de l'instruction préparatoire soit au cours de l'instruction juridictionnelle. L'on peut soit déclencher la procédure pénale pour la répression de l'abstention coupable de fonctionnaire soit, et ce c'est qui paraît le plus simple, retenir contre l'administration cet acte de refus en présumant l'illégalité de l'acte faute d'information contraire.

553. L'on peut viser les contraintes indirectes faites au juge par la voie de la corruption ou du trafic d'influence. Ce problème est réel compte tenu de l'expansion du phénomène de la corruption. Ce dernier s'est carrément érigé en système. Il fonctionne dans le cadre des réseaux et sous la forme d'une chaîne. L'autorité administrative est corrompue pour délivrer irrégulièrement un permis ; la personne lésée exerce un recours qui se solde par l'échec s'il ne corrompt pas lui-même au-delà de ce qu'a fait le bénéficiaire du permis. En désespoir de cause, la personne lésée introduit une requête en annulation auprès du juge administratif. Ce dernier peut être sollicité aussi bien par l'autorité administrative que par le bénéficiaire de l'acte pour rejeter cette requête souvent en contrepartie de promesses, sommes d'argent ou autres avantages. Il peut même subir la pression de leurs alliés occupant de hautes fonctions au sein du gouvernement, des assemblées législatives et même au sein pouvoir judiciaire pour qu'il rejette ladite requête. Cela constitue un véritable prisme infernal. La meilleure solution est de la part du juge de refuser de se laisser emprisonner dans ce cercle en dénonçant le mal et en faisant déclencher la procédure pénale.

554. Toutes les autorités administratives ne sont pas passibles de sanctions disciplinaires. C'est le cas notamment des autorités politiques qui ont une parcelle de pouvoir administratif. C'est le cas du Président de la République, des ministres et des gouverneurs de provinces. Par

⁷²² Article 150 g du Code pénal congolais.

contre toutes les autres, et elles constituent un très grand nombre, sont passibles de poursuites disciplinaires exercées soit par la voie de la tutelle soit par la voie hiérarchique. La seule dénonciation d'une entrave à la mission du juge est un fait capable de déclencher la poursuite disciplinaire si l'autorité compétente l'estime opportun. La loi prévoit dans certains cas des sanctions disciplinaires qu'encourent les auteurs de certaines infractions. A titre d'illustration, l'agent public qui a été condamné définitivement à une peine égale ou supérieure à trois mois, comme en cas de corruption ou de concussion, est révoqué d'office sur simple constatation de la condamnation⁷²³.

555. L'on peut recourir également à la sensibilisation et la promotion de l'éthique professionnelle. Le fait que les mauvaises pratiques se soient érigées en système réduit significativement l'efficacité des voies traditionnelles de sanctions pénales et disciplinaires. L'on doit beaucoup travailler au changement des mentalités dans le sens de supprimer la banalisation des pratiques de corruption et de trafic d'influence. La loi a déjà prévu un cadre pour la sensibilisation et la promotion de l'éthique professionnelle. Elle a institué à cet effet l'Observatoire du Code d'Ethique Professionnelle (OCEP, en sigle). La mission de l'OCEP est d'assurer dans les milieux professionnels et auprès du public la promotion, la diffusion, la vulgarisation et le suivi du Code de bonne conduite de l'agent public; de veiller à sa bonne application ; de proposer aux autorités compétentes les mesures appropriées pour en prévenir et sanctionner les violations ; de publier un rapport annuel sur l'application et l'efficacité du Code⁷²⁴. Cette institution est déjà à pied d'œuvre mais son action devra être multipliée et étendue sur l'ensemble du territoire de la République⁷²⁵. Le projet du Ministère de la Justice d'élaborer le code de déontologie des personnels de justice est à encourager⁷²⁶.

2. Le juge doit être mis à l'abri des besoins matériels

556. Des préoccupations pressantes d'ordre matériel annihilent souvent l'indépendance du juge de sorte qu'il ne peut résister aux offres ou aux promesses des justiciables. L'indécence ou le dénuement matériel sont justement de nature à exposer le juge soit à la démotivation complète pour le travail bien fait soit à monnayer les actes de sa fonction. Dans les deux cas la

⁷²³ Article 63, alinéa 3, de la loi portant statut du personnel de carrière de la fonction publique.

⁷²⁴ Article 28, alinéa 2, du Décret-loi 017-2002 du 3 octobre 2002 portant Code de conduite de l'agent public de l'Etat (*J.O.RDC*, n° spécial, 15 janvier 2003, p.4).

⁷²⁵ <http://www.digitalcongo.net/article/54881>

⁷²⁶ http://www.justice.gov.cd/j/dmdocuments/p7_3.pdf

rigueur et la qualité du travail du juge ne peuvent être garanties. Pour éviter ce double piège il faudra assurer au juge des garanties pécuniaires suffisantes pouvant lui permettre de mener une vie décente tout au long de sa carrière mais aussi pendant sa retraite.

557. La nouvelle loi sur le statut des magistrats a reconfirmé le principe d' « une rémunération suffisante à même de conforter l'indépendance du magistrat »⁷²⁷ déjà présent dans la législation antérieure. Le problème le plus crucial est l'ineffectivité de cette garantie. Beaucoup d'efforts doivent encore être consentis pour concrétiser les prévisions légales. L'on continue encore à compter essentiellement sur l'appui extérieur pour la rémunération des magistrats⁷²⁸. La gestion du budget du pouvoir judiciaire par le Conseil supérieur de la magistrature est, en partie, une solution dans la mesure où elle laisse présumer que des fuites des fonds dues à une gestion externe seront évitées⁷²⁹.

558. Les éléments du traitement du magistrat se regroupent en quatre catégories. Primo, le magistrat bénéficie d'une indemnité d'installation équivalente à six mois de traitement initial⁷³⁰. Il est prévu des frais d'équipement au moment du recrutement de l'agent⁷³¹. L'avantage de la loi actuelle est qu'il les prévoit expressément ainsi qu'en ce qui concerne les modalités de leur calcul.

559. Secundo, la loi dispose clairement que les magistrats bénéficieront d'une rémunération suffisante à même de conforter leur indépendance⁷³². Ce style traduit implicitement la reconnaissance que le traitement antérieur des magistrats n'était pas de nature à conforter leur indépendance. Le montant exact n'est pas déterminé.

⁷²⁷ Exposé des motifs de la loi portant statut des magistrats.

⁷²⁸ Voir le tableau global d'interventions des bailleurs internationaux en appui au secteur de la justice, http://www.justice.gov.cd/j/dmdocuments/Tableauesinterventions_partenaires.pdf

⁷²⁹ La gestion budgétaire interne par le pouvoir judiciaire ne doit toutefois pas être considérée comme la garantie certaine contre la fuite des fonds si l'on s'en tient aux récentes accusations de détournement de la rémunération des salaires des magistrats par un agent du Conseil supérieur de la magistrature. A ce sujet, « Bukavu: les magistrats vont porter plainte pour détournement de leurs salaires », 23 juillet 2009, sur http://www.radiokapi.net/index.php?i=53&l=0&c=0&a=24055&da=&hi=0&of=3&s=&m=2&k=0&r=all&sc=0&id_a=0&ar=0&br=qst

⁷³⁰ Article 20 de la loi portant statut des magistrats.

⁷³¹ Article 46 de la loi portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat.

⁷³² Article 25, alinéa 1^{er}, de la loi portant statut des magistrats.

560. Tertio, la loi prévoit une série d'avantages sociaux alloués en cours de carrière. Les avantages qui sont à caractère pécuniaire sont exempts de toute imposition⁷³³. Il s'agit des allocations familiales pour le conjoint du magistrat et les enfants à charge, l'indemnité de logement, à défaut d'être logé par l'Etat, les allocations d'invalidité, les frais funéraires pour lui-même, son conjoint et les enfants à charge, les frais de transport, à défaut d'un moyen de transport de l'Etat, les frais de rapatriement et les pécules de vacances.

561. Quarto, la loi consacre, au bénéfice des chefs de juridictions et d'offices des parquets, une indemnité de domesticité⁷³⁴. Il leur est donné également, comme dans l'ancienne loi, une indemnité de représentation équivalente à 10% de leur traitement initial.

3. La protection physique et morale du juge

562. L'amélioration des conditions sécuritaires du juge va de pair avec celle de tous les autres citoyens. Mais individuellement, le juge est la cible d'attaques dirigées contre sa personne en raison du rôle délicat qu'il a de départager des intérêts publics et privés en conflit. La loi prévoit que le juge a le droit de porter une arme de petit calibre⁷³⁵. Il s'agit là d'une avancée car dans la loi ancienne cette prérogative n'était pas mentionnée. Sous l'empire de la nouvelle loi, ce droit devient automatique. Le magistrat n'est plus obligé d'établir la preuve particulière de la crainte d'atteintes à sa vie ou à son intégrité physique comme cela est prévu par le régime commun. Ce dernier prévoit le port d'arme aux fins de protection individuelle⁷³⁶ mais précise que l'autorisation est révocable à tout moment⁷³⁷. Le juge doit également jouir, à l'instar des fonctionnaires publics soumis au régime général, de la protection par l'Etat contre des menaces et attaques dont il est l'objet dans l'exercice de ses fonctions⁷³⁸.

563. Dans le contexte réel du Congo, le seul port de l'arme n'est pas suffisant pour protéger le magistrat contre des atteintes à sa vie ou à son intégrité physique. Cette solution peut être complétée par des mécanismes appropriés d'agents de sécurité capables d'intervenir dans de

⁷³³ Article 25, alinéa 2, de la loi portant statut des magistrats.

⁷³⁴ Article 25, alinéa 3, de la loi portant statut des magistrats.

⁷³⁵ Article 19.5 de la loi portant statut des magistrats.

⁷³⁶ Article 17 de l'ordonnance-loi 85-035 du 3 septembre 1985 portant régime des armes et munitions (*J.O.Z.*, n°18, 15 septembre 1985, p. 7).

⁷³⁷ Article 26 de l'ordonnance-loi 85-035 du 3 septembre 1985 portant régime des armes et munitions (*J.O.Z.*, n°18, 15 septembre 1985, p. 7).

⁷³⁸ Article 55, alinéa 2, de la loi portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat.

courts délais mais également par le choix judiciaire du quartier dans lequel le magistrat est installé.

564. La loi actuelle ne vise pas expressément la protection de la réputation et de l'honneur du juge. Bien évidemment, le juge atteint dans sa réputation ou son honneur peut toujours recourir aux voies de droit commun notamment la sanction pénale de la diffamation, de l'imputation dommageable ou de l'outrage à magistrat. Il est souhaitable, toutefois, que l'Etat porte l'obligation de protéger le juge contre des atteintes à son honneur ou à sa réputation subies dans l'exercice de ses fonctions.

565. Puisque généralement le problème le plus important se situe au niveau de l'effectivité, il est impérieux que les pouvoirs publics développent des politiques capables d'assurer effectivement la sanction et la réparation des atteintes de tous ordres dont le juge administratif aurait été la victime.

§2. Les conditions et les moyens de travail

566. Le secteur de la justice est en pleine réforme à la suite du choix du constituant d'établir des ordres de juridictions autonomes dans le but d'assurer la meilleure administration de la justice. Il faut cependant anticiper les écueils qui ont limité le système précédent dont la singulière précarité des ressources humaines, financières et matérielles. Toute juridiction doit être dotée d'un personnel qualifié et suffisant. Il faut particulièrement insister sur la nécessité de doter le juge de collaborateurs capables de l'aider à réaliser un traitement rapide et soigné des affaires (1). La juridiction doit disposer des moyens financiers nécessaires à la réalisation de tous les devoirs d'instruction préalables à la décision (2). La juridiction doit disposer, enfin, de l'équipement matériel adéquat susceptible de lui permettre de réaliser aisément ses missions aussi bien de recherche que d'instruction (3).

1. Les ressources humaines de la juridiction

567. La juridiction doit être dotée d'un personnel suffisant et qualifié. Le juge doit justifier d'une compétence intellectuelle et professionnelle suffisante constatée à l'occasion de son recrutement et au fur et à mesure de l'évaluation de ses activités. La taille des effectifs est tout aussi importante. Il faut éviter que le juge, tout compétent qu'il puisse être, soit débordé par le

nombre d'affaires à traiter. La Commission permanente de réforme du droit congolais, un organisme spécialisé du Ministère de la Justice, qui s'est penchée sur les modalités d'installation des juridictions de l'ordre administratif⁷³⁹, a proposé que chaque tribunal administratif comporte 10 magistrats du siège, 5 magistrats du parquet, 7 greffiers et huissiers et 5 secrétaires du parquet. La Cour administrative d'appel serait composée de 8 magistrats du siège, de 4 magistrats du parquet, de 7 greffiers et huissiers et de 7 secrétaires de parquet. Il n'y pas de chiffres précis avancés en ce qui concerne le Conseil d'Etat. L'observation générale qui peut être faite à ce niveau est que les chiffres ont été avancés sans qu'il y ait eu préalablement une explication des critères sur lesquels ils ont été dégagés. Il est plus indiqué de partir des projections fondées sur la taille de la population et l'étendue du ressort de la juridiction pour envisager la quantité de recours possibles et leur fréquence. De telles données sont de nature à permettre d'envisager rationnellement le nombre des magistrats susceptibles de couvrir dans des délais raisonnables et avec les meilleures garanties de qualité les besoins de leur ressort. Cela correspond à la stratégie arrêtée par le ministère de la justice qui consiste en l'« augmentation et répartition rationnelle entre les juridictions des personnels judiciaires formés »⁷⁴⁰.

568. Il faut ensuite tenir compte du besoin du juge de s'appuyer sur le concours de collaborateurs. Pour des raisons évidentes de nombre et de complexité des affaires, le nombre généralement réduit des juges ne peut pas permettre un examen sérieux et approfondi. La réponse qui a été apportée à ce problème presque partout dans le monde est de doter les juges des collaborateurs connus sous différentes dénominations. Ils sont appelés assistants de justice⁷⁴¹, assistants juridiques ou référendaires. Leur tâche est d'assurer les premières recherches dans le but de dégrossir les affaires, la recherche de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine particulière applicable à telle affaire précise. Leur rôle revêt un grand intérêt dans l'optique d'une bonne administration de la justice : « assister le magistrat dans la procédure de confection de la décision »⁷⁴². Leur intervention permet au juge de gagner énormément de temps et de trouver rapidement la solution à l'affaire, grâce au

⁷³⁹ BALANDA MIKUI N LELIEL, « Les options ou orientations relatives aux juridictions de l'ordre administratif », Kinshasa, Inédit, 20 février 2006 ; COMMISSION PERMANENTE DE REFORME DU DROIT CONGOLAIS, « Rapport de l'atelier n°3 : Les juridictions de l'ordre administratif », Kinshasa, Inédit, 23 février 2007.

⁷⁴⁰ Ministère de la Justice, RDC, *Plan d'actions pour la réforme de la justice*, Kinshasa, 2007, p.30, <http://www.justice.gov.cd/j/dmdocuments/pdaction.pdf>

⁷⁴¹ Jean RIVERO, Jean WALINE, *Droit administratif*, 21^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006, p. 518.

⁷⁴² Raphaël MATTA-DUVIGNAU, « Les 'petites mains' des juridictions administratives : les assistants de justice », *Revue de recherches juridiques. Droit prospectif*, 2008-4, p. 2204.

matériau qui a déjà été préparé pour lui. Il agira ainsi comme un expert qui a développé l'art de dénicher la solution là où d'autres personnes, n'ayant pas les mêmes aptitudes, ne verraient qu'un assemblage de pièces sans lien évident. Le manque d'approfondissement dans le traitement des affaires par le juge congolais serait également dû au fait qu'il ne bénéficie pas de cet appui. Les collaborateurs du juge administratif devront, de préférence, être recrutés sur la base de leur connaissance éprouvée du droit administratif.

569. La Commission permanente de la réforme du droit congolais, dans le projet de loi sur les juridictions administratives a pensé à cette catégorie d'assistants des juges administratifs. Elle les a dénommés « conseillers référendaires ». Selon le projet de loi, ces conseillers référendaires seront recrutés parmi les magistrats civils du parquet ou du siège ou parmi des juristes sur la base de leurs publications par le Conseil supérieur de la magistrature et affectés au Conseil d'Etat pour une durée de trois ans renouvelable une seule fois. Ils seront recrutés au grade de conseillers à la Cour d'appel. Leur tâche consistera à assister les magistrats du Conseil d'Etat et du parquet général⁷⁴³.

570. Cette proposition est louable dans la mesure où elle répond à ce besoin d'appuyer le juge administratif par des assistants jouissant de compétences avérées. Des observations doivent être toutefois formulées au sujet des modalités d'appréciation de leurs compétences, de leur statut, de leur affectation au seul Conseil d'Etat et de la durée de leur mandat. En ce qui concerne leur compétence, l'exigence des publications ne paraît pas suffisante. Il est plus indiqué de déterminer le niveau de diplôme requis, une licence en droit nous paraît devoir être l'exigence minimale. L'on pourrait y ajouter l'exigence d'une capacité de recherche et d'analyse confirmée par la réussite à un test approprié et éventuellement établie par les publications réalisées. L'on pourrait considérer comme un atout, et non comme une condition exclusive, les publications réalisées dans le domaine du droit public et administratif.

571. En ce qui concerne leur statut, le texte, de part les expressions employées, semble leur conférer la qualité de magistrat. Il utilise l'expression de « conseillers référendaires » et prévoit qu'ils sont recrutés au grade de « conseillers à la Cour d'appel ». Cela est de nature à provoquer des fâcheuses confusions entre le statut des magistrats et celui de leurs collaborateurs. La prudence exigerait de les considérer pour ce qu'ils sont, à savoir des

⁷⁴³ CPRDC, Projet de loi sur les juridictions administratives, article 34.

juristes, fonctionnaires, qui assistent des juges dans leur mission non dotés de la qualité de juge. Il n'y a rien à voir entre ces référendaires et les référendaires du Conseil d'Etat belge qui sont des membres du Bureau de coordination et dont la mission est de « préparer la coordination et la codification de la législation »⁷⁴⁴. Ils sont plutôt comparables, au niveau du Conseil d'Etat belge, aux « *secrétaires d'administrations juristes*, qui sont chargés, un peu comme les référendaires à la Cour constitutionnelle ou à la C.J.C.E., d'assister les magistrats de l'auditorat et du siège dans le traitement d'affaires de routine, [...] »⁷⁴⁵. Il est toutefois loisible au législateur de consacrer une équivalence de grades entre les référendaires avec les conseillers à la Cour d'appel. Cette façon de faire comporte l'avantage d'éviter une confusion de statuts et de fonctions.

572. Prévoir ces juristes au niveau du Conseil d'Etat se justifie par la haute position de cette juridiction et le rôle d'unifier la jurisprudence administrative qui en est attendu. Mais le besoin de produire des décisions de bonne qualité est également ressenti au niveau de juridictions inférieures. Il faut, dès lors, recruter des juristes qui viendront en appui aux magistrats des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs. Il va de soi que le nombre et les exigences en termes de compétences pourraient être revues à la baisse au niveau de ces juridictions inférieures.

573. En ce qui concerne la durée de leur mission, la raison d'être de fixer le mandat à trois ans renouvelable une fois ne se comprend pas. Si le « conseiller référendaire » n'assume que la tâche d'appuyer les travaux des magistrats, il n'y a pas de raison valable de limiter son mandat tant qu'il continue à remplir les conditions exigées pour l'accomplissement de ses fonctions. Ces genres de fonctions, essentiellement techniques et administratives, ne doivent nullement être enserrés dans le cadre des mandats.

2. Les ressources financières de la juridiction

574. La précarité de ressources financières affecte négativement la qualité du travail du juge. Des devoirs importants sont négligés ou carrément abandonnés à cause du manque des moyens financiers pour y procéder. C'est le cas notamment des descentes sur les lieux, des enquêtes ou des expertises. L'autonomie financière du pouvoir judiciaire voulue par le

⁷⁴⁴ Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, p. 458.

⁷⁴⁵ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 158.

constituant est, peut-être, une solution à cet épineux problème. Le budget du pouvoir judiciaire sera désormais élaboré par le Conseil supérieur de la magistrature avant sa transmission au gouvernement pour inscription au budget général de l'Etat. Le premier président de la Cour de cassation en est l'ordonnateur⁷⁴⁶. Les mécanismes de la répartition des ressources au sein du pouvoir judiciaire entre les différents ordres de juridiction ne sont pas encore déterminés. Leur élaboration devra tenir compte de besoins réels à satisfaire pour permettre à chaque juridiction de remplir correctement sa mission.

3. Les ressources matérielles des juridictions

575. Il ressort de différents projets du ministère de la justice les objectifs de doter les juridictions de ressources matérielles suffisantes. Il s'agit, entre autres, de bâtiments, du matériel roulant, de mobilier, de fournitures de bureau, de l'équipement informatique et surtout de la documentation. Ces différents éléments sont indispensables pour que les juridictions puissent réaliser efficacement leur mission. Les facilités matérielles dont peuvent jouir les juges sont susceptibles de leur permettre de traiter dans les meilleurs délais et sérieusement les affaires qui leur sont soumises. Les juridictions doivent mettre à la disposition des juges et de leurs collaborateurs les outils de recherche les plus appropriés. Il s'agit d'assurer l'accès à la documentation la plus adéquate. L'accès aux textes normatifs internes et internationaux, aux réflexions doctrinales, à la jurisprudence nationale et étrangère, etc., doit être facile. Une bibliothèque doit être bien tenue. Il faut ajouter aussi la possibilité d'accéder aux ressources documentaires en ligne, c'est-à-dire par le biais de l'internet. L'équipement informatique est indispensable pour toute recherche sérieuse actuellement. C'est dans cette optique que doit se comprendre l'affirmation ci-après : « la qualité du droit congolais dépendra dans une large mesure de la disponibilité d'une doctrine nationale »⁷⁴⁷.

Section II. Les conditions particulières à la juridiction administrative

576. En plus des moyens communs à toutes les juridictions, la juridiction administrative requiert d'être aménagée au regard de la spécificité de sa mission. Elle est chargée du contrôle juridictionnel de l'administration agissant dans la sphère de ses prérogatives de puissance

⁷⁴⁶ Article 149 de la Constitution du 18 février 2006.

⁷⁴⁷ Johan M. PAUWELS, « L'adaptation du droit africain par voie jurisprudentielle : expérience et projets au Congo », *Revue congolaise de droit*, n°1, 1971, p. 87.

publique. Il est donc important d'avoir un juge indépendant et impartial en matière administrative⁷⁴⁸. La spécialisation de la juridiction administrative s'impose au regard du foisonnement et de la complexité sans cesse croissants du droit administratif⁷⁴⁹. La réforme instituée par la Constitution du 18 février 2006 a donné le ton de la spécialisation de la juridiction administrative⁷⁵⁰. Les vertus de la spécialisation ne doivent certes pas être surestimées. Elle comporte cependant l'avantage, dans le contexte du Congo, en particulier, et de nombreux pays africains en général, de favoriser l'appropriation du droit administratif⁷⁵¹. La réforme constitutionnelle, qui consacre clairement la spécialisation organique et fonctionnelle de la juridiction administrative, doit être saluée (§1). Toutefois, pour qu'elle soit complète et cohérente, elle doit intégrer la spécialisation du juge (§2).

§1. La spécialisation de la juridiction administrative

577. La réforme constitutionnelle consacre clairement la spécialisation organique (1) et fonctionnelle (2) de la juridiction administrative.

1. La spécialisation organique

578. L'esquisse de l'ordre juridictionnel administratif autonome est encore limitée aux prévisions constitutionnelles (1.1). La réforme n'est pas encore effective mais un projet de loi sur les juridictions administratives est déjà déposé au parlement en attente d'adoption (1.2).

⁷⁴⁸ Sur ce thème, Jean-Paul COSTA, « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par la Cour européenne des droits de l'homme. Brèves considérations », *AJDA*, 20 juin 2001, pp.514-518 ; Matthias GUYOMAR, « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par le Conseil d'Etat », *AJDA*, 20 juin 2001, pp. 518-525.

⁷⁴⁹ Jean-Marie WOEHLING, « L'administration et le contrôle juridictionnel en Europe. Construction progressive d'un modèle commun », déjà cité, p. 7 ; Jean-Marie BRETON, « Légalité et Etat de droit : statut et perception du juge de l'administration » déjà cité, p. 88 ; Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'Administration dans les pays en voie de développement d'Afrique Francophone », déjà cité, p. 15 ; Anicet ABANDA ATANGANA, *Op.cit.*, p. 141.

⁷⁵⁰ MATADI NENGA estime que les statistiques des recours en matière administrative et constitutionnelle ne justifient pas encore la création des hautes juridictions en ces matières. Il pense que c'est plutôt de juridictions administratives proches des justiciables dont le pays a actuellement besoin. Voir son ouvrage, *Droit judiciaire privé congolais*, déjà cité, p. 501, n°545.

⁷⁵¹ Le dualisme juridictionnel n'est pas sans reproche mais il représente le moindre mal pour les Etats africains en général et le Congo en particulier. Sur les inconvénients, Pierre DELVOLLE, *Le droit administratif*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2002, pp. 80 et s.

1.1. L'ordre juridictionnel administratif dans la Constitution du 18 février 2006

579. La faiblesse du contrôle juridictionnel de l'administration a été depuis longtemps imputée au fait d'abandonner la justice administrative essentiellement aux mains du juge judiciaire. De nombreuses voix se sont ainsi élevées pour la création d'un ordre juridictionnel administratif autonome⁷⁵². Le projet de constitution de la troisième République, rédigé par la Conférence nationale souveraine, avait déjà prévu la création d'un Conseil d'Etat comme la plus haute juridiction administrative⁷⁵³. En réponse, le Constituant congolais du 18 février 2006 a prévu l'éclatement de l'actuelle Cour suprême de justice en trois ordres juridictionnels⁷⁵⁴ à savoir : la Cour de cassation, au sommet de l'ordre judiciaire, la Cour constitutionnelle, pour la justice constitutionnelle, et le Conseil d'Etat, au sommet de l'ordre administratif⁷⁵⁵. Il faut, cependant, que cette réforme soit effectivement concrétisée. La crainte est fondée dans la mesure où la décision du législateur d'installer des tribunaux de paix sur l'ensemble du territoire national depuis 1982, les tribunaux de commerce et les tribunaux du travail depuis 2002 n'est toujours pas effective⁷⁵⁶.

580. La nouvelle constitution consacre l'autonomie de l'ordre juridictionnel administratif par rapport à l'ordre judiciaire et à la Cour constitutionnelle. Elle énonce, en outre, des règles d'organisation, de compétence et de procédure propres. Elle « institue un ordre de juridictions administratives composé du Conseil d'Etat et des cours et tribunaux administratifs »⁷⁵⁷. L'ordre des juridictions administratives entretient, toutefois, des liens avec les autres ordres de juridictions. Il partage avec eux le pouvoir judiciaire, les ressources budgétaires, le régime

⁷⁵² YUMA BIABA, « Plaidoyer pour la réforme de la justice administrative en RDC. », UPC, *Revue droit*, Deuxième numéro, "Le Droit Congolais face à son avenir." (2001) ; Clément KABANGE NTABALA, « Quelle Constitution pour la Troisième République face aux réalités zairoises ? », *Annales de la Faculté de droit*, vol. XXV, P.U.Z., août 1996, pp. 98-99 ; M.V. LESSAY, « Plaidoyer pour l'instauration des juridictions administratives autonomes au Zaïre », *Revue de droit africain*, 2/36-41 ; Corneille WASENDA N'SONGO, *Le contentieux administratif en droit congolais*, déjà cité, p. 179.

⁷⁵³ MWAYILA TSHILEMBE, *Le Zaïre et la Troisième République. Réflexions sur le projet constitutionnel adopté par la Conférence nationale souveraine*, sur le site <http://www.congonline.com/ConstEtudes.html>

⁷⁵⁴ Les raisons avancées pour cet éclatement sont celles de l'efficacité, la spécialité et la célérité dans le traitement des dossiers, Voir l'exposé des motifs de la Constitution.

⁷⁵⁵ Article 149 de la Constitution du 18 février 2006.

⁷⁵⁶ L'on a, dans ce sens, dénoncé, aux Comores, la tendance du législateur national de vouloir complaire à la communauté internationale en apparaissant comme soucieux de l'Etat de droit par la multiplication des juridictions dont il ne peut effectivement garantir la mise en œuvre. A ce sujet, Saïd Hassane SAID MOHAMED, « Les difficultés d'éclosion de la justice administrative en Afrique francophone. L'exemple des Comores », *Revue juridique et politique*, 2009, n°1, p. 10.

⁷⁵⁷ Article 154 de la Constitution du 18 février 2006.

de contrôle disciplinaire, la procédure de nomination, le statut des magistrats et le règlement des conflits d'attribution.

581. En effet, toutes les juridictions, y compris les juridictions administratives sont soumises à la gestion du pouvoir judiciaire qui est assurée par le Conseil supérieur de la magistrature. Celui-ci, entre autres attributions, élabore les propositions de nomination, de promotion et de révocation des magistrats, y compris ceux de l'ordre administratif, et exerce sur eux le pouvoir disciplinaire. Il élabore le budget du pouvoir judiciaire qu'il transmet au gouvernement pour inscription au budget général de l'Etat. Le premier président de la Cour de cassation est l'ordonnateur de ce budget⁷⁵⁸. Tous les magistrats, y compris ceux des juridictions administratives, relèvent d'une même autorité de nomination. Ils sont nommés, et relevés de leurs fonctions, par le Président de la République, sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature⁷⁵⁹. Ils relèvent du même statut des magistrats⁷⁶⁰. La Cour constitutionnelle est le tribunal des conflits de compétence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat⁷⁶¹.

582. L'ordre des juridictions administratives est une organisation pyramidale ayant à la base des tribunaux administratifs, au milieu des cours administratives d'appel et au sommet le Conseil d'Etat. La réforme réalise la décentralisation de la justice administrative en rapprochant, géographiquement et psychologiquement, le justiciable de son juge⁷⁶². L'organisation et la compétence seront détaillées par une loi organique⁷⁶³. Seules les compétences du Conseil d'Etat sont déterminées par la Constitution. Le libellé est identique, à quelques différences près, à celui de textes antérieurs. Ainsi,

« Le Conseil d'Etat connaît, en premier et dernier ressort, des recours pour violation de la loi, formés contre les actes, règlements et décisions des autorités administratives centrales. Il connaît en appel des recours contre les décisions des Cours administratives d'appel.

Il connaît, dans les cas où il n'existe pas d'autres juridictions compétentes, de demandes d'indemnités relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel, matériel ou moral résultant d'une mesure prise ou ordonnée par les

⁷⁵⁸ Article 149 de la Constitution du 18 février 2006.

⁷⁵⁹ Article 82 de la Constitution du 18 février 2006.

⁷⁶⁰ Article 150 de la Constitution du 18 février 2006.

⁷⁶¹ Article 161 de la Constitution du 18 février 2006.

⁷⁶² Sur l'intérêt de cette décentralisation dans les pays en voie de développement, Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays en voie de développement d'Afrique Noire Francophone », p. 13.

⁷⁶³ Article 155 de la Constitution du 18 février 2006.

autorités de la République. Il se prononce en équité en tenant compte de toutes les circonstances d'intérêt public ou privé »⁷⁶⁴.

La constitution est muette sur la compétence du Conseil d'Etat en matière de cassation administrative.

583. Tenant compte de la nécessité d'une transition nécessaire entre l'ancien et le nouveau système, le constituant a prévu qu'en attendant l'installation du Conseil d'Etat et des cours administratives d'appel, la Cour suprême de justice et les Cours d'appel exerceront les attributions leur dévolues par la Constitution⁷⁶⁵. Mais cette dernière ne s'exprime pas sur l'exercice transitoire des compétences dévolues aux tribunaux administratifs. Il n'est pas non plus précisé s'il y aura différents niveaux de tribunaux administratifs à l'instar des tribunaux de l'ordre judiciaire qui comportent des tribunaux de grande instance et des tribunaux de paix. L'on se demande s'il y aura notamment des tribunaux administratifs de grande instance et des tribunaux administratifs locaux. Dans l'optique du rapprochement du justiciable de la justice, il serait souhaitable d'implanter des tribunaux administratifs au niveau local le plus bas, à l'instar des tribunaux de paix. Un parquet est organisé près le Conseil d'Etat. La constitution n'en a pas déterminé les attributions.

584. Beaucoup de questions demeurent donc encore sans réponse. Elles doivent être résolues par la loi à venir relative à l'organisation, la compétence et le fonctionnement des juridictions administratives. Le projet de loi sur les juridictions administratives annonce la réponse à certaines d'entre ces questions.

1.2. Le projet de loi sur les juridictions administratives

585. La Commission permanente de réforme du droit congolais a entrepris des travaux préparatoires sur les nouvelles juridictions prévues par la Constitution, dont le Conseil d'Etat et les juridictions de l'ordre administratif. Il en a découlé le projet de loi sur les juridictions administratives que le gouvernement a déjà déposé sur la table du parlement. L'intitulé complet de ce texte est : « Projet de loi organique portant organisation, fonctionnement, compétence et procédure des juridictions de l'ordre administratif ». Ce texte organise les

⁷⁶⁴ *Ibidem.*

⁷⁶⁵ Articles 223 et 224 de la Constitution du 18 février 2006.

tribunaux administratifs, les Cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat. Il organise, en outre, un parquet près chacune de ces juridictions.

586. Le tribunal administratif est la juridiction administrative située à la base de la pyramide. Son ressort est la ville et le territoire. Il est prévu au moins un tribunal par ville et par territoire. Le projet de loi, tenant sans doute compte de l'inégalité de superficies et de démographies de villes et territoires, prévoit qu'une ville ou un territoire peut comprendre un ou plusieurs tribunaux administratifs et qu'un seul tribunal peut être créé pour deux ou plusieurs territoires⁷⁶⁶. Le fait de créer un seul tribunal pour deux ou plusieurs territoires ne favorise pas l'option de rapprocher les justiciables des juridictions surtout lorsqu'on tient compte de leurs superficies souvent très étendues. Cette solution se comprend toutefois en raison des limites des moyens que pourraient effectivement rencontrer les pouvoirs publics lors de l'implantation des juridictions sur l'ensemble du territoire national. Il serait souhaitable toutefois de ne recourir à cette solution économique que de manière transitoire. L'idéal étant que soit organisé au moins un tribunal administratif par territoire.

589. Le choix du niveau de la ville et du territoire peut se justifier par la limite de moyens mais aussi par le fait que ces entités représentent le niveau administratif de base le plus significatif en termes de production de décisions administratives susceptibles de provoquer des contestations pour lesquelles l'arbitrage juridictionnel est souhaitable. Les limites des moyens ne permettront sans doute pas que l'on installe un tribunal dans chaque entité territoriale inférieure à la ville et au territoire à savoir le village, le groupement, le quartier, le secteur, la chefferie et la commune. Ce serait certainement budgétivore. D'autre part, la ville et le territoire sont des entités géographiquement accessibles, dans la majorité des cas, pour toute personne qui souhaiterait introduire un recours contre les décisions administratives des autorités non seulement des villes et territoires mais aussi des entités qui leur sont subordonnées qui ont été précédemment citées. Cela constitue d'ailleurs un progrès par rapport au système précédent où la juridiction de base en matière administrative était la section administrative de la Cour d'appel situé au chef de lieu de la province qui est, pour la plupart des citoyens habitant les territoires les plus éloignés, difficilement accessible.

⁷⁶⁶ Article 18, alinéa 1^{er}, du projet de loi sur les juridictions administratives.

590. Le tribunal administratif comprend une chambre consultative ou d'avis et une chambre du contentieux⁷⁶⁷. Ce choix est judicieux dans la mesure où la juridiction administrative jouera simultanément le rôle de règlement de différends entre les administrations et les citoyens et le rôle de conseil de différentes administrations. Il prend en compte la dynamique de la décentralisation dont l'un des effets est d'avoir multiplié le nombre d'administrations aux échelons précédemment évoqués à savoir la ville, le territoire, la commune, le secteur, la chefferie, le groupement, le quartier et le village. Les différentes administrations situées à ces échelons nécessiteront le conseil pour l'élaboration de textes administratifs. La décentralisation de cette compétence consultative est un progrès significatif dans la mesure où cette compétence était auparavant limitée au niveau de la Cour suprême de justice, située dans la capitale à Kinshasa et difficilement accessible pour les nombreuses administrations parsemées sur l'ensemble du territoire national.

591. Le tribunal administratif est composé d'un Président et de juges. Il siège en chambre ordinaire avec une composition de trois juges ou à titre exceptionnel avec une composition de cinq magistrats pour traiter des affaires délicates, importantes ou lorsque le tribunal l'estime nécessaire⁷⁶⁸. Le caractère délicat ou important de la matière est laissé à l'appréciation du tribunal. Le principe de la collégialité du siège est une garantie importante pour l'impartialité des décisions du tribunal administratif. La possibilité offerte au tribunal d'apprécier l'opportunité d'organiser des formations de jugement élargies à cinq magistrats en raison de la délicatesse de la matière traduit l'intention de promouvoir la qualité des décisions et de la jurisprudence.

592. Pour assurer l'autonomie de fonctionnement, il est prévu que chaque tribunal s'appuie sur les services administratifs d'un greffe. Chaque tribunal aura ainsi un greffier divisionnaire assisté d'un ou plusieurs adjoints et des huissiers⁷⁶⁹.

593. La Cour administrative d'appel se situe au milieu de la pyramide. Son ressort est la province. Il est prévu une ou plusieurs cours administratives d'appel par province⁷⁷⁰. Cette disposition se justifie en raison de la compétence qui sera dévolue aux cours administratives d'appel. Elle sera le juge des décisions rendues par les autorités provinciales et le juge d'appel

⁷⁶⁷ Article 18, alinéa 3, du projet de loi sur les juridictions administratives.

⁷⁶⁸ Article 19 du projet de loi sur les juridictions administratives.

⁷⁶⁹ Article 21 du projet de loi sur les juridictions administratives.

⁷⁷⁰ Article 23 du projet de loi sur les juridictions administratives.

des décisions rendues par les tribunaux administratifs. Certes, il pourra se poser le problème de l'éloignement géographique entre les justiciables et les cours administratives d'appel. L'on peut cependant présumer que le nombre des recours devant ce niveau de juridiction sera moins important qu'au niveau des tribunaux de base. Elle sera comme une juridiction secondaire à deux points de vue. Elle connaît des décisions rendues par des autorités provinciales qui sont situées au-dessus des autorités locales. De plus, elle connaît de l'appel des décisions rendues par les tribunaux de base. Le besoin de saisir cette juridiction ne sera ressenti, en principe, que pour des problèmes très importants. La création d'autant de cours administratives d'appel qu'il y a des tribunaux de base ne se justifierait donc pas.

594. La réforme a le mérite d'avoir réservé l'action de la Cour administrative d'appel au contrôle des décisions des autorités provinciales et des décisions des tribunaux de base. Sa tâche n'en sera que plus aisée comparativement à la section administrative de la Cour d'appel qui doit, à elle seule, contrôler les décisions des toutes les autorités locales, municipales, urbaines et provinciales.

595. La Cour administrative d'appel comprend une section consultative et une section contentieuse. Chaque section est subdivisée en chambres⁷⁷¹. La Cour administrative d'appel joue donc le double rôle de juge administratif et de conseiller des autorités administratives provinciales. Le rôle consultatif se justifie amplement au vu de l'important travail législatif et réglementaire qui incombe désormais à la province. Il est très souhaitable que les pouvoirs publics provinciaux soient bien accompagnés par une expertise sûre pour une production normative de qualité surtout que le système est encore en phase d'installation et ne bénéficie pas encore d'une longue expérience.

596. La Cour administrative d'appel est composée d'un Premier président, des Présidents et des conseillers⁷⁷². Le projet de loi prévoit qu'elle siège collégalement et à nombre impair à savoir trois, cinq ou sept juges au moins. Les formations de jugement sont la chambre, la section ou les sections réunies⁷⁷³. La Cour administrative d'appel siège toutes sections réunies pour les affaires délicates, importantes ou lorsque les nécessités l'exigent⁷⁷⁴ ou encore pour

⁷⁷¹ Article 27 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁷² Article 24 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁷³ Articles 28 et 29 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁷⁴ Article 28, alinéa 2, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

les affaires que le Premier Président ou les Présidents de sections estiment complexes⁷⁷⁵. Comme en ce qui concerne les tribunaux administratifs, le projet de loi laisse la détermination du caractère délicat, important ou complexe d'une affaire à l'appréciation souveraine de la juridiction. Toutefois, la possibilité pour la Cour administrative d'appel de siéger « toutes sections réunies » est susceptible d'énerver l'exigence d'impartialité des juges. S'il n'y a, en effet, que deux sections, à savoir la section consultative et la section contentieuse, cela signifie que l'expression « toutes sections réunies » renvoie à une formation de jugement qui met ensemble les deux. Cela reviendrait à réaliser le cumul, pour certains juges, de fonctions contentieuses et de fonctions consultatives.

597. La solution retenue en cas d'affaires délicates ou importantes au niveau des tribunaux administratifs est plus respectueuse de l'exigence d'impartialité dans la mesure où elle consiste à augmenter le nombre des juges devant siéger lorsqu'est en cause une affaire délicate. Elle ne consiste pas en la réunion de la chambre consultative et de la chambre contentieuse. Cette solution se comprend parce que les tribunaux administratifs ne comportent que deux chambres. Mais pour la Cour administrative d'appel, dont la section contentieuse comporte plusieurs chambres, la solution consisterait à connaître d'une affaire délicate « toutes chambres réunies de la section contentieuse ». Parallèlement, s'il s'agit d'une matière consultative délicate, l'on pourrait envisager aussi que la section consultative puisse siéger « toutes chambres réunies ». Dans l'hypothèse extrême où l'une et l'autre section n'auraient qu'une seule chambre, l'on appliquera alors la solution retenue au niveau des tribunaux administratifs à savoir d'augmenter le nombre de juges du siège dans le cas d'une affaire délicate. Dans tous les cas, l'exigence d'impartialité commande de ne pas réunir, pour le règlement d'une affaire, les sections consultative et contentieuse.

598. Le projet de loi sur les juridictions administratives prévoit, au niveau des cours administratives d'appel, une assemblée plénière qui est la réunion de tous les magistrats de la Cour. Elle délibère sur toutes les questions d'ordre général intéressant l'ensemble de la Cour ou lorsque les nécessités l'exigent⁷⁷⁶. Le projet de loi n'ayant pas conféré explicitement une compétence contentieuse à l'assemblée plénière, cette dernière ne peut pas être prise pour une formation de jugement. Elle est, tout au plus, un cadre qui peut délibérer sur les questions générales d'organisation et de fonctionnement de la Cour.

⁷⁷⁵ Article 100 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁷⁶ Article 30, alinéa 2, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

599. La Cour administrative d'appel comporte un greffe dirigé par un greffier principal assisté d'un ou de plusieurs adjoints et des huissiers⁷⁷⁷.

600. Le Conseil d'Etat est la plus haute juridiction administrative⁷⁷⁸. Il est situé au sommet de la pyramide. Son institution est très importante aussi bien sur le plan symbolique que sur le plan du fonctionnement effectif de la justice administrative. Désormais, avec une telle institution, il sera plus facile de construire une jurisprudence riche en matière administrative. Cette mission ne pouvait pas se réaliser facilement dans le cadre d'une Cour suprême unique du fait de son éparpillement dans tous les domaines du droit. Le Conseil d'Etat a son siège dans la capitale. Son ressort est national.

601. Le Conseil d'Etat comprend un Premier Président, des Présidents et des conseillers. Il comprend également des juristes appelés « conseillers référendaires » dont nous avons recommandé, dans les lignes précédentes, le réaménagement du statut afin d'éviter des confusions regrettables avec le statut des juges. Le Conseil d'Etat est composé d'une section consultative ou d'avis et d'une section de contentieux. Chacune de ces deux sections est composée de chambres. Le projet précise que la section du contentieux est composée de trois chambres. Il serait plus convenable que le texte légal ne précise pas le nombre de chambres pour ne pas se lier à l'avenir. En raison par exemple d'une augmentation significative des recours, la juridiction pourrait être obligée d'augmenter le nombre de chambres pour venir à bout de la demande. La formulation plus souple de « plusieurs chambres » est plus indiquée. Telle est d'ailleurs la formulation retenue en ce qui concerne la section consultative ou d'avis au sujet duquel il est mentionné qu'elle comporte plusieurs chambres.

602. Il est prévu que le Conseil d'Etat peut siéger « toutes sections réunies » pour connaître d'un certain nombre de matières jugées importantes⁷⁷⁹. Il nous semble que ce serait énerver l'exigence d'impartialité que de réunir les deux sections contentieuse et consultative. La meilleure solution serait, comme pour les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs de prévoir plutôt que ces matières soient connues par la section contentieuse du Conseil d'Etat « toutes chambres réunies ».

⁷⁷⁷ Article 31 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁷⁸ Article 33 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁷⁹ Article 130 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

603. Le projet de loi n'a pas expressément déterminé le nombre de magistrats qui doivent siéger et les différentes formations de jugement. Selon l'esprit global du texte, il ne peut s'agir que d'un siège collégial composé d'un nombre impair. Les formations de jugement sont la chambre ou toutes les chambres réunies. Le projet comporte quelques expressions qui paraissent redondantes notamment « la plénière de la section » et les « chambres réunies »⁷⁸⁰. Le Conseil d'Etat comporte aussi une assemblée plénière qui est la réunion de tous les magistrats près cette juridiction. Elle n'a pas de compétence contentieuse. Le Conseil d'Etat comporte enfin un Bureau composé du Premier Président, du Procureur général, des Présidents et des Premiers avocats généraux. Le Bureau n'a pas de compétence contentieuse mais constitue un organe de « réflexion » pour aider le Premier Président dans la gestion du Conseil d'Etat⁷⁸¹. Un greffe est à la disposition du Conseil d'Etat.

604. Le projet de loi sur les juridictions administratives institue le ministère public près les juridictions administratives⁷⁸². Son organisation et ses attributions sont calquées sur le modèle du ministère public près les juridictions judiciaires et plus précisément les juridictions pénales. Le ministère public est ainsi institué à tous les niveaux de juridictions administratives. Il y a un parquet général près le Conseil d'Etat, un parquet général près la Cour administrative d'appel et un parquet de la République près le tribunal administratif. Le parquet général près le conseil d'Etat est composé du Procureur général près le Conseil d'Etat, des premiers avocats généraux, des avocats généraux et des substituts du Procureur général. Le parquet général près la Cour administrative d'appel est composé du Procureur général près la Cour administrative d'appel, des premiers avocats généraux, des avocats généraux et des substituts du Procureur général. Le parquet de la République près le tribunal administratif est composé du Procureur de la République, des premiers substituts du procureur de la République et des substituts du Procureur de la République.

605. La mission du ministère public consiste à surveiller l'exécution des actes législatifs, des actes réglementaires, des jugements et arrêts et à poursuivre d'office l'exécution de ces actes dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. Il a la surveillance des officiers de police judiciaire et des officiers ministériels hormis les greffiers et les huissiers. Il veille au maintien

⁷⁸⁰ Article 41 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁸¹ Article 43 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁸² Articles 6 et suivants du projet de loi relative aux juridictions administratives.

de l'ordre dans les cours et tribunaux. Il reçoit également les plaintes et dénonciations et saisit les cours et tribunaux. Il dispose d'un droit d'action par voie principale pour le compte de personnes incapables d'ester en justice, d'assurer leur défense ou d'y pourvoir. Il agit également par voie d'avis.

606. Le rôle du ministère public comporte ainsi certaines des missions attribuées à l'ancien commissaire du gouvernement français et à l'auditeur belge. Il participe à la procédure d'instruction de la requête. Mais son rôle va au-delà dans la mesure où il est une sorte de gardien de la loi et de protecteur des incapables. Il a un droit d'action en annulation contrairement à l'ancien commissaire de gouvernement français⁷⁸³ et à l'auditeur belge⁷⁸⁴. Ce rôle est justifié, selon la Commission permanente de la réforme du droit congolais, par le souci de renforcer la protection des citoyens peu avertis. Cet argument est juste compte tenu du contexte congolais actuel et du niveau de culture juridique des citoyens. Nous suggérerons toutefois un réaménagement du rôle du ministère public dans la procédure d'instruction de la requête dans le deuxième titre.

2. La spécialisation fonctionnelle

607. La Constitution a conféré aux juridictions administratives des compétences propres relatives au contentieux de l'administration. Elles ne seront pas exclusivement chargées de ce contentieux étant donné qu'il reste partagé avec les autres ordres de juridictions. Elles seront cependant exclusivement compétentes pour l'annulation des actes administratifs unilatéraux et le règlement du dommage exceptionnel (2.1). Ces compétences seront principalement déterminées par la loi sur les juridictions administratives et secondairement par des lois particulières (2.2).

2.1. Les compétences constitutionnelles des juridictions de l'ordre administratif

608. La détermination des compétences des juridictions administratives par la Constitution est indicative. Elle ne présente qu'une partie des missions du Conseil d'Etat. Avant d'énumérer les compétences du Conseil d'Etat, la Constitution utilise l'expression « Sans préjudice des autres compétences que lui reconnaît la Constitution ou la loi... ». L'article 155 de la

⁷⁸³ René CHAPUS, *Op.cit.*, p. 148, n°196.1°.

⁷⁸⁴ Paul LEWALLE, *Op.cit.*, p. 387, n°283.

Constitution mentionne la compétence à l'égard des recours pour violation de la loi portés contre les actes administratifs des autorités administratives centrales, à l'égard des arrêts rendus par les cours administratives d'appel et à l'égard du dommage exceptionnel. Il s'agit, en clair, de la compétence d'annulation pour excès de pouvoir, de la compétence d'appel à l'égard des décisions des cours administratives d'appel et de la compétence de réparation du dommage exceptionnel. En ce qui concerne la présentation détaillée de compétences du Conseil d'Etat ainsi que de celles des autres juridictions administratives, la Constitution renvoie à la loi.

2.2. Les compétences des juridictions administratives déterminées par la loi

609. Les compétences générales des juridictions administratives seront déterminées par la loi sur les juridictions administratives qui est encore au stade de projet en attente d'adoption au parlement (A). D'autres compétences sont déterminées par des lois particulières (B).

A. Les compétences prévues par le projet de loi sur les juridictions administratives

610. Le projet de loi reconduit certains aspects du système précédent notamment la répartition des compétences en fonction du niveau territorial des administrations (1°). Il innove sur un certain nombre de points par l'introduction du pouvoir de suspension aux côté du pouvoir d'annulation et d'interprétation des actes administratifs unilatéraux (2°), l'attribution aux juridictions administratives de la compétence consultative à côté de la compétence contentieuse (3°), et l'introduction de la cassation administrative (4°). Certaines dispositions suscitent tout de même l'embarras dans la mesure où elles semblent consacrer à la fois la compétence exclusive de la juridiction administrative sur tout le contentieux administratif et la compétence limitée au contentieux du recours pour excès de pouvoir (5°).

1°. La répartition des compétences en fonction du niveau territorial des administrations

611. Le principe était déjà appliqué dans le système précédent. La répartition de compétences entre la section administrative de la Cour d'appel et la section administrative de la Cour suprême de justice est fondée sur le niveau territorial de l'administration auteur de l'acte. La seule différence apportée par la réforme est que le partage se fait désormais entre trois niveaux de juridiction et non plus deux comme par le passé. Ainsi, le tribunal administratif est compétent à l'égard des activités administratives des administrations locales à savoir celles

des villes, des territoires, des communes, des secteurs, des chefferies, des groupements, des quartiers et des villages⁷⁸⁵. La Cour administrative d'appel est compétente à l'égard des activités administratives des administrations provinciales⁷⁸⁶. Le Conseil d'Etat est compétent à l'égard des activités administratives des administrations centrales⁷⁸⁷.

2°. Le pouvoir de suspension, d'annulation et d'interprétation

612. Le système précédent reconnaissait aux juridictions administratives le pouvoir d'annulation et d'interprétation des actes administratifs unilatéraux. Le projet de loi introduit le pouvoir de suspension de l'acte administratif attaqué. Ce pouvoir est reconnu au tribunal administratif⁷⁸⁸, à la Cour administrative d'appel⁷⁸⁹ et au Conseil d'Etat⁷⁹⁰.

613. La solution d'organiser un pouvoir de suspension au cas par cas est de loin préférable à celle qui avait été suggérée dans les travaux préliminaires de la Commission permanente sur la réforme du droit congolais et qui consistait à accorder un effet suspensif automatique au recours en annulation⁷⁹¹. Cette solution comporterait l'inconvénient de paralyser l'action administrative. La suspension à la demande est également plus juste par rapport au système ancien dans lequel le recours en annulation n'avait absolument aucun effet suspensif. C'est donc une solution médiane intéressante dans la mesure où elle permet la prise en compte de l'intérêt public et de l'intérêt privé à partir de l'examen au cas par cas par le juge administratif.

3°. La compétence consultative à côté de la compétence contentieuse

614. Les sections administratives n'avaient qu'une compétence contentieuse. La compétence consultative n'était dévolue qu'à la section de législation de la Cour suprême de justice. Elle est désormais organisée dans toutes les juridictions administratives. Le système projeté consiste à faire de chaque juridiction administrative le conseiller des administrations de son ressort. Cette solution est de nature à améliorer la production normative et l'action

⁷⁸⁵ Articles 78 à 97 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁸⁶ Articles 98 à 106 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁸⁷ Articles 121 à 130 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁸⁸ Article 79, alinéa 1^{er}, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁸⁹ Article 99, alinéa 2, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁹⁰ Article 124, alinéa 3, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁹¹ Article 100 de l'avant-projet de loi organique relative aux juridictions administratives.

administrative sur l'ensemble du territoire national. Il est cependant souhaitable d'assurer à chaque section, consultative ou contentieuse, suffisamment d'autonomie en vue de favoriser l'efficacité et surtout d'éviter d'énerver l'exigence de l'impartialité. Les suggestions pour ce faire ont été présentées dans les développements précédents.

4°. L'introduction de la cassation administrative

615. La cassation n'était pas encore organisée devant les juridictions administratives. Le projet de loi prévoit que le Conseil d'Etat a une compétence de cassation sur toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives. Il s'agit des décisions des cours administratives d'appel, des décisions du Conseil d'Etat et des juridictions administratives spéciales. La cassation administrative comporte l'intérêt d'offrir une possibilité de recours supplémentaire aux justiciables mais aussi d'assurer le contrôle de la régularité des décisions juridictionnelles en vue de leur amélioration. L'intérêt de cette procédure est détaillé dans le deuxième titre.

5°. Une compétence exclusive sur tout le contentieux de l'administration ?

616. Le projet de loi semble globalement reconduire le système précédent qui attribue aux juridictions administratives comme compétence de principe l'annulation des actes administratifs⁷⁹² et comme compétence subsidiaire la réparation des préjudices que la seule annulation n'a pu réparer⁷⁹³ et celle du dommage exceptionnel⁷⁹⁴. Il leur attribue également la compétence sur une partie du contentieux électoral. Le tribunal administratif est compétent à l'égard du contentieux des élections des entités territoriales décentralisées⁷⁹⁵. La Cour administrative d'appel est compétente à l'égard du contentieux des élections provinciales⁷⁹⁶. Le contentieux des élections au niveau central, à savoir les élections législatives, présidentielles et du referendum, relève, non pas du Conseil d'Etat mais de la Cour constitutionnelle⁷⁹⁷.

⁷⁹² Articles 79, alinéa 1^{er} ; 99, alinéa 2 et 124, alinéa 1^{er}, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁹³ Article 120 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁹⁴ Article 124, alinéa 6, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁹⁵ Articles 79, alinéa 2, et 88 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁹⁶ Article 99, alinéa 3, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁹⁷ Article 161, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006.

617. La détermination des compétences du tribunal administratif suscite, cependant, le doute quant à la volonté de conserver à la juridiction administrative la spécificité de l'annulation. Le projet de loi prévoit que le tribunal administratif est compétent, entre autres, pour connaître des actions en réparation des dommages imputables aux actions des services publics des administrations locales⁷⁹⁸ ; des litiges relatifs aux contrats passés par ces administrations⁷⁹⁹ ; des litiges relatifs au domaine de l'Etat⁸⁰⁰ ; des litiges relatifs aux marchés, contrats, quasi-contrats ou concessions⁸⁰¹ ; des litiges pécuniaires des membres de la fonction publique⁸⁰² ; des litiges relatifs aux pensions des agents des entités décentralisées⁸⁰³ ainsi que des actions en responsabilité fondée sur une cause autre que la méconnaissance d'un contrat ou d'un quasi-contrat⁸⁰⁴.

618. Ces chefs de compétence font du tribunal administratif non seulement le juge de l'annulation mais aussi le juge du contentieux patrimonial et du contentieux de la responsabilité de l'administration. Ils trahissent un manque de cohérence avec l'esprit général du texte. Bien plus, il est surprenant que cette option ne figure qu'au niveau du tribunal administratif alors qu'elle aurait pu être généralisée à l'ensemble de juridictions administratives. Par ailleurs, il n'y a pas d'intérêt majeur à faire de la juridiction administrative le juge exclusif du contentieux de l'administration. Si la juridiction administrative est compétente en annulation, en réparation et en responsabilité, elle n'a plus de spécificité par rapport à la juridiction judiciaire qui peut remplir parfaitement les deux derniers rôles. Il serait ainsi souhaitable que la juridiction administrative soit principalement le juge d'annulation et accessoirement juge de la réparation des préjudices résultant des actes administratifs unilatéraux.

⁷⁹⁸ Article 80, alinéa 1^{er}, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁷⁹⁹ Article 80, alinéa 3, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁸⁰⁰ Article 86 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁸⁰¹ Article 90 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁸⁰² Article 91 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁸⁰³ Article 92, alinéa 1^{er}, du projet de loi relative aux juridictions administratives.

⁸⁰⁴ Article 93 du projet de loi relative aux juridictions administratives.

B. Les compétences de la juridiction administrative prévues par des lois particulières

619. Des lois particulières sont susceptibles de conférer des compétences particulières à la juridiction administrative. Tel est le cas de la loi relative à la libre administration des provinces qui donne compétence à la cour administrative d'appel de réceptionner la déclaration de patrimoine des membres du gouvernement provincial et de la communiquer à l'administration fiscale⁸⁰⁵. Elle lui reconnaît également la compétence de connaître des recours en annulation pour violation de la loi, des édits et des règlements nationaux formés contre les actes ou décisions des autorités provinciales et locales et des organismes décentralisés placés sous leur tutelle⁸⁰⁶. La formulation du deuxième chef de compétence soulève toutefois quelques observations. Il convient d'indiquer que le recours en annulation est formé non seulement pour violation de la loi, des édits et des règlements nationaux mais aussi des règlements provinciaux. Il convient ensuite de limiter la compétence aux seuls actes des autorités provinciales et des organismes décentralisés sous leur tutelle au lieu de l'étendre jusqu'aux actes des autorités locales. Cela risquerait de priver les tribunaux administratifs, dont l'institution est voulue par la Constitution, de toute compétence.

§2. La spécialisation des juges en matière administrative

620. Cette spécialisation est indispensable au développement d'une jurisprudence de qualité, source fondamentale du droit administratif d'influence française⁸⁰⁷. L'évolution rapide de la société ne laisse plus beaucoup de place à l'invocation dogmatique de la loi. Elle implique la capacité de convaincre. Pour cela, « les juges doivent avoir des connaissances de plus en plus larges et l'esprit ouvert à diverses disciplines. D'où l'importance d'un recrutement judiciaire, de la préparation, de l'information, et, même, de la nécessité d'une certaine spécialisation »⁸⁰⁸. Nous envisageons la spécialisation par la formation spécifique du juge en matière administrative (1) et par son rattachement exclusif à la juridiction administrative (2).

⁸⁰⁵ Article 24, alinéas 1^{er} et 3, de la loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces (*J.O.RDC*, n° spécial, 31 juillet 2008).

⁸⁰⁶ Article 74 de la loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, *J.O.RDC*, n° spécial, 31 juillet 2008).

⁸⁰⁷ Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays en voie de développement d'Afrique Noire francophone », p. 16.

⁸⁰⁸ Robert LEGROS, « Considérations sur les motifs », in Chaïm PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 21.

1. La formation du juge en matière administrative

621. Si une école spécialisée n'a pas été vraiment nécessaire pour la spécialisation du juge administratif occidental, elle est capitale au Congo compte tenu de ses réalités particulières, à savoir que le droit administratif est un produit d'héritage, d'importation et qui n'est pas toujours en phase avec les représentations culturelles des acteurs qu'il s'agisse du juge lui-même, de l'administration ou des citoyens. L'on peut présumer que le juge occidental a bénéficié d'une longueur d'avance sur le juge congolais en ce qui concerne l'intériorisation du rôle du droit administratif dans la mesure où c'est dans sa culture qu'il s'est façonné et qu'il a évolué. Plusieurs notions et principes sont pour lui des évidences et des réalités très concrètes car il en vit tous les jours les applications. Cette réalité doit être constamment prise en compte lorsqu'on se propose d'améliorer le contrôle juridictionnel de l'administration au Congo et dans les pays qui partagent avec lui les mêmes réalités socioculturelles. Si donc la formation dans une école spécialisée en matière administrative peut être une faculté pour le juge administratif occidental – le système belge, par exemple, n'a pas intégré cette modalité de formation – elle constitue, par contre, une nécessité impérieuse pour le juge congolais. Le législateur a récemment pris l'option d'organiser une école supérieure de la magistrature où seront formés les futurs magistrats afin de les doter de meilleures aptitudes professionnelles⁸⁰⁹. Cette solution est très intéressante. Mais le législateur ne fait pas allusion à une formation spécialisée pour les juges des juridictions administratives ni pour les autres d'ailleurs. Ce souci particulier de spécialisation n'a d'ailleurs jamais figuré non plus dans l'expérience antérieure du Congo en matière de formation de magistrats (1.1). Notre proposition est, dès lors, d'adapter l'Ecole supérieure de la magistrature en vue de la spécialisation du juge administratif (1.2).

1.1. L'expérience antérieure de la formation des magistrats au Congo

622. L'expérience antérieure de la formation des magistrats au Congo est celui du passage d'un système rigoureux, pouvant garantir de meilleures qualités professionnelles, à un système délibérément simplifié, au nom des problèmes spécifiques des pays en développement, dont la conséquence a été de diluer complètement l'objectif d'une telle école.

⁸⁰⁹ « On ne s'improvise pas juge ; la fonction juridictionnelle exige non seulement de la sérénité d'esprit et une ferme volonté d'impartialité, mais un sérieux apprentissage et une solide formation », Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, p. 623.

Cette expérience a commencé à l'époque coloniale dans le cadre de l'Ecole d'administration du Congo belge et du Ruanda –Urundi et s'est poursuivie, après l'indépendance dans le cadre de l'Ecole Nationale de Droit et d'Administration.

623. Avant l'indépendance, l'Ecole coloniale avait pour objectif de « donner aux élèves réguliers, candidats à un emploi au service du Congo belge et du Ruanda-Urundi une formation spéciale en rapport avec les fonctions qu'ils auront à remplir... »⁸¹⁰. Elle a été dénommée plus tard « Ecole d'administration du Congo belge et du Ruanda-Urundi ». Elle comprenait six sections dont la section juridique accessible aux candidats à une place de magistrat de carrière et aux candidats à une place dans le cadre des conseillers juridiques⁸¹¹. Il a existé au même moment une école de préparation administrative qui a repris les attributions de l'ancienne école coloniale⁸¹². Cette dernière était ouverte aux élèves qui venaient de terminer l'école secondaire tandis que l'Ecole d'administration du Congo belge et du Ruanda-Urundi n'était accessible qu'aux détenteurs d'une licence⁸¹³.

624. Le « docteur en droit » devait, pour être nommé magistrat à titre provisoire subir un examen complémentaire qui portait sur des matières propres à la section juridique de l'Ecole coloniale ainsi que sur des matières qui ne sont pas propres à la section juridique. Parmi les matières de la section juridique figurait, entre autres, le droit public et administratif du Congo belge et du Ruanda-Urundi. Parmi les matières non juridiques l'organisation administrative et politique indigène. Des cas des dispenses de l'examen concernaient les « docteurs en droit » ayant eu une ancienneté d'au moins trois ans au barreau ou en tant que conseillers juridiques. Le magistrat à titre provisoire pouvait être privé de cette qualité s'il n'avait pas les aptitudes physiques, morales ou intellectuelles nécessaires.

625. Le magistrat à titre provisoire pouvait être nommé magistrat à titre définitif s'il avait accompli trois ans dans son ancienne qualité et avoir subi un examen portant notamment sur la connaissance d'une langue indigène et la défense d'un mémoire sur un sujet de droit spécial au Congo⁸¹⁴. Certains « docteurs en droit » pouvaient être dispensés de cette épreuve si leur

⁸¹⁰ Article 1^{er} de l'A.R. du 21 septembre 1951 portant règlement organique de l'Ecole coloniale (*B.O.*, p. 1496), Pierre PIRON, Jacques DEVOS, *Codes et lois du Congo belge*, 1954, p. 348.

⁸¹¹ Article 1^{er} 1^o de l'A.M. du 21 août 1959.

⁸¹² Article 1^{er} de l'Ord. N°13/371 du 17 juillet 1959 relative aux Cours de préparation administrative.

⁸¹³ Ils étaient appelés à l'époque de « docteurs en droit ».

⁸¹⁴ Article 7 de l'A.R du 13 avril 1936 portant statut des magistrats de carrière, *Codes et lois du Congo belge*, p. 130.

«valeur toute spéciale est attestée par des publications juridiques ou par une activité notoirement appréciée »⁸¹⁵.

626. A l'accession du Congo à l'indépendance, il a été créé une Ecole nationale de droit et d'administration⁸¹⁶. Elle était censée poursuivre la mission de son homologue de l'époque coloniale. L'on observe cependant une certaine réduction d'exigences en ce qui concerne les conditions d'accès et le type de formation organisée. L'Ecole ne paraît pas convenir à la mission qu'elle s'assigne, à savoir celle de préparer « à l'exercice des fonctions dans les cadres judiciaires et administratifs »⁸¹⁷. Le grief important qui lui a été reproché est d'organiser une formation de type de l'enseignement supérieur et universitaire, théorique et manquant ainsi l'aspect de la spécialisation caractéristique d'une école d'administration et de magistrature. Telle qu'elle a été organisée, elle n'était pas indiquée pour former des « agents utilisables par les services publics dans un court délai »⁸¹⁸. Des reproches sérieux pouvaient être adressés au système de recrutement, au concours d'entrée et au programme des cours.

627. Le recrutement est ouvert à des finalistes de l'école secondaire ou à ceux dont les études secondaires sont incomplètes mais qui justifient d'une expérience de trois ans dans les services de la justice ou de l'administration ou de quatre ans dans le secteur privé⁸¹⁹. Il s'agit de personnes qui nécessitent encore beaucoup d'années de formation avant d'être engagées comme magistrats ou hauts cadres de l'administration. De ce point de vue, l'ENDA ne se distingue finalement pas de l'enseignement supérieur ou universitaire classique⁸²⁰ et ne joue véritablement pas le rôle d'une école de magistrature ou d'administration.

628. Le concours d'entrée, fondé sur des critères scolaires, ne répondrait pas à la recherche des aptitudes et à l'examen des caractères⁸²¹. En effet, le concours d'admission à la Section

⁸¹⁵ Article 9 de l'A.R du 13 avril 1936 portant statut des magistrats de carrière, *Codes et lois du Congo belge*, p. 130.

⁸¹⁶ Article 1^{er} de l'Ordonnance du 28 décembre 1960 créant l'Ecole Nationale de Droit et d'Administration (*M.C.*, 2^{ème} année, n°4, 31 janvier 1961).

⁸¹⁷ Article 3 de l'Ordonnance du 28 décembre 1960 créant l'Ecole Nationale de Droit et d'Administration (*M.C.*, 2^{ème} année, n°4, 31 janvier 1961).

⁸¹⁸ Jean FOURRE, « L'Ecole Nationale de Droit et d'Administration de Léopoldville comparée aux écoles d'administration d'Afrique », *Revue juridique et politique*, Juillet-Septembre 1965, p. 468.

⁸¹⁹ Article 1^{er} B) alinéa 2 de l'Ordonnance du 28 décembre 1960 créant l'Ecole Nationale de Droit et d'Administration, (*M.C.*, 2^{ème} année, n°4, 31 janvier 1961).

⁸²⁰ Jean FOURRE, *Op.cit.*, p. 474.

⁸²¹ *Idem*, p. 468.

juridique de l'ENDA consiste en un résumé d'une conférence sur la base d'un sujet de dissertation choisi par le jury⁸²².

629. Le programme des cours de la Section juridique de l'ENDA est réparti sur quatre ans d'études. Il s'agit de l'année préparatoire ; de deux années d'études juridiques qui sont sanctionnées par un certificat de capacité en droit ; et d'une année de stage, ce qui est jugé comme étant anormalement long comparativement à d'autres systèmes d'écoles de magistrature ou d'administration⁸²³. Il est reproché au programme des cours de ne pas être spécialisé et de donner lieu à un enseignement très chargé et très théorique⁸²⁴. Les matières dispensées au cours de l'année préparatoire sont celles d'informations générales et d'approfondissement des matières du secondaire. En ce qui concerne le droit, l'on note le cours de théorie générale du droit et notions sur l'organisation judiciaire ainsi que l'introduction à l'étude du droit⁸²⁵. Les deux années d'études juridiques comportent la distinction entre la division de droit privé et pénal d'une part et la division de droit public d'autre part. Les matières de la division droit privé et pénal préparent à l'exercice des fonctions judiciaires tandis que celles enseignées dans la division de droit public préparent à l'exercice des fonctions juridiques au sein de l'administration⁸²⁶. Ceci met clairement en évidence la préparation du juge congolais comme principalement juge judiciaire et non pas comme juge administratif. Le système de formation du juge révèle une carence manifeste en ce qui concerne la préparation au contentieux administratif.

630. L'enseignement de deux années juridiques est en principe théorique et pratique⁸²⁷. Dans les faits, l'enseignement pratique rencontre beaucoup de difficultés ce qui lui fait perdre tout intérêt⁸²⁸.

631. Le diplôme de licence délivré par la Section juridique de l'Ecole nationale de droit et d'administration permet l'accès à la magistrature au même titre que le diplôme de docteur ou

⁸²² Article 1^{er} de l'Arrêté du Commissaire général à la Justice organisant le concours d'admission à la Section juridique de l'Ecole Nationale de droit et d'administration, (M.C., n°6, du 13 février 1961).

⁸²³ Jean FOURRE, *Op.cit.*, p. 471.

⁸²⁴ *Idem*, p. 472 et 473.

⁸²⁵ Article 8 de l'Ordonnance du 5 janvier 1961 portant organisation de la section juridique de l'Ecole Nationale de Droit et d'Administration.

⁸²⁶ Article 9 de l'Ordonnance du 5 janvier 1961 portant organisation de la section juridique de l'Ecole Nationale de Droit et d'Administration.

⁸²⁷ Article 10 de l'Ordonnance du 5 janvier 1961 portant organisation de la section juridique de l'Ecole Nationale de Droit et d'Administration.

⁸²⁸ Jean FOURRE, *Op.cit.*, p. 473 et 474.

de licencié en droit délivré par une université congolaise ou diplôme équivalent délivré par une université étrangère et le diplôme délivré par les écoles de juges de paix⁸²⁹. En définitive, l'initiative de l'ENDA était très louable. Elle manifeste la prise de conscience de la nécessité d'une formation spécialisée pour les agents de l'Etat⁸³⁰. Mais il s'est posé des problèmes de mise en œuvre. Des améliorations pouvaient y être apportées pour doter le pays des juges aptes à assumer le règlement de différents types de contentieux. Mais elle a connu une longue interruption et n'a pas encore repris jusqu'à ce jour. Des voix s'élèvent aujourd'hui pour la remise sur pied de cette institution soit en regroupant l'école d'administration et celle de la magistrature soit en les séparant⁸³¹.

1.2. La formation du juge administratif dans le cadre de l'Ecole supérieure de la magistrature

632. L'Ecole supérieure de la magistrature n'est pas encore effectivement implantée et organisée⁸³². Elle s'annonce comme une école de formation ouverte à tous les magistrats sans distinction de l'ordre juridictionnel d'affectation. Les propositions des consultants pour la mise en place de l'Ecole ne prennent pas non plus en compte ce besoin de formation spécialisée pour le juge administratif. Le rapport de consultance menée par les experts de la Coopération technique belge (CTB) à ce sujet⁸³³ contient, entre autres, un avant-projet de loi créant un Institut de formation de magistrats (IFM). Selon le rapport, l'Institut est placé sous la tutelle du Conseil supérieur de la magistrature. Sa mission est d'assurer la formation initiale des magistrats du siège et du parquet pendant deux années ainsi que leur formation continue. Aucune mention n'est faite à la possibilité d'assurer une formation spécifique aux magistrats de divers ordres juridictionnels institués par la Constitution. Le programme de cours est manifestement destiné à une formation généraliste. Trois cours théoriques sur dix ont trait, et en nombre d'heures réduit, au droit et contentieux administratif. Il s'agit de l'organisation judiciaire en RDC (5h) ; du Droit de procédure civile, commerciale, sociale et administrative (20h) et de l'Etablissement de la preuve en matière civile, commerciale, sociale et administrative (15h). Les cours pratiques ont la même orientation généraliste avec une

⁸²⁹ Article 1^{er} 7) de l'Ordonnance-loi n°68-246 du 10 juillet 1968 portant statuts des magistrats (*M.C.*, n°6 du 15 mars 1969).

⁸³⁰ Jean FOURRE, *Op.cit.*, p. 478.

⁸³¹ http://www.lepotentiel.com/afficher_article.php?id_edition=&id_article=16881 ;

<http://www.digitalcongo.net/article/53894>

⁸³² Article 4 alinéa 2 de la Loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats, (*J.O.RDC.*, n° spécial, 25 octobre 2006).

⁸³³ COOPERATION TECHNIQUE BELGE, Etude de la mise en place d'un institut de formation des magistrats, Projet de Rapport final du 10/06/2009.

certaine insistance sur le procès pénal. Rien n'y concerne particulièrement le procès administratif.

633. Cette Ecole peut être aménagée en vue de la formation spécialisée des magistrats, dont ceux de l'ordre administratif. L'aménagement consisterait à organiser un cycle particulier pour la formation initiale du juge administratif, à apprêter un programme de formation qui cadre le mieux avec le profil attendu, à prévoir une durée raisonnable de ladite formation, à prévoir les modalités de recrutement des futurs juges administratifs et à déterminer les modalités de la formation continue.

634. Il pourra être prévu, au sein de l'Ecole supérieure de la magistrature, un cycle de formation particulière pour le juge administratif⁸³⁴. La division en cycles pourrait ainsi épouser la réalité de la réforme introduite par la Constitution sur la spécialisation des ordres de juridiction. Au minimum, deux cycles pourraient être ouverts, l'un préparant à la magistrature dans l'ordre judiciaire et l'autre à la magistrature dans l'ordre administratif. Le cycle administratif aura pour objet de fournir une partie importante des magistrats à l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif qu'il est prévu de créer sur l'ensemble du territoire et à tous les niveaux à savoir les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat.

635. Il faudra, dans ce cas, élaborer un programme de formation approprié. Il s'agit d'intégrer les éléments grâce auxquels le juge administratif sera capable d'exercer un contrôle sérieux de l'action administrative. Il faudra donc attirer l'attention sur le contenu et l'orientation de la formation dispensée ainsi que sur la méthodologie employée. L'élaboration du programme de formation est de l'apanage du Conseil supérieur de la magistrature⁸³⁵. Il lui est loisible de prévoir une formation commune à tous les magistrats et une formation spécialisée suivant l'ordre juridictionnel de rattachement.

636. En ce qui concerne la formation spécialisée du juge administratif, il ne s'agit pas de reprendre à zéro l'enseignement du droit administratif. Suivant les conditions de recrutement, le bagage de base est supposé suffisant. L'objectif est plutôt d'affiner les connaissances déjà

⁸³⁴ Ce type de réforme a été préconisée pour l'Ecole nationale d'administration et de magistrature du Cameroun, Anicet ABANGA ATANGANA, *Op.cit.*, p. 141.

⁸³⁵ Article 4, alinéa 2, de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

acquises en vue de les rendre opérationnelles dans la pratique juridictionnelle. Le juge doit être capable de déduire de ses connaissances théoriques des solutions concrètes, adaptées et utiles aux différents cas qui sont soumis à son examen. C'est une formation, non pas à but théorique, mais à but professionnel, pratique. Plus concrètement, le contenu de la formation doit, au minimum, susciter l'esprit inventif du juge, lui procurer une connaissance pratique du cadre de l'action administrative, lui procurer une connaissance pratique du système de la justice administrative et attirer son attention sur le rôle de la justice administrative dans l'appropriation du droit administratif par les acteurs.

637. L'organisation de la formation sera étalée sur une durée raisonnable. Le statut des magistrats prévoit que la formation des magistrats à l'Ecole supérieure de la magistrature est d'une année⁸³⁶. Cette durée rencontre le point de vue selon lequel la formation dans une école spécialisée ne doit pas être très longue. Il faut donc s'assurer que la transformation voulue se réalisera dans le cadre d'une année. Cela permet, par ailleurs, de rendre disponible, en un temps record, un nombre important de magistrats qui animeront le nouvel ordre juridictionnel administratif.

638. Il faudra mettre en place des modalités de recrutement pertinentes. Il a été reproché à l'ENDA, au niveau du recrutement ne pas rechercher les aptitudes et l'examen des caractères. Il est indispensable d'adapter le recrutement au profil attendu à la sortie de l'Ecole. Il convient d'observer d'abord que le système de recrutement organisé par la loi portant statut des magistrats, en raison des lacunes qu'elle comporte, n'est pas approprié pour la spécialisation des magistrats de l'ordre administratif. En effet, le passage à l'Ecole supérieure de la magistrature n'est suivi d'aucune sanction effective concernant la qualité de magistrat. En outre, la loi n'institue pas un système clair de différenciation du recrutement des magistrats des juridictions inférieures et de ceux de hautes juridictions. Ces lacunes doivent être corrigées par la proposition d'un système de recrutement qui fasse jouer à l'Ecole supérieure de la magistrature un rôle utile dans la spécialisation des magistrats.

639. Le meilleur système de recrutement est de doter l'Ecole supérieure de la magistrature d'un rôle prépondérant dans la spécialisation. Il est possible de réaliser une formation spécialisée dans le cadre de l'Ecole supérieure de la magistrature sanctionnée à l'entrée

⁸³⁶ Article 4, alinéa 2, de la Loi portant statut des magistrats.

comme à la sortie et modulée suivant les besoins des juridictions inférieures et la haute juridiction qu'est le Conseil d'Etat. Dans un premier temps, en cette phase de démarrage où la spécialisation est plus que nécessaire, l'ESM sera la voie exclusive de recrutement dans les juridictions administratives. Plus tard, au regard du bilan réalisé, l'opportunité d'introduire du sang étranger sera appréciée. Cela se fera à travers le système bien connu de l'ENA en France d'un concours d'entrée et d'un classement de sortie. Cela dit, il faut régler la question des modalités du concours et celle du statut de celui qui est admis à l'ESM.

640. Le recrutement dans la magistrature administrative se fera principalement par le biais d'un concours d'entrée et d'un classement à la sortie à l'Ecole supérieure de la magistrature. Le concours d'entrée doit être organisé en fonction de l'objectif de la spécialisation. Il consistera à sélectionner les personnes qui justifient des connaissances suffisantes en droit administratif. La qualité de la justice administrative dépend en effet du niveau de recrutement⁸³⁷. Ainsi, parmi les nombreuses conditions d'admissibilité envisageables, seules retiendront l'attention ici celles qui permettent d'attester de la maîtrise du droit administratif. Cette maîtrise sera confirmée par la réussite à un concours d'entrée et par un classement utile à la sortie.

641. La condition de la maîtrise du droit administratif sera attestée par un diplôme en droit. Cette condition peut être vérifiée par la production d'un diplôme délivré à l'issue d'un programme d'études comprenant une formation suffisante en droit administratif. L'exigence légale relative au recrutement des magistrats au Congo satisfait à cette condition.

642. Le détenteur d'un diplôme obtenu dans une discipline proche des sciences juridiques n'est pas admissible au regard de la loi congolaise. En droit français, par contre, les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont recrutés notamment parmi les anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration qui, pour y accéder, peuvent être porteurs d'un diplôme autre que celui de droit⁸³⁸. Certes, les juristes n'ont pas le monopole de la compréhension des questions relatives à l'administration publique. D'autres disciplines scientifiques, par le biais d'approches qui sont les leurs, parviennent à en développer une connaissance importante. Il s'agit notamment des détenteurs d'un diplôme de

⁸³⁷ Guy BRAIBANT, Nicole QUESTIAUX, Céline WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, Paris, Cujas, 1973, p. 23.

⁸³⁸ Article L 233-2 du Code de justice administrative français.

sciences politiques et administratives. Le programme des cours dans cette filière comporte une charge horaire importante de droit administratif. Toutefois, compte tenu de l'ampleur de la tâche à accomplir et du défaut d'une longue expérience de juridiction administrative autonome au Congo, il est plus prudent de réserver, dans un premier temps, l'accès aux seuls détenteurs d'un diplôme en droit. L'opportunité de l'ouverture à d'autres disciplines pourrait être examinée plus tard lorsque la juridiction administrative aura consolidé ses bases.

643. La loi érige en principe le recrutement par concours. Elle ne spécifie cependant pas les matières sur lesquelles doit porter le concours. Elle ne semble pas tenir compte de la nécessité d'adapter les conditions d'entrée aux exigences du type de juridiction dans laquelle le candidat juge postule. Pour le futur magistrat administratif, l'admission à l'ESM doit être assujettie à la réussite à un concours de droit administratif. Les dérogations au concours ne pourraient être admises que pour les cas de personnes dont l'expérience antérieure permet de présumer une maîtrise appréciable du droit administratif soit en tant qu'enseignant, avocat ou fonctionnaire public.

644. Le nombre des recrues sera limité en fonction des besoins des juridictions. Une concordance sera donc assurée pour ne former qu'en fonction des besoins de la justice administrative tout en prévoyant également un taux raisonnable de déperdition.

645. Le statut de la personne qui vient de réussir au concours d'entrée doit être celui de magistrat stagiaire⁸³⁹. Le stage prévu par la loi sur le statut des magistrats doit être mué en un stage probatoire. Tel était d'ailleurs le système dans les anciens statuts des magistrats qui prévoyaient que le magistrat était d'abord désigné magistrat à titre provisoire⁸⁴⁰. Il n'était plus tard nommé à titre définitif que si le stage était concluant attesté par un rapport favorable⁸⁴¹. Le magistrat stagiaire aura ainsi tous les droits pécuniaires et administratifs liés à son statut.

646. La nomination définitive doit dépendre de l'issue de la formation à l'ESM. Il sera établi un classement de sortie. Trois catégories peuvent ainsi se dégager. Les meilleurs, qui auront obtenu les meilleures cotations seront destinés au Conseil d'Etat. Toutefois, étant donné que c'est la plus haute juridiction qui assurera l'unité de la jurisprudence administrative des

⁸³⁹ « En théorie, l'admission dans un établissement public destiné à former des fonctionnaires et des magistrats implique la qualité d'agent stagiaire », Jean FOURRE, *Op.cit.*, p. 470.

⁸⁴⁰ Article 3 alinéa 1^{er} de l'Ordonnance-loi n°88-056 du 29 septembre 1988 portant statut de magistrats.

⁸⁴¹ Article 3 alinéa 2 de l'Ordonnance-loi n°88-056 du 29 septembre 1988 portant statut de magistrats.

conditions supplémentaires attestant de l'excellence des dossiers individuels pourront être exigées. L'on pourra s'inspirer ici des conditions fixées dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat belge⁸⁴². La catégorie suivante sera destinée aux cours administratives d'appel et aux tribunaux administratifs. Les personnes qui auront réussi au concours mais qui auront manqué de poste pourraient demeurer sur la liste d'attente endéans la période qui sera fixée par règlement en tenant compte des besoins en personnel. La troisième catégorie est celle de personnes qui auront été jugées inaptes à l'exercice de la magistrature administrative et qui seront purement et simplement remerciées.

647. Après avoir recherché la spécialisation en matière administrative au stade du recrutement, après l'avoir approfondie pendant le stage à l'Ecole supérieure de la magistrature, il est important de la maintenir par le biais notamment de la formation continue. L'importance de celle-ci n'est pas à démontrer pour n'importe quelle filière professionnelle. Elle est encore très évidente en ce qui concerne le juge administratif dans la mesure où l'objet de ses activités, l'administration, est dynamique et en constante évolution. Il est, pour cette raison, impérieux de s'assurer que le juge administratif en a une connaissance actualisée ; qu'il observe et assimile les nouvelles formes de l'action administrative, de manière à pouvoir adapter facilement son contrôle. Les modalités de la formation peuvent être envisagées sous l'angle de l'obligation pour le magistrat de se soumettre à « une formation et à un perfectionnement permanents »⁸⁴³ sous la surveillance du Conseil supérieur de la magistrature, dans le cadre des activités de l'Ecole supérieure de la magistrature et dans le cadre de la collaboration avec les universités

648. L'obligation de formation et de perfectionnement permanent est à la base même de la formation continue. Le magistrat doit être disponible et se prêter à toute activité qui est de nature à enrichir ses connaissances et à perfectionner ses capacités professionnelles. Dans ses activités quotidiennes, il doit faire preuve de la recherche permanente de l'excellence. Le respect de cette obligation de formation et de perfectionnement permanent peut être évalué dans le cadre du signalement du magistrat. Le signalement « consiste en un bulletin dans lequel sont brièvement décrites les activités exercées pendant l'année écoulée et dans lequel

⁸⁴² Article 70, §2 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, modifié par la loi du 8 septembre 1997. A ce sujet, Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 382, n°278 ; Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 147.

⁸⁴³ Article 27, alinéa 2, de la Loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.

est proposée ou attribuée une appréciation du mérite du magistrat »⁸⁴⁴. Il éclaire les autorités compétentes sur le rendement, la conscience et les aptitudes professionnelles du magistrat⁸⁴⁵. L'appréciation de ces éléments est essentiellement discrétionnaire. Voilà pourquoi, pour donner une base objective, dont peut se servir le magistrat pour améliorer ses prestations, il est souhaitable que l'autorité compétente indique les grandes lignes ce qu'il entend par rendement, conscience et aptitudes professionnelles. Ces grandes lignes pourront concerner notamment ce qu'il est normal d'attendre du magistrat administratif quant à sa manière d'examiner une affaire. Ce mécanisme peut s'avérer très efficace dans la mesure où la promotion en dépend. En effet, pour bénéficier d'une promotion, le magistrat doit avoir obtenu, au cours d'une période de trois ans, au moins deux fois la cote « très bon »⁸⁴⁶. La loi a renforcé l'exigence en termes de performances professionnelles car l'ancienne loi abrogée de 1988 n'exigeait que d'avoir obtenu au moins deux fois la mention « bon »⁸⁴⁷.

649. La sanction positive du signalement est la promotion. Il aurait été souhaitable que la loi en prévoie également, et ce sera plus efficace encore, la sanction négative. Le sort du magistrat qui obtiendrait successivement, plusieurs fois la cote « médiocre » devrait être déterminé. L'on pourrait s'inspirer notamment de la solution prévue par le statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat qui, en ce cas, applique « la démission d'office ». Il s'agit d'un cas de cessation définitive des services qui intervient notamment à la suite de l'insuffisance professionnelle. Le licenciement est prononcé d'office lorsque l'agent a reçu trois fois de suite la cotation « médiocre »⁸⁴⁸. La magistrature, surtout celle administrative, ne peut continuer à garder en son sein des personnes dont les compétences sont manifestement insuffisantes sur le plan professionnel.

650. La loi a plutôt prévu une telle sanction en dehors du cadre du signalement. Et elle a prévu spécifiquement la sanction de l'incompétence intellectuelle du juge. La sanction est celle de la relève anticipée des fonctions par le Président de la République qui frappe tout magistrat qui « ... de l'avis d'une Commission de trois membres au moins, dont la composition est fixée par le Conseil supérieur de la magistrature, sur demande conjointe du

⁸⁴⁴ Article 7, alinéa 2, de la loi de 2006 portant statut des magistrats.

⁸⁴⁵ Article 7, alinéa 3, de la loi de 2006 portant statut des magistrats.

⁸⁴⁶ Article 11, alinéa 1^{er}, de la loi de 2006 portant statut des magistrats.

⁸⁴⁷ Article 8 de l'ordonnance-loi 88-056 du 29 septembre 1988 portant statut des magistrats.

⁸⁴⁸ Article 76 de la Loi 003-81 du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat.

Premier président de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat et des Procureurs généraux près ces juridictions, fait preuve de manière habituelle dans l'exercice de ses fonctions, d'une incompétence notoire ou d'une grave ignorance du droit »⁸⁴⁹. Ce mécanisme est intéressant. Il pêche cependant par son caractère aléatoire. Il n'y a rien qui oblige les chefs de juridictions d'exercer la demande d'avis sur la compétence d'un magistrat. Par contre, le mécanisme du signalement est automatique et obéit à un rythme annuel. C'est une sorte de bilan qui oblige, annuellement, de tirer les conséquences du niveau d'aptitude professionnelle, notamment du point de vue des compétences intellectuelles des magistrats.

651. Le contrôle de l'obligation de formation et de perfectionnement peut s'effectuer, d'une manière plus indirecte, à travers l'exercice de la réformation ou de la cassation par les juridictions supérieures. Il est possible, pour ces dernières, d'apprécier le niveau collectif des aptitudes des magistrats des juridictions inférieures. A partir du traitement juridique d'une affaire, il est possible de remarquer l'insuffisance ou les performances des juges qui ont rendu un arrêt critiqué en appel ou en cassation. A partir du constat global effectué à ce niveau, les autorités du Conseil d'Etat ou du Conseil supérieur de la magistrature peuvent déceler les besoins en formation pour les magistrats. A titre d'illustration, l'on peut inscrire comme besoin particulier en formation le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration lorsqu'on se rend compte que cette notion échappe complètement à l'attention des juges. Des séminaires de formation peuvent ainsi être organisés qui doivent déboucher sur l'élaboration d'un guide méthodologique à l'intention des magistrats pour améliorer leurs prestations.

652. Dans le cadre du Conseil supérieur de la magistrature, il est possible d'envisager des stages et des formations diplômantes à l'intérieur comme à l'étranger au bénéfice des magistrats.

653. La première mission de l'Ecole supérieure de la magistrature est de former des magistrats immédiatement utilisables. A côté de cette mission, elle peut développer un programme de formation continue qui doit être compris comme une sorte de recyclage permanent des magistrats en cours de carrière. Fort de l'expertise dont elle est censée disposer pour la formation des élèves magistrats et de l'expérience qu'elle est censée accumuler au fil du temps, elle est capable d'organiser des séances, de plus ou moins longue durée, sur des

⁸⁴⁹ Article 43, alinéa 1^{er}, de la loi de 2006 portant statut des magistrats.

questions particulières intéressant l'activité quotidienne des magistrats en collaboration avec les juridictions ou avec le Conseil supérieur de la magistrature.

654. Les universités sont des laboratoires qui allient l'enseignement et la recherche en droit. Il est très utile de nouer un dialogue permanent entre les universités et les juridictions en vue d'un enrichissement mutuel à partir des réflexions théoriques que les premières développent et des expériences de terrain que les secondes accumulent. La recherche universitaire, doctrinale, a l'avantage, surtout en matière de droit administratif, de systématiser le travail du juge. Il est donc très utile que le magistrat se mette à l'écoute de l'universitaire afin de savoir de quelle manière son action est appréhendée et moulée dans les cadres théoriques d'expression du savoir. C'est l'occasion de réduire, à due proportion, les propositions doctrinales et de les corriger mais aussi et surtout l'occasion pour le magistrat de rectifier le tir à la suite des erreurs qu'il lui arrive de commettre dans l'exercice de sa mission. Les cadres de ces échanges peuvent prendre différentes formes comme les colloques, les séminaires, les conférences-débats, la publication d'articles et d'ouvrages, la tenue des revues spécialisées, etc.

655. Des mesures transitoires mais qui tiennent compte de la spécialisation administrative doivent être envisagées car il est fort probable, qu'au moment où les nouvelles juridictions administratives seront mises en place, la formation spécialisée ne soit pas encore possible. En effet, à ce jour, l'Ecole elle-même n'est pas encore opérationnelle. La loi règle la transition en disposant qu'en attendant la création de l'Ecole supérieure de la magistrature le Conseil supérieur de la magistrature organisera des sessions de formation qu'il jugera appropriées⁸⁵⁰. La proposition est d'intégrer déjà le souci de la spécialisation en expérimentant, même dès cette phase transitoire, le système du concours à l'entrée et de classement de sortie comme le ferait exactement l'Ecole supérieure de la magistrature.

2. Le rattachement exclusif des juges à la juridiction administrative

656. La loi actuelle portant statut des magistrats semble perpétuer le système de juge généraliste dans le cadre des ordres juridictionnels autonomes. Ce serait regrettable si cela devait se confirmer dans la mise en œuvre de la réforme car cela réduirait à néant tout l'effort

⁸⁵⁰ Article 88 de la Loi de 2006 portant statut des magistrats.

de spécialisation des juges (2.1). Il convient plutôt, pour de plus cohérence avec le choix des ordres autonomes de juridictions et pour le respect du principe de l'inamovibilité des juges de consacrer le système de rattachement exclusif des juges aux juridictions administratives (2.2).

2.1. Le rattachement des juges aux juridictions dans le statut de 2006

657. Plusieurs ordres juridictionnels ont été introduits par la Constitution mais un seul statut des magistrats a été organisé. Le projet de loi sur les juridictions administratives ne fait non plus aucunement allusion à la spécialisation des magistrats. Il n'y a toutefois pas de doute sur le statut des membres de la Cour constitutionnelle qui ne se confond nullement avec celui des autres membres du pouvoir judiciaire. Leur nombre, les modalités de leur désignation et de leur sortie de fonction, les conditions d'éligibilité sont déjà déterminées par la Constitution.

658. Le risque majeur attaché au régime de l'unicité du statut du magistrat est le retour au système des juges polyvalents. Dans la gestion concrète de la carrière des magistrats, d'aucuns pourraient se fonder sur l'identité de la formation reçue à l'Ecole supérieure des magistrats pour imposer, pour diverses raisons, le passage d'un juge d'un ordre juridictionnel à l'autre. La garantie constitutionnelle et légale de l'inamovibilité peut toutefois fonder le rattachement exclusif des juges à leur ordre juridictionnel d'affectation.

2.2. Le rattachement exclusif des magistrats dans le cadre de l'unicité du statut

659. Dans le silence de la loi sur les modalités d'affectation des juges aux ordres juridictionnels, le principe de l'inamovibilité du juge porté par la Constitution et par la loi constitue un fondement sérieux au rattachement exclusif du juge à son ordre juridictionnel. La Constitution dispose que « le magistrat du siège est inamovible »⁸⁵¹. La loi consacre expressément que « le juge est inamovible »⁸⁵². La dérogation au principe de l'inamovibilité est admise dans quatre hypothèses qui tiennent compte de l'indépendance du juge et des nécessités de service. Ces différentes hypothèses ne semblent pas devoir entraîner systématiquement le déplacement du juge de son ordre juridictionnel de rattachement à un autre.

⁸⁵¹ Article 150, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

⁸⁵² Article 14, alinéa 1^{er}, de la loi de 2006 sur le statut des magistrats.

660. La première hypothèse est le déplacement du juge à sa demande dûment motivée et acceptée. Ce déplacement ne remet pas nécessairement en cause le rattachement du juge à son ordre juridictionnel. Il peut ne s'agir que d'un déplacement géographique, par exemple d'un tribunal administratif d'une ville à celui d'une autre ville. Il peut s'agir toutefois du déplacement du juge de son ordre juridictionnel à un autre ordre juridictionnel. Par exemple, un juge peut souhaiter quitter l'ordre juridictionnel administratif pour l'ordre judiciaire et vice-versa. Cela ne pose pas un problème particulier dans la mesure où la décision de déplacement est volontaire et émane du juge lui-même. Une telle décision est certainement prise à la suite d'une autoévaluation sur la base de laquelle le juge estime pouvoir mieux servir et mieux s'épanouir dans l'ordre juridictionnel de destination. Il est toutefois important que les autorités du pouvoir judiciaire puissent effectivement s'assurer si le juge qui sollicite le déplacement remplit les conditions particulières de l'ordre de destination. C'est ce qui justifie probablement la condition d'acceptation par le Conseil supérieur de la magistrature de la demande du juge qui sollicite le déplacement.

661. La deuxième hypothèse est celle où le déplacement intervient à la suite de la promotion du juge. Il s'agit ici manifestement d'un déplacement au sein du même ordre juridictionnel. Il peut tout au plus entraîner un déplacement géographique dans la mesure où par exemple la juridiction dans laquelle le juge est appelé à occuper les fonctions liées à la promotion est située dans une ville différente de la juridiction d'origine. Ce déplacement ne pose aucun problème ni du point de vue de l'indépendance du juge ni du point de vue de son rattachement à son ordre juridictionnel.

662. La troisième hypothèse est celle où le déplacement intervient pour des raisons liées aux fonctions du juge dûment constatées par sa hiérarchie. Cette hypothèse ne semble pas non plus autoriser un déplacement d'un ordre juridictionnel à un autre. On ne comprendrait d'ailleurs pas comment, en raison de ses fonctions, un juge serait amené à quitter son ordre d'origine pour servir dans un autre. Un tel déplacement ne se concevrait donc que dans le cadre du même ordre juridictionnel et ne poserait de ce fait aucun problème relativement au rattachement exclusif du juge à son ordre juridictionnel. La création d'un siège secondaire d'un tribunal administratif pourrait, par exemple, justifier le déplacement d'un juge du lieu du siège principal au lieu du siège secondaire. Ce besoin de service s'imposerait ainsi au juge

dont le consentement ne sera pas spécialement requis dans ce cas. Il est cependant très difficile, du point de vue de l'indépendance du juge, de déterminer clairement si le déplacement « pour des raisons liées à ses fonctions » n'est pas une décision qui cache une sanction ou une volonté d'incommoder le juge concerné. Cela devrait s'apprécier alors au cas par cas.

663. La quatrième hypothèse, prévue uniquement par la Constitution mais non expressément reprise par la loi, concerne le déplacement du juge par « rotation motivée décidée par le Conseil supérieur de la magistrature »⁸⁵³. Il s'agit d'un déplacement par nécessité de service. Cette disposition comporte une garantie importante, celle qui consiste à obliger le Conseil supérieur de la magistrature de motiver sa décision de rotation. Cette motivation servira de base pour le contrôle juridictionnel, le cas échéant, pour s'assurer qu'elle ne cache pas une volonté de réduire l'indépendance du juge. La rotation semble ne se concevoir que dans le seul cadre de l'ordre juridictionnel de rattachement.

664. Il résulte donc de l'examen de ces différentes hypothèses que, malgré le partage par tous les juges d'un statut unique, le rattachement exclusif du juge s'impose en raison du principe de l'inamovibilité. Les déplacements en dehors de l'ordre de rattachement doivent l'être à la demande expresse du juge lui-même et sont par conséquent marginaux. Il n'empêche tout de même qu'il serait plus convenable que le législateur précise expressément les modalités du rattachement aux ordres juridictionnels pour anticiper des interprétations abusives du statut avec le risque de mettre à néant les avantages de la spécialisation. Pour ce faire, la loi devrait imposer le recrutement par l'Ecole supérieure de la magistrature qui comprendrait ainsi des cycles spécialisés en fonction des ordres juridictionnels ; prévoir la nomination des finalistes de l'Ecole supérieure de la magistrature en fonction de la spécialité qu'ils y auront acquise ; prescrire l'intangibilité de l'affectation à l'ordre juridictionnel.

665. La proposition du rattachement exclusif des juges à leurs ordres juridictionnels se justifie du point de vue du but et des moyens. Le but est la spécialisation. Il doit être pris en compte dans tous les cas. L'idéal aurait été d'avoir un statut particulier pour chaque ordre de juridiction. Les limites des moyens invitent cependant à la modestie et à des structures souples. C'est pour cela qu'un seul cadre statutaire est compatible avec le niveau actuel des

⁸⁵³ Article 150, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

moyens dont peut disposer le Congo en proie à des récurrents problèmes budgétaires. Cette solution conduira nécessairement à adopter un statut particulier applicable à chaque ordre juridictionnel afin de préciser la particularité de la situation de chaque ordre juridictionnel tout en s'inscrivant pour l'ensemble dans les dispositions du statut commun de tous les magistrats.

666. Conclusion du premier chapitre. A l'issue de ce chapitre, nous pouvons retenir que le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration exige la réunion des conditions de bonne administration de la justice. Certaines de ces conditions sont générales à toute juridiction. C'est l'indépendance du juge et la disponibilité des moyens humains, financiers et matériels. L'indépendance du juge, face au pouvoir politique, nous a paru devoir être renforcée par la désignation par voie d'élection des responsables du Conseil supérieur de la magistrature. Cela permet de conforter durablement le rôle de cet organe face au pouvoir exécutif lors de la présentation des dossiers de nomination, de promotion et de révocation des juges car c'est le moment clé où se lie leur destinée. En ce qui concerne les moyens humains, il s'est avéré très impérieux de doter le juge administratif de collaborateurs capables de les aider à assurer un traitement rapide et efficace des affaires.

667. D'autres conditions sont spécifiques à la juridiction administrative. Celle-ci doit être spécialisée aussi bien sur le plan organique que sur le plan fonctionnel comme cela est prévu par la Constitution de 2006. Il reste encore cependant à la mettre en œuvre. A cet effet, le projet de la loi sur les juridictions administratives en attente d'adoption au parlement, mérite d'être réaménagée sur certaines questions pour qu'elle soit en mesure de mieux jouer son rôle. La spécialisation doit aussi concerner le juge administratif qui doit, en raison surtout du faible niveau d'appropriation du droit administratif dans le contexte congolais, être formé suffisamment en matière administrative. Nous avons suggéré l'adaptation de l'Ecole supérieure de la magistrature, prévue par la loi mais non encore opérationnelle, pour qu'elle assure le recrutement et la formation spécialisée pour des juges des juridictions administratives. Nous avons enfin préconisé le rattachement exclusif du juge administratif à la juridiction administrative afin d'éviter que l'éparpillement des juges dans différents domaines du droit ne déteigne sur la qualité de leurs décisions. La loi sur le statut des magistrats garantit déjà ce rattachement exclusif dans sa disposition relative à l'inamovibilité du juge. Il est, toutefois, préférable que le législateur organise expressément les modalités du rattachement des juges aux ordres juridictionnels.

CHAPITRE II. LES CONDITIONS RELATIVES AU CADRE NORMATIF

668. Dans quelle mesure exacte la qualité de la loi affecte-t-elle le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration ? Il est certes difficile de fournir une réponse très précise à cette question. Mais il est généralement admis que les insuffisances du droit écrit accroissent « la complexité des utilisateurs de ce droit, qu'il s'agisse des parlementaires, des fonctionnaires, des magistrats, des praticiens ou de l'homme de la rue »⁸⁵⁴. Pour cette raison, il est utile d'améliorer le procédé d'élaboration de la loi afin d'en assurer la meilleure qualité possible (Section I). D'autre part, étant donné que l'essentiel de l'activité du juge administratif dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration est un contrôle des motifs, il est souhaitable que la loi généralise l'obligation de la motivation formelle des actes administratifs unilatéraux individuels (Section II).

Section I. L'amélioration de la qualité des textes

669. Les textes visés sous cette section sont tous ceux dont le juge administratif contrôle le respect dans l'exercice de sa mission. Il s'agit donc de la Constitution, des conventions internationales, de la loi et du règlement. Un texte de loi doit comporter certaines caractéristiques pour être de bonne qualité (§1). Pour qu'un texte réunisse ces caractéristiques, plusieurs facteurs, dont la maîtrise peut s'avérer délicate, entrent en ligne de compte. Il est donc difficile de garantir la qualité d'un texte quant au fond. Il est néanmoins plus sûr de rechercher l'amélioration à partir de la procédure d'élaboration des textes. C'est dans le cadre de cette procédure que nous préconisons l'intervention systématique d'un Conseil de législation. L'examen rigoureux de la forme et du fond par ce Conseil est susceptible de garantir la bonne qualité des textes (§2).

§1. Les critères d'un texte de bonne qualité

670. L'idée du standard d'un bon législateur commence à se faire jour. En effet, le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme demandent « aux autorités étatiques de réglementer l'exercice des droits fondamentaux dans des termes *intelligibles*, pour des motifs *légitimes*, en respectant l'équilibre *nécessaire sinon raisonnable*

⁸⁵⁴ K.W. PATCHETT, « Techniques d'élaboration des lois », in Conseil de l'Europe, *Principes et méthodes d'élaboration des normes juridiques*, Strasbourg, 1983, p. 24.

entre ces motifs et l'atteinte portée aux droits et libertés individuelles »⁸⁵⁵. Cette idée est de la plus haute importance pour l'élaboration des textes de loi en général et en particulier pour les textes qui confèrent à l'administration un pouvoir discrétionnaire. Tout texte doit comporter certaines caractéristiques qui en permettent l'interprétation aisée aussi bien par ceux qui doivent le mettre en application ou en contrôler le respect (1). En sus des caractéristiques communes à tout texte, des précautions particulières doivent être prises lors de l'élaboration des textes qui confèrent le pouvoir discrétionnaire à l'administration (2).

1. La qualité d'un texte de loi en général

671. La qualité d'un texte de loi est fonction du soin apporté à sa conception et à sa rédaction. La conception vise la préparation matérielle du contenu du texte tandis que la rédaction vise sa mise en forme par écrit. Ces deux opérations sont présentées de manière linéaire. Mais, ce n'est là qu'une vue de l'esprit. Il est, en effet, encore possible d'améliorer la conception d'un texte grâce aux imperfections ou aux incohérences qui ne se laissent mieux percevoir qu'au moment de la rédaction. Ce n'est donc que pour le besoin de la présentation que nous indiquerons d'abord la qualité liée à la conception (1.1) et ensuite la qualité liée à la rédaction de la loi (1.2).

1.1. La qualité de la loi liée à sa conception

672. La rédaction de la loi doit être précédée de la préparation matérielle de son objet. « Avant de rédiger la loi, il importe de la penser »⁸⁵⁶. Cette étape est dénommée légistique matérielle. Cette mission incombe aux personnes qui ont l'initiative de la loi dans leurs attributions. Il s'agit aussi bien des autorités du pouvoir exécutif (Président de la République et ministres) que des membres du pouvoir législatif (députés et sénateurs). Généralement, pour la consistance de l'œuvre, ces personnes recourront aux experts et spécialistes des domaines concernés par le projet de loi afin d'envisager, avec la rigueur nécessaire, le contenu de la loi. La conception de la loi consiste à penser ce qu'en sera le contenu. Trois types d'opérations intellectuelles sont réalisés dans cette démarche et il importe qu'elles

⁸⁵⁵ Shirley LETURCQ, « Vers l'élaboration d'un standard du « bon législateur » devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme », <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/LETURCQ.pdf> (consulté le 27 janvier 2010).

⁸⁵⁶ Jean-Daniel DELLEY, Alexandre FLUCKIGER, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005, p. 84.

soient sérieusement menées en vue de la qualité de la loi. Il importe tout d'abord de définir le problème, ensuite de déterminer les buts et les objectifs et enfin d'arrêter une stratégie d'action⁸⁵⁷. Le respect de cette démarche, en amont, garantit l'opportunité, la pertinence et la cohérence de la loi à rédiger.

1.2. La qualité de la loi liée à sa rédaction

673. La traduction normative des résultats de la conception de la loi « implique la prise en considération de nombreuses exigences, tant juridiques que linguistiques et législatives »⁸⁵⁸. Les différentes prescriptions à suivre sont regroupées dans ce que l'on appelle la légistique formelle. Deux étapes majeures peuvent être relevées à ce niveau, à savoir la conception de la configuration de l'acte suivie de sa rédaction proprement dite. Jean-Daniel DELLEY et Alexandre FLUCKIGER proposent huit étapes dans la phase de la conception de l'acte normatif. Il s'agit de la détermination de la matière normative, de l'insertion dans l'environnement normatif, du choix du niveau normatif, du choix de la forme de l'acte législatif, du choix de la densité normative, de la structuration de la matière normative, de la fixation de la systématique de l'acte législatif et de la définition de la structure des dispositions⁸⁵⁹. La rédaction proprement dite veillera au respect des principes visant la qualité rédactionnelle du texte à savoir, les principes de clarté, de cohérence, de concision, de lisibilité et de véridicité⁸⁶⁰.

674. Ces principes sont certes liés à la forme. Mais il existe un lien très étroit entre la forme et le fond. C'est ce que traduit la remarque ci-après : « en travailler la forme, c'est travailler la loi quant au fond, l'expression de son idée fondamentale »⁸⁶¹. Le texte de loi doit être caractérisé par la clarté, la concision et l'exactitude. « Sa formulation ne s'accommode ni d'imprécision, ni de la fantaisie, ni de superfluités, ni de l'ambiguïté »⁸⁶². Le respect de ces règles de forme est très important surtout pour l'appréhension du pouvoir discrétionnaire que le législateur a entendu réserver à l'administration. L'on sait, en effet, qu'une part importante de pouvoir discrétionnaire et dont l'étendue est difficile à délimiter provient de problèmes

⁸⁵⁷ Pour les détails de cette démarche, Jean-Daniel DELLEY, Alexandre FLUCKIGER, *Op.cit.*, p. 85 et s.

⁸⁵⁸ *Idem*, p. 95.

⁸⁵⁹ *Idem*, p. 95 et 96.

⁸⁶⁰ *Ibidem*.

⁸⁶¹ J. BYVOET, *Légistique formelle (technique législative)*, UGA, Heule, 1971, p. 34.

⁸⁶² *Idem*, p. 34 et 36 ; SERVICES DU PREMIER MINISTRE, *Traité de légistique formelle*, Bruxelles, 1982, p. 43.

réactionnels. C'est dans la même optique que doit être compris, au niveau de la terminologie, le conseil d'employer le mot propre et de garder une terminologie uniforme et constante⁸⁶³.

675. L'on est, cependant, averti que « la formulation claire des règles ne signifie pas nécessairement certitude ou précision dans leur application »⁸⁶⁴. Le besoin de précision et de certitude justifie, dans beaucoup de cas, des constructions complexes. L'objectif de la concision peut parfois priver l'utilisateur de la loi des détails pourtant nécessaires. Autant des défis qui obligeront les rédacteurs de la loi à opérer des choix⁸⁶⁵.

2. La qualité du texte qui confère le pouvoir discrétionnaire à l'administration

676. Le texte qui confère le pouvoir discrétionnaire à l'administration doit, comme tous les autres textes normatifs, se conformer aux conditions précédemment énumérées. Il doit, plus particulièrement, indiquer de manière claire le pouvoir discrétionnaire conféré à l'administration (2.1) mais aussi assurer l'aménagement de l'exercice de ce pouvoir (2.2).

2.1. *L'indication claire du pouvoir discrétionnaire*

677. Il est très souhaitable, lorsque l'autorité normative a entendu accorder un pouvoir d'appréciation discrétionnaire à l'administration, que cela résulte d'une expression très claire dans la loi. La clarté de l'indication résultera du style et de la terminologie employés. Les éléments du pouvoir discrétionnaire doivent être aisément identifiables. Il s'agit de l'organe auquel ce pouvoir est attribué, des moyens qui doivent éventuellement être utilisés, de la procédure éventuelle, des conditions éventuelles et des délais éventuels.

2.2. *L'aménagement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire*

678. Certes, le législateur est maître de l'étendue du pouvoir discrétionnaire qu'il accorde à l'administration. Il est cependant souhaitable qu'il en assure un minimum d'aménagement afin d'en rendre la mise en œuvre et le contrôle aisés. Il en déterminera les principes et les modalités d'exercice. C'est surtout pour éviter que le juge ne soit embarrassé en ce qui

⁸⁶³ J. BYVOET, *Op.cit.*, p. 36.

⁸⁶⁴ K.W. PATCHETT, *op.cit.*, p. 26.

⁸⁶⁵ *Idem*, p. 27.

concerne les bases sur lesquelles il doit fonder son contrôle. L'on a pu se rendre compte comment le juge pouvait manquer de base pour son contrôle lorsque la loi permet à l'autorité administrative d'y déroger sans déterminer les modalités de la dérogation. Deux principes méritent d'être mentionnés. Il s'agit du principe de l'exercice effectif et complet du pouvoir discrétionnaire d'une part (A), et de l'autre, de l'obligation d'opérer le choix le plus adéquat dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire (B). Ces principes peuvent être intégrés dans la norme grâce à des formules simples (C).

A. L'exigence de l'exercice effectif et complet du pouvoir discrétionnaire

679. Dans les cas où le législateur accorde le pouvoir discrétionnaire à l'administration, il en prescrira l'exercice effectif et complet. Cela implique que l'administration ne méconnaîtra pas son pouvoir en estimant qu'elle n'en jouit pas. Elle ne doit pas « se lier à l'avance par une position de principe »⁸⁶⁶. Selon les prescriptions du texte, il doit être possible de constater que l'administration a effectivement exercé une appréciation d'opportunité à trois niveaux. Elle doit avoir apprécié l'opportunité de l'action, c'est-à-dire, avoir décidé entre agir et ne pas agir ; elle doit avoir apprécié l'opportunité du moment ; elle doit, enfin, avoir apprécié l'opportunité des moyens. C'est à partir d'une prescription d'ordre procédural que le législateur peut amener l'administration à exercer le pouvoir discrétionnaire dans le sens ci-haut indiqué. L'exigence d'exercer effectivement le pouvoir discrétionnaire vise à s'assurer que la procédure prescrite a été appliquée par l'administration dans le processus de la décision. Par contre, l'exigence d'exercer complètement le pouvoir discrétionnaire vise à s'assurer que la procédure prescrite a été appliquée dans tous ses éléments constitutifs.

680. La procédure que le législateur peut imposer à l'administration dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire consiste en une obligation d'information d'une part et en une obligation de mise en balance des éléments de l'affaire avant toute décision. L'obligation d'information implique qu'avant de décider, l'administration doit au préalable procéder à une recherche suffisante de toute information relative à l'affaire. L'administration doit décider en pleine connaissance de cause et ce sur tous les aspects du dossier. L'obligation de mise en balance des éléments de l'affaire implique, qu'avant de décider, l'administration doit procéder à un examen sérieux de tous les éléments recueillis lors de la phase de la recherche

⁸⁶⁶ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration en France », déjà cité, p. 82.

d'information et surtout procéder à une mise en balance suffisante de différentes solutions qu'elle peut retenir en définitive. La prescription législative doit être entendue comme signifiant qu'il doit être possible de remarquer, en amont de la décision, tout le travail d'appréciation effectuée par l'administration et les différentes solutions entre lesquelles elle pouvait opérer son choix. L'exercice effectif et complet du pouvoir discrétionnaire consiste pour l'administration à évaluer chaque solution et, à l'issue d'une comparaison minutieuse, retenir celle qui lui paraît la plus appropriée. En ce qui concerne, par exemple, le choix de la sanction la plus appropriée, elle doit pouvoir établir qu'elle a pesé le pour et le contre de chaque sanction. En ce qui concerne le choix des candidats, elle doit pouvoir établir qu'elle a évalué les titres et mérites de chacun. Cette comparaison est aussi le gage que la décision prise a été mûrement réfléchie.

B. L'exigence du choix le plus adéquat dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire

681. Le législateur prescrira également l'exigence du choix le plus adéquat lors de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Contrairement à l'exigence précédente qui est relative à la qualité de la procédure d'élaboration de la décision administrative discrétionnaire, cette exigence concerne la qualité du contenu de la décision. Ce contenu doit traduire le choix le plus adéquat. Il est évidemment très délicat d'arrêter les critères de ce qui doit être considéré comme le plus adéquat. Nous entendons par la décision la plus adéquate, celle qui est la plus appropriée au regard des données de l'affaire. Pour décider de ce qui est le plus approprié, nous pensons que les critères de logique, d'utilité sociale et de justice doivent être pris en compte. La logique voudrait que ne soit admis comme approprié que ce qui se justifie au regard de la raison, ce qui est admissible aux yeux de la raison. Ainsi, le choix opéré par l'administration, aussi bien au niveau procédural qu'au niveau du contenu de sa décision, doit pouvoir être admissible par la raison humaine. C'est le critère de la rationalité. L'utilité sociale voudrait que ne soit admis comme approprié que ce qui répond à un besoin de la collectivité. Le but de la décision doit être pris en compte. C'est le critère de la nécessité. Enfin, la justice voudrait que ce qui est le plus approprié soit la juste mesure. La décision la plus appropriée est celle dont les effets ne sont pas excessifs.

C. L'intégration de ces principes dans la norme

682. Des formules très simples et très souples, intégrées dans le corps de la norme, peuvent permettre de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire sans en réduire l'étendue. Il s'agit de formules telles que : l'administration décidera « après examen minutieux de l'affaire », « après avoir recueilli une information suffisante », « après un examen sérieux de l'impact », « après une comparaison sérieuse des titres et mérites », etc. A titre d'illustration, lorsque le législateur définit la procédure disciplinaire, il peut disposer que l'autorité disciplinaire appliquera l'une parmi les sanctions qui figurent sur l'échelle des sanctions selon sa propre appréciation mais « après un examen minutieux du dossier ». Cette formule a l'avantage de combiner aussi bien l'exigence de l'exercice effectif et complet du pouvoir discrétionnaire que celle du choix le plus adéquat. En effet, l'examen minutieux du dossier implique que le dossier disciplinaire ait été minutieusement constitué. Cela signifie que l'autorité disciplinaire a recueilli au préalable toute information nécessaire et utile, a entendu la personne poursuivie et a inventorié toutes les issues possibles de l'affaire. L'examen minutieux implique également que l'autorité ait délibéré sérieusement sur ce que serait, dans ce cas, l'issue la plus appropriée.

683. Cette proposition n'a en réalité rien de révolutionnaire. Certains textes congolais contiennent déjà l'indication de ces principes qui sont susceptibles d'amener le juge à vérifier l'usage du pouvoir discrétionnaire. C'est le cas de la loi sur la fonction publique qui, lorsqu'elle énumère les sanctions disciplinaires, utilise l'expression « Suivant la gravité des faits, les peines disciplinaires applicables à l'agent sont... »⁸⁶⁷. Cette formule oblige le juge à vérifier si l'administration a correctement apprécié la gravité des faits avant l'application de la sanction. Il serait évidemment souhaitable que le législateur ajoute aussi « et après un examen minutieux du dossier ». L'article 46 de l'ordonnance 81-067 du 7 mai 1981 portant règlement d'administration relatif à la discipline satisfait à cette préoccupation. Il dispose que « sous peine d'annulation de la sanction, [...], toute décision disciplinaire doit être suffisamment et valablement motivée, en mentionnant notamment les faits d'une manière claire et précise, en fournissant des arguments d'ordre administratif avec indication des circonstances de temps et de lieu et des règles violées ».

⁸⁶⁷ Article 60 de l'Ordonnance-loi du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat.

684. Par ailleurs ces principes sont depuis longtemps promus par la jurisprudence dans plusieurs pays occidentaux. Ils sont généralement pris en compte dans la procédure de l'élaboration de l'acte administratif unilatéral. Les raisons qui justifient la proposition sont que ces principes ne sont pas encore développés dans la jurisprudence et dans la législation congolaise. Il est donc souhaitable qu'ils soient généralisés à l'ensemble du système juridique. L'intérêt majeur de l'introduction par voie législative est de limiter les hésitations qui caractérisent l'application des principes d'origine prétorienne.

685. Ce procédé est intéressant dans la mesure où il fournit des critères au contrôle du pouvoir discrétionnaire. Il est clair, toutefois, que ce procédé n'est pas applicable à toutes les hypothèses du pouvoir discrétionnaire. Il n'est applicable qu'aux seuls cas où le pouvoir discrétionnaire résulte de la volonté délibérée de l'auteur de la norme. En effet, l'exigence de l'usage complet du pouvoir discrétionnaire sera difficilement applicable aux cas où ce pouvoir résulte des silences, des omissions, des erreurs de rédaction, etc. c'est-à-dire les cas où le législateur ignore lui-même qu'il a accordé ce pouvoir. Il appartiendra alors au juge, dans ces cas, de compléter l'œuvre de l'auteur de la norme en appliquant l'exigence de l'exercice effectif, complet et adéquat du pouvoir discrétionnaire comme un principe général du droit.

§2. La consultation systématique et obligatoire d'un conseil de législation

686. Ce serait fastidieux de faire l'inventaire des difficultés rédactionnelles de toutes les lois en vigueur. Un tel procédé pourrait présenter davantage d'utilité dans le cadre de l'examen d'une législation particulière. L'approche de l'amélioration des textes par le biais de la procédure de leur élaboration est, de ce fait, plus pertinente. En effet, l'une des failles importantes de l'élaboration des lois au Congo est la place marginale accordée à l'expertise technique. C'est en réponse à cette difficulté que nous préconisons l'organisation d'un conseil de législation offrant les garanties de compétence et d'impartialité (1) ainsi que la mise en place d'une procédure sérieuse de consultation dudit conseil dans le processus de l'élaboration des textes (2).

1. L'organisation d'un Conseil de législation compétent et impartial

687. Il est indispensable que l'auteur d'une loi ou d'un règlement bénéficie de conseils appropriés en matière de technique législative. Ce rôle peut être assumé par un organisme

consultatif autonome ou œuvrant dans le cadre d'une juridiction. La seconde formule comporte des avantages appréciables du fait de la complémentarité, au sein de la juridiction administrative, entre la section consultative et la section contentieuse. Pour cette raison, l'organisation du « conseil de législation » au sein de la juridiction administrative se justifie amplement. L'on veillera toutefois à ce que sa composition et son fonctionnement n'entravent pas son impartialité et son efficacité (1.1). Il sera obligatoirement consulté lors du processus d'élaboration de tout texte légal et réglementaire (1.2).

1.1. L'organisation du « Conseil de législation » à côté de la juridiction administrative

688. L'institution d'un « Conseil de législation » remonte à l'époque coloniale au Congo. Le « Conseil colonial » donnait des avis motivés sur tous les projets de décrets⁸⁶⁸. Son rôle était, semble-t-il, plus politique que technique. Cela a justifié l'institution, au sein du Conseil d'Etat, créé le 23 décembre 1946, d'une « section de législation » à côté d'une section d'administration. La « section de législation » donnait obligatoirement son avis motivé, sous peine de nullité et hors les cas d'urgence, sur tous les projets de textes légaux et réglementaires⁸⁶⁹. Il a également existé un « Conseil de législation du Congo belge » mais la loi qui l'instituait a été abrogée par la Loi fondamentale de 1960 relative aux structures⁸⁷⁰. A l'avènement de l'indépendance, les attributions du « Conseil de législation du Congo belge » et de la « section de législation du Conseil d'Etat » ont été dévolues à la Chambre de constitutionnalité de la Cour Constitutionnelle. Cette dernière donnait son avis sur tout projet de texte constitutionnel provincial, législatif, réglementaire du pouvoir central ou du pouvoir provincial quant à leur conformité à la loi fondamentale⁸⁷¹. La Constitution de 1964 a institué un « Conseil de législation » placé sous l'autorité de la Conférence des gouverneurs des provinces. Il comprenait des sections centrales établies dans la capitale et aux chefs lieux de provinces⁸⁷². Tout projet ou proposition de loi, tous actes législatifs, projet de décret, d'ordonnance ou d'arrêté devait lui être soumis pour avis motivé à peine de nullité⁸⁷³. Il a été ensuite institué une « section de législation » au sein de la Cour suprême de justice à partir de

⁸⁶⁸ Article 25 de la Charte coloniale.

⁸⁶⁹ Article 2, Loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'Etat (*Mon.b.*, 9 janvier 1947, n°9).

⁸⁷⁰ Article 258 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures.

⁸⁷¹ Article 230 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures.

⁸⁷² Article 137 et s de la Constitution de 1964.

⁸⁷³ Article 138 de la Constitution de 1964.

la révision de la Constitution de 1967 intervenue en 1972⁸⁷⁴. Cette section est compétente pour donner avis sur les projets ou propositions de loi, les projets d'ordonnances-lois, d'ordonnances et d'arrêtés à caractère réglementaire. C'est le système qui est actuellement en vigueur. La section de législation de la Cour suprême de justice est exposée à l'inefficacité dans la mesure où elle ne dispose pas d'un personnel propre et du fait que sa consultation est facultative. Pour plus d'efficacité, la section de législation doit être organisée à tous les niveaux de la juridiction administrative et disposer d'un personnel propre.

689. L'organisation d'un « conseil de législation » à tous les niveaux de pouvoir normatif est conforme à la configuration de niveaux de pouvoir par la Constitution du 18 février 2006, actuellement en vigueur. Il s'agit du pouvoir central, des provinces et des entités territoriales décentralisées. Chacun de ces pouvoirs comporte une autorité législative ou quasi-législative et une autorité réglementaire. Ceci coïncide heureusement avec le fait que la Constitution a prévu une juridiction administrative à chaque niveau de pouvoir. Le Conseil d'Etat se situe au niveau du pouvoir central, les cours administratives d'appel se situent au niveau des provinces et les tribunaux administratifs se situent au niveau des entités territoriales décentralisées. Le tableau est bien dessiné pour qu'à côté de chaque juridiction administrative soit organisé le conseiller, en matière de législation, du niveau de pouvoir correspondant. Cela justifie la création, au sein de chaque juridiction administrative d'une « section de législation » chargée de donner un avis motivé lors de l'élaboration des textes légaux et réglementaires. Telle est la solution portée par le projet de loi relatif aux juridictions administratives déjà déposé sur le bureau du parlement. Elle propose l'institution d'une « section consultative ou d'avis » au niveau du Conseil d'Etat et des cours administratives d'appel et d'une « chambre consultative ou d'avis » au niveau des tribunaux administratifs. Cette solution est de loin préférable au système actuel qui ne consacre qu'une seule section de législation pour l'ensemble du pays. Elle n'est pas du tout apte à résorber tout le besoin susceptible d'être éprouvé par toutes les autorités législatives et réglementaires.

690. Pour le besoin de traitement rapide et harmonieux des dossiers, l'organe consultatif peut être subdivisé en chambres. Ces dernières pourraient être, au choix du législateur, spécialisées par matière ou non. Pour la même raison mais aussi pour le besoin d'impartialité, l'organe consultatif doit être doté d'un personnel qualifié, compétent et qui lui est exclusivement

⁸⁷⁴ Article 1^{er} de la loi 72-008 du 3 juillet 1972 portant révision de l'article 60 de la Constitution de 1967.

affecté. La solution prévue par le projet de loi sur les juridictions administratives ainsi que par la loi actuellement en vigueur, qui consiste en l'affectation d'un même personnel dans la section contentieuse et dans la section consultative doit être bannie. En effet, d'une part, les membres de la juridiction risquent la surcharge de travail qui s'accompagne par la baisse de l'efficacité. D'autre part, la partialité est difficile à éviter malgré l'interdiction faite à tout magistrat de faire partie de la composition dans une affaire dont il a connu dans la section de législation. L'interdiction risque d'être vite ignorée en raison du nombre généralement réduit des magistrats.

691. Pour mieux assurer l'impartialité, il est plus commode de prévoir l'interdiction de cumul des fonctions de membres de la section de législation et de la section contentieuse. Certes, ce cumul peut représenter une solution intéressante dans le contexte où il est difficile de réunir un personnel suffisant et compétent. C'est également une solution intéressante pour une situation où il y a très peu de demandes de consultation ou d'avis. Mais il s'annonce en perspective un accroissement de la demande en annulation et en consultation des juridictions administratives au point qu'il y aura forcément beaucoup de travail pour occuper pleinement les membres de la section consultative. Le cumul sera de ce fait difficile à organiser et l'on pourrait même évoluer vers des situations où il devient impossible de réunir une formation de jugement dans la mesure où presque tous les membres de la section du contentieux ont eu à connaître des demandes d'avis ou de consultation. L'interdiction de cumul n'empêche cependant pas le passage d'un membre de la section consultative à la section contentieuse.

1.2. Le « Conseil de législation » obligatoirement consulté

692. Il convient également que le « conseil de législation » soit obligatoirement consulté par les autorités législatives et réglementaires⁸⁷⁵. Le principe de la consultation obligatoire doit être institué à peine de nullité. Il en était déjà ainsi dans la loi du 23 décembre 1946⁸⁷⁶ et dans la Constitution de 1964⁸⁷⁷. L'obligation de consulter portera principalement sur les projets de lois et de règlements car, en raison de leur portée générale et impersonnelle, l'irrégularité qui y est attachée est susceptible d'affecter les droits des particuliers et l'intérêt général. Cette obligation pourra subsidiairement porter sur des actes individuels que le législateur estimera

⁸⁷⁵ Gérard CONAC avait déjà proposé, parmi les solutions pour améliorer l'action de l'Etat, que les Cours soient systématiquement consultées, voir « Le juge de l'Etat en Afrique francophone », déjà cité, p. 19.

⁸⁷⁶ Cons. Etat, 20 mai 1949.

⁸⁷⁷ Article 138 de la Constitution de 1964.

devoir être éclairés par le « conseil de législation » en raison de leur importance particulière. En dehors de ces cas, la consultation demeurera facultative pour l'adoption des actes individuels. Le législateur pourra également prévoir la possibilité d'exceptions à la consultation obligatoire pour raison d'urgence dûment motivée. Il pourra être également demandé au « conseil de législation » de rédiger des projets de texte et de résoudre des difficultés d'interprétation des textes.

693. Le rôle et l'utilité du « conseil de législation » sont à ce jour presque complètement ignorés parce que sa consultation n'est pas obligatoire. L'on peut ainsi déplorer, en conséquence, que les projets de la majorité de textes aujourd'hui en vigueur n'aient pas été soumis à l'avis de la section de législation. Elle est saisie de temps en temps surtout lorsque l'application ou l'adoption d'un texte soulève une contestation politique. Tel est le cas de la requête en interprétation des articles 76 et 94, alinéa 2, de la Constitution de la transition de 2003 formée par le Président de la République. Cette requête tendait à obtenir la précision sur l'étendue des pouvoirs du Président de la République en matière de nomination des hauts fonctionnaires de l'Etat et sur la différence entre les services de Défense civile et de la Sécurité nationale ainsi que leurs hiérarchies respectives⁸⁷⁸. Tel est également le cas de la requête en interprétation des concepts « crime politique » et « crime de droit commun » en 2004 introduite par l'Assemblée nationale dans le cadre de l'examen du projet de loi sur l'amnistie⁸⁷⁹.

2. L'organisation d'une procédure sérieuse de consultation

694. La procédure de consultation doit offrir les garanties de l'examen complet du projet de texte renforcé par la possibilité de contre vérification. La procédure organisée par la loi en vigueur ainsi que par le projet de loi sur les juridictions administratives est sommaire et ne garantit pas un examen sérieux. Il n'est prévu que la production d'un rapport par un conseiller rapporteur et la formulation de l'avis. Cinq étapes méritent cependant d'être minutieusement suivies si l'on veut bien faire. La première phase consiste à dégrossir suffisamment le dossier.

⁸⁷⁸ Avis consultatif n° RL 09 du 20 Janvier 2004 cité par Cédric MURUHUKA, *De l'évolution des compétences de la Cour suprême de justice : de la Constitution de la transition à la Constitution de la troisième république*, Mémoire, Université Protestante du Congo, <http://www.memoireonline.com/12/07/855/evolution-competece-cour-supreme-justice-constitution-troisieme-republique.html#fnref23> (Consulté le 28 janvier 2010).

⁸⁷⁹ Avis Consultatif du 25 août 2004 cité par TSHILOMBO MUYENGAYI, « L'amnistie et l'assassinat de Laurent Désiré Kabila : un vrai-faux débat », http://www.lepotentiel.com/afficher_article.php?id_edition=&id_article=7876 (consulté le 28 janvier 2010).

Ce travail doit être réalisé par les collaborateurs de membres du « conseil de législation ». Ils doivent être, de préférence, des juristes bien aguerris et capables de rassembler rapidement la documentation nécessaire à la formulation de l'avis motivé sur le projet de texte. La deuxième phase consiste dans le travail préparatoire d'un conseiller rapporteur. Celui-ci, à partir du matériau préparé par les juristes collaborateurs, doit apprêter les premières réponses aux questions soulevées par le requérant sur le projet de texte ou proposer des formulations plus appropriées aussi bien au niveau de la forme que du fond. La troisième phase consistera en la révision du travail du rapporteur par un conseiller réviseur, généralement plus ancien que le rapporteur. Il apportera les correctifs ou les améliorations nécessaires à la première œuvre. La quatrième phase consistera en l'examen collégial du rapport par les membres de toute une chambre. Si le dossier soulève des questions de droit très délicates, le « conseil de législation » peut siéger toutes chambres réunies. La chambre ou tout le conseil peut, s'ils l'estiment nécessaire, proposer la consultation d'un expert pour l'éclaircissement d'une question. La dernière phase consistera pour la chambre ou le conseil de législation à rédiger l'avis motivé. La motivation doit être claire, explicite et adéquate afin de permettre à l'autorité normative d'adopter le texte de la manière la plus sûre.

Section II. La motivation formelle des actes administratifs

695. Le propos, à ce stade, est de suggérer l'obligation, par voie législative, de motivation formelle des actes administratifs dans le but d'améliorer le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration⁸⁸⁰. La croissance continue du pouvoir discrétionnaire de l'administration, qu'il est impossible de ne pas lui reconnaître, justifie la nécessité de la motivation⁸⁸¹. L'on pourrait, avec raison, contester l'utilité d'une telle réforme opérée dans un but contentieux⁸⁸². La motivation de l'acte administratif étant l'énoncé de ses motifs⁸⁸³, la nécessité de l'imposer se justifierait difficilement face aux importantes prérogatives du juge

⁸⁸⁰ L'intérêt de l'obligation de motiver pour le meilleur contrôle du pouvoir discrétionnaire réside dans le fait que « Lorsque les dispositions applicables donnent à l'autorité administrative un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, la décision doit comporter les raisons pour lesquelles ladite autorité a prononcé cette décision par préférence à une autre », Robert VIARGUES, « Forme et contenu de la motivation des actes administratifs. L'exemple de décisions d'expulsion des ressortissants étrangers », *R.D.P.*, 1980, p. 778.

⁸⁸¹ Dominique LAGASSE, « La motivation. Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs », *A.P.T.*, 1980, p. 88.

⁸⁸² « S'il ne s'agissait que de faciliter le contrôle du juge, la motivation ne présenterait guère d'utilité », Dominique LAGASSE, « La motivation. Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs », *A.P.T.*, 1980, p. 88.

⁸⁸³ Les « motifs » se distinguent de la « motivation », Roger BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », déjà cité, p. 388.

administratif dans le contrôle des motifs. En effet, « le contrôle des motifs n'implique pas nécessairement l'existence d'une motivation »⁸⁸⁴. Le juge administratif congolais dispose, d'ailleurs, des pouvoirs importants dans la recherche des motifs de l'acte. Malgré cette évidence l'intervention du législateur pour généraliser l'obligation de motivation formelle des actes administratifs s'impose pour améliorer le contrôle juridictionnel des motifs. Si, notamment en Belgique, l'absence de l'obligation générale de motiver les actes administratifs était, dans une certaine mesure, compensée par le contrôle du juge avant la réforme de 1991⁸⁸⁵, c'est loin d'être le cas au Congo pour deux raisons majeures. D'une part, le juge ne met pas suffisamment en œuvre son pouvoir d'instruction pour des raisons de surcharge de travail, de défaut d'indépendance ou de manque de motivation⁸⁸⁶. L'on constate, et cela n'est pas propre au Congo, que la procédure du contentieux administratif, initialement conçue comme une procédure inquisitoire, prend progressivement les allures d'une procédure accusatoire. « Nous sommes en vérité, dit CHABANOL, plus près d'une procédure accusatoire qu'inquisitoire »⁸⁸⁷. D'autre part, le régime légal et jurisprudentiel actuel de motivation obligatoire des actes administratifs est bien insuffisant pour compenser le déficit de l'initiative du juge dans le contrôle des motifs (§1). Outre l'avantage certain de rationalisation de l'action administrative⁸⁸⁸, la généralisation par la loi de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs est donc nécessaire pour rendre plus facile la tâche du juge administratif congolais⁸⁸⁹. L'entreprise est loin d'être facile dans la mesure où elle porte sur un terrain peu ou pas défriché. En effet, malgré l'insuffisance avérée du contrôle juridictionnel des motifs et le dysfonctionnement évident de l'administration congolaise, la

⁸⁸⁴ Serge SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *A.J.D.A.*, Juillet-Août 1974, p. 349.

⁸⁸⁵ Dominique LAGASSE, « La motivation. Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs ? », *A.P.T.*, 1980, p.84.

⁸⁸⁶ Nous reviendrons sur cette question dans l'examen des moyens d'amélioration du contrôle spécifiques au pouvoir discrétionnaire.

⁸⁸⁷ Daniel CHABANOL, « Du dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », déjà cité, p.156.

⁸⁸⁸ L'on peut noter avec intérêt que le contexte se prête aujourd'hui favorablement à une telle réforme au Congo car l'un des objectifs poursuivis actuellement, dans le domaine de la bonne gouvernance, est de moderniser l'administration et de la rendre plus efficace. La loi sur la motivation formelle est susceptible de contribuer significativement à cet objectif.

⁸⁸⁹ « ...la motivation est de nature à faciliter les contrôles administratifs et juridictionnels des actes administratifs. Les autorités de contrôle ne doivent plus partir à la recherche des motifs dans les méandres du dossier administratif ; il leur suffit de lire l'acte », Xavier DELGRANGE et Bruno LOMBAERT, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : question d'actualité », in P. Jadoul, S. Vandrooghenbroeck, *La motivation formelle des actes administratifs*, p. 5 ; Jean BOURTEMBOURG, « Le point sur la motivation formelle des actes administratifs », p. 2 sur le site http://www.bourtembourg.be/txt/motiv_form.pdf (consulté le 28 janvier 2010).

motivation des actes administratifs n'a pas encore fait l'objet d'un véritable débat ni par les acteurs politiques, ni par la jurisprudence ni par la doctrine ⁸⁹⁰(§2).

§1. Le régime légal et jurisprudentiel actuel de la motivation est limité

696. A l'instar du système français antérieur à 1979 et belge antérieur à 1991, le droit congolais se caractérise par le principe de la non-motivation des actes administratifs. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs y est consacrée, à titre exceptionnel, par des lois particulières (1) et par la jurisprudence (2). L'impact de cette obligation est encore bien faible en raison des limites de son champ d'application et de son étendue.

1. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs par les textes

697. Il n'y a pas de texte général sur la motivation formelle des actes administratifs en droit congolais. L'obligation de motiver n'existe, dès lors, que lorsqu'un texte particulier l'a prévue. Le principe est donc « pas de motivation sans texte ». Deux limites importantes caractérisent ce système de motivation exceptionnelle. D'une part, le champ de l'obligation de motiver est limité (1.1). D'autre part, le régime juridique de l'obligation de motiver n'est pas suffisamment déterminé (1.2).

1.1. Le champ de l'obligation de motiver est limité

698. Le domaine concerné par l'obligation de motiver est peu étendu. Cette affirmation ne signifie pas qu'il existe de nombreux secteurs où cette obligation serait absente. Bien au contraire, elle se retrouve dans presque tous les secteurs⁸⁹¹. Elle signifie plutôt que dans chaque secteur, le nombre d'actes à l'égard desquels l'obligation de motiver est prescrite est réduit. Malgré l'extension des textes qui impose la motivation, leur nombre demeure

⁸⁹⁰ En France et en Belgique, les réformes de 1979 et de 1991 ont toutes été précédées par un véritable débat sur tous les fronts. Il n'en est rien au Congo. C'est tout juste que dans la conclusion de son ouvrage consacré aux principes généraux du droit que M. Ruffin MUSHIGO exprime le vœu du développement du principe général de la motivation dans la jurisprudence de la Cour suprême de Justice, *Les principes généraux du droit et leurs applications par la Cour suprême de justice du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2002, p. 242.

⁸⁹¹ L'indication précise des disciplines et des dispositions n'est cependant possible qu'à la suite d'un examen complet et systématique de la législation que la présente étude ne réalise pas.

minoritaire⁸⁹². Ne sont concernés par l'obligation que les seuls actes à l'égard desquels le législateur l'a prévue. Il est très rare, en outre, que tous les actes soient de manière générale soumis à l'obligation de motiver dans un secteur. A ce propos, il y a lieu de mentionner la généralisation de l'obligation de motiver en ce qui concerne l'application de la sanction disciplinaire à l'égard des personnes soumises au statut général de la fonction publique. Le règlement d'administration relatif à la discipline dispose que « sous peine d'annulation de la sanction [...], toute décision disciplinaire doit être suffisamment et valablement motivée, en mentionnant notamment les faits d'une manière claire et précise, en fournissant des arguments d'ordre administratif avec indication des circonstances de temps et de lieu et de règles violées »⁸⁹³. Cette prescription est générale dans la mesure où la disposition vise « toute décision disciplinaire ». L'on peut être tenté d'étendre l'application de cette disposition à tout le régime disciplinaire de la fonction publique et des ordres professionnels. Cela n'est malheureusement pas possible en dehors d'une disposition textuelle expresse. Dans l'esprit du régime exceptionnel, les dispositions du règlement d'administration visé doivent être de stricte interprétation. Ainsi, en dehors du statut général de la fonction publique, dont ledit règlement est une mesure d'application, les autres décisions disciplinaires ne seront pas nécessairement soumises à l'obligation de motiver. A titre d'illustration, la loi portant statut des magistrats n'institue nullement l'obligation de motiver la décision disciplinaire⁸⁹⁴.

699. Dans l'ensemble disparate des textes, il est difficile de dégager les critères sur lesquels le législateur se fonde pour imposer la motivation des actes administratifs dans un domaine à l'exclusion d'un autre. Il s'observe, toutefois, que la motivation est imposée chaque fois qu'il s'agit de mesures de sanctions, de refus d'un droit, de mesures dérogatoires et de mesures de préservation soit d'un intérêt public soit d'un intérêt privé jugé important. Dans la majeure partie des cas, il s'agit de mesures individuelles. Les cas dans lesquels la motivation d'une mesure réglementaire est exigée sont rarissimes. Plusieurs mesures préparatoires sont aussi concernées par l'obligation de motiver. Il s'agit notamment des avis préalables à une sanction, des propositions préalables à une nomination, etc. Les mesures soumises à l'obligation de motivation sont, en grande partie, des mesures négatives ou défavorables. Il existe aussi des

⁸⁹² Serge SUR, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *A.J.D.A.*, p.358 ; Jeanne LEMASURIER, « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *R.D.P.*, 1980, p. 1253 ; Dominique LAGASSE, « La motivation. Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs », *A.P.T.*, 1981, p. 79.

⁸⁹³ Article 46 de l'Ordonnance 81-067 du 7 mai 1981 portant règlement d'administration relatif à la discipline, (*J.O.Z.*, n°10, 15 mai 1981, p. 6)

⁸⁹⁴ Articles 46 à 64 de la loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats.

cas dans lesquels l'obligation porte sur des mesures positives. Une troisième catégorie concerne des mesures dont l'objet n'est ni d'accorder ni de refuser un droit ou un avantage ni d'infliger une mesure négative mais qui sont prises, manifestement, dans le but de préserver un intérêt jugé important par le législateur. Nous essayerons d'illustrer cette ébauche de systématisation dans les lignes ci-après.

700. La motivation est imposée pour certaines mesures qui infligent une sanction ou qui s'inscrivent dans le processus de l'infliction d'une sanction. Ainsi, le ministre des Affaires intérieures peut suspendre, par arrêté motivé, toute autorité chargée de l'administration des circonscriptions territoriales pour compromission dans l'exercice de ses fonctions ou manquement aux devoirs de sa charge⁸⁹⁵. Le ministre de la justice peut suspendre, par arrêté motivé, les activités d'une association sans but lucratif au sein de laquelle il existe un conflit menaçant l'ordre public jusqu'au règlement dudit conflit⁸⁹⁶. L'autorité de tutelle des institutions du domaine de la recherche scientifique et technique peut suspendre l'exécution des décisions jugées inopportunes ou illégales et les organes qui les ont prises par arrêté motivé⁸⁹⁷. Le Président de la République peut, par ordonnance motivée, décider l'expulsion de tout étranger, qui par sa présence ou par sa conduite, compromet ou menace de compromettre l'ordre public⁸⁹⁸. La décision de suspension ou de retrait d'autorisation de mise sur le marché des produits pharmaceutiques prise par le Conseiller national chargé de la santé publique ou par le Conseiller national chargé de l'agriculture doit être « motivée d'une façon précise »⁸⁹⁹. Rappelons également la règle générale de motivation imposée pour l'application de toutes les décisions de sanctions disciplinaires à l'égard du personnel relevant du statut général de la fonction publique.

701. La motivation est imposée pour certaines mesures qui refusent d'accorder un droit ou un avantage. Ainsi, le rejet de la demande d'enregistrement des partis politiques doit être

⁸⁹⁵ Article 7 du Décret-loi 082 du 2 juillet 1998 portant statut des autorités chargées de l'administration des circonscriptions territoriales (*Président de la République*).

⁸⁹⁶ Article 54, alinéa 1^{er}, de la Loi 004-2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique (*J.O.RDC.*, n° spécial, 15 août 2001, p. 7).

⁸⁹⁷ Article 32 de l'Ordonnance-loi 82-040 du 5 novembre 1982 portant organisation de la recherche scientifique et technique (*J.O.Z.*, n°22, 15 novembre 1982, p.11).

⁸⁹⁸ Article 15, alinéa 1^{er}, de l'Ordonnance-loi 83-033 du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers (*J.O.Z.*, n°18, 15 septembre 1983, p. 15).

⁸⁹⁹ Article 99, alinéa 2, Ordonnance 72-359 du 14 septembre 1972 portant mesures d'exécution de l'Ordonnance-loi 72-046 du 14 septembre 1972 sur l'exercice de la pharmacie (*J.O.Z.*, n°22, 15 novembre 1972, p.679).

consécutif à un arrêté motivé du ministre de l'intérieur⁹⁰⁰. L'opposition de l'autorité compétente à la demande d'agrément d'un établissement d'enseignement, après enquête, doit être motivée⁹⁰¹. Tout rejet de permission demandée dans le domaine de l'urbanisme doit être motivé⁹⁰².

702. La motivation est imposée pour certaines mesures qui dérogent à la règle normalement applicable. Ainsi, le ministre ayant en charge l'Administration du territoire peut accorder une dérogation à l'interdiction de séjour ou de circulation des étrangers dans les zones minières par arrêté motivé⁹⁰³. La dispense à l'interdiction d'admission d'un enfant qui a atteint neuf ans révolus au moment de la rentrée scolaire, en première année primaire, doit être motivée⁹⁰⁴. L'autorisation et l'attribution d'une forêt de gré à gré, en dérogation au principe de l'attribution par adjudication⁹⁰⁵, doit être motivée⁹⁰⁶. Il ne peut être dérogé à la règle selon laquelle « les agents ayant accompli à l'étranger un terme de trois ans sont mis à la disposition de l'administration centrale et ne pourront à nouveau être mutés dans l'une des représentations diplomatiques qu'après être restés pendant une période de 18 mois au moins en service à cette administration centrale » que par une décision spéciale motivée⁹⁰⁷. Il ne peut être dérogé au principe de l'adjudication du marché au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière effectivement la plus basse que par décision motivée de l'autorité adjudicatrice sur avis du Conseil des adjudications. L'autorité adjudicatrice doit également motiver sa décision lorsqu'il s'écarte de l'avis du Conseil des adjudications⁹⁰⁸. La décision de recourir à l'adjudication restreinte ou au marché de gré à gré doit être motivée⁹⁰⁹. De même en est-il de la décision d'accorder la majoration des prix en cas de force majeure et des circonstances

⁹⁰⁰ Article 14, alinéa 2, de la loi 04-002 du 15 mars 2004 portant organisation et fonctionnement des partis politiques (*J.O.RDC*, n° spécial, 18 mars 2004, p.5).

⁹⁰¹ Article 56, alinéa 2, de la Loi-cadre 86-005 du 22 septembre 1986 sur l'enseignement national (*J.O.Z.*, n° spécial, septembre 1986, p.12).

⁹⁰² Article 21, alinéa 2, du Décret du 20 juin 1957 sur l'urbanisme au Congo belge, (B.O., 1957, p. 1406).

⁹⁰³ Article 4 de la Loi 86-007 du 27 décembre 1986 sur le séjour et la circulation des étrangers dans les zones minières (*J.O.Z.*, n°1, 1^{er} janvier 1987, p.7).

⁹⁰⁴ Article 21, alinéa 2, de la Loi-cadre du 22 septembre 1986 sur l'enseignement national.

⁹⁰⁵ Article 83, alinéa 1^{er}, de la Loi 11-2002 du 29 août 2002 portant Code forestier.

⁹⁰⁶ Article 86, alinéa 1^{er}, de la Loi 11-2002 du 29 août 2002 portant Code forestier.

⁹⁰⁷ Article 1^{er}, alinéa 3, de l'Arrêté ministériel 0013/66 du 29 décembre 1966 relatif au déroulement de carrière et congés des agents du Cadre des Affaires étrangères (*M.C.*, 1967, p. 53).

⁹⁰⁸ Article 32 §§5 et 6 de l'Ordonnance 69-279 du 29 décembre 1969 relative aux marchés publics des travaux, de fournitures, de transports et de prestations (*M.C.*, n°1, 1^{er} janvier 1970, p. 5). Sous réserve de l'application des dispositions transitoires, les textes cités sont abrogés par la Loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics (*J.O.RDC*, Numéro spécial, 30 avril 2010).

⁹⁰⁹ Articles 39 §1^{er} et 40 §1^{er} de l'Ordonnance 69-279 du 29 décembre 1969 relative aux marchés publics des travaux, de fournitures, de transports et de prestations (*M.C.*, n°1, 1^{er} janvier 1970, p. 5).

extraordinaires⁹¹⁰. La décision par laquelle le ministre ordonne la conversion des titres, après l'avis défavorable de la Commission saisie au second tour, doit être motivée⁹¹¹.

703. Il faut cependant remarquer que tous les cas dans lesquels un pouvoir de dérogation est accordé à l'administration ne sont pas soumis à l'obligation de motiver. Cela accroît la difficulté d'établir des critères sûrs et met en évidence la faiblesse de ce système de motivation obligatoire à la carte. A titre d'illustration, l'autorisation par le Président de la République de déroger à la condition d'âge lors du recrutement du personnel des services publics de l'Etat n'est soumise à aucune obligation de motivation⁹¹². L'autorisation expresse du Ministre de la justice de déroger à l'interdiction faite aux de personnes qui ont été les auteurs des faits ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou à une décision administrative de destitution, radiation ou révocation, d'accéder à la profession d'avocat, n'est pas soumise à l'obligation de motiver⁹¹³. L'exercice du pouvoir de dérogation par le Président de la République au principe du paiement d'une taxe pour la délivrance d'une carte de résidence aux étrangers n'est soumis à aucune obligation de motivation⁹¹⁴. L'autorisation d'admission et d'inscription par le ministre de l'Education nationale de certaines personnes dans un établissement supérieur et universitaire par dérogation à la réglementation normalement applicable n'est soumise à aucune obligation de motivation⁹¹⁵. Et les exemples peuvent encore être multipliés.

704. La motivation est, enfin, imposée pour certaines mesures qui visent la préservation d'un intérêt, public ou privé, jugé important par le législateur. La mesure peut être positive ou négative. Il peut s'agir d'une mesure objective, c'est-à-dire prise dans l'unique but de la légalité. Ainsi, les décisions de reconnaissance de l'équivalence des diplômes sont prises par

⁹¹⁰ Article 61 §2 de l'Ordonnance 69-279 du 29 décembre 1969 relative aux marchés publics des travaux, de fournitures, de transports et de prestations (*M.C.*, n°1, 1^{er} janvier 1970, p. 5).

⁹¹¹ Article 10, alinéa 4, de l'Arrêté ministériel 071/CAB/MIN/ECN-AE/2004 du 22 novembre 2004 portant modification de l'Arrêté ministériel 050/CAB/MIN/ECN-EF/2004 du 2 juillet 2004 fixant les modalités de conversion des conventions portant octroi des garanties d'approvisionnement en matière ligneuse et lettre d'intention en contrats de concession forestière (*J.O.RDC.*, n°23, 1^{er} décembre 2004, première partie, col. 21).

⁹¹² Article 8 de la Loi 81-003 du 17 juillet 1981 portant statut du personnel de carrière des services publics de l'Etat (*J.O.Z.*, n°15, 1^{er} août 1981, p. 11).

⁹¹³ Article 7 de l'Ordonnance-loi 79-028 du 28 septembre 1979 portant organisation du barreau, du corps des défenseurs judiciaires et des mandataires de l'Etat.

⁹¹⁴ Article de l'Ordonnance-loi 83-003 du 12 septembre 1983 relative à la police des étrangers.

⁹¹⁵ Article 10, alinéa 1^{er}, de l'Ordonnance-loi 66-293 du 14 mai 1966 relative au régime d'équivalence et de la définition des niveaux d'étude (*M.C.*, 1966, p. 427).

arrêté motivé⁹¹⁶. L'augmentation du délai, de 60 à 90 jours, pour accorder une permission en matière d'urbanisme, doit être motivée⁹¹⁷. La décision sur la demande d'inscription à l'Ordre des pharmaciens, qu'elle soit positive ou négative, doit être motivée⁹¹⁸. La décision relative à la demande d'inscription au tableau de l'Ordre des médecins, positive ou négative, doit être motivée⁹¹⁹. La décision d'accorder ou de refuser le visa pour le transfert international d'un athlète congolais doit être motivée⁹²⁰. Cependant, pour illustrer l'absence de critère systématique dans le choix du législateur, aucune motivation n'est imposée pour les décisions d'inscription au barreau alors que c'est le cas dans d'autres Ordres professionnels comme celui des pharmaciens.

705. Les textes qui imposent la motivation prévoient parfois des cas d'exception. Il s'agit d'exceptions liées à des « circonstances extrinsèques »⁹²¹ plutôt qu'à la nature même des actes. Ainsi l'ordonnance relative aux marchés publics exonère de l'obligation de motivation les marchés passés par adjudication restreinte dont la dépense totale n'excède pas « 15 000 Z » ; les marchés de gré à gré dont la dépense totale n'excède pas « 7.500 Z » et les marchés de gré à gré qui doivent être tenus secrets, la nécessité du secret devant être constatée par un rapport spécial de l'autorité adjudicatrice⁹²². Les critères de la dispense sont, dans ces cas, la hauteur peu élevée de la dépense totale et le caractère secret du marché. La loi ne détermine pas clairement le fondement du secret. Elle se limite à obliger l'autorité adjudicatrice à l'établir dans un rapport spécial.

1.2. Le régime juridique de la motivation n'est pas suffisamment déterminé

706. Pour les cas dans lesquels les textes imposent la motivation, il est très difficile de déterminer le régime juridique applicable. La forme, l'étendue et la sanction de la motivation ne sont pas précisées. Quelques éléments sont parfois fournis par les lois mais ils ne

⁹¹⁶ Article 2, alinéa 1^{er}, de l'Ordonnance-loi n°66-293 du 14 mai 1966 relatif au niveau de l'équivalence et de la définition des niveaux d'étude (M.C., 1966, p. 427).

⁹¹⁷ Article 21, alinéa 1^{er} du Décret du 20 juin 1957 en matière d'urbanisme.

⁹¹⁸ Article 41, alinéa 3, de l'Ordonnance-loi 91-018 du 30 mars 1991 portant création d'un Ordre des pharmaciens en République du Zaïre (J.O.Z., n° spécial, juin 1991, p.5).

⁹¹⁹ Article 10, alinéa 1^{er}, de l'Ordonnance-loi 68-070 du 1^{er} mars 1968 créant l'Ordre des médecins (M.C., n°14, 15 juillet 1968, p. 1305).

⁹²⁰ Article 10, alinéa 2, de l'Arrêté départemental 0017 du 6 juin 1986 portant règlement des transferts internationaux des athlètes zaïrois (J.O.Z., n°16, 5 août 1986, p.49).

⁹²¹ Michel LEROY, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver », déjà cité, p. 123.

⁹²² Articles 39 §1^{er} et 40 §1^{er} de l'Ordonnance 69-279 du 5 décembre 1979 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures, de transports et de prestations.

permettent pas une généralisation. Aucun texte ne détermine la forme que doit revêtir la motivation. Elle est donc laissée à l'appréciation de l'auteur de l'acte. L'essentiel est que la motivation remplisse son rôle, peu importe la forme de la présentation, c'est-à-dire comporter un contenu informatif suffisant. Cela ne résout toutefois pas la question de savoir si la motivation doit être écrite ou non. Cette question est délicate dans la mesure où il est matériellement impossible d'appréhender la motivation d'une décision verbale ou implicite. La règle de la motivation écrite ne se conçoit normalement que pour une décision explicite et écrite. La question ne se pose pas en ce qui la concerne car, dans ce cas, la motivation figure dans l'instrumentum de l'acte. Mais en ce qui concerne les décisions implicites, le problème est plus complexe⁹²³. Les décisions implicites prises dans les cas où la loi impose une motivation sont en principe illégales car ne pouvant pas comporter en elles la motivation imposée par le législateur. Cette conclusion pourrait toutefois comporter des effets excessifs dans le cadre du régime contentieux dans la mesure où les recours formés devant le juge administratif contre le refus implicite de l'administration seraient automatiquement fondés pour défaut de motivation⁹²⁴. Dans certains cas, même lorsqu'il a prévu l'obligation de motiver, le législateur prévoit encore que, passé un délai déterminé, le silence vaut accord. Cette attitude du législateur est sévèrement critiquée au motif qu'il juxtapose ainsi deux dispositions incompatibles⁹²⁵. Il impose la motivation lorsque la décision est écrite. Il la laisse tomber en autorisant une décision implicite après l'écoulement d'un certain délai, cette dernière ne pouvant, par sa nature, être motivée. Rien ne permet, dans ce cas, de considérer que la décision implicite intervenue après l'écoulement du délai est illégale dans la mesure où il s'agit d'une hypothèse expressément prévue par le législateur. En définitive, il convient de considérer la décision implicite comme une exception à l'obligation de motivation qui se justifie par la nécessité de prendre en compte certaines contingences de l'action administrative.

707. L'étendue de la motivation est limitée aux seuls cas visés par la loi. Il est difficile de la systématiser. L'on ne peut ainsi déterminer le critère des actes visés par l'obligation de motiver ou celui des actes exclus. Il est également difficile de déterminer les critères relatifs au contenu de la motivation. La plupart des textes se limitent à prescrire l'obligation de

⁹²³ Michel LEROY, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver », in Robert ANDERSEN (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs. Loi du 29 juillet 1991*, La Chartre, 1992, p. 125.

⁹²⁴ *Idem*, p. 126.

⁹²⁵ Marcel WALINE fustige ainsi « une singulière inconséquence », « une grossière malfaçon législative » in « Obligation de motiver et décision implicite », note s. C.E fr., 30 juin 1978, *R.D.P.*, 1978, p. 1725.

motiver sans en indiquer les critères. Quelques textes fournissent des indications que l'on ne peut, toutefois, se permettre de généraliser. L'ordonnance d'application de la loi sur l'exercice de la pharmacie dispose que la décision de suspension ou de retrait de l'autorisation de mise sur le marché doit être motivée « d'une façon précise »⁹²⁶. Elle n'indique toutefois pas ce qu'il faut entendre par « précise ». Cela suggère, néanmoins, l'exclusion d'une motivation vague. L'ordonnance portant règlement d'administration relatif à la discipline fournit plusieurs éléments d'indication du contenu de la motivation. Elle dispose, à l'article 46, que « toute décision disciplinaire doit être suffisamment et valablement motivée, en mentionnant notamment les faits d'une manière claire et précise, en fournissant des éléments d'ordre administratif avec indication de circonstances de temps et de lieu et des règles violées ». Elle ajoute, à l'article 47, que le refus éventuel, de la part d'un agent, de fournir ses explications ou l'impossibilité de les obtenir, en cas de sa fuite ou de sa disparition, doit être mentionné dans la motivation. Ce sont là des éléments qui peuvent servir de base au contrôle de la motivation. Il appartiendra, certes, à l'instance de contrôle, faute pour le législateur de l'avoir fait, de préciser la portée des caractéristiques indiquées. Il faudra, notamment, préciser le sens de la motivation suffisante et de la motivation valable.

708. Le législateur ne détermine quasiment jamais la sanction de l'inobservation de l'obligation de motivation. Il convient ainsi de rechercher la sanction dans le régime commun des actes administratifs. Ce dernier se fonde sur le principe selon lequel la sanction de l'illégalité est la nullité de l'acte. Ainsi, la loi ayant érigé la motivation en une condition de forme de l'acte, son défaut expose l'acte à l'annulation. La sanction de l'inobservation de l'obligation de motiver des actes administratifs est la nullité de l'acte constatée prononcée par l'autorité hiérarchique, l'autorité de tutelle ou la juridiction administrative. L'on peut toutefois mentionner l'ordonnance déjà évoquée portant règlement d'administration relative à la discipline qui a prévu deux types de sanction. La première sanction est l'annulation de l'acte en cas d'absence de motivation (article 46). La deuxième sanction est « l'exclusion temporaire de trois mois avec privation de salaire dans le chef de l'agent reconnu auteur d'actes ou de décisions ne s'appuyant sur aucune motivation administrative valable ». Cette sanction est également prévue à l'encontre de « tout agent auteur d'actes dont il est fait preuve qu'ils sont motivés par le tribalisme, le népotisme ou autre formes de comportements frisant le favoritisme ou le sentimentalisme ». L'agent fautif encourt même, en cas de récidive ou en

⁹²⁶ Article 99, alinéa 2, de l'Ordonnance 72-359 du 14 septembre 1972 sur l'exercice de la pharmacie (*J.O.R.D.C.*, n°22, 15 novembre 1982, p. 679).

raison de l'importance du préjudice qui en résultera pour l'Etat, la révocation (article 26). Alors que généralement la sanction vise l'annulation de l'acte, ce choix qui consiste en une sanction disciplinaire de l'agent qui enfreint la règle de la motivation est susceptible d'en favoriser davantage le respect.

2. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs par la jurisprudence

709. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs occupe une très faible place dans la jurisprudence administrative congolaise. L'on peut noter, d'entrée de jeu, que le juge est saisi de très peu de cas qui mettent directement en cause l'obligation de motivation des actes administratifs. L'occasion n'a donc pas encore été offerte pour observer l'attitude du juge à l'égard de l'obligation de motivation formulée par les textes. En outre, pour le peu de cas dont le juge est saisi, la jurisprudence n'est pas encore constante. Il est difficile d'en dégager un régime clair de la motivation des décisions administratives. Quelques arrêts donnent à penser que le juge a consacré le principe de la motivation sans texte (2.1). L'analyse démontre cependant que c'est plutôt le contrôle global des motifs qui est exercé et non le contrôle spécifique de la motivation formelle (2.2).

2.1. *L'apparente consécration du principe de motivation sans texte*

710. Le juge administratif congolais ne s'est jamais prononcé expressément sur le principe de la motivation des actes administratifs. Il est donc difficile de déterminer avec certitude s'il consacre le principe de la non-motivation ou plutôt celui de la motivation sans texte. Sa jurisprudence semble cependant consacrer l'obligation de motivation sans texte contrairement à la logique du législateur. Il exige, en effet, bien souvent la motivation même dans des cas où aucun texte exprès ne l'impose. Dans la majeure partie des décisions examinées, ladite obligation est fondée sur le besoin de sécurité juridique des administrés. Au nom du principe d'intangibilité des droits acquis, l'administration a l'obligation de motiver toute décision qui suspend ou retire l'acte qui a régulièrement conféré des droits sous peine d'illégalité. Ainsi doivent être motivés le retrait de la lettre d'attribution d'un immeuble déclaré abandonné dans la mesure où elle conférerait au bénéficiaire le droit à devenir propriétaire⁹²⁷ ; la suspension de l'ordonnance de nomination et promotion aux grades et fonctions de Procureur général près

⁹²⁷ CSJ, RA 149, 27 novembre 1987, Matali Muhirhi c/ République du Zaïre.

une Cour d'appel⁹²⁸ ; la création d'une concession sur une parcelle déjà concédée⁹²⁹ ; la reprise par l'Etat d'une parcelle déjà attribuée en vue de la réattribuer⁹³⁰ ; la décision ordonnant à une école d'évacuer le bâtiment qu'elle occupe⁹³¹ .

711. Le juge impose la motivation même lorsqu'il ne mentionne pas expressément le besoin de préserver les droits acquis. Même alors, ce fondement semble toujours sous-jacent. Tel est notamment le cas lorsqu'il impose la motivation de l'approbation, par l'Inspecteur du travail, du licenciement d'un travailleur membre de la délégation syndicale⁹³². Même dans le cas où la motivation est imposée par le texte, le juge semble la considérer comme un principe général plutôt que comme une exception. Telle est l'impression qui se dégage de l'arrêt Témoins de Jéhovah⁹³³, dans lequel est en cause, pour défaut de « motivation », une ordonnance présidentielle qui a retiré la personnalité juridique et dissous une association sans but lucratif à vocation religieuse. Cette fois, contrairement aux cas précédents, le décret du 18 septembre 1965 sur les associations sans but lucratif en vigueur à l'époque des faits (article 24) et la loi du 31 décembre 1971 réglementant l'exercice des cultes (article 10, alinéa 1^{er}) imposent la motivation du retrait de la personnalité civile et de la dissolution. Mais il est curieux de constater que le juge ne se réfère en aucun moment à ce double fondement textuel pour imposer la motivation. Il a préféré plutôt annuler l'ordonnance attaquée sur la base de la violation de la liberté d'association constitutionnellement garantie. Il découle de ce raisonnement que l'administration est obligée de motiver toute décision qui porte atteinte à un droit ou à une liberté garantie par la Constitution. L'avantage de ce détour dans la recherche du fondement de l'obligation de motiver est qu'elle acquiert une valeur de principe général alors qu'elle ne serait qu'une simple exception si elle devait être rattachée à un texte particulier.

2.2. Un contrôle des motifs plutôt qu'un contrôle de motivation formelle

712. Comment comprendre cependant la démarcation entre la position du juge et la ligne de conduite du législateur ? Ce dernier consacre le principe de la non motivation sauf lorsque la motivation est imposée par des textes particuliers. Le juge, quant à lui, semble consacrer

⁹²⁸ CSJ, RA 298, 23 janvier 1998, Kikoka Toni Gayitoni c/ République du Zaïre.

⁹²⁹ CSJ, RA 301, 16 février 1998, Utefrica c/ République du Zaïre.

⁹³⁰ CSJ, RA 332, 6 avril 1998, La Siforzal c/ République du Zaïre.

⁹³¹ C.A. Bukavu, RA 186, 7 mai 2002, Victor Kibukila c/ Bourgmestre de la Commune de Kadutu.

⁹³² C.A. Kinshasa, RA 080, 24 août 1995, Ndambo Mandjawandu c/ Inspecteur du Travail.

⁹³³ CSJ, RA 266, 8 janvier 1993, ASBL « Les Témoins de Jéhovah » c/ La République du Zaïre.

implicitement le principe de la motivation même sans texte. Cela s'explique par le fait que le juge ne procède pas à un contrôle de la motivation formelle mais plutôt à un contrôle plus global des motifs. Le contrôle de la motivation formelle se serait limité aux seuls motifs exprimés dans l'acte. Le contrôle effectué dans les décisions commentées porte sur les motifs mentionnés dans l'acte comme sur tous ceux qui peuvent être découverts à partir de l'examen du dossier et de l'instruction de l'affaire. L'on rencontre ainsi souvent dans les arrêts les formules telles que : « Il résulte de l'examen du dossier et de l'instruction de la cause... »⁹³⁴ ; « Il ressort, en effet, des pièces du dossier... »⁹³⁵. Dans l'arrêt *Témoins de Jéhovah* seule a été prise en compte la motivation figurant dans l'acte attaqué. C'est peut être parce que c'était le seul élément à la disposition du juge. La Cour avait constaté que, malgré la notification de la requête, la République du Zaïre n'avait ni pris de mémoire en réponse ni comparu. A supposer qu'il n'en ait pas été ainsi, et que la Cour ait cherché des motifs complémentaires dans le dossier alors que la loi imposait expressément une motivation en la forme, cela aurait été une regrettable confusion entre les notions de « motivation » et des « motifs » qui sont pourtant distinctes.

713. L'explication fournie ci-haut permet de lever l'apparente contradiction entre les positions du législateur et celle du juge quant à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs. La jurisprudence congolaise traduit plutôt l'obligation globale pour tout acte administratif de reposer sur des motifs réguliers, obligation qui englobe, tout en la dépassant, l'obligation de motivation en la forme. L'on peut conclure que la position de la jurisprudence congolaise en matière de motivation formelle reste à déterminer.

714. Il est difficile, dans ces conditions, de dégager le régime juridique de la motivation formelle. La jurisprudence comporte, toutefois, des indications intéressantes en rapport avec le contenu de la motivation. Elle précise, par touches successives, ce qu'il faut entendre par une motivation claire et précise. Elle prohibe carrément une motivation par référence « même à une loi qu'il s'agisse d'en viser les termes ou même de les reproduire »⁹³⁶. Elle interdit ainsi de motiver la dissolution d'une association sans but lucratif par la reproduction des termes mêmes de la loi à savoir « compromettre ou menacer de compromettre l'ordre public » ce qui demeure en effet vague et imprécis. Elle exige à la place la mention des « faits précis, actes ou

⁹³⁴ Arrêt *Utexafrica* déjà cité.

⁹³⁵ Arrêt *La Siforzal* déjà cité.

⁹³⁶ Robert VIARGUES, *Op.cit.*, p. 772.

activités » qui étayent la décision. Elle prohibe également la motivation par référence à l'urgence non autrement précisée. Elle rejette ainsi la motivation de la suspension de la nomination et de la promotion aux grades et fonctions de Procureur général d'une Cour d'appel par l'urgence. Elle exige, à la place, les raisons exactes d'une telle mesure. Elle rejette également la motivation du retrait de la lettre d'attribution d'une parcelle qui fait référence à la requête d'une des parties qui évoque un rapport des services de cadastre.

§2. L'adoption d'une loi de motivation formelle obligatoire des actes administratifs

715. Le droit congolais comporte déjà l'embryon de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs. Elle est prévue dans des lois particulières. Mais son écho est encore très faible dans la jurisprudence. Il demeure ainsi difficile d'en déterminer le régime. Des éléments, encore épars, peuvent être dégagés des textes et de la jurisprudence. Un régime plus clair est toutefois souhaitable afin d'en renforcer le rôle auprès des administrations mais aussi pour induire un contrôle juridictionnel plus poussé des motifs discrétionnaires des actes administratifs. Cela passe par l'adoption d'une loi qui généralise l'obligation de motivation dont nous suggérons ci-après l'économie générale. La proposition porte sur la détermination du champ d'application (1) ainsi que de l'étendue (2) de l'obligation de motivation. Il ne nous paraît pas nécessaire d'intégrer dans la loi des dispositions de sanctions étant donné que la nullité s'impose naturellement comme la sanction de la violation de l'obligation de motivation (3).

1. Le champ d'application de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs

716. L'obligation de motivation formelle devra peser, de manière générale, sur les actes administratifs unilatéraux individuels (1.1). En raison de certaines circonstances prévues par la loi, certains actes seront dispensés (1.2).

1.1. Les actes à soumettre à l'obligation de motivation formelle

717. Les actes administratifs concernés par l'obligation de motivation formelle devront être des actes juridiques, décisifs, unilatéraux et individuels. Ils devront, en outre, émaner d'une autorité administrative. Les actes juridiques sont ceux qui sont édictés en vue de produire des effets juridiques. Les destinataires de tels actes doivent pouvoir connaître les motifs de leur

édiction. Ils doivent savoir pourquoi ils ont été visés par les effets juridiques produits. Sont ainsi exclus tous les actes de l'administration qui sont purement matériels et qui, même s'ils peuvent engendrer des conséquences juridiques, n'ont pas été posés dans ce but. Sont ainsi exclus les actes matériels volontaires ou involontaires dont la principale conséquence est d'engager la responsabilité de l'administration.

718. L'obligation de motivation portera essentiellement sur des actes décisifs⁹³⁷. Ce sont des actes qui comportent une « décision » et dont l'effet est de modifier l'ordonnement juridique. Ils sont capables d'affecter, positivement ou négativement, la situation juridique de leurs destinataires. Ces derniers doivent pouvoir accéder aisément aux motifs de la « décision ». Ne sont donc pas concernés, en principe, les actes non décisifs, qui sont généralement les mesures préparatoires des décisions, les mesures post-décisifs et les mesures d'ordre intérieur. Le législateur pourra, toutefois, apprécier l'opportunité d'étendre l'obligation de motiver aux actes non décisifs préparatoires lorsque le contenu de ceux-ci conditionne de manière déterminante le contenu de la décision à intervenir. Pourraient être ainsi soumis à l'obligation de motivation les avis des conseils de discipline préalables à l'infliction d'une sanction disciplinaire ou les propositions préalables à la nomination ou à la révocation d'un agent public.

719. Seuls seront visés les actes administratifs unilatéraux, c'est-à-dire, ceux dont l'édiction résulte de l'expression d'une seule volonté, celle de l'administration. Sont à cet égard exclus les actes juridiques bilatéraux comme les contrats administratifs ou des contrats de droit civil conclus par les autorités administratives qui procèdent d'un échange de consentements. Les parties sont toutes censées avoir suffisamment pris connaissance des motifs de l'acte avant de parfaire l'acte. Par contre les actes détachables des contrats passés par l'administration et qui sont de véritables décisions unilatérales, devront être assujettis à l'obligation de la motivation⁹³⁸.

720. Les actes administratifs visés doivent être de portée individuelle. Il s'agit d'actes dont les effets affectent un individu ou une catégorie d'individus de manière particulière. L'individu concerné par l'acte doit pouvoir accéder aux motifs notamment pour s'assurer que le principe

⁹³⁷ Didier LINOTTE, « La motivation obligatoire de certaines décisions administratives », *R.D.P.*, 1980, p. 1707.

⁹³⁸ Paul LEWALLE, « L'obligation de motiver : pour quels actes ? », in Robert ANDERSEN (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs...* déjà cité, p. 100.

de l'égalité n'a pas été violé en ce qui le concerne. Sont ainsi exclus les actes de portée générale et impersonnelle à l'instar des actes réglementaires. Plusieurs raisons justifient l'exclusion des actes réglementaires de l'obligation de motivation formelle. La première raison est qu'il s'agit d'actes qui, en principe, n'affectent pas de manière particulière la situation juridique des particuliers. Ils reposent sur le principe d'égalité. L'acte réglementaire est censé frapper ou avantager dans les mêmes conditions toutes les personnes qui se trouvent dans son champ d'application. La seconde raison est que l'élaboration des actes réglementaires est, en principe, soumise à plusieurs garanties, dont la consultation obligatoire de la section consultative ou d'avis que nous avons proposée. La troisième raison est que la mise en œuvre des exigences de la motivation formelle n'est pas toujours aisée pour les actes réglementaires⁹³⁹. La motivation pourrait s'avérer très complexe, le texte réglementaire comportant souvent de nombreux articles⁹⁴⁰.

721. L'obligation portera sur les actes explicites et écrits. Il est, en effet, matériellement difficile, si pas impossible d'appréhender, en la forme, la motivation d'un acte implicite ou verbal. En ce qui concerne les décisions verbales, la motivation devra « être consignée dans un dossier de nature à être versée dans le dossier (constat d'huissier, témoignage, enregistrement...) »⁹⁴¹.

722. L'obligation de motivation s'appliquera peu importe le sens de l'acte concerné. Plus précisément, l'obligation concerne les actes défavorables, les actes dérogatoires et les actes pris dans l'intérêt de la légalité. Les actes défavorables comprennent les décisions de rejet, les décisions qui imposent des restrictions, les décisions de sanctions, bref, toute décision qui modifie négativement la situation juridique du destinataire. Les actes dérogatoires sont ceux qui dérogent à la loi ou au règlement. Ils peuvent être favorables ou défavorables au destinataire. Mais ils doivent être motivés parce que comme ils s'écartent de la solution normalement applicable, il doit pouvoir être démontré que la dérogation se justifie et qu'elle n'est pas source de discrimination ou qu'elle n'est pas déraisonnable. Ils doivent en outre être motivés, même lorsqu'ils sont favorables au destinataire étant donné qu'ils risquent d'être préjudiciables aux tiers. Les actes qui sont pris dans le seul intérêt de la légalité, par exemple

⁹³⁹ Jean BOURTEMBOURG, « Le point sur la motivation formelle des actes administratifs », p. 6.

⁹⁴⁰ Michel LEROY, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver », déjà cité, p. 122.

⁹⁴¹ *Idem*, p. 126.

la décision d'équivalence d'un diplôme étranger, doivent être motivés étant donné que la conformité à la loi doit pouvoir être vérifiée.

723. Les actes administratifs qui seront soumis à l'obligation de motiver sont ceux qui émanent d'une autorité administrative, c'est-à-dire toute personne investie du pouvoir d'engager la volonté de l'administration et de lui faire produire des effets juridiques. Pour la détermination des autorités administratives auxquelles incombe l'obligation de motivation formelle des actes administratifs, c'est le critère organique qui sera essentiellement privilégié. Selon ce critère, seront considérées comme autorités administratives celles qui relèvent du pouvoir exécutif tel que cela ressort de la lecture combinée de la loi sur l'organisation et la compétence judiciaires et des lois relatives à l'organisation territoriale et administrative. Les autorités administratives sont les autorités du pouvoir exécutif au niveau central, provincial et local ainsi que des organismes décentralisés placés sous leur tutelle et les autorités administratives indépendantes. Il ya lieu d'appliquer, pour certains cas, le critère fonctionnel, c'est-à-dire, conférer la qualité d'autorité administrative à toute personne qui remplit une fonction administrative. Tel est le cas des autorités du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire dans la mesure où elles posent des actes dans le cadre exclusif de la gestion administrative qui s'écarte fondamentalement de leur mission primordiale de légiférer ou de dire le droit. C'est le cas des actes relatifs à la gestion du personnel ou des marchés publics.

1.2. Les actes à exclure de l'obligation de motivation formelle

724. Les actes implicites ne se prêtent pas, en raison de leur nature, à la motivation formelle. La motivation formelle des actes non juridiques et des actes non décisifs ne présente pas une grande nécessité dans la mesure où ils ne sont pas censés entraîner la modification des droits et des obligations. La motivation formelle des actes administratifs bilatéraux ne présente pas non plus une grande nécessité dans la mesure où les droits et les obligations qu'ils génèrent sont censés l'être sur une base conventionnelle sous la réserve bien sûr de leur partie réglementaire. Certains actes administratifs unilatéraux de portée individuelle pourront être exclus du champ d'application de l'obligation en raison de « circonstances extrinsèques »⁹⁴². Les exceptions pourront être fondées sur l'impératif de préserver la sécurité intérieure et extérieure de l'Etat, l'ordre public, le respect du droit au respect de la vie privée

⁹⁴² Michel LEROY, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver », déjà cité, p. 123.

et le respect du secret professionnel. Ne pourra pas être rangée parmi les exceptions « l'urgence ». La seule urgence ne devra pas dispenser l'autorité administrative de l'obligation de motiver ses actes en la forme. Le problème que représentent ces cas d'exception est la difficulté de circonscrire à l'avance les cas concrets dans lesquels ils se réalisent. L'on ne saura pas, en effet, figer les cas où la sécurité de l'Etat ou l'ordre public seraient menacés. L'on ne pourra donc, à cet égard, que compter sur l'interprétation vigilante du juge pour éviter d'ouvrir une brèche par laquelle de nombreux actes pourraient échapper au contrôle de la motivation sous le prétexte qu'ils rentreraient dans un des cas d'exception. Ces dispositions exceptionnelles devront donc être de stricte interprétation afin d'empêcher que par le biais d'une interprétation trop large, l'obligation de motiver ne soit vidée de son effet. Ne seront pas non plus rangées parmi les exceptions les actes déjà concernés par l'obligation de motiver prévue par un texte particulier. A l'instar du droit belge, les législations ou réglementations spécifiques qui imposent déjà la motivation resteront applicables mais la loi sur la motivation formelle les supplantera dans tous les cas où elle édicte des prescriptions plus contraignantes⁹⁴³.

2. L'étendue de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs

725. La loi déterminera le contenu (2.1) et les caractéristiques (2.2) de la motivation des actes administratifs.

2.1. Le contenu de la motivation

726. La motivation comportera, comme cela est déjà bien établi par la doctrine et la jurisprudence, les considérations de droit et de fait qui servent de fondement à la décision. Les considérations de droit consistent en « l'indication de la législation en vertu de laquelle l'autorité agit »⁹⁴⁴ tandis que les considérations de fait consistent en « l'indication des circonstances qui ont déterminé l'autorité à agir comme elle l'a fait »⁹⁴⁵.

⁹⁴³ *Idem*, p. 126.

⁹⁴⁴ *Idem*, p. 133.

⁹⁴⁵ *Ibidem*.

2.2. Les caractéristiques de la motivation des actes administratifs

727. Pour que la motivation soit utile, elle doit comporter certaines caractéristiques susceptibles de permettre l'accès direct et aisé aux motifs de l'acte. Elle doit être complète, adaptée aux circonstances, claire et précise. La motivation complète est celle qui fournit toute l'information susceptible de renseigner suffisamment sur les motifs de l'auteur de l'acte. En ce qui concerne les considérations de droit, elle ne doit pas se contenter d'indiquer la loi ou le règlement appliqué mais elle doit également indiquer la disposition, et si celle-ci comporte l'énoncé de plusieurs mesures, dans des paragraphes ou alinéas différents, préciser celle qui est spécifiquement visée⁹⁴⁶. La motivation doit aussi faire référence au texte qui est effectivement applicable à la date de la décision⁹⁴⁷. En ce qui concerne les considérations de fait, une motivation complète consiste à indiquer les faits bruts, la manière dont ils ont été obtenus, ainsi que toutes les considérations touchant à la situation visée⁹⁴⁸. La motivation complète est celle qui n'omet aucun des chaînons indispensables au raisonnement⁹⁴⁹. Est ainsi exclue la motivation insuffisante. Il doit pouvoir résulter des considérations de droit que l'administration a pris le fondement de sa décision de règles juridiques applicables à l'espèce mais, bien plus encore, que ces règles ont été correctement interprétées et appliquées. Il doit pouvoir résulter des considérations de fait que la décision émane des faits concrets, qui ont réellement existé, qui sont exactement rapportés et qui sont la justification nécessaire du droit appliqué.

728. La motivation adaptée aux circonstances est celle qui intègre toutes les particularités de la situation à laquelle s'applique la décision. L'intérêt est de pouvoir s'assurer que l'autorité a agi en parfaite connaissance de cause et après un examen sérieux et suffisant de toutes les circonstances de l'affaire. L'exigence d'une motivation adaptée aux circonstances invite à examiner de près les motivations stéréotypées. Celles-ci, si elles ne sont pas nécessairement exclues, doivent néanmoins correspondre aux données de l'espèce⁹⁵⁰.

729. La motivation doit, enfin, être claire et précise. La clarté et la précision doivent caractériser l'indication du droit et des faits. Ceci exclut une motivation par référence à une

⁹⁴⁶ Robert VIARGUES, « Forme et contenu de la motivation des actes administratifs. L'exemple des décisions des ressortissants étrangers », *R.D.P.*, 1982, p. 781.

⁹⁴⁷ *Idem*, p. 783.

⁹⁴⁸ *Idem*, pp. 783 et 784.

⁹⁴⁹ *Idem*, p. 777.

⁹⁵⁰ *Ibidem*.

loi dont la disposition effectivement appliquée n'est pas spécifiée ou par référence à un rapport non annexé à la décision. La motivation pourra donc être portée par un document différent de l'acte administratif à condition qu'il soit annexé à l'acte et qu'il ait été porté en même temps que l'acte à la connaissance de son destinataire⁹⁵¹. Sont prohibés les motivations ambiguës, vagues et imprécises.

730. C'est à ce niveau que la loi comportera son plus grand intérêt. En effet, lorsqu'on observe les actes administratifs congolais, l'autorité a toujours le réflexe de fournir une motivation. Cependant, c'est la manière de le faire qui pose problème. Sont très répandus, en effet, les motivations par référence, les motivations par des formules stéréotypées, vagues et imprécises. Nombreux sont les actes administratifs dans lesquels l'autorité administrative congolaise mentionne pour toute motivation « vu l'urgence » ou « vu la nécessité » sans autre précision.

3. La sanction de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs

731. Il ne sera pas nécessaire que la loi mentionne la sanction de l'acte qui ne se conformera pas à l'obligation de motivation formelle. Prévues par loi, la motivation formelle sera une formalité substantielle qui devra être observée à peine de nullité. L'on pourrait, toutefois, se demander s'il sera nécessaire de prévoir des sanctions complémentaires. Rappelons notamment la sanction disciplinaire d'exclusion temporaire de trois mois avec privation de salaire pouvant aller jusqu'à la révocation en cas de récidive qu'encourt tout agent public en cas de violation de l'obligation de motiver les actes disciplinaires. Cette sanction nous paraît justifiée dans la seule hypothèse où elle vise les motivations fondées sur le tribalisme, le népotisme ou toute autre forme de favoritisme qui sont des maux qui rongent sérieusement l'administration congolaise. Elle semble, par contre, excessive lorsqu'elle ne vise qu'un vice ordinaire de motivation qui peut être justifié par un problème d'assimilation par l'agent des exigences de la motivation mais qui n'est en rien dicté par une intention de mal faire. Puisqu'il est évident que la loi sur la motivation formelle impliquera nécessairement une période d'adaptation, il conviendra de ne retenir comme sanction du vice de motivation que la nullité de l'acte. La sanction disciplinaire complémentaire ne pourra être appliquée que dans

⁹⁵¹ Robert ANDERSEN, Paul LEWALLE, « La motivation formelle des actes administratifs », *Administration publique*, 1993, p. 76.

le cas où l'intention d'énervier le principe d'égalité devant la loi par le favoritisme est incontestablement établie.

732. Conclusion du chapitre. Ce chapitre propose des mesures d'amélioration du cadre normatif du pouvoir discrétionnaire. Le constat de départ est que la faiblesse du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est, en partie, imputable à l'état de la législation. Certains textes, en raison de vices de leur rédaction, consacrent un pouvoir d'appréciation discrétionnaire difficilement contrôlable par le juge. Il est important d'anticiper les difficultés juridiques susceptibles d'être soulevées par l'interprétation du texte au moment de son application. Cela passe par l'amélioration de la qualité des textes par l'intégration de certains critères de fond mais aussi par la mise en œuvre d'une procédure garantissant la bonne qualité du texte à toutes les phases de son élaboration. Les critères de clarté, de précision et de concision seront appliqués à la rédaction de tous les textes en général. L'élaboration et la rédaction des textes portant pouvoir discrétionnaire intégreront, en particulier, les éléments minimaux susceptibles de servir de base au contrôle. Il s'agit des éléments tels que l'exigence de la connaissance suffisante des circonstances de l'affaire, de la comparaison minutieuse des différentes solutions légalement admissibles et d'un examen de proportionnalité des mesures envisagées. Du point de vue de la procédure, la consultation préalable d'un conseil de législation est le gage du respect des conditions extrinsèques et intrinsèques du texte.

733. Il est, par ailleurs, important d'intégrer, dans le système juridique congolais, l'obligation de motiver formellement les actes administratifs. L'existence de cette obligation dans certaines lois particulières et sa reconnaissance par le juge, quoiqu'encore dans une faible mesure, sont des atouts à exploiter pour ce faire. Le contexte juridique et politique actuel se prête d'ailleurs bien à cette réforme dans la mesure où le pays est résolument engagé dans un processus de reconstruction de l'appareil de l'Etat notamment par l'application des principes de bonne gouvernance et de bonne administration. L'obligation de motivation formelle s'appliquerait aux actes administratifs unilatéraux de portée individuelle, écrits et explicites, sous peine d'annulation. Ce procédé comporte l'avantage d'obliger le juge à opérer systématiquement le contrôle des motifs, et, notamment, les motifs discrétionnaires de l'acte.

734. Conclusion du premier titre. Ce titre portait sur les moyens d'ordre général d'amélioration du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire, à savoir la bonne administration de la justice et la bonne qualité des lois. La bonne administration de la justice

est le préalable nécessaire à tout contrôle juridictionnel. Certains principes sont communs à toutes les juridictions tandis que d'autres sont spécifiques aux juridictions administratives. Les principes communs sont ceux de l'indépendance des juridictions et des juges à tous égards et les ressources humaines, financières et matérielles suffisantes. Le principe spécifique aux juridictions administratives est celui de la spécialisation des juridictions et des juges en matière administrative. La réforme constitutionnelle et les évolutions législatives enregistrées depuis 2006 posent déjà les bases de cette spécialisation mais certains aménagements sont encore nécessaires pour mieux raffermir la spécialisation envisagée. Pour ce faire, les pistes d'une section spécialisée dans la formation des juges administratifs et leur affectation exclusive aux juridictions administratives devront être explorées plus à fond.

735. La bonne qualité des lois est quant à elle susceptible de rendre aisée le contrôle juridictionnel et surtout le contrôle du pouvoir discrétionnaire. Nous avons proposé, dans ce cadre, l'amélioration de la qualité des textes en général, celle des textes portant pouvoir discrétionnaire, en particulier et comme garantie procédurale, l'exigence de la consultation obligatoire d'un conseil de législation dans la procédure de l'élaboration des textes. Nous avons ensuite proposé l'enrichissement de l'arsenal juridique législatif par l'adoption de la loi sur la motivation formelle obligatoire des actes administratifs. Il s'agit d'un instrument capital dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire dans la mesure où elle oblige l'administration, bien avant la survenance du moindre litige, de révéler les motifs, y compris ceux qui sont discrétionnaires, qui servent de fondement à sa décision.

TITRE II. LES CONDITIONS SPECIFIQUES AU CONTROLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

736. Les conditions qui se rapportent au contrôle même du pouvoir discrétionnaire sont, d'une part, des moyens externes et, de l'autre, des moyens internes au pouvoir discrétionnaire. Les moyens externes comportent toutes les techniques de contrôle qui, sans viser directement l'appréciation discrétionnaire, contribuent néanmoins, indirectement, à sa limitation dans la mesure où ils contrôlent la régularité du cadre dans lequel il s'exerce⁹⁵². Ces moyens visent l'amélioration du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire mais, plus globalement encore, tout le contrôle juridictionnel de l'administration. En l'état actuel du droit congolais, ces moyens externes sont les plus faciles à développer dans la mesure où ils sont presque tous déjà connus et habituellement utilisés. Certaines améliorations méritent cependant d'être réalisées afin de leur faire jouer pleinement leur rôle (Chapitre I). Les moyens internes au pouvoir discrétionnaire sont, quant à eux, les techniques de contrôle qui visent directement l'appréciation discrétionnaire de l'administration. Ils sont, en principe, plus difficiles à développer dans la mesure où ils ne sont pas familiers de l'environnement juridictionnel congolais. Ils sont cependant indispensables car, en dehors d'eux, il est pratiquement impossible de réaliser complètement la limitation juridictionnelle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il s'agit, au nom des principes de bonne administration, d'exercer le contrôle marginal de l'opportunité administrative (Chapitre II).

CHAPITRE I. LES CONDITIONS RELATIVES AU CONTROLE INDIRECT DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

737. L'amélioration du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire passe par l'amélioration des procédés de contrôle (Section I) et par le renforcement des contrôles de la décision du juge administratif (Section II).

Section I. L'amélioration des procédés de contrôle

738. Le juge administratif congolais exerce déjà le contrôle des « éléments liés » de l'acte administratif unilatéral. C'est, d'ailleurs, par ce procédé, qu'il réalise essentiellement la

⁹⁵² C'est ce que Jean-Marie WOEHLING qualifie d'« éléments indirects influant sur le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire », in « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 91.

limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le contrôle exercé est cependant quelque peu superficiel. Il n'approfondit pas suffisamment l'examen des données juridiques et factuelles de l'affaire. Un certain approfondissement de ce contrôle est indispensable car la règle applicable ou les faits peuvent se révéler plus complexes qu'ils n'apparaissent au premier abord (§1). Cet approfondissement du contrôle suppose un contrôle sérieux des motifs de droit et de fait. Or, la procédure en vigueur ne permet pas une recherche et un examen suffisants des motifs. Cette procédure doit donc être adaptée (§2). L'obligation de motivation des jugements permet de s'assurer du sérieux du contrôle des motifs. Mais les décisions du juge congolais ne sont pas toujours suffisamment motivées. L'obligation de motivation des jugements est pourtant généralisée par la Constitution et par la loi. C'est plutôt sa sanction, à savoir l'annulation pour vice de motivation qui mérite d'être renforcée par l'introduction de la cassation administrative. Les possibilités de cette réforme seront examinées dans la section suivante. L'on se limitera ici à rappeler l'intérêt que la motivation des jugements et son contrôle peuvent présenter pour l'amélioration du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire (§3).

§1. Le contrôle complet et sérieux des « éléments liés »

739. Le contrôle des « éléments liés » de l'acte administratif unilatéral vise essentiellement des opérations juridiques. Il n'est pas pour autant une opération mécanique consistant en l'application automatique du droit aux faits. Une telle conception comporte le risque de faire l'impasse sur les subtilités de l'affaire et de lui réserver une solution inappropriée. C'est dans ce sens que l'on regrette que « le raisonnement de la Cour suprême de Justice, trop simple, laisse parfois sur la soif et est caractérisé par une philosophie du « tout droit au but » »⁹⁵³. L'approfondissement du contrôle des « éléments liés » comporte l'avantage, outre d'assurer le respect de la compétence liée de l'administration, d'exercer en quelque sorte une des modalités du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire dans la mesure où l'approfondissement du contrôle permet d'assurer la limitation du pouvoir discrétionnaire par la découverte de nouvelles conditions qui lient la compétence de l'administration⁹⁵⁴. Pour éviter les écueils de la superficialité, deux pistes méritent d'être suivies. De manière générale, le juge devra procéder à une analyse complète de toutes les données de l'affaire (1). Plus

⁹⁵³ TSHIBANGU KALALA LAMATA, « La protection juridictionnelle des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative de la Cour suprême de justice. Etude de quelques arrêts », *R.J.Z.*, Décembre 1995, 71^{ème} année, p. 8 et 12.

⁹⁵⁴ Jean-Marie WOEHRLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 81.

particulièrement, il approfondira l'analyse de la compétence de l'auteur de l'acte ainsi que de la procédure administrative suivie dans l'élaboration de l'acte dans la mesure où ces deux éléments peuvent entretenir un lien étroit avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire (2).

1. L'analyse complète de toutes les données de l'affaire

740. Le contrôle des « éléments liés » consiste en l'examen du droit applicable (1.1) ainsi que dans celui de la matérialité des faits (1.2). Il convient de procéder à un examen minutieux car, contrairement aux apparences, ces données sont souvent complexes.

1.1. L'analyse complète du droit applicable

741. L'analyse du droit applicable se fera en vue de déceler les illégalités relatives aux motifs de droit. Pour bien le faire, le juge doit s'assurer que la règle de droit appropriée a été bien identifiée, interprétée et appliquée. Ces opérations peuvent être simples dans certains cas. Mais elles peuvent se révéler bien plus complexes dans d'autres cas. Cette réalité est bien exprimée dans ces propos de Jean Carbonnier : « ...plus encore que la masse, c'est la complexité qui s'accroît : les règles ne viennent pas se ranger sagement les unes à côté des autres, chacune avec sa fonction propre ; elles se recoupent et il faut les concilier ou les combiner, si bien que chaque cas demande une recherche préalable du droit qui a vocation à le régir »⁹⁵⁵. L'identification du droit applicable doit se faire en fonction de son champ matériel, spatial et temporel. Au niveau du champ matériel, il est important de tenir compte de la nature de la règle, de la hiérarchie des règles ainsi que de leur concours. Au niveau du champ temporel, il convient de tenir compte de la survivance transitoire des règles anciennes, de l'application transitoire des règles provisoires et du cas où l'application de la règle est différée dans le temps. Au niveau du champ spatial, la limitation territoriale peut être faite en fonction de la compétence de l'auteur de l'acte. L'auteur de l'acte peut également limiter l'application de la règle à une ou plusieurs parties de sa juridiction.

742. Le juge doit encore faire preuve de beaucoup de circonspection dans la recherche du droit applicable parce que, dans certains cas, l'administration applique aux faits un droit qu'il

⁹⁵⁵ Jean CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, 1969, p. 113 cité par Robert LEGROS, « Considérations sur les motifs », in Chaïm PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 18, note 47.

a lui-même créé et qui ne se retrouve donc pas dans les sources classiques du droit. C'est la situation des directives, « ces normes officieuses et sans portée juridique propre, dont l'existence est souvent [...] révélée, [...], par l'instruction des pourvois formés contre des décisions individuelles »⁹⁵⁶. Cette remarque est très importante lorsqu'il s'agit de juger l'usage du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Cette dernière, en effet, est souvent obligée de se fixer elle-même, par la voie de la directive, des critères devant la guider dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Le rôle du juge est de s'assurer que la directive ne lie pas le pouvoir de l'administration et qu'elle ne fait pas obstacle à l'examen particulier des circonstances lors de l'édiction de la décision⁹⁵⁷.

743. Le juge doit appliquer, lui-même, correctement le droit à l'espèce qu'il juge. L'on a précédemment démontré que l'exigence de l'ancienneté de dix ans et celle d'une procuration spéciale pour l'avocat signataire de la requête, dénuée de toute base légale, réduisait significativement les chances de l'examen juridictionnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. D'autre part, la survivance de l'ordonnance du 14 mai 1886 en tant que fondement des principes généraux du droit au Congo, et qui est tout simplement inexplicable, illustre également l'interprétation erronée du droit applicable par le juge. Nombreux sont les arrêts, et même parmi les plus récents, dans lesquels la Cour considère, à tort, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 14 mai 1886 comme le fondement des principes généraux du droit⁹⁵⁸. Les développements ci-après, qui sont en réalité une digression, mettent en exergue la nécessité pour le juge d'examiner sérieusement le droit applicable.

744. La Cour prend l'ordonnance du 14 mai 1886 pour ce qu'elle n'a jamais été et pour ce qu'elle ne peut plus être du fait qu'elle est déjà abrogée. Elle est prise pour le fondement des principes généraux du droit, éventuellement administratifs, alors qu'elle n'est en réalité que le fondement du recours aux principes généraux du droit. La nuance n'est pas négligeable. Le premier sens veut dire que tous les principes généraux du droit tirent leur source de l'ordonnance en question. Tandis que le deuxième sens, qui est correct, veut dire que

⁹⁵⁶ Suzanne GREVISSE, « Essai d'analyse du pouvoir discrétionnaire dans l'administration française », *E.D.C.E.*, 1976, p. 292.

⁹⁵⁷ Sur la directive, voir Pierre DELVOLLE, « La notion de directive », *A.J.D.A.*, Octobre 1974, p. 459-473.

⁹⁵⁸ CSJ, R.A. 312- 6 juillet 1995, Société Internationale Compagnie de Commercialisation et d'Investissement, en abrégé ICCI c/ La République du Zaïre et Trans Tshikem Containers ; CSJ, RA.458 - 7 août 2000, Société Congo Airlines, en sigle CAL sprl c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du Ministre des transports et communications ; CSJ, RA.723 - 1^{er} décembre 2003, Office des biens mal acquis, O.B.M.A. c/ La République démocratique du Congo, prise en la personne du Ministre de la Justice et Garde des Sceaux et du Ministre de l'Intérieur et crts.

l'ordonnance prescrit au juge le recours aux principes généraux du droit en vue d'y trouver la solution au litige qui lui est soumis. L'ordonnance précitée n'a jamais énuméré les principes généraux du droit applicable ni indiqué le contenu et les modalités d'application. L'intitulé complet de ce texte est l'Ordonnance de l'Administrateur Général au Congo du 14 mai 1886, approuvée par le décret du 12 novembre 1886, portant principes à suivre dans les décisions judiciaires. Son article 1^{er} est ainsi libellé : « Quand la matière n'est pas prévue par un décret ou une ordonnance déjà promulgué, les contestations qui sont de la compétence des tribunaux du Congo seront jugées d'après les coutumes locales, les principes généraux du droit et l'équité ».

745. L'objet ainsi que le contenu de cette disposition ne peuvent s'accommoder de la formule souvent utilisée par la Cour à savoir « la violation de l'article 1^{er} de l'Ordonnance du 14 mai 1886 ». L'on peut se demander en effet en quoi consiste la violation de cette disposition et qui peut être l'auteur de cette violation. Il se dégage de la lecture du libellé que la violation de cette règle consiste, lorsque doit être jugé un litige de la compétence des tribunaux du Congo, de ne pas rechercher la solution dans les coutumes locales, les principes généraux du droit ou l'équité alors que la matière n'est pas prévue par un décret ou une ordonnance déjà promulguée. La violation de cette disposition ne saurait consister, par contre, en la méconnaissance des coutumes locales, des principes généraux du droit ou de l'équité. En outre, cette disposition ne peut être violée que par un tribunal ou un juge. Son libellé s'adresse clairement aux juridictions et non à l'autorité administrative. Or, la Cour sanctionne la méconnaissance de cette ordonnance par les décisions administratives. L'administration n'a pas pour mission de dire le droit comme c'est le cas pour le tribunal. On ne peut donc lui reprocher de n'avoir pas recouru à l'ordonnance du 14 mai 1886. Tout au plus, il peut lui être reproché d'avoir violé un principe général du droit dégagé et appliqué par le juge en vertu de l'ordonnance sous examen.

746. La confusion sur l'objet et le destinataire de l'obligation d'appliquer l'ordonnance sous examen résulte, indubitablement, de l'importation des solutions du contentieux judiciaire, surtout de la cassation, vers le contentieux administratif. C'est là, en principe, que le juge de la cassation peut casser un arrêt pour n'avoir pas appliqué les principes généraux du droit alors que le règlement de l'affaire le requérait. C'est le cas dans l'arrêt *Satuga Shita*⁹⁵⁹, dans

⁹⁵⁹ CSJ, RC 1594, 28 décembre 1995, *Satuga Shita c. Ndala Mukeba et Misengabo*.

lequel la Cour a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Kinshasa/Gombe pour n'avoir pas sursis à statuer alors qu'elle avait été informée de la saisine du premier juge par citation directe au mépris du principe « le criminel tient le civil en état ».

747. Outre la regrettable confusion entre la règle qui prescrit le recours aux principes généraux du droit et le fondement de ces principes, la Cour continue à appliquer l'Ordonnance du 14 mai 1886 malgré son abrogation par le décret du 7 mars 1969 portant Code de procédure civile en son article 199. Cette disposition prévoit que « l'ordonnance de l'administrateur général au Congo du 14 mai 1886 approuvée par le décret du 12 novembre 1886 et les décrets qui l'ont modifiée et complétée sont abrogés »⁹⁶⁰. Notons toutefois qu'il existe un débat, non encore définitivement tranché, sur l'abrogation de l'ordonnance du 14 mai 1886⁹⁶¹. Il y aurait eu, en effet, plus d'une ordonnance en date du 14 mai 1886, d'où le doute à propos de celle qui a été frappée d'abrogation par le Code de procédure civile. Certains soutiennent, avec nous, la thèse de l'abrogation. Face à l'invocation persistante de ladite ordonnance par la Cour suprême de justice, l'on se demande « à quoi tiendrait cette résurrection « *contra legem* » »⁹⁶². L'on n'a pas hésité à la qualifier d'« ancêtre illégalement vénéré »⁹⁶³ par la Cour suprême de justice.

748. D'autres, en revanche, soutiennent, qu'elle serait encore en vigueur. Sans faire aucun cas des articles 199 du décret du 7 mars 1960 portant Code de procédure civile ou 116 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, l'on a affirmé que « la base légale du recours aux principes généraux de droit par nos juridictions se retrouve dans l'article premier de l'ordonnance de l'Administrateur général du Congo du 14 mai 1886 approuvée par le décret du 12 novembre 1886 et qui est toujours d'application »⁹⁶⁴. Tel aussi ce point de vue qui considère comme « très audacieux » le courant « animé par le Professeur Lukombe Nghenda » qui soutient la thèse de l'abrogation. Même s'il s'abstient de développer son

⁹⁶⁰ Article 199, DÉCRET du 7 mars 1960 portant Code de procédure civile. (*M.C.*, 1960, p. 961; *M.C.*, 1960, p. 1351 [erratum])

⁹⁶¹ Lire à ce sujet MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-la-Neuve, Académia Bruylant, 2006, p. 40 §21.

⁹⁶² MBUYI TSHIMBADI, « L'ordonnance de l'Administrateur général au Congo du 14 mai 1886 qui permet le recours aux principes généraux du droit et à l'équité, est-elle encore d'application ? », Note d'observation sur l'arrêt CSJ, RC 2617 du 18 août 2003, Makabu ma Kanda c. Mampasi Luyeye, in *Les analyses juridiques*, Revue quadrimestrielle, n°5/2005, Janvier-Février-Mars-Avril, p. 64.

⁹⁶³ KANGULUMBA MBAMBI, « L'ordonnance du 14 mai 1886 est un ancêtre illégalement vénéré par la Cour suprême de Justice », in *Les analyses juridiques*, Revue quadrimestrielle, n°10/2006, Septembre-Octobre-Novembre-Décembre, p. 57.

⁹⁶⁴ Ruffin MUSHIGO-A-GAZANGA GINGOMBE, *Les principes généraux du droit et leurs applications par la Cour suprême de justice du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2002, p. 21.

argumentation, la position de WASENDA transparait nettement derrière ses propos. Il dit, en effet, que « L'autorité scientifique attachée à ces auteurs nous invite à la modestie de ne pas engager une discussion doctrinale sans issue sur cette question, bien que nous ne partageons pas entièrement leur point de vue »⁹⁶⁵.

749. Il y a toutefois lieu de noter que l'abrogation de cette disposition n'est pas en soi un obstacle pour le juge pour recourir aux principes généraux du droit. Point n'est besoin d'une loi prescrivant le recours à cette source pour que le juge y procède⁹⁶⁶. Certains auteurs, en effet, convaincus de l'abrogation de l'ordonnance du 14 mai 1886, voudraient presser le législateur pour l'adoption d'une loi en remplacement de l'ordonnance abrogée. Ainsi, conclue-t-on que « de la sorte, la référence aux principes généraux de droit aura de nouveau une base légale »⁹⁶⁷. La mission de dire le droit, dont une des conséquences est de ne pas renvoyer les parties sans avoir trouvé la solution juridique à leur litige, autrement dit l'interdiction du déni de justice, donne le pouvoir au juge de chercher la solution au-delà des textes quand ils sont obscurs, insuffisants ou lacunaires. Les principes généraux du droit peuvent présenter, dans ces conditions, une issue de secours. En outre, l'article 116 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires prescrit le recours aux principes généraux du droit. Il est ainsi libellé : « Si une contestation doit être tranchée suivant la coutume, les cours et tribunaux appliquent celle-ci, pour autant qu'elle soit conforme aux lois et à l'ordre public. En cas d'absence de coutume ou lorsque la coutume n'est pas conforme aux lois et à l'ordre public, les cours et tribunaux s'inspirent des principes généraux du droit. Lorsque les dispositions légales ou réglementaires ont eu pour effet de substituer d'autres règles à la coutume, les cours et tribunaux appliquent ces dispositions ». Sa portée pourrait être jurisprudentiellement étendue à d'autres matières comme ce fut le cas pour l'ordonnance du 14 mai 1886.

⁹⁶⁵ Corneille WASENDA N'SONGO, *Contentieux administratif congolais. Essai d'analyse de doctrine et de jurisprudence*, Kinshasa, Collection Information juridiques, 1998, p. 28.

⁹⁶⁶ «Au plan juridique, il est justifié que la jurisprudence et la doctrine recourent régulièrement aux principes généraux du droit. [...] ce recours ne devrait pas trouver [nécessairement] son fondement dans l'article 1^{er} de l'ordonnance du 14 mai 1886. Le recours aux principes généraux du droit est en fait une ressource de la plupart des systèmes, y compris le système juridique congolais », KANGULUMBA MBAMBI, *Op.cit.*, p. 59.

⁹⁶⁷ MBUYI TSHIMBADI, *Op.cit.*, p. 64.

1.2. L'analyse complète des circonstances de fait

750. Pour déceler les illégalités relatives aux motifs de fait, le juge doit s'assurer que l'établissement des faits a été correctement réalisé. Les faits sont au cœur de tout le litige. L'essentiel du contrôle du pouvoir discrétionnaire réside, d'ailleurs, dans le contrôle des motifs de fait. Un contrôle véritable suppose donc une appréhension complète et correcte des faits. L'examen des décisions du juge congolais, du point de vue des faits, démontre que le problème ne se situe pas vraiment au niveau de l'appréhension matérielle. Il n'y a en principe pas d'obstacle matériel pour que le juge accède aux faits. En général, tous les éléments lui sont effectivement apportés. Il jouit d'ailleurs d'un important pouvoir d'instruction pour exiger d'accéder à ceux qu'on aurait omis de lui faire parvenir. L'appréhension matérielle, c'est-à-dire celle qui permet d'accéder aux faits à partir des mémoires, de la décision attaquée ou par d'autres mesures d'instruction, est donc relativement aisée. C'est par contre l'appréhension intellectuelle qui accuse beaucoup d'insuffisance et qui mérite d'être approfondie. Il s'agit principalement du fait de ne pas déceler les incohérences ou les contradictions entre les faits ou encore d'omettre de vérifier certains faits dont on ne perçoit pas tout de suite l'utilité pour la solution de l'affaire.

751. Le juge doit s'assurer, après avoir réuni les faits à partir de différents documents ou des mesures d'instruction, qu'il en a une compréhension intelligible. Il doit veiller à écarter les éventuelles contradictions et incohérences grâce à un raisonnement logique. Il doit aussi s'assurer d'avoir recherché tous les faits que commande la solution de l'affaire. Certains éléments peuvent ne pas apparaître comme manquants au premier abord. C'est lorsqu'on est suffisamment très avancé dans l'examen de l'affaire que l'on se rend compte que le complément d'information sur les faits s'avère indispensable. Cet exercice est d'ordre intellectuel et est le plus délicat. Mais s'il n'est pas bien fait, la qualité de l'œuvre du juge peut en être négativement affectée.

2. L'analyse approfondie de la compétence et de la procédure administrative

752. La compétence de l'auteur de l'acte et la procédure administrative suivie pour l'élaboration de l'acte sont des éléments de la légalité externe au sujet desquels l'on considère généralement que l'autorité administrative ne dispose pas de pouvoir discrétionnaire. Cette vérité doit toutefois être relativisée. En ce qui concerne la compétence, dans certains cas,

l'administration dispose du pouvoir d'apprécier discrétionnairement les circonstances qui sont la condition à l'exercice de sa compétence (2.1). En ce qui concerne la procédure administrative, deux constats peuvent être dressés. Primo, dans certains cas, l'administration dispose du choix de la procédure à mettre en œuvre pour l'édiction de son acte. Secundo, c'est à partir de la mise en œuvre des règles d'instruction ou de procédure que le juge pourra déduire que l'administration s'est mise en mesure d'exercer valablement son pouvoir d'appréciation discrétionnaire⁹⁶⁸ (2.2).

2.1. L'analyse approfondie de la « compétence conditionnée »

753. Lorsque l'exercice de la compétence de l'auteur de l'acte est subordonnée à l'existence de certaines circonstances de fait qui sont la condition à son exercice, le juge doit s'assurer que ces dernières sont effectivement réalisées. L'analyse de l'arrêt Evêque Lutete Tunga Nzezi Mpangi⁹⁶⁹ a permis de démontrer que le juge congolais contrôlait parfois partiellement la compétence de l'auteur de l'acte. Il ne suffit pas de constater que la loi a attribué une compétence. Il faut également s'assurer si son exercice n'a pas été assorti d'une condition. Mieux encore, il faut s'assurer si, dans les faits, cette condition s'est effectivement réalisée. Cela est très important car dans certains cas, la réalisation de la condition est laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'administration. Tel est le cas dans l'arrêt précité où est en cause le pouvoir que la loi reconnaît au ministre de la justice de suspendre les activités d'une association sans but lucratif qui menacent de compromettre ou qui compromettent l'ordre public. La condition dont est assorti le pouvoir de suspension est donc la menace de compromettre ou la compromission de l'ordre public. L'on observe donc, dans ce cas, que c'est le ministre qui apprécie discrétionnairement si l'ordre public a été menacé ou compromis. Il convient de vérifier si le ministre a correctement apprécié cette condition. Il apparaît donc qu'à partir du contrôle de la compétence de l'auteur de l'acte, le juge peut être déjà amené à exercer le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Ce qui est reproché au juge dans l'arrêt précité est qu'il n'a pas examiné si la condition était remplie. Il s'est limité au seul fait que la loi accordait un pouvoir de suspension. La crainte est que le juge peut en user même en l'absence d'une menace ou d'une compromission de l'ordre public, ce qui est constitutif d'un excès de pouvoir.

⁹⁶⁸ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 92.

⁹⁶⁹ CSJ, RA 260/265 du 23 juillet 1993, Evêque Lutete Tunga Nzezi Mpangi c/ La République du Zaïre, prise en la personne du Président du Conseil judiciaire et Muzola Nata.

2.2. *L'analyse approfondie de la procédure d'élaboration de l'acte*

754. Il convient de procéder à une analyse approfondie de la procédure d'élaboration de l'acte parce qu'elle entretient un lien étroit avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La procédure administrative est imposée par loi pour que l'administration se mette valablement et suffisamment à mesure d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Le juge doit s'assurer d'abord si la procédure imposée a été effectivement mise en œuvre. Il ne doit pas se limiter là. Il doit en plus vérifier la manière dont elle a été mise en œuvre pour s'assurer si elle était de nature à lui donner la pleine connaissance de l'affaire indispensable pour une décision appropriée. L'examen de la jurisprudence congolaise, en matière de sanction disciplinaire dans la fonction publique, permet de constater que le juge se limite au constat que l'ouverture de la procédure disciplinaire a été notifiée à l'agent poursuivi et que ce dernier a été entendu. Il ne pousse pas l'analyse plus loin pour savoir si l'autorité disciplinaire a recueilli toutes les informations susceptibles de lui permettre de prendre une « décision circonstanciée » c'est-à-dire tenant compte des faits reprochés à l'agent mais aussi de toutes les circonstances personnelles et externes à l'agent qui peuvent justifier une aggravation ou une minoration de la peine ou même un acquittement.

755. D'autre part, la loi peut laisser le choix de la procédure à l'administration. Le juge doit pouvoir contrôler le choix qui a été fait pour s'assurer qu'il était le plus approprié par rapport au but poursuivi et par rapport aux droits des particuliers.

§2. *L'amélioration de la procédure d'instruction de l'affaire*

756. L'approfondissement du contrôle des « éléments liés » de l'acte administratif unilatéral est fonction de la procédure d'instruction. Le contrôle approfondi n'est possible que si le juge a, au préalable, la possibilité de recueillir suffisamment les motifs et, ensuite, de les examiner sérieusement⁹⁷⁰. Nous avons cependant remarqué, dans les lignes précédentes, que la procédure d'instruction en vigueur au Congo est sommaire. Il convient de renforcer aussi bien la procédure de recherche (1) que celle de l'examen (2) des motifs en vue de rendre possible

⁹⁷⁰ Ceci est également valable pour le contrôle des « éléments discrétionnaires » de l'acte. Mais nous inscrivons ce paragraphe sous le contrôle des « éléments liés » car, pour les « éléments discrétionnaires », en plus du contrôle approfondi des motifs, il faut des techniques particulières de contrôle que nous examinerons dans le second chapitre.

l'approfondissement du contrôle du pouvoir discrétionnaire⁹⁷¹. Le renforcement de cette procédure a pour but de mettre le juge en mesure de bien exercer son contrôle des motifs, ce qui est très intéressant dans la mesure où la motivation est un instrument efficace du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire⁹⁷².

1. L'amélioration de la procédure de recherche des motifs de l'acte

757. L'objectif est d'améliorer, en droit congolais, les règles qui régissent la procédure de recherche des motifs de l'acte afin que le juge accède facilement à l'objet de son contrôle. Cette proposition s'inscrit en complément à la proposition d'adoption d'une loi de motivation formelle obligatoire des actes administratifs. Elle se justifie aussi bien dans les cas où cette obligation s'applique que ceux où elle ne s'applique pas. Dans les cas où elle s'applique, il demeure nécessaire d'établir la conformité à la loi des motifs qui figurent dans l'instrumentum de l'acte. Dans les cas où l'obligation ne s'applique pas, le besoin est double à savoir celui d'accéder aux motifs et celui d'en établir la conformité à la loi. Ce besoin est réel dans le cas d'actes administratifs individuels qui, par dérogation, échappent à l'obligation de motivation formelle ainsi que les actes réglementaires. A l'égard de ces actes, le juge doit déployer ses moyens d'instruction pour accéder aux motifs sur lesquels ils sont fondés. C'est pourquoi nous proposons le renforcement de l'exigence du dossier administratif (1.1), l'amélioration de la procédure de recherche des motifs à la phase de l'instruction préparatoire (1.2) et l'amélioration de la procédure de recherche des motifs à la phase de l'instruction à l'audience (1.3).

1.1. Le renforcement de l'exigence du dossier administratif

758. Le droit congolais comporte l'exigence du dépôt du dossier administratif dans le cadre de la procédure du recours en annulation devant le juge administratif⁹⁷³. Les effets de cette disposition sont, hélas, encore insignifiants. L'on pourrait être tenté d'imputer cet état de choses à la négligence de l'administration. Mais si l'on pousse l'observation un peu plus loin, l'on constate que l'exigence du dossier administratif est simplement énoncée dans la loi sans

⁹⁷¹ Les phases de la recherche et d'examen des motifs, en réalité indissociables, ne sont séparées ici que pour des raisons didactiques.

⁹⁷² A ce sujet, André MAST, « La motivation comme instrument du contrôle par le Conseil d'Etat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration », in Chaïm PERELMAN, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 367-376.

⁹⁷³ Article 79, alinéa 1^{er}, de la loi relative à la procédure près la Cour suprême de justice.

que les modalités concrètes de sa réalisation ne soient clairement précisées. Elle apparaît comme une obligation sans sanction effective, ce qui semble la réduire au rang d'une simple faculté. Notre proposition est d'améliorer la formulation de cette exigence en précisant clairement les contours de l'obligation de dépôt du dossier administratif (A), la sanction de l'inobservation de l'obligation (B) et les conséquences procédurales (C).

A. Les contours de l'obligation de dépôt du dossier administratif

759. Il ne suffit pas de prescrire le dépôt du dossier administratif au greffe de la juridiction administrative comme c'est le cas dans la législation en vigueur. Encore faut-il déterminer le débiteur de l'obligation, le délai qui lui est imparti pour s'en acquitter, les actes administratifs à l'égard desquels le dépôt du dossier administratif s'avère nécessaire, la composition du dossier administratif, la forme selon laquelle le dossier doit être présenté et la sanction.

760. L'obligation de déposer le dossier administratif doit être mise à la charge de celui qui est normalement censé le détenir. C'est normalement l'auteur de l'acte attaqué qui est censé avoir conservé tout le dossier qui a servi à son élaboration. Et c'est très souvent la partie adverse. Mais il peut arriver que le dossier administratif se trouve entre les mains d'une administration différente. Il peut également arriver que, suite aux nécessités d'organisation et de communication au sein de l'administration, que les éléments du dossier se trouvent éparpillés entre plusieurs services⁹⁷⁴. Cela fait apparaître que le débiteur de l'obligation du dépôt du dossier peut être l'administration, partie adverse, ou toute autre administration, qui pour une raison ou une autre, détient tout ou partie du dossier administratif requis pour les besoins de la procédure contentieuse devant le juge administratif. Si la partie défenderesse n'est pas en possession du dossier, elle doit en aviser la juridiction qui pourra en ordonner la production par l'administration qui la détient⁹⁷⁵.

761. L'obligation du dépôt du dossier administratif par l'administration peut apparaître comme une présomption d'illégalité de l'acte administratif. Il n'en est rien. L'acte administratif jouit toujours de sa présomption de légalité. Mais lorsque l'on tient compte de la

⁹⁷⁴ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 603.

⁹⁷⁵ Article 21, alinéa 4, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat belge.

difficulté que le requérant est susceptible de rencontrer devant l'administration toute puissante, le « partage de la charge de la preuve entre parties » se justifie amplement⁹⁷⁶.

762. Les délais prévus par la législation en vigueur nous paraissent parfaitement raisonnables et peuvent être maintenus tel quel. Il est, en effet, prévu que le dossier administratif doit être déposé dans le délai d'un mois à dater de la signification de la requête aux parties. Ce délai peut être prorogé d'un mois en faveur des parties demeurant à l'étranger⁹⁷⁷. Il est également prévu la possibilité de proroger ces délais si les nécessités de l'instruction le justifient par ordonnance du président de la section administrative après avis du Procureur général de la République⁹⁷⁸.

763. L'on peut se demander s'il est nécessaire d'appliquer l'obligation de dépôt du dossier administratif à tous les actes, c'est-à-dire à ceux qui doivent être motivés en la forme et à ceux qui ne le doivent pas. L'on peut, en effet, estimer que l'obligation de motivation en la forme des actes administratifs rend superflète l'obligation de dépôt du dossier administratif. Ce raisonnement se fonderait sur le fait que si l'obligation de dépôt du dossier administratif poursuit la finalité de mettre les motifs de l'acte aisément à la disposition du destinataire de l'acte et du juge administratif, qu'elle ne se justifierait pas dans le cas où les motifs figurent déjà en la forme surtout que l'on sait que dans un tel cas, seuls les motifs exprimés dans l'acte peuvent être pris en considération⁹⁷⁹. Ce raisonnement est séduisant mais il n'est pas suffisant parce que l'obligation du juge d'exercer un contrôle approfondi est la même qu'il s'agisse des motifs exprimés dans l'acte ou de ceux qui n'y sont pas exprimés. Dans tous les cas, « il vérifie notamment dans le dossier la réalité des motifs invoqués »⁹⁸⁰. Ainsi, « la motivation ne remplacera jamais le dossier administratif, elle s'y référera »⁹⁸¹. Bref, l'obligation de dépôt du dossier est applicable quel que soit l'acte administratif attaqué.

764. Les documents qui doivent composer le dossier administratif sont ceux qui ont été utilisés pour la confection de l'acte administratif attaqué. Il s'agit des « propositions, avis, rapports, notes, projets de décision... »⁹⁸² susceptibles de contenir la relation des faits et les

⁹⁷⁶ Bernard PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, Paris, PUF, 2006, p. 192, n°185 et s.

⁹⁷⁷ Article 79, alinéa 1^{er}, de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

⁹⁷⁸ Article 79, alinéa 2, de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

⁹⁷⁹ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 456.

⁹⁸⁰ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 456.

⁹⁸¹ Michel LEROY, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver », déjà cité, p. 133.

⁹⁸² Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 603.

développements des moyens juridiques qui sont le fondement de l'acte attaqué. Les « documents périphériques »⁹⁸³ qui ont, dans une certaine mesure, fait partie du processus de confection de l'acte mais qui gardent un caractère étranger, notamment dans la mesure où leur liberté et leur sincérité ne peuvent pas être garanties, ne doivent pas faire partie du dossier administratif. L'administration a la faculté, et non l'obligation, de transmettre les documents postérieurs à l'acte attaqué qui « ... peuvent présenter de l'utilité quand des événements postérieurs à cet acte sont de nature à avoir une incidence sur l'issue du recours »⁹⁸⁴.

765. La question de la composition du dossier administratif soulève celle du sort à réserver aux documents confidentiels et secrets. Sont ainsi qualifiés les documents dont le contenu, en raison de la valeur ou du droit sur lesquels ils portent, ne doivent pas être divulgués de peur de ne porter atteinte à l'intérêt ou au droit garanti. Leur régime peut être organisé par la législation ou la jurisprudence relative à l'accès aux documents administratifs ou à la publicité y afférente. Il n'existe pas encore un texte spécifique en la matière au Congo⁹⁸⁵. Il existe néanmoins des textes particuliers qui édictent le régime applicable aux documents administratifs dans leurs domaines respectifs d'intervention⁹⁸⁶. Il n'y a pas non plus une jurisprudence établie en la matière. En l'état actuel donc du droit congolais, hormis les quelques cas où le législateur s'est exprimé⁹⁸⁷, il revient au juge d'apprécier souverainement le caractère secret ou confidentiel d'un document. Mais, peu importe la source juridique qui confère à une information le statut de confidentialité ou de secret, il est normal qu'elle soit totalement ou partiellement exemptée de l'obligation d'être intégrée dans le dossier administratif⁹⁸⁸. Le législateur peut apprécier parmi les documents confidentiels ceux qui ne

⁹⁸³ *Idem*, p. 604.

⁹⁸⁴ *Idem*, p. 605.

⁹⁸⁵ Sur la publicité des actes au Congo, IMBAMBO-la-NGANYA, « De la publicité des actes administratifs au Zaïre », *R.J.Z.*, p.22-30.

⁹⁸⁶ La loi dite foncière prévoit en son article 228 que « Le livre d'enregistrement et le répertoire alphabétique sont publics. Moyennant le paiement de la taxe fixée par les règlements, toute personne peut les consulter sous la surveillance du conservateur ». En matière forestière, il est prévu que « La documentation du cadastre forestier peut faire l'objet soit d'une consultation ordinaire, soit d'une consultation écrite, soit d'une consultation globale », Article 4 de l'Arrêté ministériel n° cab/min.af.f.e.t/261/2002 du 03 octobre 2002 portant organisation et fonctionnement du cadastre forestier.

⁹⁸⁷ Il est prévu, notamment, en matière d'incapacité physique, dans la fonction publique, qu'une commission médicale établit un rapport confidentiel à l'intention du Secrétaire général de la Santé publique ou du Médecin-Inspecteur provincial sur la nature, la cause et les perspectives d'évolution de la maladie ou de l'infirmité, Article 6 de l'Ordonnance 82-033 du 19 mars 1982 portant règlement d'administration relatif à la cessation définitive des services du personnel de carrière des services publics de l'Etat et aux rentes de survie (*J.O.Z.*, n°8, 15 avril 1982).

⁹⁸⁸ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 872, n°997.

peuvent absolument pas être intégrés au dossier administratif⁹⁸⁹ et ceux qui, malgré ce caractère, peuvent néanmoins l'être. Pour cette deuxième catégorie, le législateur peut prescrire des restrictions relatives aux lieux et aux personnes autorisées à les consulter. Cela peut concerner plusieurs catégories de secrets à savoir le secret professionnel, le secret d'instruction répressive, le secret médical⁹⁹⁰, etc.

766. Le législateur pourrait également décider de la forme selon laquelle doivent être présentés les éléments du dossier administratif. Cela peut concerner l'exigence d'y faire figurer des originaux, des copies, des photocopies certifiées conformes, etc. L'exigence habituelle de l'inventaire des pièces formant le dossier peut être également mentionnée.

B. La sanction de l'inobservation de l'obligation de dépôt du dossier administratif

767. La sanction de l'inobservation de cette obligation doit être précisée. Elle peut être située à trois niveaux. Il peut s'agir de la sanction pénale de l'agent public qui fait obstacle à la réalisation de l'obligation de déposer le dossier administratif. Ce manquement peut être frappé de peines prévues en cas d'abstentions coupables de fonctionnaire. L'article 150 g du Code pénal punit, en effet, « ...tout fonctionnaire public, officier public, toute personne chargée d'un service public qui s'abstiendra volontairement de faire, dans les délais impartis par la loi ou par les règlements, un acte de sa fonction ou de son emploi qui lui a été demandé régulièrement ... ». Le fondement de cette sanction serait, *in specie*, le fait que ledit agent, par l'obstacle qu'il pose est en train de faire obstruction au cours normal de la justice. Il peut s'agir ensuite d'une sanction contre l'administration elle-même par le paiement d'une astreinte du fait du refus de déposer le dossier administratif. Cette solution peut être envisagée dans le cas où l'administration requise, préalablement mise en demeure, refuse néanmoins de s'exécuter. Il peut s'agir, enfin, et c'est ce qui nous paraît être le plus opérant, de tenir pour fondées les allégations du requérant sauf lorsqu'elles sont manifestement inexactes⁹⁹¹. Cette solution, qui est l'application de la très célèbre jurisprudence française *Barel* est très importante dans le cadre du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Cette jurisprudence, sans mettre en cause le principe même du pouvoir discrétionnaire, en aménage néanmoins

⁹⁸⁹ En Belgique, par exemple, les documents couverts « par le secret du colloque constitutionnel ne peuvent jamais figurer au dossier administratif », Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 605.

⁹⁹⁰ Bernard PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, déjà cité, p. 195.

⁹⁹¹ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 602 ; René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 872, n°996 ; Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome I, Paris, Dalloz, 2007, p. 943.

l'exercice et en limite les abus par le partage de la charge de la preuve entre le requérant et l'administration⁹⁹².

C. Les conséquences procédurales

768. Il nous semble très capital de préciser les devoirs qui incombent au juge en ce qui concerne le contrôle du respect de l'obligation de dépôt du dossier administratif. En effet, la lecture de nombreux arrêts ne permet pas de savoir avec certitude si le dossier administratif a été déposé ou non. C'est pour cette raison que nous proposons que, de manière systématique, le juge mentionne, dans les visas de sa décision, la réception ou non du dossier administratif⁹⁹³. Cela est une manière sûre de vérifier que le juge a examiné l'acte attaqué en prenant en compte tous les motifs qui apparaissent dans le dossier administratif. Le juge devra également, dans le cas où le dossier n'a pas été déposé, mentionner quelle conséquence il en a tirée. Ces prescriptions revêtent un grand intérêt car elles permettent « de contrôler si la juridiction saisie a accompli tout son devoir »⁹⁹⁴.

1.2. La recherche des motifs à la phase de l'instruction préparatoire

769. L'instruction préparatoire est rarement réalisée par ceux qui en ont la mission au Congo. C'est un constat répandu qui permet d'observer que pour de multiples raisons, notamment celui de devoir faire face au surcroît de travail, le juge abandonne le caractère inquisitoire de sa procédure en laissant l'initiative aux parties, c'est-à-dire que finalement l'examen de la requête se fait désormais presque exclusivement sur la base d'éléments réunis par les parties. Le juge n'exerce presque plus son pouvoir d'instruction. De la procédure inquisitoire, la procédure contentieuse administrative devient accusatoire⁹⁹⁵. L'instruction préparatoire est escamotée même lorsque des motifs suffisants de l'acte attaqué n'ont pas été réunis. La jurisprudence congolaise n'a pas encore dégagé les devoirs qui incombent à la juridiction lors de la recherche des motifs. Voilà pourquoi nous proposons que le législateur congolais précise les cas dans lesquels le juge peut se passer de l'instruction préparatoire (A), les cas dans

⁹⁹² Jean KAHN, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », déjà cité, p. 13 et 14.

⁹⁹³ Le projet de loi sur les juridictions administratives prévoit que le dépôt du dossier administratif sera mentionné dans l'acte de notification uniquement dans la procédure de l'extrême urgence (article 357, alinéa 4).

⁹⁹⁴ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome I, Paris, Dalloz, 2007, p. 747.

⁹⁹⁵ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 93 ; Daniel CHABANOL, « Du dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », déjà cité, p. 156.

lesquels l'instruction préparatoire est obligatoire (B) et les mentions obligatoires, dans les rapports ou dans les arrêts, relatives à l'instruction préparatoire (C).

A. Les cas de dispense d'instruction préparatoire

770. L'instruction préparatoire ne doit pas être une fin en soi. Elle ne doit être menée que s'il y a un besoin réel d'accéder aux éléments qui sont susceptibles de permettre un examen approfondi de la requête. Autrement dit, il n'est pas nécessaire de procéder à une instruction préparatoire pour chercher les motifs de l'acte qui sont déjà amplement et clairement fournis par l'acte attaqué ou par le dossier administratif. Le juge administratif doit donc être dispensé de l'obligation de procéder à l'instruction préparatoire s'il peut établir que les éléments en sa possession sont suffisants pour éclairer sa lanterne sur les motifs de l'acte. C'est cela qui explique le caractère éventuel de l'instruction préparatoire mentionné par la loi⁹⁹⁶. Tous les cas relativement simples, entendus comme ceux « ne posant pas de problèmes juridiques nouveaux et ne contribuant pas à la formation de la jurisprudence »⁹⁹⁷, peuvent s'accommoder d'une procédure d'instruction allégée. Ainsi, la dispense d'instruction se conçoit « dans le cas où il apparaît au vu de la requête introductive d'instance que la solution de l'affaire est d'ores et déjà certaine »⁹⁹⁸. Il faut cependant user, avec beaucoup de circonspection, de cette possibilité⁹⁹⁹, car l'on court le risque de considérer trop facilement toutes les affaires comme simples pour alléger la charge de travail. Les deux extrêmes doivent être évités : « si les juges ne doivent pas abuser de leurs pouvoirs d'instruction, il faut aussi admettre qu'ils doivent en user effectivement »¹⁰⁰⁰.

B. Les cas d'instruction préparatoire obligatoire

771. L'instruction préparatoire doit être obligatoirement menée dans tous les cas où il apparaît que les éléments que le juge a en sa possession sont insuffisants pour lui permettre de bien apprécier à fond les motifs de l'acte. L'insuffisance de ces éléments peut être révélée par trois constats successifs. Primo, l'acte attaqué ne contient pas en lui-même les motifs ou ceux qu'il comporte sont partiels, ambigus ou obscurs. Secundo, le dossier administratif mis à la

⁹⁹⁶ Article 80, alinéa 1^{er}, de la Loi sur la procédure près la Cour suprême de justice.

⁹⁹⁷ Daniel LABETOULLE, « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux », déjà cité, p. 335, note 2.

⁹⁹⁸ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, déjà cité, p. 941.

⁹⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁰ Bernard PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, déjà cité, p. 198.

disposition du juge est incomplet. Tertio, le dossier administratif n'est pas mis à la disposition du juge.

C. Les mentions obligatoires dans les rapports et jugements relatifs à l'instruction préparatoire

772. Ni la loi ni la jurisprudence ne déterminent de manière détaillée le contenu des rapports d'instruction. La loi se limite à mentionner qu'un rapport est rédigé sur l'affaire¹⁰⁰¹. Mais si l'on tient compte du fait que la qualité du jugement final dépend de celle du travail préparatoire, il convient d'imposer dans le rapport une mention sur l'instruction préparatoire à l'instar de ce qui est requis dans le jugement au sujet de la procédure suivie. Le rapport ou le jugement doivent ainsi se prononcer sur la question de savoir si dans le cas d'espèce examiné il avait été nécessaire ou non de procéder à l'instruction préparatoire. S'ils disent que cela n'avait pas été nécessaire, ils doivent établir que les éléments à leur portée à partir de l'acte attaqué ou à partir du dossier administratif étaient suffisants pour permettre à la juridiction de trancher le litige. Si par contre ils disent qu'il était nécessaire de procéder à l'instruction préparatoire, ils doivent mentionner tous les devoirs accomplis pour ce faire et la manière dont cela a été mené. L'objectif de cette proposition est d'amener le juge à rendre compte de la manière dont il procède à la recherche des motifs. Il s'agit de la mise en œuvre de l'obligation de motivation de la décision prise mais en ce qui concerne la recherche des motifs. Lorsqu'il se voit tenu de rendre compte de la procédure de recherche des motifs, le juge affinera davantage sa recherche.

1.3. La recherche des motifs à la phase de l'instruction à l'audience

773. Le schéma que nous avons proposé pour la phase de la recherche des motifs lors de l'instruction préparatoire est valable, à quelques nuances près, à la phase de l'instruction à l'audience. Ainsi, le juge peut se passer de l'instruction à l'audience s'il est à mesure d'établir qu'il détient déjà tous les éléments lui permettant de saisir tous les motifs de l'acte attaqué. Il est, par contre, tenu de procéder à l'instruction lorsqu'il ne réunit pas suffisamment d'éléments malgré ce qu'auraient fait croire les rapports du ministère public ou du conseiller rapporteur. L'instruction à l'audience ne doit plus en principe commencer par la phase initiale étant donné que plusieurs mécanismes en amont sont censés avoir réuni suffisamment

¹⁰⁰¹ Article 80, alinéa 1^{er}, de la Loi sur la procédure près la Cour suprême de justice.

d'éléments. En effet, à ce stade, les éléments suffisants sur les motifs de l'acte sont censés avoir été rassemblés soit dans l'acte attaqué, soit dans le dossier administratif soit grâce à l'instruction préparatoire. L'instruction à l'audience doit donc être principalement menée pour compléter ou éclairer les éléments fournis aux phases précédentes de la recherche des motifs et très exceptionnellement pour pallier leur carence.

774. Le juge doit donc être obligé de rendre compte de l'instruction en audience dans son jugement. Il doit pouvoir démontrer notamment qu'il n'était plus nécessaire de procéder à de nouvelles mesures d'instruction étant donné que tous les éléments avaient déjà été réunis grâce aux phases précédentes de recherche. Pour conclure que l'affaire est déjà en état d'être jugée, il doit pouvoir établir qu'il n'est plus nécessaire de mener une nouvelle instruction. Il doit pouvoir justifier pourquoi il ne serait plus nécessaire de procéder à de nouvelles recherches de motifs même si ceux dont il dispose sont insuffisants pour de raisons évidentes liées notamment à leur inopportunité, leur inutilité ou l'impossibilité d'avoir mieux. Lorsque le juge a dû procéder à de nouvelles recherches, il doit pouvoir s'en justifier et rendre compte de la manière dont il les a menées.

2. L'amélioration de la procédure d'examen des motifs : Le réaménagement des phases d'examen de la requête et la redéfinition des rôles

775. Une chose est pour le juge d'accéder aux motifs de l'acte, une autre est de procéder à un examen sérieux de ces motifs. Le constat précédemment fait est que les phases de l'examen des motifs et le rôle leur assigné sont sommaires et ne permettent pas de réaliser un contrôle sérieux. Le système actuel comporte trois phases dans la procédure d'examen de la requête. Il s'agit de l'examen préparatoire par le Procureur général de la République, de l'examen de la requête en audience publique et de l'examen final de la requête lors du délibéré. Ces trois phases sont insuffisantes pour procéder à un contrôle minutieux et sérieux. L'insuffisance ne tient pas tant au nombre lui-même des phases qu'à la mission qui doit être remplie. Le pas est vite franchi entre l'examen préparatoire et la décision finale sans que la place ait été accordée à une analyse approfondie. Notre proposition est de passer de trois à six phases dans l'examen de la requête et de redéfinir les rôles. L'exemple français sur les étapes de l'examen de la requête et la distribution des rôles est parfaitement éclairant¹⁰⁰². Nous proposons ainsi que la

¹⁰⁰² Voir à ce sujet, Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, p.941 et s.

phase préparatoire comporte un examen préliminaire, une révision, une discussion collégiale et une contre vérification (2.1). La phase de l'audience (2.2) et la phase du délibéré (2.3) devront être améliorées par endroits.

2.1. La phase préparatoire de l'examen de la requête

776. L'examen préparatoire de la requête sera réalisé par les membres de la juridiction administrative et du parquet en quatre étapes. La première étape consistera en l'examen préliminaire par un conseiller rapporteur désigné par le chef de la juridiction (A). La deuxième étape consistera en la révision du travail du conseiller rapporteur par un conseiller réviseur désigné par le chef de la juridiction (B). La troisième étape consistera en l'examen du travail du conseiller réviseur par une formation collégiale de la juridiction administrative (C). La dernière étape consistera en la contre vérification par le ministère public à l'instar de l'examen effectué par le Commissaire du gouvernement français¹⁰⁰³ (D).

A. L'examen préliminaire par un conseiller rapporteur

777. Cette tâche qui revient actuellement¹⁰⁰⁴ au ministère public reviendra désormais à la juridiction administrative. Le rôle d'examen préparatoire de la requête sera confié à la juridiction administrative car cela fait partie intégrante de la mission de juger. En effet, la mission du ministère public, dans le système juridique congolais, n'est pas le jugement de l'acte. Sa mission consiste plutôt à surveiller l'exécution des actes législatifs, des actes réglementaires et des jugements¹⁰⁰⁵. Le projet de loi sur les juridictions administratives a d'ailleurs reconduit ce rôle¹⁰⁰⁶. Le ministère public apparaît plus comme une partie au procès que comme un organe technique du Conseil d'Etat qui aurait pour mission principale d'aider la juridiction dans l'examen de la requête. Son rôle est pratiquement le même en matière pénale qu'en matière administrative, un rôle d'accusation ou de dénonciation de l'illégalité¹⁰⁰⁷. Le ministère public congolais ne jouit donc pas de la même indépendance à l'égard du pouvoir politique et du pouvoir administratif que le commissaire du gouvernement

¹⁰⁰³ Le commissaire du gouvernement est désormais appelé « rapporteur public » à la suite de du décret français du 7 janvier 2009. A ce sujet, l'étude de Bernard PACTEAU, « Du commissaire au rapporteur, suite... et à suivre ! », *RFDA*, Janvier –Février 2009, pp.67-72.

¹⁰⁰⁴ Article 80, alinéa 1^{er} de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

¹⁰⁰⁵ Article 6, alinéa 1^{er}, de l'Ordonnance-loi 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'Organisation et de la compétence judiciaires (*J.O.Z.*, n°7, 1^{er} avril 1982, p.39).

¹⁰⁰⁶ Article 6, alinéa 1^{er}, du projet de loi sur les juridictions de l'ordre administratif.

¹⁰⁰⁷ Article 7 du projet de loi sur les juridictions de l'ordre administratif.

français¹⁰⁰⁸. Mais, en raison de l'ampleur du besoin de protection de la légalité et des droits des particuliers au Congo, le ministère public conservera le rôle qui lui est assigné aujourd'hui devant les juridictions administratives, à savoir celui de défenseur de la légalité et de protecteur des droits des particuliers devant l'administration. Un rôle quelque peu mixte. Il sera l'œil de la loi, le défenseur des incapables et un organe technique de la juridiction chargé de concourir à l'examen sérieux de la requête. Comme le commissaire du gouvernement français, il aura « pour mission d'exposer au conseil les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables, ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction »¹⁰⁰⁹. Cependant, chaque fois qu'il agira comme partie principale requérante, il sera dispensé de jouer le rôle de « commissaire de gouvernement » pour des raisons évidentes d'impartialité. Il est donc plus indiqué, pour toutes ces raisons, que l'examen préliminaire de la requête soit réalisé par le juge et non par le ministère public.

778. L'examen préliminaire de la requête sera confié aux juges de grade le moins élevé. Il relève du bon sens de confier les tâches de dégrossissement de l'affaire aux juges les moins gradés et de réserver les tâches d'affinement aux juges les plus gradés sur la base de la présomption de compétence et d'expérience plus élevées de ces derniers. Ainsi au niveau du Conseil d'Etat et des cours administratives d'appel, l'examen préliminaire sera mené par le conseiller désigné par le premier président ou par le président de chambre. Au niveau du Tribunal administratif, cet examen sera le fait du juge désigné par le président.

779. L'examen préparatoire de la requête consistera en un examen complet de toutes les questions que la requête pose à la juridiction. Il s'agit de la question de compétence, des questions de recevabilité, ainsi que celles du fond du droit. Le conseiller rapporteur doit donc vérifier que tous les éléments sont réunis pour statuer sur l'affaire, déceler les questions juridiques que l'affaire soulève, dresser un rapport et élaborer un projet de décision. C'est son travail qui constituera la première mouture du jugement. Le rapport doit établir que la recherche des motifs de l'acte a été effectuée sans complaisance et que les éléments sur lesquels l'analyse a été faite sont, en l'état des possibilités, les seuls sur lesquels elle pouvait

¹⁰⁰⁸ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, p. 971.

¹⁰⁰⁹ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, p. 971 et 972.

être faite. Le rapport doit également faire état d'une analyse minutieusement menée sur tous les éléments de droit et de fait. Il doit pouvoir présenter clairement toutes les questions juridiques posées et les solutions qui peuvent y être réservées. Enfin, le rapport devra être accompagné d'un projet de décision qui découle d'une analyse sérieuse des questions soulevées par l'affaire. Ce travail préliminaire fait par le conseiller rapporteur est aussi le travail fondamental préalable et indispensable à toute décision de la juridiction administrative. L'on peut même dire que la qualité de la décision à intervenir est fonction de la qualité du travail préliminaire effectué par le conseiller rapporteur. Le travail final sera d'autant plus aisé ou plus difficile que l'examen préliminaire aura été bien fait ou fait avec légèreté¹⁰¹⁰. Il importe donc de consacrer beaucoup d'attention et de moyens à la réalisation de cette étape primordiale.

B. L'examen par un conseiller réviseur

780. Le conseiller réviseur repassera au peigne fin le rapport du conseiller rapporteur. Il s'assurera que le travail effectué par le conseiller rapporteur permet de saisir tous les éléments de l'affaire et un traitement suffisant. Il pourra suggérer, notamment, si besoin, un complément d'information. Il passera également en revue l'analyse juridique des faits et du droit. Il pourra, à cet effet, émettre un avis contraire à celui du conseiller rapporteur ou se limiter à suggérer l'éclaircissement d'une analyse. Il terminera sa vérification en dressant une note d'observation dans laquelle il marquera ce qu'il recommande. Soit de nouveaux devoirs d'instruction, soit la discussion en formation collégiale. S'il estime que l'affaire est très simple au regard des questions juridiques soulevées, le conseiller réviseur enverra directement le dossier au ministère public pour contre vérification. Par contre, si l'affaire semble soulever des questions juridiques délicates susceptibles de remettre en cause l'unité de la jurisprudence, elle sera soumise à l'examen d'une formation collégiale. Le réviseur devra dresser un rapport à cet égard pour justifier la proposition qu'il a adoptée.

781. C'est une grande responsabilité qui est reconnue au Conseiller réviseur, d'apprécier seul si l'affaire soulève des questions juridiques délicates ou non afin de décider l'examen par une formation collégiale ou non. Certes, c'est un risque de laisser une seule personne prendre une

¹⁰¹⁰ Il s'observe que même si le rôle du rapporteur reste non connu, « Bien souvent [...] son intervention est décisive dans l'issue d'une affaire », Daniel LABETOULLE, « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Mélanges CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 335.

décision si importante, mais en raison de limites évidentes en ressources humaines, il serait difficile d'organiser, dès ce stade, une équipe collégiale pour statuer sur le caractère délicat ou non des questions soulevées. Le risque encouru est important mais peut être relativisé dans la mesure où il y a encore la vérification par le ministère public et par la formation de jugement.

C. L'examen par une formation collégiale

782. Pourquoi et quelle formation collégiale ? L'intérêt de la collégialité n'est plus à démontrer dans la perspective de la lutte contre l'arbitraire et de la recherche de l'efficacité. L'on pourrait, en effet, se demander pourquoi organiser un collège d'examen de la requête alors qu'à la phase de l'audience le siège est presque toujours collégial. Cette solution se justifie par le fait que la phase préparatoire est capitale car très souvent la phase du jugement se limite à entériner le travail fait dans la phase préparatoire. Il convient donc, par voie de conséquence, de s'assurer déjà, dès cette phase, un travail de qualité. L'examen en collège permet d'éviter l'arbitraire du jugement d'un juge inique. Il permet aussi d'en surmonter les éventuelles limites par la mise en commun de l'apport intellectuel de plusieurs personnes. Pour éviter que cette solution ne soit finalement bornée qu'à une simple formalité, il faut effectivement que tous les membres du collège s'expriment sur les questions que soulève la requête et, mieux encore, qu'ils motivent chacun sa position.

783. Pour tenir compte de possibilités locales, il convient que la formation collégiale soit formée au niveau de la chambre de jugement. Elle peut être composée de tout ou partie des membres de la chambre à condition de toujours réunir un nombre impair. Le rapporteur et le réviseur feront toujours partie de la chambre d'instruction. Celle-ci sera présidée par le Président de la Chambre ou par le juge le plus gradé. La formation d'instruction engagera un débat sur la note et le projet du rapporteur ainsi que sur les observations du réviseur. Elle pourra procéder à tout complément d'instruction qu'elle jugera appropriée. Elle adoptera une solution et établira un rapport quant à ce pour faire part de ses observations. Il est également important de confier la charge à la formation collégiale d'instruction de proposer au Président de la juridiction, sur la base du caractère plus ou moins délicat ou complexe des questions juridiques soulevées, la formation de jugement qui connaîtra de l'affaire. Le dossier établi à ce niveau sera transmis au ministère public.

D. L'examen du dossier par le ministère public

784. L'examen du dossier par le ministère public aura lieu, comme dit auparavant, soit après l'examen du juge ou du conseiller réviseur, si ce dernier a estimé que la solution de l'affaire était évidente, soit après l'examen de la formation collégiale d'instruction, si le juge ou le conseiller réviseur a estimé que la solution de l'affaire était plutôt délicate et de nature à remettre en cause l'unité de la jurisprudence. En outre, cette tâche ne lui sera pas confiée lorsqu'elle est la partie requérante. Le rôle du ministère public consistera principalement à veiller au respect de l'ordre public et de la loi. Il jouera, comme dans tous les procès, le rôle de gardien de la loi. Il sera amené, par voie de conséquence, à apprécier les propositions faites par le rapporteur, le réviseur et, le cas échéant, la formation collégiale d'instruction. Il dressera après cet examen son rapport qu'il transmettra à la juridiction.

785. Pour des raisons d'efficacité, le ministère public pourra procéder à son tour à une répartition du travail en son sein afin de réaliser un examen sérieux du dossier. Il pourra être d'abord examiné par des magistrats les moins gradés, révisé par les magistrats plus gradés et éventuellement discuté en formation collégiale. C'est seulement après le rapport du ministère public que la requête pourra être examinée en audience.

2.2. L'examen de la requête en audience

786. Le Président de la juridiction, de son propre chef ou sur proposition de la formation collégiale d'instruction, désignera la formation de jugement qui devra connaître de l'affaire. Les affaires simples seront traitées dans une chambre. Les affaires délicates ou complexes seront traitées soit dans une chambre avec un siège de cinq ou de sept juges soit encore « toutes chambres réunies ». La phase de l'audience interviendra alors que la requête a déjà bénéficié de riches examens dans la phase préparatoire. L'examen à la phase de l'audience n'en sera que plus aisé. Le conseiller rapporteur présentera son rapport (A) et le ministère public présentera le sien (B). Le débat sera engagé sur ces rapports dans le cadre de l'instruction à l'audience (C).

A. Le rapport du conseiller rapporteur

787. Le conseiller rapporteur présentera le rapport qu'il a dressé sur l'affaire. Ce rapport consistera dans le premier examen qu'il aura effectué et comportera les améliorations découlant des observations du conseiller réviseur et, éventuellement, de la formation collégiale d'instruction. Ce rapport est capital pour la tenue de l'audience et l'examen de la requête. Il sert de véritable introduction aux termes du débat judiciaire qui s'engage devant le juge administratif. Il présentera les parties, l'objet de la requête, les moyens des parties et les questions de droit que soulève l'affaire.

B. Le rapport du ministère public

788. Le rapport du ministère public consistera en un rapport de contre vérification de l'œuvre de la juridiction. Il consistera soit à marquer son approbation soit sa désapprobation, totale ou partielle, sur l'examen effectué dans la phase préparatoire par la juridiction. A cet effet, il confirmera tous les faits et toutes les questions de droit soulevés ou infirmera certains d'entre eux. Pour les points où il n'est pas d'accord, le rapport du ministère public indiquera les faits qui lui paraissent corrects et s'en justifiera, il indiquera aussi l'analyse qui lui paraît être la plus juste en lieu et place de celle proposée par la juridiction dans son rapport. Si des questions ont été omises, le rapport du ministère public proposera leur intégration et leur prise en compte dans la recherche de la solution.

C. L'instruction en audience

789. Sur la base des rapports du conseiller rapporteur et du ministère public, la juridiction pourra aisément entamer l'instruction. Selon qu'il demeure ou non des questions importantes à éclairer, l'instruction peut être sommaire ou plus ample. Elle consistera pour la juridiction à poser des questions de précision aux parties ou à relayer plutôt les questions des parties. C'est l'occasion pour le juge administratif d'user de son pouvoir inquisitorial afin de lever les éventuelles zones d'ombre et de permettre à toutes les parties de saisir la portée des questions juridiques soulevées et des solutions qui y seront apportées. Il s'agit de « mettre en place un dialogue du juge et des parties, dépourvu d'improvisation, mais éloigné d'un rituel par trop

appauvri »¹⁰¹¹. Cela est très important dans le contexte congolais où l'on a souligné la difficulté pour les citoyens de s'approprier les subtilités du droit administratif d'origine occidentale et les arcanes du contentieux administratif. Si pour une raison ou pour une autre, la juridiction estime que sa religion n'est pas suffisamment éclairée et que de nouvelles mesures d'instruction s'avèrent nécessaires, elle pourra à tout moment les ordonner. Elle ne clôturera les débats que lorsqu'elle estimera qu'elle dispose de tous les éléments utiles à la solution du litige. Elle n'hésitera pas à ordonner une réouverture des débats si des éléments nouveaux qui sont déterminants pour l'issue de la procédure venaient à apparaître.

2.3. L'examen de la requête dans la phase du délibéré

790. La phase du délibéré est cruciale dans le processus de l'examen de la requête dans la mesure où c'est là qu'il s'agit de prendre la décision définitive sur le litige. A cette phase, il n'y a plus d'instruction à mener. Les éléments susceptibles d'être pris en compte pour la solution du litige sont définitivement arrêtés et ne peuvent plus être modifiés à ce stade. Les motifs de l'acte sont déjà connus et sont désormais immuables. Le travail essentiel à cette étape est celui de tirer la conclusion définitive du rapport entre les faits et le droit. Seuls les membres de la juridiction qui ont participé à toute la phase de l'instruction à l'audience sont admis au délibéré. Ils sont censés avoir la connaissance parfaite du dossier et, à cet effet, sont présumés être à mesure de se prononcer utilement sur l'issue du litige. Le délibéré a toujours lieu en formation collégiale et en nombre impair pour faciliter le vote en cas de partage des voix. Contrairement au système français, il n'est pas important d'intégrer le ministère public dans le délibéré étant donné que ce dernier est censé avoir pris partie, ne fût-ce que pour la cause de la loi ou de l'ordre public.

791. Le conseiller rapporteur sera considéré comme la mémoire du processus d'examen de l'affaire. A cet effet, il rappellera à l'intention de ses collègues les termes de l'affaire en introduisant progressivement tous les éléments dont elle a été enrichie lors de ses diverses phases d'examen. Il notera également les éléments issus des débats à l'audience. Il proposera en définitive son projet de décision. Les autres membres de la juridiction apporteront leur savoir faire et surtout leur expérience en discutant la solution proposée par le conseiller rapporteur. Le débat qui interviendra aura pour effet d'enrichir cette solution ou de lui

¹⁰¹¹ Daniel CHABANOL, « Du dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », *Mélanges LABETOULLE*, Paris, Dalloz, 2007, p. 158.

substituer une autre plus juste moyennant bien sûr une argumentation convaincante. Le débat comporte les éléments qui constitueront la motivation du jugement à intervenir. Il comporte l'expression de différentes opinions que les juges se seront formé sur l'affaire. C'est généralement un vote qui départagera les différentes opinions. Pour plus d'efficacité, il est important que les juges soient « invités à motiver leur opinion et non pas seulement à émettre un vote »¹⁰¹². Cela permettra d'inventorier et de visualiser les différentes interprétations possibles de la loi et des faits de l'affaire afin de nourrir la motivation du jugement qui sera arrêté en fin de compte. La motivation du point de vue de chacun lors du délibéré est importante dans la mesure où l'on sait qu'il s'agit de dégager un consensus sur la future décision. « Le projet de décision doit être convaincant pour la majorité, doit correspondre à ses informations et aux estimations communes »¹⁰¹³. La proposition d'inviter les membres présents au délibéré à motiver leur opinion n'a pas pour but d'écarter le principe du secret du délibéré. Il ne s'agit pas de mentionner dans la décision à intervenir la position de tout un chacun. Par contre, en vue d'améliorer la motivation des jugements, il n'est pas sans intérêt que les différentes thèses soulevées dans le débat interne soient mentionnées, à l'exclusion des noms de leurs auteurs, et qu'il soit clairement expliqué pourquoi les unes ont été retenues et les autres écartées. Cette solution est déjà prévue par la loi à l'intention des experts lorsqu'ils doivent déposer un seul rapport au tribunal¹⁰¹⁴.

792. La décision est la solution que la juridiction donne à l'affaire. Ce sera très souvent l'adoption de la proposition faite par le conseiller rapporteur enrichie par les nuances et les précautions de divers genres issues de la perspicacité et de la sagesse des autres membres de la juridiction. Mais, du point de vue de l'examen des motifs, il est important que la décision établisse qu'elle a été prise à l'issue d'une démarche sûre qui garantit qu'elle résulte de la prise en compte des faits suffisants, suffisamment examinés et éprouvés par une analyse rigoureuse. Il importe à ce niveau de rappeler l'intérêt de l'obligation de motivation que la juridiction devra suivre scrupuleusement afin de rendre possible le contrôle de sa décision.

¹⁰¹² Léon HUSSON, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in Chaïm PERELMAN et P.FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 79.

¹⁰¹³ Jerzy WROBLEWSKI, « Motivation de la décision judiciaire », in Chaïm PERELMAN et P.FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 122.

¹⁰¹⁴ Article 42 du Code de procédure civile.

§3. *L'amélioration de la motivation des jugements*

793. L'analyse de la jurisprudence administrative congolaise révèle que les jugements ne sont pas toujours suffisamment motivés. La motivation est souvent sommaire et ne permet pas de percevoir les véritables motifs qui sont à la base de la décision retenue. Elle est aussi souvent partielle dans la mesure où certains éléments de l'affaire sont tus au point qu'il est difficile d'évaluer l'impact qu'aurait sur la décision l'élément omis. Il continue dans tous les cas à planer sur les décisions un sentiment d'inachevé qui entretient d'ailleurs un doute malsain sur ce qu'aurait dû être la véritable décision¹⁰¹⁵. Que faire devant cet état des choses ? Il convient d'abord de rappeler l'importance de la motivation des jugements et surtout à l'égard du contrôle du pouvoir discrétionnaire (1). Il convient ensuite de mettre en exergue un atout important que comporte le droit congolais à savoir qu'il consacre la motivation des jugements. La jurisprudence, quoique peu abondante, offre des critères de détermination de l'obligation de motiver (2). Il convient, enfin, d'insister sur la nécessité de renforcer le contrôle juridictionnel de la motivation des jugements (3).

1. La motivation des jugements améliore le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire

794. La motivation des jugements est susceptible de garantir un contrôle sérieux du pouvoir discrétionnaire dans la mesure où elle oblige le juge à rendre compte de son procédé¹⁰¹⁶. Cette affirmation peut être mieux comprise à partir de l'analyse des fondements même de l'obligation de motivation des jugements. Pour Robert Legros, ces fondements sont évidents : « garantie contre l'arbitraire, contre l'influence des vues personnelles, respect des droits de la défense, contrôle obligé du raisonnement, méditation de la décision, indications précises en vue des recours, contrôle efficace par la Cour de cassation »¹⁰¹⁷. Les préoccupations qui ressortent de ces fondements peuvent être regroupées en quatre dimensions qui entretiennent toutes un rapport avec l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il s'agit de la dimension logique, de la dimension du respect des droits des

¹⁰¹⁵ Voir ci-avant, dans la première partie, le commentaire des arrêts Congo Airlines, Kiala Luyindula ; Famille Befili et Dibunda Kabuinji.

¹⁰¹⁶ L'une des fonctions de la motivation de la décision de justice est en effet de permettre au juge de s'autolimiter, Laurent BERTHIER, « Regards européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative », *RFDA*, Mars-Avril 2008, p. 248.

¹⁰¹⁷ Robert LEGROS, « Considérations sur les motifs », in Chaïm PERELMAN, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 7 ; André MAST, « La motivation comme instrument du contrôle par le Conseil d'Etat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration », p. 367.

particuliers, de la dimension du respect de l'intérêt général et de la dimension du respect de la répartition des compétences¹⁰¹⁸.

795. La dimension logique, et qui se retrouve dans toutes les autres dimensions, consiste en la préoccupation d'amener le juge à construire une décision fondée sur un raisonnement régulier du point de vue du processus intellectuel réalisé. Les caractéristiques d'un tel raisonnement sont l'objectivité, la complétude, la pertinence et la cohérence. Elles garantissent la prise en compte complète et rationnelle par le juge de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Cela permet de présumer que le juge examine l'ensemble des données de la décision administrative et qu'il en tire toutes les conséquences rationnelles. L'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration est une opération intellectuelle complexe dans la mesure où il s'agit d'opérer le choix le plus approprié entre plusieurs possibilités également conformes à la loi. Le contrôle d'une telle activité est lui-même complexe dans la mesure où il doit refaire le parcours suivi par l'administration et évaluer soigneusement à chaque étape la régularité de la décision. Le contrôle d'une opération complexe est lui-même complexe. Pour être crédible, le juge doit donc démontrer qu'il a déployé un raisonnement rigoureux à la mesure de l'opération du raisonnement que requiert l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

796. La dimension du respect des droits des particuliers comporte la préoccupation de rassurer les particuliers que tout a été mis en œuvre pour que le respect de leurs droits soit garanti. Le besoin de justification de la décision est encore plus prononcé lorsque la décision discrétionnaire a été prise en défaveur du particulier et que le juge la trouve malgré tout fondée. Le juge devra motiver davantage sa décision dans la mesure où il devra non seulement démontrer que la décision de l'administration est fondée et qu'en outre, il a exercé toutes les vérifications nécessaires pour aboutir au constat qu'il en est réellement ainsi, n'en déplaie aux droits des particuliers. La motivation du jugement permet de faire échec à une double suspicion. La première est que l'administration abuse souvent des droits des particuliers. La seconde est que le juge administratif, soit prend souvent parti pour l'administration, soit évite de la contrarier. Tout cela est, hélas, au détriment des droits des particuliers.

¹⁰¹⁸ Il faut toutefois noter que la justification de la motivation des jugements est susceptible de varier selon les pays et les systèmes juridiques, W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *La motivation des jugements*, Xème congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Budapest, août 1978, Presses Universitaires de Bruxelles, 1978, p. 31.

797. La dimension du respect de l'intérêt général permet de rassurer l'opinion que le juge administratif exerce un contrôle suffisant susceptible de garantir l'intérêt général. Ainsi, dans sa motivation, le juge devra démontrer qu'il a pris sa décision sur la base de l'intérêt général bien compris. Le juge sera amené à exercer un contrôle très fin dans la mesure où, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, l'administration opère un choix entre plusieurs possibilités en ayant pour fil conducteur l'intérêt général. Le contrôle du juge doit pouvoir s'assurer que l'intérêt général a été bien compris par l'administration et qu'elle l'a bien appliqué dans sa décision. Le juge doit pouvoir convaincre qu'il a usé de toutes les voies susceptibles d'exercer correctement et complètement son contrôle.

798. La dimension du respect de la répartition des compétences est celle qui consiste à savoir si dans l'exercice de son contrôle du pouvoir discrétionnaire le juge n'a pas débordé les limites de ses compétences. En effet, le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est délicat dans le sens où il suscite la crainte que le juge ne se substitue à l'administration en exerçant un contrôle de pure opportunité. Cela pose tout le problème de l'étendue du contrôle du juge sur les activités de l'administration. Le contrôle du juge doit rester dans les limites de ses compétences afin de prévenir le risque qu'il est censé écarter à savoir substituer l'arbitraire du juge à l'arbitraire de l'administration. Le juge sait donc que son contrôle est constamment sous surveillance. La motivation lui donne la possibilité de démontrer qu'il a agi en restant strictement dans les limites de ses compétences, c'est-à-dire que son contrôle a été essentiellement un contrôle de légalité et non un contrôle d'opportunité. Cela signifie que le juge, dans sa motivation, prend le soin de distinguer, dans la décision de l'administration, quelle est la part qui revient à l'appréciation d'opportunité de l'administration et qui échappe à son contrôle et quelle est cette autre part qui est prédéterminée par le droit et qui se situe entièrement sous le contrôle de la légalité. Ce faisant, le juge aura réussi à convaincre l'administration qu'il n'a pas empiété sur ses attributions mais aussi aura contribué significativement à former et à développer la jurisprudence. Pour toutes ces raisons, la motivation des jugements est un véritable outil d'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il a été si pertinemment observé, en effet, que « l'obligation de motiver force le juge à prendre conscience de la valeur de son opinion et surtout du degré de sa responsabilité »¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁹ MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2006, p. 368, n°384.

2. L'obligation de motivation des jugements est consacrée en droit congolais

799. La Constitution et la loi consacrent l'obligation de la motivation des jugements. Ils se limitent à en proclamer le principe (2.1). La jurisprudence, peu abondante, consacre à son tour le principe et fournit quelques indications sur ses critères (2.2).

2.1. L'obligation de motivation des jugements dans la constitution et dans la loi

800. L'obligation de motivation des jugements a toujours été consacrée dans la Constitution en RDC¹⁰²⁰. Toutes les constitutions, sans exception, qu'il s'agisse de l'époque coloniale¹⁰²¹, de la première république¹⁰²², de la deuxième république¹⁰²³, des périodes de transition¹⁰²⁴ ou de la troisième république¹⁰²⁵, ont consacré l'obligation de motivation des jugements. « Tout arrêt est écrit et motivé », dispose la Constitution du 18 février 2006, actuellement en vigueur, en son article 21. C'est « un principe indiscutable et fondamental »¹⁰²⁶. L'obligation de motivation des jugements est toujours consacrée au titre des garanties individuelles. Elle est également consacrée dans les lois de procédure. Le principe est ainsi consacré dans le Code de procédure civile de 1960 qui est appelé le droit commun de la procédure. Ce texte indique que les jugements contiennent, entre autres éléments, les motifs¹⁰²⁷. La loi portant procédure près la Cour suprême de justice dispose, à son tour, que les arrêts mentionnent obligatoirement, entre autres éléments, la motivation¹⁰²⁸. Cependant, les modalités et l'étendue de cette obligation ne sont déterminées ni par la Constitution ni par loi. Tel est aussi d'ailleurs le cas sous d'autres cieux car ces questions sont plutôt résolues par la jurisprudence¹⁰²⁹.

¹⁰²⁰ MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2006, p. 133.

¹⁰²¹ Article 20 de la Charte coloniale du 18 octobre 1908.

¹⁰²² Article 188 de la Loi fondamentale relative aux structures du 19 mai 1960 ; Articles 21 et 23 alinéa 2 de la Constitution du 1^{er} août 1964.

¹⁰²³ Article 9, alinéa 2, de la Constitution de 24 juin 1967.

¹⁰²⁴ Article 14, alinéa 3, de l'Acte constitutionnel de la Transition de 1994 ; Article 24 alinéa 1^{er} de la Constitution pour la période de la transition de 2003.

¹⁰²⁵ Article 21, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰²⁶ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome I, p. 748.

¹⁰²⁷ Article 23 du Code de procédure civile.

¹⁰²⁸ Article 27 de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

¹⁰²⁹ Robert LEGROS, « Considérations sur les motifs », déjà cité, p.7.

2.2. L'obligation de motivation des jugements dans la jurisprudence

801. Quelques rares arrêts rendus en matière administrative proclament le principe de la motivation des jugements rendus en matière administrative en droit congolais. Dans l'échantillon examiné, seul deux arrêts se sont prononcés sur la motivation des jugements. Il s'agit des arrêts rendus sur recours en appel et à propos desquels la réformation de l'œuvre du premier juge était sollicitée en raison d'un vice de motivation. Il découle ainsi de l'arrêt *Sofos Costa*¹⁰³⁰ qu'un jugement est suffisamment motivé lorsque l'élément à l'appui de son argumentation, même non directement mentionné, se retrouve dans le jugement même. Dans cet arrêt, l'appelant considérait comme insuffisamment motivé l'arrêt de la Cour de Lubumbashi qui s'était déclaré incompétente au motif que la décision du Commissaire de région attaquée était dictée par un « intérêt politique ». La Cour suprême de justice, saisie en appel, a estimé que cet arrêt était suffisamment motivé pour avoir jugé que « la mesure attaquée a été dictée par un intérêt politique, par conséquent n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir, mais relève exclusivement de la compétence du Département du Portefeuille conformément aux dispositions de la loi n°77/027 portant mesures générales de rétrocession des biens zaïrianisés ». Là se limitait la motivation de la Cour d'appel de Lubumbashi et pour le requérant, elle ne disait pas explicitement en quoi consistait l'intérêt politique. C'est plutôt la Cour suprême de justice, qui par une opération d'interprétation, a situé cet intérêt politique. Elle a jugé, en substance, qu'« il résulte de cette motivation que l'intérêt politique en question est l'application des mesures de zaïrianisation ». Il aurait été souhaitable que la Cour suprême de justice démontre à suffisance l'intérêt politique porté par les mesures de zaïrianisation mais elle n'est pas allée plus loin.

802. Il découle aussi de l'arrêt *Locau Samy*¹⁰³¹ qu'un jugement est suffisamment motivé par l'argument figurant dans le jugement et qui n'a pas été contredit par le requérant. Dans cet arrêt, le requérant estime que l'arrêt de la Cour d'appel de Kinshasa n'est pas suffisamment motivé pour avoir rejeté sa demande des dommages et intérêts pour les autres préjudices réellement subis au motif que le requérant n'avait produit aucune pièce justificative. La Cour

¹⁰³⁰ CSJ, RAA 14, 13 novembre 1998, *Sofos Costa c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du Ministre du Portefeuille et du Gouverneur de la Province du Shaba et Monsieur Mungomba Ngoy Kiyana*.

¹⁰³¹ CSJ, RAA 5, 8 juin 1984, *Locau Samy c/L'Hotel de Ville de Kinshasa*, pris en la personne du Gouverneur de la Ville de Kinshasa.

suprême de justice a confirmé la position de la Cour d'appel de Kinshasa en jugeant qu'en l'absence de pièces justificatives, elle avait pleinement raison de statuer ex aequo et bono.

803. Ces deux décisions peuvent être complétées par la jurisprudence judiciaire en vue de la recherche des critères de la motivation des jugements. En effet, le juge judiciaire est plus régulièrement saisi que le juge administratif. Par ailleurs, la cassation est organisée en matière judiciaire. La jurisprudence judiciaire n'a pas encore été elle-même systématisée. L'on sait, toutefois, que sont sanctionnées, comme vices de motivation assimilés à l'absence de motivation, la motivation insuffisante, la motivation contradictoire, la motivation ambiguë, la motivation dubitative, la motivation hypothétique, la motivation incohérente et celle qui ne répond pas aux conclusions¹⁰³². Ces différentes hypothèses d'absence de motivation sont sanctionnées par la Cour suprême de justice¹⁰³³. Elles ne sont cependant pas explicitées pour que l'on en dégage des critères clairs de l'exigence de la motivation.

3. Les critères de la motivation des jugements devraient être mieux déterminés

804. L'obligation de motivation des jugements pourrait jouer un grand rôle dans l'amélioration du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire si elle bénéficiait elle-même d'une large application. Tel n'est cependant pas encore le cas actuellement. L'obligation de motivation pourrait recevoir une plus grande application si les justiciables exigeaient plus de justification de la décision juridictionnelle ; si les juges prenaient conscience de l'importance de cet outil et si le contrôle de la motivation était renforcé. Mais pour que toutes ces conditions se réalisent, il est important que les critères de la motivation soient mieux déterminés pour mieux fonder la revendication, l'application ou le contrôle. La question est de préciser quels critères, qui les détermine et comment.

805. Les critères de la motivation sont les caractéristiques qui lui permettent de réaliser sa mission, à savoir informer les personnes intéressées de motifs de droit et de fait qui sont le fondement de la décision juridictionnelle. Ces caractéristiques, déjà évoquées précédemment, sont celles de la cohérence, de la complétude, de l'objectivité et de la clarté. Ces critères peuvent être déterminés par la loi ou le règlement. Mais, l'intervention du législateur ayant

¹⁰³² MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, p. 369.

¹⁰³³ DIBUNDA KABUINJI, *Langage et techniques de la Cour suprême de justice*, Société d'études juridiques du Zaïre, Kinshasa, 1979, p. 10 cité par MATADI NENGA GAMANDA, *Op.cit.*, p. 369.

une portée générale et impersonnelle demeurera presque toujours abstraite. Il convient donc que ces critères soient explicités par la jurisprudence qui sera amenée à déterminer concrètement les critères prévus par la loi. Il est également utile que la doctrine intervienne pour systématiser les critères de la motivation éventuellement prévus par la loi et appliqués par le juge. Beaucoup d'efforts restent à fournir pour y arriver dans la mesure où l'on sait que le législateur congolais ne s'est pas encore préoccupé de déterminer les critères d'une bonne motivation des jugements, la production du juge est encore très sommaire et la doctrine n'a pas encore développé le débat sur la question. Il convient, en définitive, de sensibiliser l'ensemble de tous les acteurs concernés sur la place d'une telle institution dans la vie du droit afin d'amorcer le débat en vue d'éventuelles améliorations.

Section II. Le renforcement du contrôle des décisions du juge administratif

806. Le contrôle juridictionnel des décisions du juge administratif est susceptible d'exercer, indirectement, une influence positive sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. C'est l'effet du contrôle du contrôle. La critique de son œuvre est capable d'amener le juge à ajuster ses conceptions et ses procédés. Les décisions du juge administratif congolais ne sont pas suffisamment critiquées. Il convient alors de renforcer les contrôles juridictionnels sur les décisions du juge administratif sans toutefois méconnaître l'influence des contrôles non juridictionnels¹⁰³⁴. Les différents contrôles juridictionnels des décisions du juge administratif présentent en commun l'avantage de vérifier si ce dernier s'est correctement acquitté de son obligation de juger complètement la requête qui lui a été soumise, de préciser les principes du contrôle juridictionnel et de l'action administrative. Ils ont pour effet d'indiquer au juge administratif, entre autres, ce que doit être l'étendue de son contrôle sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Tout en reconnaissant l'intérêt des contrôles qui portent déjà sur la décision du juge administratif par la voie de l'appel, de l'opposition, de la tierce-opposition, de la rectification d'erreur matérielle, de la révision et de l'interprétation¹⁰³⁵, nous proposerons particulièrement l'introduction de la cassation en

¹⁰³⁴ L'on doit reconnaître notamment l'apport indispensable de la critique de la doctrine, de la presse et de l'opinion publique. Nous ne les développerons pas cependant dans le cadre de ces réflexions dans la mesure où ils sont dépourvus de sanction juridique. Il est, par contre, plus aisé d'établir un lien procédural et institutionnel entre les contrôles juridictionnels et les décisions du juge administratif.

¹⁰³⁵ Le projet de loi sur les juridictions administratives intègre aussi la requête civile. Il suscite un doute sur sa pertinence dans la mesure où il prévoit également la révision. D'autres recours n'ont pas encore été organisés en matière administrative, comme l'opposition et la révision, mais il n'y est fait recours que de manière très exceptionnelle.

matière administrative (§1). L'œuvre du juge administratif sera également améliorée par le contrôle du juge constitutionnel (§2) et le contrôle du juge international (§3).

§1. *L'introduction de la cassation administrative*

807. Il sied de rappeler que la cassation, à l'exception des arrêts de la Cour des comptes¹⁰³⁶, n'est pas organisée en matière administrative en RDC. Il faut noter, par ailleurs, que le contentieux de la cassation des arrêts de la Cour des comptes est inexistant en pratique, de sorte qu'il n'y pas de leçon à en tirer en vue de l'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais¹⁰³⁷. Les raisons de l'absence de la cassation en matière administrative ne sont pas mentionnées par le législateur. Il semble toutefois que cela est dû à l'absence d'un ordre complet des juridictions administratives. C'est cela que permet de déduire le projet de lois sur les juridictions de l'ordre administratif qui explique dans son introduction que la cassation est ouverte devant le Conseil d'Etat « étant donné l'existence d'une gamme complète des juridictions de l'ordre administratif »¹⁰³⁸. L'introduction de la cassation en matière administrative est susceptible de se réaliser sans obstacle d'ordre institutionnel dans la mesure où elle est à l'ordre du jour de la réforme de la justice administrative. Elle est intéressante en raison de nombreux avantages qu'elle est censée apporter dans le sens de l'unification et du développement de la jurisprudence administrative¹⁰³⁹. Elle se justifie par le fait qu'elle est susceptible d'assurer la critique nécessaire qui fait défaut pour un grand nombre d'arrêts rendus en matière administrative. Nous avons montré dans les lignes précédentes que de nombreux arrêts rendus en premier et dernier ressort par la section administrative de la Cour suprême de justice échappent à tout

¹⁰³⁶ Article 21 de l'Ordonnance-Loi 87-031 du 22 juillet 1987 relative à la procédure devant la Cour des comptes : « Les arrêts de la Cour des comptes sont susceptibles de pourvoi en cassation devant la Cour suprême de justice sur requête du comptable ou du procureur général près la Cour des comptes. Le pourvoi est formé, instruit et jugé conformément à la procédure devant la Cour suprême de justice. En cas de cassation, le compte est renvoyé devant la Cour des comptes siégeant toutes sections réunies ».

¹⁰³⁷ Voir à ce sujet Mathieu NKONGOLO TSHILENGU, « Le contrôle financier des Institutions de Transition : La problématique du contrôle des finances publiques et des biens de l'Etat par la Cour des Comptes », *Revue juridique du Zaïre*, 1995, pp. 91-94.

¹⁰³⁸ Pareillement, en France, la cassation a été concernée par la réforme du contentieux administratif du 31 décembre 1987 en conséquence de la création des cours administratives d'appel, René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 1266, n°1401.

¹⁰³⁹ Il est vrai que le rôle d'unification de la jurisprudence était déjà assurée par la Cour suprême de justice, section administrative, qui était l'unique juridiction d'appel pour toutes les sections administratives du pays. René CHAPUS enseigne, en effet, que ce qui compte, c'est l'unicité de la juridiction qui a la charge de l'unification de la jurisprudence, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 1267, n°1402. L'avantage de la cassation administrative envisagée dans la réforme est d'élargir, comme nous l'avons déjà souligné, le cercle des décisions appelées à être unifiées à savoir les décisions rendues en premier et dernier ressort ou en dernier ressort contre les décisions administratives des autorités centrales.

réexamen juridictionnel. Outre qu'elle offre un recours contre l'œuvre du juge, la cassation est une occasion de critiquer, et par ce biais d'améliorer, les procédés du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la mesure où elle permet un contrôle indirect de la légalité des actes administratifs¹⁰⁴⁰ (1). Nous présenterons le régime de la cassation envisagée par le projet de loi sur les juridictions administratives en suggérant, là où c'est nécessaire, des améliorations (2).

1. Le juge de cassation contrôle indirectement le contrôle du pouvoir discrétionnaire du juge de fond

808. Le contrôle du juge de cassation est susceptible d'améliorer substantiellement les procédés du juge administratif dans le contrôle du pouvoir discrétionnaire. C'est, en effet, un contrôle du contrôle. Le contrôle en cassation ne porte, en principe, que sur le droit et non sur le fond de l'affaire¹⁰⁴¹. Il vise à vérifier le respect du droit par le juge dont la décision est critiquée. C'est un contrôle de légalité qui se distingue de celui de l'annulation dans la mesure où cette dernière est un contrôle immédiat tandis que celle de la cassation est un contrôle médiat¹⁰⁴². Cette vérification aboutit, dans toutes ses modalités, à améliorer le contrôle que le juge a porté sur le pouvoir discrétionnaire. Comme le fait si bien comprendre René Chapus, après le contrôle de cassation, « le jugement aura été jugé, c'est-à-dire que la façon dont le litige devait être jugé aura été enseignée »¹⁰⁴³. L'intérêt de la cassation administrative pour le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire réside essentiellement dans le contrôle de la motivation des jugements (1.1), le contrôle des moyens de droit (1.2) et le contrôle des moyens de fait (1.3).

1.1. Le contrôle de la motivation des jugements

809. Le contrôle du juge de cassation vérifie si le juge administratif a correctement motivé sa décision. L'obligation de motivation est une condition de forme dont le juge administratif

¹⁰⁴⁰ David DE ROY, « Le contrôle de la légalité des actes administratifs par le juge de cassation », obs. sous Cass., 9 décembre 2002, *JLMB*, 2003/27, p.1182.

¹⁰⁴¹ La loi portant procédure près la Cour suprême de justice, autorise, exceptionnellement la section judiciaire de la Cour suprême de justice, siégeant en cassation, de connaître du fond de l'affaire « lorsque la cause lui est renvoyée par les sections réunies, dans une affaire qui a déjà fait l'objet d'un premier pourvoi, ou dans une affaire qui a fait l'objet d'un pourvoi formé par le procureur général de la République sur injonction du Commissaire d'Etat à la justice », article 37, alinéa 6.

¹⁰⁴² Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, 2008, p. 937.

¹⁰⁴³ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 1267, n°1402.

contrôle le respect. Il arrive des cas où le juge a effectivement exercé un contrôle en appréciation de l'opportunité de l'acte administratif mais qui était occulté par une motivation insuffisante ou peu claire. Le juge de cassation peut donc adresser le reproche au juge administratif de n'avoir pas dévoilé le raisonnement suivi pour aboutir à sa décision et, entre autres, le contrôle qu'il a porté sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle de la motivation des jugements est de la plus haute importance en matière de cassation. Cela se justifie par le fait qu'en cette matière le juge ne peut pas sortir du dossier. Il ne pourra donc être réellement en mesure d'apprécier le bien-fondé que par la prise en considération des motifs du jugement qui lui est déféré¹⁰⁴⁴. L'exigence du juge n'en est que plus accrue. La motivation doit être complète, précise et exempte de contradictions.

1.2. Le contrôle de l'erreur de droit

810. Le juge de la cassation administrative vérifie si le jugement n'est pas entaché d'erreur de droit. Il peut s'agir de l'erreur quant à la base légale ou de l'erreur d'interprétation de la loi applicable. Le juge de cassation passera en revue la manière dont le premier juge a appliqué ou interprété le droit lors de l'examen de la compétence de l'auteur, des formes et formalités, des règles de fond et du but de l'acte. L'erreur de droit « peut aussi être la conséquence d'une fausse interprétation par les juges du fond de la décision déférée à leur censure »¹⁰⁴⁵. La seule perspective du contrôle de la régularité de l'application ou de l'interprétation du droit sur ces éléments est de nature à pousser le juge du fond à exercer sérieusement cette partie du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire.

1.3. Le contrôle des faits

811. La règle selon laquelle le juge de cassation ne connaît pas du fond des affaires a été longtemps comprise comme lui réservant le seul contrôle des questions de droit à l'exclusion des questions de fait qui étaient considérées comme du ressort exclusif du juge de fond¹⁰⁴⁶. Le juge de cassation est toujours tenu par le principe de l'appréciation souveraine du juge de fond

¹⁰⁴⁴ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 1290.

¹⁰⁴⁵ *Idem*, p. 1293.

¹⁰⁴⁶ Il importe de garder à l'esprit que la distinction entre les moyens de droit et les moyens de fait demeure incertaine, Michel LEROY, *Contentieux administratif*, Quatrième édition, p. 935 ; Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, p. 875.

sous la réserve des dénaturations des faits qu'il censure¹⁰⁴⁷. Il ne se prononce pas sur la reconnaissance ou la négation par les juges du fond d'une erreur manifeste d'appréciation pour éviter le risque de constituer un troisième degré de juridiction¹⁰⁴⁸. La frontière est tout de même très délicate dans la mesure où il n'est pas toujours aisé d'établir une nette distinction entre l'appréciation des faits et leur qualification juridique¹⁰⁴⁹. Toutefois, cette règle ne peut plus être comprise aujourd'hui comme excluant tout contrôle de fait par le juge de cassation. En effet, il exerce un contrôle des faits qui consiste « à censurer l'erreur dans la qualification des faits au regard des dispositions de droit applicables, l'erreur objective dans la relation matérielle des faits retenus par la juridiction, et à vérifier si cette dernière a bien pris en considération ceux qui lui ont été présentés »¹⁰⁵⁰. C'est un contrôle qui comporte certaines limites avec l'étendue du contrôle du juge de fond. Il ne dispose pas du pouvoir d'inquisition du juge de fond. Il dispose, en revanche, du pouvoir de vérifier la façon dont ce dernier a agi pour estimer les faits établis¹⁰⁵¹.

812. Dans son contrôle des faits, le juge de cassation ne peut prendre en considération des faits autres que ceux dont l'existence a été constatée par la décision attaquée¹⁰⁵². Il est tenu par les constatations du juge de fond mais seulement dans une certaine mesure. Il est admis qu'il ne contrôle « l'exactitude des faits que sur le vu des pièces dont le juge de fond a eu connaissance ou aurait dû prendre connaissance ». Il apparaît là que le pouvoir du juge de cassation n'est pas négligeable en ce qui concerne le contrôle des faits dans la mesure où il peut évaluer la démarche du premier juge sur la base des faits qu'il a effectivement constatés mais aussi sur la base de ceux qu'il aurait dû constater mais qu'il n'a pas constatés à la suite de diverses raisons. Ce pouvoir est très important en ce qui concerne le contrôle du pouvoir discrétionnaire. Le juge de cassation peut induire un contrôle plus étendu de ce pouvoir s'il estime que le contrôle des faits par le premier juge a été insuffisant.

¹⁰⁴⁷ Il y a dénaturation des faits par les juges du fond « lorsqu'ils donnent de faits matériellement exacts une interprétation fautive ou tendancieuse », Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, p. 640.

¹⁰⁴⁸ *Idem*, p. 1298.

¹⁰⁴⁹ *Idem*, p. 1301.

¹⁰⁵⁰ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, Quatrième édition, p. 936 et 937.

¹⁰⁵¹ Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, p. 883.

¹⁰⁵² Michel LEROY, *Contentieux administratif*, Quatrième édition, p. 937 ; Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, p. 882.

2. Le régime de la cassation dans le projet de loi sur les juridictions administratives congolaises

813. Le projet de loi sur les juridictions administratives a prévu l'introduction de la cassation administrative. Cette compétence est dévolue au Conseil d'Etat. Le projet a reconduit les règles de procédure relatives à la cassation devant la Cour suprême de justice en ce qui concerne la cassation administrative. Si cela comporte l'avantage d'appliquer un modèle suffisamment connu et éprouvé, le risque est toutefois grand de ne pas tenir compte des différences inévitables entre la cassation judiciaire et la cassation administrative. Seront successivement indiquées les décisions susceptibles de cassation (3.1), les moyens de cassation (3.2) et la procédure de cassation (3.3).

2.1. Les décisions susceptibles de cassation administrative

814. Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des pourvois en cassation formés contre les arrêts des Cours administratives d'appel, de la section du Contentieux du Conseil d'Etat et des décisions d'autres juridictions administratives statuant en dernier ressort¹⁰⁵³. Maintenant qu'il est institué un Conseil d'Etat susceptible de connaître des pourvois en cassation, il conviendrait mieux de diriger les pourvois en cassation contre les arrêts rendus par la Cour des comptes vers le Conseil d'Etat. Le pourvoi peut porter sur une décision définitive comme sur une décision avant-dire droit¹⁰⁵⁴. Mais le projet de loi prévoit que le pourvoi contre les décisions avant dire droit ne peut être ouvert qu'après le jugement définitif¹⁰⁵⁵.

2.2. Les moyens de cassation

815. Le projet de loi sur les juridictions administratives déclare s'être aligné sur le modèle de la cassation judiciaire pour organiser la cassation administrative¹⁰⁵⁶. Il a ainsi retenu que le pourvoi en cassation administrative est ouvert pour violation de la loi. Il range dans les cas de la violation de la loi les moyens ci-après : l'incompétence, l'excès de pouvoir des cours et

¹⁰⁵³ Article 124, alinéa 4, du projet de loi sur les juridictions administratives.

¹⁰⁵⁴ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 1274.

¹⁰⁵⁵ Article 415, alinéa 2, du projet de loi sur les juridictions administratives.

¹⁰⁵⁶ L'on sait toutefois qu'il existe des différences entre la cassation civile et la cassation administrative qui sont surtout révélées par la pratique. A ce sujet, André DAMIEN, Jacques BORE, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA*, 1990, p. 777-791 ; Bruno ODENT, « Cassation civile et cassation administrative. Variations », *Mélanges Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 683-695.

tribunaux, la fausse application ou la fausse interprétation, la non-conformité aux lois du règlement, de l'acte ou de la décision dont il a été fait application, la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité¹⁰⁵⁷.

816. L'énoncé de ces moyens appelle un commentaire sur les similitudes entre le contrôle de la cassation administrative et celui du recours pour excès de pouvoir. Le contrôle de cassation est un contrôle de légalité semblable, à quelques nuances près, au contrôle de l'annulation du juge de fond. En effet, le juge de cassation vérifie la légalité des décisions juridictionnelles en prenant en considération les règles de leur élaboration¹⁰⁵⁸. Certaines de ces règles sont des conditions de légalité externe, d'autres sont de légalité interne. Dans les règles de légalité externe, l'on peut ranger les règles relatives à la compétence de l'auteur de l'acte et les formes et formalités. Le projet de loi a ainsi retenu, à cet égard, comme ouvertures à cassation, l'incompétence et la violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité. Dans les règles de légalité interne, l'on peut ranger les règles relatives à l'objet, aux motifs et au but de l'acte. Le projet de loi a retenu l'excès de pouvoir des cours et tribunaux, la fausse application ou la fausse interprétation, la non-conformité aux lois et règlements, de l'acte ou de la décision dont il a été fait application. L'on peut se demander quelle est la véritable différence entre le premier moyen et les suivants étant donné que le premier semble englober les autres de la même manière que « les expressions 'violation de la loi' et 'excès de pouvoir' sont synonymes et englobent toutes les illégalités possibles »¹⁰⁵⁹. Il nous paraît souhaitable, pour des raisons de clarté, de supprimer l'excès de pouvoir. L'on constatera également que le projet ne comporte pas, comme d'ailleurs le texte du code judiciaire dont il s'inspire, le détournement de pouvoir. C'est qu'en effet, pour une série de raisons, le système juridique dont tient le droit congolais n'admet pas la possibilité de commission de détournement de pouvoir par un juge¹⁰⁶⁰.

2.3. La procédure de cassation

817. La procédure de la cassation administrative est calquée sur celle de la procédure du recours en annulation et n'appelle pas à cet égard des commentaires particuliers. Le droit au recours en cassation est ouvert à toute personne qui a été partie à la décision entreprise ainsi

¹⁰⁵⁷ Article 125 du projet de loi sur les juridictions administratives.

¹⁰⁵⁸ Paul LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} édition, p. 880.

¹⁰⁵⁹ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, Quatrième édition, note 4, p. 935 et 936.

¹⁰⁶⁰ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, déjà cité, p. 1195, n°1326.

que le Procureur général près le Conseil d'Etat. Ce dernier exerce le pourvoi dans l'intérêt de la loi aux mêmes conditions que dans le cadre de la cassation judiciaire. Deux points attirent cependant l'attention. Ils concernent le ministère d'avocat et les phases de l'examen du pourvoi en cassation.

818. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire pour l'exercice du recours en annulation¹⁰⁶¹. Cependant, il est obligatoire en matière de cassation administrative. Le pourvoi doit être signé par un avocat près le Conseil d'Etat. Cette disposition a pour effet de rendre plus contraignant l'exercice du pourvoi mais cela s'explique dans la mesure où il s'agit d'une procédure dont la technicité n'est pas à la portée des personnes qui ne sont pas suffisamment outillées en droit. Elle a encore pour effet la création d'un barreau près le Conseil d'Etat. Cela comporte l'avantage d'assurer la spécialisation des avocats, qui sont des auxiliaires indispensables de la justice. Cela tombe bien à propos, car si l'on veut spécialiser les magistrats en matière administrative, il est très important que leurs interlocuteurs immédiats le soient de la même manière pour qu'ils puissent s'enrichir de leurs échanges mutuels. Toutefois, il est apparu, lors de l'examen de la notion de juge administratif, que le contentieux de l'administration n'est pas l'apanage exclusif des seuls conseils d'Etat et juridictions administratives. Or, si la spécialisation en matière administrative implique la maîtrise de tout le contentieux de l'administration, peu importe la juridiction devant laquelle il est porté, il est souhaitable que le prétoire de l'avocat soit ouvert devant toutes ces juridictions où est susceptible de se poser des questions de droit administratif. La création d'un barreau près le Conseil d'Etat ne devrait pas avoir pour conséquence de limiter l'accès, des avocats qui y seraient inscrits, aux juridictions autres que celles de l'ordre administratif. L'idée est donc de laisser l'avocat lui-même limiter son domaine d'intervention plutôt que de le lui imposer par voie législative.

819. L'observation relative aux phases de l'examen du pourvoi en cassation relaye celle déjà soulevée en ce qui concerne les phases de l'examen de la requête en annulation ou de la requête en consultation devant le Conseil d'Etat et les juridictions administratives. Le projet de loi ne propose pas dans la phase préparatoire des garanties sérieuses d'un examen approfondi surtout avec la possibilité de contre vérification du projet d'arrêt préparé par un rapporteur. Les solutions précédemment proposées pour l'amélioration de la procédure

¹⁰⁶¹ Article 150 du projet de loi sur les juridictions administratives.

d'examen de la requête sont valables, mutatis mutandis, pour l'examen du pourvoi en cassation.

§2. Le contrôle du juge constitutionnel

820. L'expression « juge constitutionnel » peut être entendue au sens large ou au sens restreint. Au sens large, elle désigne toute juridiction qui, dans l'exercice de sa mission, peut contrôler la conformité d'un acte ou d'un comportement par rapport à la Constitution. Au sens restreint, il désigne la juridiction chargée par la Constitution ou par la loi de connaître, par voie d'action ou par voie d'exception, de la constitutionnalité de certains actes ou de certains comportements déterminés ou de toute autre compétence en rapport avec le respect de la Constitution. C'est le second sens que nous retenons dans ce cadre. L'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire n'est pas liée au contrôle que le juge constitutionnel exercerait sur la décision du juge administratif. Le droit congolais n'organise d'ailleurs pas un tel contrôle. Cela n'est d'ailleurs pas nécessaire dans la mesure où le contrôle de la conformité à la Constitution de la décision du juge administratif est susceptible d'être réalisée par les juges de recours sur le fond ou en cassation. L'amélioration du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est, par contre, susceptible de résulter de l'influence de la jurisprudence du juge constitutionnel dans la mesure où celui-ci se prononce sur l'étendue des pouvoirs du juge administratif et sur celle de l'administration. L'on examinera d'abord les attributions du juge constitutionnel congolais (1) pour mieux situer, ensuite, les possibilités dont elle dispose pour se prononcer sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire et sur celle de son contrôle juridictionnel (2) et, enfin, envisager les conditions de la concrétisation de ces possibilités (3).

1. Les attributions du juge constitutionnel congolais

821. La Cour suprême de justice, toutes sections réunies, fait office de juge constitutionnel congolais. Elle exerce transitoirement les attributions dévolues à la Cour constitutionnelle en attendant l'installation de cette dernière¹⁰⁶². Les attributions de la Cour constitutionnelle congolaise peuvent être rangées en six catégories¹⁰⁶³ : l'interprétation de la constitution, le

¹⁰⁶² Article 223 de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁶³ Sur une vue plus détaillée, Marcel WETSH'OKONDA N'KOSO SENGA, « La définition des actes législatifs dans l'arrêt de la CSJ n°RCONST.51/TSR du 31 juillet 2007 à l'épreuve de la Constitution du 18

contrôle des normes, le contrôle de la responsabilité pénale du Président de la République et du Premier ministre, le règlement des conflits de répartition des pouvoirs politiques, la garantie de la régularité et de la sincérité de l'accès et de l'exercice des fonctions politiques et le règlement des conflits de compétence entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat.

822. La Cour constitutionnelle connaît des recours en interprétation de la Constitution formés par le Président de la République, le Gouvernement, le Président du Sénat, le Président de l'Assemblée nationale, d'un dixième des membres de chacune des chambres parlementaires, des Gouverneurs de province et des présidents des assemblées provinciales¹⁰⁶⁴.

823. Le contrôle des normes par la Cour constitutionnelle peut avoir lieu à titre contentieux ou non. Il peut être préventif ou répressif. Dans le cadre contentieux, la Cour constitutionnelle contrôle la conformité à la Constitution des lois, des actes ayant force de loi et des actes réglementaires, sur recours de toute personne intéressée, par voie d'action ou par voie d'exception¹⁰⁶⁵. Dans le cadre non contentieux, la Cour constitutionnelle contrôle obligatoirement, avant leur promulgation, la conformité des lois organiques à la Constitution¹⁰⁶⁶ ; elle contrôle, avant leur promulgation, la conformité des lois ordinaires à la constitution, à la demande du Président de la République, du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat ou d'un dixième des députés ou des sénateurs¹⁰⁶⁷ ; elle contrôle, avant leur mise en application, la conformité à la Constitution des règlements intérieurs des chambres parlementaires et du Congrès, de la Commission électorale nationale indépendante et du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication¹⁰⁶⁸ ; elle vérifie, avant sa ratification ou son approbation, la conformité d'un traité ou d'un accord international à la Constitution, sur consultation du Président de la République, du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat ou d'un dixième des députés ou des sénateurs¹⁰⁶⁹.

824. La Cour constitutionnelle est le juge pénal du Président de la République, du Premier ministre ainsi que de leurs coauteurs et complices. Elle assure le contrôle de leur

février 2006 », <http://www.la-constitution-en-afrique.over-blog.com/article-19516126.html> (consulté le 29 janvier 2010).

¹⁰⁶⁴ Article 161, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁶⁵ Article 160, alinéa 1^{er}, et 162 de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁶⁶ Article 160, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁶⁷ Article 160, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁶⁸ Article 160, alinéa 3, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁶⁹ Article 216 de la Constitution du 18 février 2006.

responsabilité pénale résultant des infractions de droit commun ou des infractions politiques de haute trahison, d'outrage au parlement, d'atteinte à l'honneur ou à la probité et les délits d'initié commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions¹⁰⁷⁰.

825. La Cour constitutionnelle assure le règlement des conflits relatifs à la répartition des compétences entre les institutions politiques. Il s'agit d'une part des conflits entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et de l'autre entre l'Etat et les provinces¹⁰⁷¹. Le conflit entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif peut tenir notamment à la délimitation des domaines de la loi et du règlement. La Constitution prévoit, à ce propos, que les textes légaux intervenus dans des matières à l'égard desquelles la Cour constitutionnelle, à la demande du Gouvernement, a déclaré qu'elles ont un caractère réglementaire, peuvent être modifiés par décret¹⁰⁷². Le conflit entre l'Etat et les provinces peut tenir à la délimitation des compétences du pouvoir central et des provinces énumérées aux articles 202, 203 et 204 de la Constitution.

826. La Cour constitutionnelle assure le règlement des conflits de compétences entre la Cour de cassation et le Conseil d'Etat lorsqu'ils se prononcent sur l'attribution d'un litige aux juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif¹⁰⁷³. En attendant l'installation de ces juridictions, les conflits susceptibles de se manifester sont ceux relatifs à l'attribution de litiges aux sections judiciaires ou aux sections administratives des Cours d'appel et de la Cour suprême de justice. C'est la Cour suprême de justice, toutes sections réunies, qui est compétente pour connaître d'un tel conflit d'attribution¹⁰⁷⁴.

827. La Cour constitutionnelle veille, enfin, à la régularité et à la sincérité de l'accès et de l'exercice des fonctions politiques. Elle juge le contentieux des élections présidentielles, législatives et du référendum¹⁰⁷⁵; elle reçoit le serment du Président de la République¹⁰⁷⁶; elle reçoit la déclaration écrite du patrimoine familial avant leur entrée en fonction et à l'expiration de celle-ci du Président de la République et des membres du gouvernement qu'elle communique à l'administration fiscale¹⁰⁷⁷; elle déclare la vacance de la présidence de

¹⁰⁷⁰ Articles 163, 164 et 165 de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁷¹ Article 161, alinéa 3, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁷² Article 128, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁷³ Article 161, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁷⁴ Article 160 2) du Code de l'Organisation et de la compétence judiciaires; Article 124, alinéas 1^{er} et 2, de la loi relative à la procédure devant la Cour suprême de justice.

¹⁰⁷⁵ Article 161, alinéa 2, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁷⁶ Article 74 de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁷⁷ Article 99 de la Constitution du 18 février 2006.

la République et peut prolonger le délai pour l'élection du nouveau Président de la République¹⁰⁷⁸ ; elle déclare la déchéance du Président de la République ou du Premier ministre dans les cas où ils sont condamnés dans l'un des cas prévus par la Constitution¹⁰⁷⁹.

2. Le juge constitutionnel et le pouvoir discrétionnaire de l'administration

828. Dans lesquelles des attributions, ci-haut relevées, le juge constitutionnel peut-il se prononcer sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration et sur celle de son contrôle juridictionnel ? La détermination de l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge constitutionnel est possible dans le cadre de l'interprétation de la Constitution (2.1), du contrôle de la conformité des normes à la Constitution (2.2) et, dans une moindre mesure, du règlement des conflits d'attribution entre les juridictions administratives et judiciaires (2.3).

2.1. La détermination de l'étendue du pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'interprétation de la Constitution

829. L'interprétation est une occasion offerte à la Cour constitutionnelle de déterminer le sens d'une ou de plusieurs dispositions de la Constitution. Il ne s'agit pas, pour la Cour, d'inventer une signification nouvelle que n'a jamais comportée la Constitution au risque d'empiéter sur les pouvoirs même du Constituant. Il s'agit toutefois d'un pouvoir important dans la mesure où il est reconnu à l'interprétation de la Cour une grande autorité dans la fixation de la signification des dispositions constitutionnelles. L'interprétation de la Constitution sera tenue pour la seule autorisée et s'imposera à tous jusqu'à disposition contraire du Constituant lui-même. L'influence de l'interprétation sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration peut s'envisager dans deux hypothèses. Soit que la recherche de la signification d'une disposition constitutionnelle a pour but la détermination de l'étendue des pouvoirs d'une institution politique, soit qu'une telle recherche a pour but la détermination de l'étendue des droits et obligations fondamentales des citoyens et, corrélativement, celle de l'administration.

¹⁰⁷⁸ Article 76, alinéas 1^{er} et 2, de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁷⁹ Article 167 de la Constitution du 18 février 2006.

830. L'interprétation d'une disposition constitutionnelle peut avoir pour but de déterminer ce qu'il est permis et ce qu'il n'est pas permis à une autorité politique au regard de la Constitution. Cette question soulève inmanquablement celle de l'étendue de ses pouvoirs, à savoir les cas dans lesquels sa compétence est liée et ceux dans lesquels elle jouit d'une marge d'appréciation discrétionnaire de son action. Dans le cas où le libellé de la Constitution n'est pas très explicite, la Cour interprètera selon ce qu'elle estime être les valeurs et les principes sur lesquelles la Constitution est fondée pour déterminer ce que doit être l'étendue des pouvoirs de l'autorité.

831. L'avis de la Cour suprême de justice sur les difficultés d'interprétation des articles 76 et 94 de la Constitution de la transition de 2003 en donne une illustration¹⁰⁸⁰. La requête, à laquelle cet avis répond, sollicite l'interprétation de la Cour suprême de justice quant à l'étendue des pouvoirs du Président de la République d'une part à l'égard de la nomination de certains hauts fonctionnaires publics et de l'autre à l'égard de services de renseignements. Sur le plan de la procédure, l'avis a été rendu, à tort, par la section de législation de la Cour suprême de justice. S'il ressort, en effet, du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires que ladite section de législation est compétente pour donner des avis sur les difficultés d'interprétation des textes (article 159), cela ne peut concerner l'interprétation de la Constitution qui est expressément réservée, par le même Code, aux sections réunies de la Cour suprême de justice (article 160 point 1.)¹⁰⁸¹. Sur le fond, en ce qui concerne la nomination de hauts fonctionnaires publics, la Cour émet l'avis suivant lequel le Président de la République est tenu de requérir le concours des Vice-Présidents de la République et de consulter le Gouvernement pour la nomination des hauts fonctionnaires de l'Etat et des Ambassadeurs et Envoyés extraordinaires tandis qu'il dispose des prérogatives propres, entendons par là le pouvoir discrétionnaire, pour la nomination de toutes les autres personnalités à savoir les Gouverneurs et les Vice-Gouverneurs de province, le Gouverneur et le Vice-Gouverneur de la Banque centrale, les membres du Conseil supérieur de la magistrature et les mandataires de l'Etat dans les établissements publics et para-étatiques. La Cour a ensuite émis l'avis selon lequel les services de renseignements se différencient des services de sécurité civile et de protection civile qui sont à la disposition du Gouvernement, et

¹⁰⁸⁰ CSJ, Avis n°RL/09 du 2à janvier 2009 sur les difficultés d'interprétation des articles 76 et 94 de la Constitution de la transition.

¹⁰⁸¹ A ce sujet, Paul-Gaspard NGONDANKOY NKOY- ea- LOONGYA, « A propos de l'Avis n° RL 09/CSJ du 20 janvier 2004 sur les difficultés d'interprétation des articles 76 et 94 de la Constitution de la transition du 4 avril 2003 : observations critiques », in *Rev. de Dr. Afric.*, n° 29/04, pp. 59-81.

qu'en conséquence, ils étaient sous la seule direction (discrétionnaire) du Président de la République. Nous ne discuterons pas le bien-fondé des avis de la Cour suprême de justice mais nous nous limiterons à souligner le fait que les interprétations de la Constitution, dans ces cas, ont eu pour effet de reconnaître au Président de la République un pouvoir discrétionnaire dans la nomination de certains hauts fonctionnaires publics et dans la direction des services de renseignements. Cette interprétation de l'étendue des pouvoirs du Président de la République s'impose désormais au juge administratif qui l'appliquera dans ses décisions sauf les hypothèses de résistance ou de revirement.

2.2. La détermination du pouvoir discrétionnaire dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des normes

832. Le juge constitutionnel peut être amené à se prononcer sur l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'administration lors du contrôle de la constitutionnalité des normes, quelles qu'elles soient. En effet, comme nous l'avons précédemment relevé, le juge constitutionnel congolais contrôle la constitutionnalité des traités et accords internationaux, des lois et des actes ayant force de loi, des actes réglementaires ainsi que des règlements intérieurs des chambres parlementaires et des autorités administratives indépendantes. Or, il peut arriver que ces textes accordent des pouvoirs à l'administration. Les dispositions qui accordent ces pouvoirs peuvent être attaquées en inconstitutionnalité. Trois hypothèses relatives au pouvoir discrétionnaire peuvent être envisagées. Primo, un texte peut être mis en cause s'il méconnaît le pouvoir discrétionnaire de l'administration alors que la Constitution le lui accorde. Secundo, un texte peut accorder un pouvoir discrétionnaire à l'administration dans un cas où sa compétence est déjà liée par la Constitution. Tertio, un texte peut accorder un pouvoir discrétionnaire excessif contrairement à ce qui découle de la Constitution. Appelé à trancher, le juge constitutionnel indiquera si dans un cas précis l'administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire ou non et éventuellement, la mesure de ce pouvoir. Encore une fois, une telle décision s'imposera au juge administratif.

2.3. La détermination de l'étendue du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans le cadre du règlement d'un conflit d'attribution

833. La Cour constitutionnelle « ... connaît des recours contre les arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, uniquement en tant qu'ils se prononcent sur l'attribution du

litige aux juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif. Ce recours n'est recevable que si un déclinatoire de juridiction a été soulevé par ou devant la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat »¹⁰⁸². La Cour constitutionnelle peut, à l'instar de la Cour de cassation belge, se fonder sur l'existence ou non du pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'administration, pour déterminer le juge compétent. Il ressort en effet de la jurisprudence de la Cour de cassation belge que le juge judiciaire est le juge des droits subjectifs des administrés tandis que le juge administratif est le juge de la légalité objective. Il s'ensuit que dans le cas de sa compétence liée, l'administration est tenue d'agir dans un sens bien déterminé par la loi, ce qui donne lieu à un droit subjectif à l'administré susceptible d'être revendiqué devant le juge judiciaire¹⁰⁸³. Par contre, lorsque l'administration jouit d'un pouvoir discrétionnaire, elle a le droit de choisir l'une parmi plusieurs possibilités légales sans que l'administré ait un droit subjectif à un choix précis de l'administration. Dans ce cas, en l'absence d'un droit subjectif, c'est le juge administratif qui est compétent. Cette jurisprudence, qui n'est pas connue au Congo, où tous les actes administratifs unilatéraux, créateurs ou non des droits subjectifs, sont indifféremment portés devant le juge administratif. Elle offre la possibilité, en Belgique tout au moins, au juge du règlement des conflits d'attribution, de définir le pouvoir discrétionnaire de l'administration, car cela est préalable à la détermination du juge compétent au fond.

3. Les conditions de concrétisation des possibilités du juge constitutionnel congolais

834. Il résulte du relevé des possibilités dont dispose le juge constitutionnel congolais qu'il peut jouer un rôle important dans l'amélioration du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire à partir de la définition qu'il peut en donner lors de l'exercice de sa mission. La concrétisation de ces possibilités dépend, cependant, de l'effectivité et du développement du rôle du juge constitutionnel même. Cela nécessite tout d'abord l'installation et le fonctionnement effectifs de la Cour constitutionnelle telle qu'elle est prévue par la Constitution. L'adoption par le Sénat et par l'Assemblée nationale du projet de loi portant organisation de la Cour constitutionnelle est un progrès significatif dans cette perspective¹⁰⁸⁴. Il reste sa promulgation et sa publication. Il faut, en outre, que les citoyens et les acteurs de la justice prennent conscience de l'importance du recours à la haute juridiction constitutionnelle

¹⁰⁸² Article 161 de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁸³ Cass. Belg., 20 décembre 2007, n° C.060596.F/1 ; Cass.belg., 20 décembre 2007, n° C.06.0574.F/1.

¹⁰⁸⁴ <http://www.digitalcongo.net/article/62374> et <http://www.digitalcongo.net/article/74881>

pour le respect des valeurs chères à l'Etat de droit démocratique et surtout pour la mesure des pouvoirs qui peuvent être normalement reconnus à l'administration.

§3. *Le contrôle du juge international*

835. Le contrôle du juge administratif sur le pouvoir discrétionnaire est aussi susceptible d'être influencé par la jurisprudence internationale. Nous entendons ici par « jurisprudence internationale » les décisions des juridictions internationales chargées de juger les violations des droits et obligations consacrées par les conventions internationales. Les profondes mutations que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne ont imprimé à la jurisprudence des Conseils d'Etat français et belge, pour ne citer que ces deux là, en est un témoignage remarquable¹⁰⁸⁵. L'on se doit de souligner également l'importance indéniable de tous les organismes internationaux non juridictionnels chargés de l'application des conventions internationales. Leur interprétation des dispositions de la convention est susceptible de guider l'action administrative des Etats et, par ricochet, le contrôle juridictionnel qui y porte¹⁰⁸⁶. Ce propos sera cependant limité au contrôle que les juridictions internationales sont susceptibles d'exercer sur le contrôle du juge administratif congolais dans la mesure où l'influence, dans ce cas, est plus directe et susceptible de plus d'efficacité. L'influence de la jurisprudence internationale sur la jurisprudence administrative congolaise est à ce jour presque insignifiante. Les juridictions internationales susceptibles de juger les décisions du juge administratif congolais se retrouvent dans le système de l'Organisation des Nations-Unies et dans celui de l'Union africaine (1). Devant ces juridictions le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut être mis en cause à l'occasion des requêtes formées contre la violation des droits inscrits dans les instruments juridiques dont ces juridictions sont censées assurer l'observation. Ces juridictions formulent, à l'occasion, les principes relatifs à l'étendue et à l'exercice du pouvoir discrétionnaire (2). La concrétisation de l'influence du juge international sur la qualité du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif est de familiariser les citoyens et

¹⁰⁸⁵ Stéphane BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997.

¹⁰⁸⁶ A titre d'illustration, la Cour européenne des droits de l'homme définit d'une certaine manière le domaine du pouvoir discrétionnaire des Etats en ce qui concerne l'application des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Ainsi, la notion de « marge d'appréciation » s'entend-elle de « la marge de manœuvre que les organes de Strasbourg sont disposés à reconnaître aux autorités nationales pour la mise en œuvre de leurs obligations au titre de la Convention européenne des droits de l'homme », Steven GREER, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, juillet 2000, p. 5.

les acteurs de la justice aux procédures et à la jurisprudence des juridictions internationales (3).

1. Les juridictions internationales susceptibles de juger l'œuvre du juge administratif congolais

836. Les juridictions internationales auxquelles nous faisons allusion sont soit des véritables juridictions soit des comités des conventions internationales qui peuvent connaître en la forme juridictionnelle des recours qui leur sont adressés (1.1). Elles sont saisies soit par les Etats soit par les particuliers à la condition notamment de l'épuisement des voies de recours internes (1.2). Leurs décisions constatent la violation des droits et obligations consacrés par les conventions ou le non fondement des requêtes (1.3).

1.1. Les différentes juridictions internationales susceptibles de juger les décisions du juge administratif congolais

837. Il sied de préciser que, conformément au droit international, ce n'est pas le juge administratif congolais qui peut être directement attiré devant le juge international. C'est plutôt à l'Etat congolais, partie à la convention, qu'il peut être formé le reproche d'en avoir enfreint une disposition à la suite de la décision du juge administratif, qui est un de ses organes. Le juge international ne peut être compétent à l'égard de l'Etat congolais que si ce dernier est partie à la convention qui institue la juridiction et s'il a donné son accord à être jugé par celle-ci. Les juridictions compétentes à l'égard du Congo se situent dans le cadre de l'Union africaine et de l'Organisation des Nations-Unies.

838. Dans le cadre de l'Union africaine, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples est la juridiction compétente pour connaître des violations des droits et obligations consacrés par la Charte africaine de droits de l'homme et des peuples. Dans le cadre de l'Organisation des Nations-Unies, il existe de véritables juridictions comme la Cour Internationale de Justice, et des Comités qui ont le pouvoir de statuer, dans certains cas, en la forme juridictionnelle. C'est le cas notamment du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies, institué pour l'observation des droits garantis par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 ; le Comité contre la torture, institué pour l'observation de la Convention contre la torture ; le Comité pour la protection des droits de tous les travailleurs

migrants et des membres de leur famille, institué pour l'observation des droits garantis par la Convention pour la protection des droits des travailleurs migrants ; le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, institué pour la protection des droits garantis à la femme par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme de 1979 ; le Comité des droits de l'enfant, institué pour la protection des droits garantis par la Convention pour les droits de l'enfant de 1989.

1.2. La saisine des juridictions internationales pour mettre en cause une décision du juge administratif

839. Les juridictions internationales sont généralement saisies par la plainte d'un Etat contre un autre Etat. Mais, il se développe de plus en plus le mécanisme de la saisine par le biais des plaintes individuelles surtout dans le domaine de la protection des droits fondamentaux.

840. Les plaintes étatiques ou individuelles sont formées pour dénoncer la violation par un Etat des droits et obligations consacrés par les instruments juridiques internationaux qu'il s'est engagé à respecter. La décision du juge administratif peut-elle être à la base d'une allégation de violation, par l'Etat, des droits et obligations garantis par une convention internationale ? La réponse est positive. En effet, le juge administratif peut refuser de sanctionner une décision administrative illégale constitutive de violation d'un droit garanti par une convention internationale. Ce serait le cas par exemple du refus de sanctionner une décision d'expropriation pour cause d'utilité publique faite sans indemnisation au mépris du droit de propriété garanti par le PIDCP. Le juge administratif peut aussi annuler une décision favorable à un citoyen en violation d'un droit garanti par une convention internationale. Le refus par le juge administratif de juger une requête qui empêcherait le requérant de jouir d'un droit garanti par une convention peut justifier la saisine de la juridiction internationale.

841. La saisine de la juridiction internationale est soumise à la condition de l'épuisement des voies de recours internes disponibles. L'on peut considérer que les voies de recours sont épuisées en droit congolais lorsque les décisions du juge administratif rendues en dernier ressort ne sont plus susceptibles de recours. C'est le cas des décisions de la section administrative de la Cour suprême de justice qui ne sont plus susceptibles de tierce-opposition, les décisions des sections administratives des Cours d'appel pour lesquelles le délai d'appel est déjà forclos et les décisions contentieuses rendues par les organismes

administratifs non susceptibles de recours juridictionnel, tel le cas des décisions de la Commission des réfugiés. L'exigence de l'épuisement des recours internes est réalisée lorsqu'il apparaît clairement, après un examen minutieux de circonstances que l'exercice du recours prévu ne garantira manifestement pas un procès équitable et juste au requérant ou que ce recours est prévu mais que pour des raisons droit ou de fait il n'est pas disponible.

1.3. Les décisions des juridictions internationales

842. Les juridictions internationales rendent des décisions qui ont la valeur de jugement et qui peuvent constater la violation des droits et obligations consacrés par les conventions internationales. Ces décisions présentent l'avantage d'être très analytiques et très fouillées de sorte que leur utilité pédagogique est remarquable. Elles sont utilement complétées par les opinions divergentes ou concordantes que peuvent formuler les juges indépendamment de la décision. L'on peut ajouter à la jurisprudence qui découle de ces décisions les enseignements formulés par les différents Comités dans les observations générales sur l'application de différentes dispositions des conventions et dans les rapports qu'ils adressent aux Etats relativement aux mesures souhaitables pour la mise en œuvre idoine d'une convention.

2. L'étendue du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge international

843. La mission du juge international n'est pas d'exercer un contrôle de la légalité des activités administratives d'un Etat pour deux raisons. Le principe de la souveraineté des Etats ne s'accommode pas d'un tel contrôle qui peut être perçu comme une ingérence dans les affaires internes des Etats. D'autre part, le juge international est institué pour contrôler le respect des dispositions d'un texte international par les Etats-parties et dans certains cas par les ressortissants de ces Etats. C'est au détour du contrôle du respect du texte international que le juge international, par ricochet, pourra se prononcer sur la régularité des activités administratives d'un Etat.

844. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration peut être concerné par le contrôle du juge international à l'occasion d'une plainte qui allègue la violation d'un droit ou d'une obligation prévue par une convention internationale. La plainte formée devant le juge international peut mettre en cause la non-conformité d'une loi ou d'un règlement à un texte international qui

accorde ou méconnaît irrégulièrement le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'administration. L'irrégularité dénoncée par la plainte sera appréciée par le juge international, non pas au regard de la constitution ou de la loi mais au regard de l'instrument juridique dont il vérifie le respect.

845. Le juge international annoncera généralement qu'il ne se reconnaît pas le pouvoir de juger une loi, un règlement ou toute autre décision prise par les autorités internes de l'Etat. Il déclarera se limiter à vérifier si les faits imputés à l'Etat partie sont constitutifs ou non de violation du texte international dont il assure le respect. Il pourra être déduit de l'analyse du juge international que le pouvoir discrétionnaire reconnu à l'administration ou exercé par elle est régulier ou non. Il dégage souvent, grâce à son interprétation, les principes directeurs de l'exercice du pouvoir de l'Etat afin de se conformer au texte international. La Cour européenne des droits de l'homme a notamment, dans sa jurisprudence constante, jugé que, dans un Etat de droit démocratique, la restriction ou la dérogation à un droit ou une liberté prévu par la Convention européenne des droits de l'homme ne sont admissibles qu'à la condition d'être légales, nécessaires et proportionnées. C'est de cette manière que les juridictions internationales ont amené indirectement les Etats à intégrer les principes de bonne administration dans l'exercice de leur pouvoir. La technique mise en œuvre consiste à amener les Etats parties à l'exercice régulier de leur pouvoir discrétionnaire pour ne pas tomber dans la violation des droits garantis par les textes internationaux auxquels ils ont adhéré. L'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne est suffisamment révélateur de cette influence.

846. Les exemples sont encore hélas très limités en ce qui concerne le contrôle du juge international sur l'exercice du pouvoir administratif au Congo. Quelques décisions du Comité des droits de l'homme témoignent, néanmoins, de l'influence positive que le contrôle du juge international est susceptible d'apporter au contrôle du juge administratif congolais. Deux affaires relativement célèbres au Congo peuvent être mentionnées, à cet égard, à savoir l'affaire Tshisekedi et l'affaire 315 magistrats¹⁰⁸⁷. A l'occasion de l'affaire Tshisekedi, le Comité de droits de l'homme a constaté la violation d'une série de dispositions du PIDCP. Le Comité a constaté que le Congo, Zaïre à l'époque, avait notamment violé le droit de toute

¹⁰⁸⁷ Voir encore les affaires Nos. 366/1989 (Kanana), 542/1993 (N'Goya), 641/1995 (Gedumbe), et 962/2001 (Mulezi) auprès du Comité des droits de l'homme des Nations-Unies.

personne de circuler librement sur le territoire d'un Etat dans lequel elle a un séjour régulier du fait des décisions administratives de bannissement intérieur des messieurs Tshisekedi et Birindwa, membres de l'UDPS, parti politique d'opposition au plus fort de la dictature du Président Mobutu, de l'internement de M. Tshisekedi pour de prétendus troubles mentaux et l'interdiction des manifestations publiques et de liberté d'expression¹⁰⁸⁸. Le Comité n'a pas développé, dans cette espèce, sa théorie sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Mais, il se déduit de sa décision que même si l'Etat dispose d'un pouvoir discrétionnaire, dans le choix des mesures nécessaires au maintien ou au rétablissement de l'ordre public, il ne peut pas restreindre sans justification la libre circulation d'un citoyen sur le territoire de son Etat ; il ne peut pas imputer faussement les troubles mentaux et décider en conséquence son internement psychiatrique ; il ne peut pas non plus restreindre ou empêcher, sans justification admissible, la liberté d'expression ou les manifestations pacifiques.

847. Le Comité des droits de l'homme a censuré la révocation des 315 magistrats au Congo qui n'avaient pas bénéficié, dans la procédure de cette décision, de toutes les garanties procédurales prévues par la loi congolaise et par le PIDCP¹⁰⁸⁹. Les enseignements de sa décision sont très édifiants dans la mesure où elle porte sur la mesure administrative attaquée et sur la décision d'incompétence de la section administrative de la cour suprême de justice. Ainsi, pour le Comité, les procédures et les garanties prévues en matière de révocation n'ont pas été respectées ; les circonstances invoquées par la décision de révocation ne sauraient, dans le cas d'espèce, être retenues comme des motifs permettant de justifier la conformité des mesures de révocation au regard de la législation nationale et du Pacte; la décision de révocation comporte une simple référence à des circonstances particulières sans pour autant préciser la nature et l'ampleur des dérogations ni démontrer la stricte nécessité des dérogations et de leur durée. Le Comité a exercé un contrôle de conventionalité mais aussi de légalité de la décision de révocation. Il a même contrôlé l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le Congo dans la mesure où il a noté que la décision critiquée était motivée par la nécessité et l'urgence pour déroger aux règles normales de légalité sans justification valable. L'on doit même remarquer que c'est à la suite de la décision du Comité des droits de l'homme que le Président de la République a retiré la décision de révocation des 315 magistrats. Dans son rapport de 2006, le Comité s'est félicité « de l'information [...] que les juges auteurs de la communication No.933/2000 (*Busyo et al.*) peuvent de nouveau librement exercer leur

¹⁰⁸⁸ Communication No. 241/1987: Democratic Republic of the Congo. 29/11/89.

¹⁰⁸⁹ Communication No. 933/2000: Democratic Republic of the Congo. 19/09/2003.

profession et ont été indemnisés pour avoir été arbitrairement suspendus de leurs fonctions »¹⁰⁹⁰.

3. L'impératif de familiariser les citoyens et les acteurs de la justice administrative avec la procédure et la jurisprudence des juridictions internationales

848. Le grand obstacle à surmonter au Congo est le fait que la jurisprudence internationale est rarement à la portée du juge administratif. Une autre difficulté est que très peu d'affaires concernent le Congo. Les affaires dans lesquelles le Congo a été mise en cause du fait de décisions administratives qui violent les dispositions des conventions internationales et surtout des décisions du juge administratif sont extrêmement rares. La raison du faible nombre de décisions des juridictions internationales concernant le Congo tient au fait que très peu de requêtes sont formées par les citoyens, or plusieurs droits et obligations prévus par les conventions internationales sont l'objet de graves atteintes. En effet, l'existence et les procédures de ces institutions sont soit ignorées soit hors de portée des citoyens. Une manière de tirer profit du mécanisme des juridictions internationales est de sensibiliser suffisamment les citoyens et les acteurs de la justice, à savoir les juges et les avocats sur les avantages du système de justice internationale, mais aussi de mettre en place des structures d'aide à l'exercice des recours.

849. Conclusion du chapitre premier. Une première possibilité d'améliorer le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est d'exploiter les moyens externes au pouvoir discrétionnaire. Il s'agit des mécanismes de contrôle qui ne visent pas directement le pouvoir discrétionnaire mais qui exercent sur lui une influence certaine. Il s'agit du contrôle des « éléments liés » de l'acte administratif d'une part et de l'autre le contrôle juridictionnel de la décision du juge administratif. L'influence du contrôle des éléments liés est double. Ce contrôle assure la régularité du cadre d'exercice du pouvoir discrétionnaire mais aussi, son approfondissement permet d'élargir suffisamment les cas de limitation du pouvoir discrétionnaire. Grâce à un contrôle poussé des motifs de droit et de la matérialité des faits, les pouvoirs antérieurement discrétionnaires deviennent des pouvoirs liés¹⁰⁹¹. L'approfondissement de ce contrôle n'est possible qu'à la condition d'aménager la procédure

¹⁰⁹⁰ Comité des droits de l'homme, *Observations finales du Comité des droits de l'homme*, République démocratique du Congo, 26 avril 2006, §9.

¹⁰⁹¹ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », p. 81.

d'instruction pour cette fin mais aussi d'amener les parties et leurs conseils à comprendre que l'intensité et le sérieux du contrôle du juge est fonction de leurs exigences dans la formulation des recours. La mise en œuvre de l'obligation de motiver les jugements est aussi indispensable pour assurer le sérieux du contrôle juridictionnel. D'autres moyens externes au pouvoir discrétionnaire résident dans l'influence certaine qu'exerce le contrôle juridictionnel des décisions du juge administratif. L'introduction en droit congolais de la cassation administrative s'est révélée, à cet égard, intéressante dans la mesure où elle incitera le juge à veiller à la qualité de son contrôle. L'influence des juges constitutionnel et international s'est également révélée intéressante notamment dans la définition des critères et des principes directeurs de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

CHAPITRE II. LES CONDITIONS RELATIVES AU CONTROLE DIRECT DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE

850. Après avoir exploré les possibilités que recèlent les moyens externes, il convient à présent d'évaluer les possibilités d'émergence et de mise en œuvre, au Congo, du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Ce dernier porte directement sur l'appréciation en opportunité faite par l'administration. Il a pour effet soit de réduire le champ d'application du pouvoir discrétionnaire soit d'apprécier la manière dont l'administration en fait usage¹⁰⁹². Plus précisément, le contrôle approfondi des motifs, le contrôle du respect des principes de bonne administration et le contrôle de l'adéquation de la mesure par rapport aux faits garantissent le contrôle « direct » du pouvoir discrétionnaire. Ces contrôles, contrairement aux moyens externes, sont complètement absents au Congo. Des raisons liées à la situation particulière du Congo, développées dans la première partie de cette étude, expliquent cette absence. L'émergence de ce contrôle est possible en droit congolais à la condition d'être acceptée par les acteurs de la justice administrative et d'être perçue comme utile à la protection de la légalité administrative (Section I). Leur mise en œuvre est susceptible d'être développée dans le cadre du recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives et en toutes matières (Section II).

Section I. L'émergence du contrôle direct en droit congolais

851. Il se pose, d'entrée de jeu, deux questions au sujet de l'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire en droit congolais. La première est relative aux conditions de cette émergence (§1). La seconde est relative aux mesures susceptibles d'être mises en œuvre pour en favoriser l'émergence (§2).

§1. Les conditions d'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

852. N'est-il pas prématuré d'envisager, dans les conditions actuelles, l'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire au Congo alors que le contrôle indirect, moins exigeant en principe, peine à fonctionner ? Les problèmes à résoudre sont multiples et de grande ampleur. Parmi ces problèmes, il faut assainir la situation sociopolitique et

¹⁰⁹² Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p.81.

économique, assurer l'effectivité et la légitimité de l'administration, garantir l'indépendance du juge, assurer ne fût-ce qu'un contrôle juridictionnel ordinaire de l'administration. Les commentateurs ne cachent d'ailleurs pas leur pessimisme quant à l'émergence, à court terme, de l'Etat de droit en Afrique¹⁰⁹³. Le défi paraît insurmontable. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire semble, à côté, relever d'une ambition démesurée, fort éloignée des préoccupations et des possibilités du moment. Les craintes exprimées sont fondées sur des constats réels. Nous pensons, cependant, que la recherche des solutions à ces problèmes fondamentaux n'exclut pas la réflexion sur des questions plus particulières, comme celle du contrôle poussé du pouvoir discrétionnaire. En ce qui concerne le contrôle du pouvoir juridictionnel de l'administration, malgré les difficultés réelles énoncées, l'on ne doit pas retenir uniquement le contrôle indirect et reléguer le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire à plus tard. Le contrôle juridictionnel de l'administration est indivisible. C'est sur la base de cette conviction que nous entreprenons cette réflexion. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire, bien sûr sous réserve de conditions favorables à tout contrôle juridictionnel, doit, pour émerger en droit congolais, être accepté par les acteurs de la justice administrative et surtout par le juge administratif qui est appelé à l'appliquer (2). Mais, auparavant, il faut que ce contrôle soit nécessaire et compatible avec le droit congolais. Et c'est le cas (1).

1. La nécessité et la compatibilité du contrôle direct avec le droit congolais

853. Il est important de s'interroger sur la nécessité du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire en droit congolais au regard de tous les obstacles contextuels et juridiques précédemment relevés. Ne devrait-on pas plutôt se contenter du contrôle indirect qui semble mieux correspondre au niveau de conscience juridique dominante dans le pays ? En effet, tout le débat devant les juridictions administratives est focalisé sur les seuls moyens relatifs aux éléments liés de l'acte. Il est, néanmoins, nécessaire de renforcer le contrôle du juge administratif au besoin par l'introduction du contrôle direct (1.1). La compatibilité de ce contrôle avec le droit congolais favorise davantage son introduction (1.2).

¹⁰⁹³ Ce propos de Jean-Marie BRETON sont clairs à ce sujet : « Parler d'Etat de droit et de légalité constitue d'ailleurs une gageure, à cet égard et dans ce contexte, la réalité quotidienne en administre en quasi permanence la preuve, et les discours à ce propos, émanant de bons esprits *a priori* bien intentionnés, sont bien trop souvent académiques, conceptuels voire auto-satisfaisants ou glorifiants, pour être véritablement crédibles. Et il est probable qu'il en sera encore assez longtemps ainsi », in « Légalité et Etat de droit : statut et perception du juge de l'administration (contribution à une réflexion transversale), déjà cité, p. 70.

1.1. La nécessité du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

854. Le premier argument tient au bilan insatisfaisant de près de 40 ans du contrôle juridictionnel de l'administration (A). Le second argument tient au défi lié à l'universalisation progressive des principes de bonne administration qui postulent un contrôle sérieux de l'administration (B).

A. L'absence d'impact du contrôle juridictionnel de l'administration

855. Il serait, certes, excessif d'imputer totalement les dysfonctionnements de l'administration congolaise à la faiblesse du contrôle du juge administratif. D'autres facteurs y ont largement concouru. Mais, la part du contrôle du juge administratif n'est pas négligeable. Il devrait jouer un rôle de premier plan dans la légalité et la rationalisation de l'action administrative. Force est cependant de constater que ce contrôle ne remplit pas sa mission. « Les insuffisances du contrôle juridictionnel de la légalité des interventions de la puissance publique, et notamment de son bras séculier qu'est l'administration, largo sensu, sont suffisamment manifestes [...] »¹⁰⁹⁴. Tout se fait comme si le contrôle juridictionnel n'existait pas. Le juge administratif congolais n'a pas encore réussi à se hisser au rang de censeur et de conseiller de l'administration. Son rôle demeure largement insignifiant. Depuis près de 40 ans de fonctionnement de la justice administrative au sein des sections administratives des cours d'appel et de la Cour suprême de justice, seuls le contrôle « indirect » a été exercé et, encore, avec beaucoup de failles. Les violations des droits des citoyens par l'administration ne cessent d'augmenter. « La sanction du juge apparaît singulièrement laxiste, dans la réalité des choses, à l'endroit des fonctions traditionnelles de l'administration inhérentes aux missions régaliennes de l'Etat »¹⁰⁹⁵. La censure du juge administratif ne produit pas l'effet dissuasif qu'on doit en attendre. L'action administrative ne se rationalise pas grâce à la jurisprudence administrative. L'administration continue à naviguer à vue. Il découle de ce constat la nécessité pour le juge administratif de renforcer son contrôle et plus précisément son contrôle du pouvoir discrétionnaire pour augmenter son impact sur l'action administrative.

¹⁰⁹⁴ Jean-Marie BRETON, « Légalité et Etat de droit : statut et perception du juge de l'administration », déjà cité, p. 71.

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*, p. 75.

856. Ce besoin est d'autant plus pressant que les mutations administratives en cours présagent une forte augmentation du contentieux administratif. L'on peut noter, parmi les plus importantes, l'augmentation des activités de service public dans le cadre de la reconstruction et la multiplication des pôles de décisions administratives dans le cadre de la décentralisation. Plusieurs projets de construction, de réhabilitation ou de modernisation des infrastructures et autres équipements essentiels liés aux nécessités du développement sont en vue dans le cadre du programme gouvernemental de reconstruction¹⁰⁹⁶. Ces genres d'activités, certes bénéfiques à la collectivité étatique entière, comportent cependant le risque d'atteintes plus ou moins graves aux droits des particuliers. Cela annonce en perspective une forte augmentation du contentieux de la légalité de différentes mesures qui seront prises dans le cadre de la mise en œuvre de ces projets. Une justice administrative capable de réaliser harmonieusement l'équilibre entre le développement national et les droits individuels est de la plus haute importance.

857. D'autre part, la Constitution actuelle du 18 février 2006 a introduit une réforme importante en ce qui concerne le partage du pouvoir administratif entre le pouvoir central et les entités subordonnées à l'Etat. En dessous du pouvoir central, les niveaux de décision administrative autonome sont la province, la ville, la commune, urbaine ou rurale, la chefferie et le secteur¹⁰⁹⁷. L'on doit également mentionner les entités territoriales déconcentrées¹⁰⁹⁸. Ces niveaux ont chacun des attributions propres dans lesquelles des décisions administratives peuvent être édictées. La nouvelle distribution du pouvoir administratif entraînera une importante production des décisions administratives susceptible de provoquer l'augmentation du contentieux administratif. La juridiction administrative doit être prête à prendre en charge tout ce contentieux qui naîtra des activités de nouvelles autorités administratives et d'orienter jurisprudentiellement leur pratique de la légalité administrative.

B. L'universalisation progressive des principes de bonne administration

858. Les enjeux et les défis actuels sont tels qu'un pays ne peut plus se contenter d'une administration rudimentaire contrôlée par des techniques élémentaires. L'avènement de la

¹⁰⁹⁶ Un ambitieux programme dénommé « Les cinq chantiers de la RDC » est en route depuis 2006. Voir sur le site <http://www.cinqchantiers-rdc.com/home.php>

¹⁰⁹⁷ Article 3 de la Constitution du 18 février 2006.

¹⁰⁹⁸ Loi n°10/011 du 18 mai 2010 portant fixation des subdivisions territoriales à l'intérieur des provinces (*J.O.RDC*, Numéro spécial, 7 juin 2010).

mondialisation postule l'interconnexion des systèmes d'administration. Cela implique une certaine standardisation des systèmes interconnectés. Pour cette raison, l'administration congolaise doit s'améliorer substantiellement en vue de relever ce défi. Elle s'améliorera par l'adoption et la mise en œuvre des principes de bonne administration. Elle n'a d'ailleurs pas d'autre alternative étant donné que ces principes s'universalisent inexorablement. La volonté affichée au niveau de l'Organisation des Nations-Unies de « poser les fondements et les principes d'une bonne administration publique »¹⁰⁹⁹ est suffisamment révélatrice de cette perspective. La recherche d'une définition européenne du principe de bonne administration est résolument engagée. Malgré la difficulté d'une telle recherche en raison de l'apparition récente du concept et de la diversité de la substance du droit à une bonne administration, « il est toutefois possible d'extraire de l'analyse des politiques administratives des Etats membres du Conseil de l'Europe des valeurs communes, des objectifs partagés et la volonté de se soumettre à des règles communes »¹¹⁰⁰. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre, carrément, en son article 41, le droit à une bonne administration¹¹⁰¹. Les principes de la bonne gouvernance sont définis dans le livre blanc de la gouvernance européenne¹¹⁰². L'idée commence également à faire jour sur le continent africain. L'Union africaine a récemment adopté la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la

¹⁰⁹⁹ ONU, Conseil économique et social, *Rapport sur les travaux de la cinquième session (27-31 mars 2006) du Comité d'experts de l'administration publique*, Nations-Unies, New-York, 2006, p.iii.

¹¹⁰⁰ Conseil de l'Europe, *Note d'information sur le principe de bonne administration dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, le 13 septembre 2004, p. 3.

¹¹⁰¹ « 1. Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union.

2. Ce droit comporte notamment:

- le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre;
 - le droit d'accès de toute personne au dossier qui la concerne, dans le respect des intérêts légitimes de la confidentialité et du secret professionnel et des affaires;
 - l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions.
3. Toute personne a droit à la réparation par la Communauté des dommages causés par les institutions, ou par leurs agents dans l'exercice de leurs fonctions, conformément aux principes généraux communs aux droits des Etats membres.
4. Toute personne peut s'adresser aux institutions de l'Union dans une des langues des traités et doit recevoir une réponse dans la même langue ».

¹¹⁰² COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, Bruxelles, 25 juillet 2001 sur le site http://ec.europa.eu/governance/white_paper/index_fr.htm (Consulté le 24 mars 2010).

gouvernance dans laquelle les Etats s'engagent à « promouvoir la bonne gouvernance, notamment par la transparence et l'obligation de rendre compte de l'administration »¹¹⁰³.

859. Le Congo est obligé de s'intégrer dans cette évolution. Il doit mettre en place une administration performante guidée par les principes de bonne administration. C'est une garantie fondamentale qu'il doit présenter à tous les Etats, organisations internationales et autres acteurs privés avec lesquels il entre en interaction. Une administration respectueuse des principes de bonne administration est un gage important de la sécurité juridique pour toutes les personnes désireuses d'entreprendre une activité dans un pays. La nécessité d'introduire les principes de bonne administration a pour corollaire l'obligation de développer des contrôles juridictionnels performants pour en assurer le respect. Le contrôle indirect doit être renforcé, dans cette perspective, mais aussi et surtout le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. En effet, les principes de bonne administration obligent l'administration à exercer son pouvoir avec discernement. Ils l'obligent non seulement au respect de la légalité des éléments liés de l'acte mais aussi à l'adéquation de la mesure par rapport aux faits. Or, c'est le contrôle direct qui est le plus indiqué pour le contrôle de l'adéquation.

1.2. La compatibilité du contrôle direct avec le droit congolais

860. L'introduction du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire, en droit congolais, ne pose juridiquement pas de problème dans la mesure où il comporte les principes de légalité et de liberté qui lui sert de fondement (A) ainsi que le recours pour excès de pouvoir qui lui sert de cadre d'exercice (B).

A. L'existence des fondements du contrôle direct en droit congolais

861. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est la résultante d'un arbitrage subtil et délicat entre les principes de légalité et de liberté. Ce contrôle consiste, en effet, à limiter le champ du pouvoir discrétionnaire par la découverte de nouveaux pouvoirs liés, à vérifier le sérieux de la mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire et à vérifier si le contenu de la décision résulte d'une appréciation raisonnable. Ces différentes vérifications se font au regard de la légalité. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est un contrôle de légalité. Mais sa

¹¹⁰³ Article 12.1 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la bonne gouvernance du 30 janvier 2007.

particularité est qu'il porte sur des appréciations en opportunité faites par l'administration. Il situe la légalité, dans ces appréciations d'opportunité, au niveau du point d'équilibre entre les exigences de la liberté et celles de l'intérêt général. Il se fonde donc sur le nécessaire équilibre entre la liberté et l'intérêt général.

862. Même si ce contrôle a pour objet les appréciations en opportunité de l'administration, il se fait au regard des prescriptions de la légalité. Lorsque le juge y procède, il recherche, non pas si ces appréciations sont opportunes, mais si elles sont conformes à la légalité. La légalité est entendue ici au sens large. Elle englobe les prescriptions de la Constitution, des textes internationaux applicables dans l'ordre interne, de la loi, du règlement ainsi que des principes généraux du droit. Certains principes sont consignés dans les textes tandis que d'autres découlent de l'interprétation du juge. Certains principes, appelés principes de bonne administration sont particulièrement intéressants dans l'exercice du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Ils permettent effectivement de bien apprécier si l'administration a adéquatement et complètement usé de son pouvoir d'appréciation dans le processus d'édiction de sa décision. Le contrôle direct, qui est avant tout un contrôle de légalité, veille à ne pas s'immiscer dans le champ de la pure opportunité réservé à l'administration. Caractérisé par la prudence, ce contrôle ne juge pas l'opportunité de la décision administrative mais se limite à la marge de l'opportunité. L'on parle ainsi de contrôle marginal. Il censure, en effet, les seuls excès d'appréciation de l'opportunité inadmissibles au regard des exigences de la légalité¹¹⁰⁴.

863. Ce contrôle direct est donc un contrôle de légalité à un double point de vue. Il s'exerce dans le cadre des attributions reconnues au juge administratif par la loi. Il recherche, ensuite, la conformité de la décision administrative prise en opportunité aux prescrits de la légalité. Il n'est toutefois pas facile pour le juge de tracer la limite de son contrôle de légalité. En effet, jusqu'où peut-il aller dans ce contrôle sans s'immiscer dans le champ de l'opportunité ? Il fixe cette limite dans l'équilibre qu'il recherche constamment, à l'occasion de chaque cas concret qu'il examine, entre la liberté et l'intérêt général.

864. Le principe de liberté est un paramètre important dans l'exercice du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. La légalité consacre les libertés. Elle fixe à l'administration comme

¹¹⁰⁴ Francis DELPEREE, Véronique BOUCQUEY-REMION, « Liberté, légalité et proportionnalité », Rapport aux Xes Journées juridiques Jean Dabin, *A.P.T.*, 1980, p. 290.

unique but à poursuivre l'intérêt général. La légalité exige donc le respect aussi bien des libertés que de l'intérêt général. Mais il n'est pas toujours évident, dans le concret, de faire correspondre le respect des libertés aux exigences de l'intérêt général. Il faudra bien souvent admettre des concessions. L'administration, appelée à satisfaire les exigences de l'intérêt général est donc constamment appelée à arbitrer entre la liberté et l'intérêt général. Et la tâche délicate revient alors au juge de contrôler si l'arbitrage effectué est conforme à la légalité. C'est à ce niveau qu'il recourt au contrôle direct dont le critère est « la juste mesure », « la mesure raisonnable » entre la liberté et l'intérêt général. « Le critère fragile du « raisonnable » »¹¹⁰⁵, qui traduit bien le caractère marginal du contrôle, permet au juge de fixer la mesure de la légalité.

865. Les principes de légalité et de liberté, qui sont donc le fondement du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire, sont bien connus du droit congolais. Le principe de légalité trouve sa base dans la Constitution. Cette dernière consacre d'une part la soumission de l'administration au droit et de l'autre détermine le domaine de la loi. Elle dispose qu'« une loi organique fixe l'organisation et le fonctionnement des services publics du pouvoir central, des provinces et des entités décentralisées »¹¹⁰⁶. Dans la détermination des matières qui relèvent du domaine de la loi, plusieurs matières concernent la détermination législative de l'activité administrative. Cela se vérifie aussi bien dans les cas où la loi détermine les principes à suivre et dans ceux où la loi fixe les règles applicables¹¹⁰⁷. La mise en œuvre des libertés fondamentales est soumise au régime légal. Tel est le cas par exemple de la liberté de manifestation dont la loi fixe les mesures d'application¹¹⁰⁸. Il y a ainsi place pour un « droit administratif des libertés » chargé d'étudier les prescriptions de la légalité qui s'imposent à l'autorité administrative face aux libertés fondamentales¹¹⁰⁹. L'organisation et le fonctionnement des institutions administratives, territoriales ou non, sont assujettis à la loi. Il en est ainsi notamment des entités territoriales décentralisées¹¹¹⁰.

866. Le droit congolais consacre différents mécanismes de contrôle de la légalité de l'action administrative. Le contrôle politique est assuré à travers les multiples voies de contrôle

¹¹⁰⁵ Francis DELPEREE, Véronique BOUCQUEY-REMION, *Op.cit.*, p. 289 ; Chaïm PERELMAN, « Réflexions sur le droit », déjà cité, p. 14 et 15.

¹¹⁰⁶ Article 194 de la Constitution du 18 février 2006.

¹¹⁰⁷ Articles 122 et 123 de la Constitution du 18 février 2006.

¹¹⁰⁸ Article 26, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

¹¹⁰⁹ Voir Xavier PHILIPPE, *Droit administratif des libertés*, Paris, Economica, 1998.

¹¹¹⁰ Article 3, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

parlementaires¹¹¹¹. Le contrôle administratif est assuré par la voie hiérarchique ou de la tutelle à l'intérieur même de l'administration. Le contrôle juridictionnel est le fait du juge judiciaire, du juge administratif et du juge constitutionnel. Le juge constitutionnel contrôle la constitutionnalité de l'acte administratif réglementaire. La Constitution dispose, à ce sujet, que « toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire »¹¹¹². Le juge judiciaire contrôle, par voie d'exception, la légalité de l'acte administratif. La Constitution dispose, à ce sujet, que « les Cours et Tribunaux, civils et militaires, appliquent les traités internationaux dûment ratifiés, les lois, les actes réglementaires pour autant qu'ils soient conformes aux lois ainsi que la coutume pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »¹¹¹³. Le juge administratif est le juge de la légalité des actes administratifs unilatéraux de l'administration. La Constitution a confié le contentieux administratif à un ordre juridictionnel autonome ayant à la tête le Conseil de l'Etat. Mais, en attendant son installation effective, le système antérieur demeure en vigueur. Dans ce système, le juge administratif est la section administrative de la Cour suprême de justice et de la Cour d'appel.

B. L'existence du recours pour excès de pouvoir

867. L'existence du recours pour excès de pouvoir en droit congolais est une condition supplémentaire de possibilité du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. C'est à travers ce cadre, en effet, qu'il s'est développé notamment en droit français et en droit belge. Le recours pour excès de pouvoir est prévu par la loi qui permet à la section administrative de la Cour suprême de justice et des Cours d'appel de connaître de l'annulation pour violation de la loi des actes administratifs unilatéraux de différentes autorités administratives¹¹¹⁴. Le cadre est bien offert au juge administratif à qui il appartient de déployer ses pouvoirs de contrôle sans pour autant déborder les limites qui se résument dans le contrôle de la légalité. Il n'est donc nullement nécessaire d'inventer un nouveau type de recours. Il revient seulement au juge de faire preuve d'audace et de créativité, pour tirer le maximum de profit des outils de contrôle qui sont à sa disposition. Il peut d'ailleurs légitimement s'inspirer des contrôles développés par ses homologues belges et français dans la mesure où le droit congolais est essentiellement tributaire des droits français et belge.

¹¹¹¹ Article 138 de la Constitution du 18 février 2006.

¹¹¹² Article 162, alinéa 2 de la Constitution du 18 février 2006.

¹¹¹³ Article 153, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

¹¹¹⁴ Articles 147 à 149 du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires.

2. L'acceptation du contrôle direct par les acteurs de la justice administrative

868. Les acteurs de la justice administrative doivent être disposés à intégrer dans leurs pratiques le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire qui ne leur est pas familier (2.1). Il faudra pour cela que l'idée d'intégrer ce contrôle ait suffisamment fait son chemin dans l'opinion et atteigne la maturité nécessaire (2.2).

2.1. La nécessaire acceptation des acteurs de la justice administrative

869. L'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire en droit congolais est tributaire de son acceptation par les acteurs de la justice administrative. Il s'agit principalement du législateur, du juge administratif, des requérants et de leurs conseils. L'acceptation du législateur s'impose dans la mesure où c'est lui qui détermine la légalité administrative, les pouvoirs de l'administration ainsi que les pouvoirs du juge administratif. Il doit donc admettre l'idée d'un contrôle juridictionnel de légalité qui frise celui de l'opportunité. Même s'il n'ira pas jusqu'à déterminer les techniques du contrôle direct, le législateur pourra, s'il admet un tel contrôle, faire de l'adéquation de la mesure aux faits une condition de légalité de l'acte dans certains cas afin d'obliger le juge administratif à en assurer le contrôle. Le législateur pourra, en outre, définir les principes directeurs de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui s'imposent à l'administration. Il offrira, par ce biais, des critères susceptibles d'aider le juge dans sa mission de contrôle de la légalité d'un acte pris dans le cadre du pouvoir discrétionnaire¹¹¹⁵.

870. Il est ensuite important que le juge administratif lui-même accepte d'exercer le contrôle direct. L'on sait que généralement le juge est très attentif à ne pas déborder les limites de ses compétences. Les juges français et belge le rappellent constamment lorsqu'ils disent qu'il ne leur appartient pas de contrôler l'opportunité des décisions administratives. L'on peut ainsi comprendre leur hésitation à utiliser un contrôle qui frise celui de l'opportunité. L'hésitation se justifie dans la mesure où il n'est pas aisé de déterminer les limites exactes de la légalité et de l'opportunité. Le risque de tomber dans le contrôle d'opportunité à partir d'un contrôle à la lisière de l'opportunité est, en effet, très élevé. Mais si le juge est convaincu de l'importance

¹¹¹⁵ Nous avons précédemment proposé l'amélioration de la rédaction des textes légaux et réglementaires qui accordent le pouvoir discrétionnaire à l'administration. Voir supra p. 310, n°s 692-699.

de ce contrôle, il acceptera de se livrer à l'exercice délicat du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire de l'administration pour le respect de la légalité.

871. Il ne suffit pas que le législateur et le juge administratif soient favorables au contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Il faut encore que les requérants mettent directement en cause l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le cadre des débats devant le juge administratif est, en effet, tracé par la requête. Le juge ne contrôlera donc pas l'usage du pouvoir discrétionnaire par l'administration si celui-ci n'est pas expressément mis en cause par la requête. En principe, le requérant ne demandera pas mieux que d'évoquer un moyen capable de lui donner gain de cause dans sa revendication. Le travail le plus important à faire à ce niveau est d'informer le requérant sur la possibilité de mettre directement en cause l'inadéquation de la mesure par rapport aux faits. Qui dit requérant voit également l'avocat qui est le conseil de celui-ci. Même si en droit congolais le ministère d'avocat n'est pas obligatoire en matière administrative, dans la pratique, en raison de la complexité du contentieux, les parties font presque systématiquement recours aux avocats. Il est donc important de sensibiliser ces derniers à l'usage des moyens mettant en cause directement l'exercice du pouvoir discrétionnaire comme l'erreur manifeste d'appréciation ou la disproportion manifeste de la décision.

2.2. La maturation de l'idée du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

872. L'émergence du contrôle direct en droit congolais exige, comme on vient de le constater, l'adhésion à l'idée d'un tel contrôle par les acteurs susmentionnés. Mais il faut bien admettre que cela ne se fera pas en un jour. C'est le résultat de tout un processus qui implique que l'idée d'un tel contrôle ait suffisamment mûri dans la conscience collective. Il est un fait que le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est pour le moment en avance par rapport aux réalités actuelles du Congo. Il a été démontré précédemment que des facteurs sociopolitiques divers ne favorisaient pas encore le développement des techniques perfectionnées de contrôle du juge administratif. Pour rappel, le droit administratif n'est pas encore développé ; l'environnement sociopolitique ne favorise pas la saisine du juge administratif ; dans les quelques cas où il est saisi, l'exercice du pouvoir discrétionnaire est rarement directement mis en cause, etc. Or, la sagesse ou le réalisme commandent de veiller à ce que « les mécanismes de contrôle soient bien adaptés au régime sociopolitique et au niveau de développement du

pays »¹¹¹⁶. Ainsi, a-t-il été suggéré, au regard d'un contexte où l'Etat reste à construire, de mettre en place des outils modestes mais efficaces plutôt que trop perfectionnés mais inutilisables¹¹¹⁷. Les techniques du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire peuvent être considérées comme ces outils perfectionnés actuellement inutilisables au Congo. Les techniques du contrôle indirect, en revanche, sont plus simples et plus adaptées.

873. La maturation de l'idée du contrôle du pouvoir discrétionnaire prendra certainement un temps relativement long¹¹¹⁸. C'est tout un processus qui pourrait comporter trois phases. La première phase correspond à l'amorce du débat sur l'étendue des pouvoirs de l'administration, sur l'étendue du contrôle du juge administratif et sur ses techniques de contrôle en vue de susciter l'intérêt. La deuxième phase correspond à la formation d'un consensus ou, à défaut, d'une idée dominante, sur ce que doivent être l'étendue du contrôle du juge administratif et ses techniques de contrôle. La troisième phase correspond à l'application concrète par le juge administratif des contrôles qui auront réussi à emporter sa conviction et en leur affinement progressif. Pour que ce processus se mette en route et évolue, il faut qu'il soit mis en marche d'une manière ou d'une autre.

§2. La mise en route du processus d'émergence du contrôle direct

874. Deux hypothèses peuvent être envisagées en ce qui concerne la mise en route du processus d'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire en droit congolais. La première est que ce processus est susceptible de suivre son cours lui-même en dehors de toute action volontaire ou de toute planification de l'homme. Elle se fonderait sur le fait que la combinaison des facteurs est susceptible de produire des résultats qui n'ont pas été nécessairement planifiés. Elle signifierait qu'il suffirait uniquement de laisser agir le temps. Cette hypothèse nous paraît toutefois peu crédible (1). La seconde hypothèse serait qu'il est indispensable d'agir en vue d'infléchir le cours des événements, en vue de provoquer le développement des facteurs qui favoriseront l'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Elle consisterait en la sensibilisation des acteurs de la justice administrative à

¹¹¹⁶ Guy BRAIBANT, Nicole QUESTIAUX, Céline WIENER, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens*, Paris, Cujas, 1973, p. 294.

¹¹¹⁷ Gérard CONAC, « Le juge de l'Etat en Afrique », déjà cité, p. 15.

¹¹¹⁸ En France, la pénétration du contrôle de la légalité dans le domaine du contenu de l'acte a été le résultat d'une jurisprudence progressive. En Belgique, par contre, il a été vite imposé par le Conseil d'Etat dès sa création. A ce sujet, Cyr CAMBIER, « Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité », *J.T.*, 7 décembre 1952, p. 653.

la problématique du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Cette hypothèse est plus crédible que la précédente (2).

1. La mise en route spontanée du processus d'émergence du contrôle direct

875. L'idée de laisser le temps s'écouler en espérant que le développement sociopolitique du pays entraînera automatiquement l'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire serait fondée en présence des facteurs favorables à un tel contrôle. Les facteurs favorables sont, entre autres, l'existence d'une jurisprudence audacieuse du contrôle de l'administration, l'existence d'un débat doctrinal favorable et l'existence d'un contentieux qui pose énergiquement la question du contrôle du pouvoir discrétionnaire. En présence de tels facteurs, l'on pourrait raisonnablement croire au développement imminent du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Les progrès des contrôles du juge administratif enregistrés en France et en Belgique, pour ne citer que ces deux exemples, sont suffisamment instructifs à ce sujet. Ils sont le fruit d'intenses réflexions doctrinales amorcées sur le rôle de l'Etat et sur l'équilibre des pouvoirs depuis des siècles. Or, aucun de ces facteurs n'est présent dans le contexte du Congo. Des siècles pourront encore s'écouler sans qu'un progrès ne soit enregistré en ce domaine. Il convient donc d'agir, d'exercer une certaine impulsion pour provoquer le déclic mais tout en étant conscient qu'il faudra du temps pour que des effets concrets se produisent.

2. La sensibilisation à la problématique du contrôle du pouvoir discrétionnaire

876. L'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire doit être provoquée car en l'absence de facteurs susceptibles de la favoriser, une impulsion est nécessaire. Par ailleurs, il est nécessaire d'encadrer et d'orienter l'émergence d'un nouveau contrôle pour mieux le faire correspondre aux buts du contrôle du juge administratif et pour éviter des dérapages éventuels. Il n'est pas nécessaire d'enclencher une réforme législative. Il suffit simplement d'activer les potentialités qui couvent déjà en droit congolais dans les principes de liberté et de légalité et dans le recours pour excès de pouvoir. L'impulsion peut provenir de la sensibilisation sur la problématique du contrôle du pouvoir discrétionnaire. La réforme de la justice administrative en cours est une excellente opportunité à saisir car elle justifie amplement cette sensibilisation. La méthodologie à suivre doit être précisée (2.1). Les acteurs et leur niveau d'implication doit être déterminée (2.2).

2.1. La méthodologie à suivre

877. La sensibilisation se fera dans le but de mettre en évidence la nécessité du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire mais en même temps des difficultés qu'il pose pour le hisser au rang des problèmes dont doit s'occuper la société. Pour y arriver, l'on procédera d'abord à la définition de la notion de contrôle du pouvoir discrétionnaire. L'on entreprendra ensuite la présentation de la problématique de ce contrôle.

878. Il faudra impérativement s'assurer que la notion de contrôle du pouvoir discrétionnaire est bien comprise. Ce n'est pas toujours évident. Les plus grands spécialistes ont reconnu que la notion du pouvoir discrétionnaire était l'une des plus difficiles du droit administratif¹¹¹⁹. Pour ce faire, il faut expliquer la notion de pouvoir discrétionnaire, son étendue, son domaine et son importance en droit administratif. Suivra ensuite l'explication de son contrôle juridictionnel. La problématique du contrôle juridictionnel sera démontrée à partir de sa nature, à savoir, un contrôle à cheval sur la légalité et sur l'opportunité. Le dilemme de ce contrôle sera mis en évidence. Un contrôle trop faible expose au risque de l'arbitraire de l'administration. Un contrôle trop poussé expose au risque de gouvernement de juges. Il faut donc nécessairement trouver un juste milieu mais celui-ci est très difficile à déterminer. D'autre part, il est impossible de supprimer le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Il est consubstantiel à l'action administrative. L'on ne peut donc éviter de contrôler l'usage du pouvoir discrétionnaire. A l'aide des exemples bien concrets, ce raisonnement est capable de susciter l'intérêt de l'opinion pour cette problématique.

2.2. Les acteurs et leur niveau d'implication

879. La problématique du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire n'est pas une affaire réservée exclusivement aux juges administratifs. Il intéresse différents acteurs qui, à divers titres, ont soit la compétence de définir l'étendue du contrôle du juge administratif, soit d'exercer le contrôle, soit d'aider à son exercice, soit ont un intérêt personnel à veiller au respect de cette étendue. La réunion de ces différents acteurs traduit clairement l'idée que les fonctions d'administrer et de juger ne sont pas en opposition. Toutes concourent au respect de

¹¹¹⁹ Roger BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », déjà cité, p. 367 ; Cyr CAMBIER, « Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de légalité », déjà cité, p. 633.

la légalité et à la réalisation de l'intérêt général. L'on a déjà judicieusement fait observer, en ce sens, que « l'administration active et le juge administratif apparaissent moins comme des concurrents que comme complémentaires pour tenter, chacun à sa manière, de progresser vers la décision la moins irrationnelle possible »¹¹²⁰. Il est donc amplement justifié de développer la réflexion sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire dans un cadre qui associe les représentants de la fonction de légiférer, de la fonction d'administrer, de la fonction de juger, des auxiliaires de la fonction de juger et des bénéficiaires de toutes ces fonctions.

880. Sont ainsi concernés par la sensibilisation les membres du parlement et des assemblées provinciales, les membres du pouvoir exécutif, les membres du pouvoir judiciaire, les membres du barreau, les membres des universités et les membres de la société civile. Le parlement produit la loi qui définit les pouvoirs de l'administration et les compétences du juge administratif. La question principale de savoir jusqu'où peut aller le contrôle du juge sur l'administration sans s'immiscer dans les compétences propres de celle-ci intéresse, sans aucun doute, le parlement. Son rôle en tant que producteur de la loi peut consister à en préciser la compréhension et à veiller à ce que les propositions de mise en œuvre du contrôle du pouvoir discrétionnaire ne constituent pas une violation de la loi. Il peut utilement concourir à la formation et à l'information sur l'étendue que la loi reconnaît aux pouvoirs de l'administration et aux pouvoirs du juge administratif.

881. Le pouvoir exécutif comprend le gouvernement central, les administrations centrales, les gouvernements provinciaux et les administrations provinciales. Leur rôle est de veiller à la sauvegarde de la liberté d'action de l'administration qui ne doit pas être entravée par un contrôle juridictionnel paralysant.

882. Le pouvoir judiciaire peut être représenté par les membres du Conseil supérieur de la magistrature ainsi que par les membres des juridictions administratives. Les juges administratifs sont au cœur de la démarche. Ils ont intérêt à maîtriser les fondements juridiques de leur pouvoir de contrôle et les outils techniques de mise en œuvre. Ils peuvent, à l'occasion, exprimer les difficultés qui entravent l'exercice de leurs fonctions et solliciter la recherche commune des solutions.

¹¹²⁰ Jean-Marie WOEHLING, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », déjà cité, p. 97.

883. Les membres du barreau représentent les auxiliaires de la justice. Ils apportent un concours très appréciable aux juges grâce à la discussion et la proposition des solutions juridiques aux problèmes soulevés par les requêtes. Ils sont également des précieux conseillers des justiciables qui sont souvent déboussolés par le caractère trop technique des débats judiciaires. Il est de ce fait très important que les avocats maîtrisent parfaitement l'étendue des pouvoirs de l'administration et du juge administratif. Il est également important qu'ils maîtrisent les différentes possibilités d'attaquer l'illégalité de la décision administrative. C'est notamment si la requête, souvent préparée par l'avocat, met en cause l'erreur manifeste d'appréciation ou la disproportion déraisonnable de la mesure attaquée que le juge administratif examinera ce moyen. Les avocats ont donc intérêt à connaître ces techniques de contrôle perfectionnées pour qu'ils les introduisent progressivement dans leurs stratégies de plaidoiries.

884. Les universités, et plus précisément les facultés de droit ainsi que leurs centres de recherche, ont un rôle éminent à jouer. Elles sont le lieu de la production du savoir. C'est grâce à leurs discussions, analyses et résultats que l'on peut facilement mettre en lumière les insuffisances ou les vertus des techniques de contrôle. Il convient pour ce faire de les associer à la démarche pour attirer leur attention sur la nécessité d'explorer et de développer le champ de la recherche que représente le contrôle juridictionnel de l'administration.

885. L'on ne peut actuellement se passer, au Congo, des membres de la société civile, à savoir les représentants d'organisations locales qui sont les véritables relais des problèmes de la société entière. L'importance de ces organisations est que c'est elles qui transmettent en des termes accessibles au grand public les préoccupations fondamentales de la société qui se discutent dans les sphères politiques et intellectuelles.

Section II. La mise en œuvre du contrôle direct : prudence et modération

886. L'émergence du contrôle direct en droit congolais doit soulever un certain nombre de questions d'ordre technique liées au fait qu'il est encore nouveau. La première question concerne les garanties contre le risque de recours abusif au contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. La solution réside, nous semble-t-il, dans la sensibilisation permanente sur la nécessité de faire preuve de prudence et de modération dans l'usage de ce contrôle pour éviter de porter atteinte à la règle de la séparation des fonctions de juger et d'administrer (§1). La

seconde question concerne le cadre et les domaines d'exercice du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Le recours pour excès de pouvoir constitue le cadre privilégié de ce contrôle devant le juge administratif. Il s'exercera aussi en toutes matières au rythme du développement du contentieux administratif (§2).

§1. Le respect de la séparation des fonctions de juger et d'administrer

887. La découverte des possibilités que recèle le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est susceptible de provoquer l'engouement aussi bien des requérants et leurs avocats que des juges. Les premiers dans le but d'accroître les chances de gagner les procès, les seconds dans le but d'affirmer leurs pouvoirs et de redorer leur image suffisamment ternie par près d'un demi-siècle d'exercice d'un contrôle mou. Pour prévenir de tels excès, il est important de sensibiliser les uns et les autres sur la nécessité de ne pas surpondérer le recours au contrôle direct (1) et de rappeler, en conséquence, que ce contrôle doit se limiter à la marge de l'appréciation en opportunité de l'administration (2).

1. La nécessité de ne pas surpondérer le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

888. L'on peut être facilement tenté, dans le contexte du Congo où l'on s'accorde à dire que les dysfonctionnements de l'administration ont atteint leur paroxysme, de vouloir appliquer une thérapie de choc en censurant systématiquement les décisions administratives aux moyens du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Ce risque est bien réel. Les citoyens, de plus en plus formés et informés sur le respect des droits fondamentaux et sur les exigences de la bonne gouvernance, peuvent exercer une forte pression sur le juge administratif pour accentuer son contrôle sur l'administration. Cette réalité est bien connue dans les pays occidentaux où l'on est obligé d'inviter le juge à la modération malgré les incessants appels vers des contrôles toujours plus accrus¹¹²¹. Il convient dès lors, pour éviter de tirer des conclusions excessives de la nécessité de renforcer le contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge congolais, de faire observer que le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire n'a pas, en lui-même, des vertus extraordinaires. Il doit être pris dans sa juste proportion à savoir un contrôle qui s'exerce en complément au contrôle indirect. La réalité est d'ailleurs que le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire n'aboutit à l'annulation que dans un petit nombre de

¹¹²¹ Raymond ODENT, *Contentieux administratif*, Tome II, Paris, Dalloz, 2007, p. 528.

cas comparativement au contrôle indirect. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne les annulations consécutives à l'erreur manifeste d'appréciation¹¹²². Le juge ne devra donc pas s'empresser d'exercer le contrôle direct. Il y a des préalables : le contrôle des éléments liés de l'acte, la mise en cause directe de l'usage du pouvoir discrétionnaire, l'illégalité flagrante de cet exercice. Le juge administratif ne peut prétendre censurer toutes les illégalités. Il ne peut jouer qu'un rôle préventif à la condition que son autorité soit respectée par l'administration. Et pour y parvenir, il ne doit pas « se comporter en censeur systématique et irresponsable »¹¹²³.

889. Avant d'exercer le contrôle direct, le juge administratif doit s'assurer que les éléments liés de l'acte attaqué satisfont aux conditions de la légalité. Le juge administratif congolais a encore un grand travail à effectuer à ce niveau surtout en ce qui concerne le contrôle des motifs. Il est d'ailleurs plus aisé de censurer l'acte administratif par ce contrôle qui vérifie le respect des conditions objectives déterminées la loi. Le contrôle direct comporte, quant à lui, le désavantage de reposer sur le critère du « raisonnable » que le juge apprécie lui-même de manière subjective. Le juge administratif ne peut exercer le contrôle direct que si l'usage du pouvoir discrétionnaire a été directement mis en cause dans la requête. Il doit s'en tenir strictement à la demande qui lui a été adressée. Il ne peut s'autosaisir d'un moyen d'illégalité que lorsque celui-ci est d'ordre public. Même lorsque l'usage du pouvoir discrétionnaire aura été mis en cause par le requérant, le juge administratif préférera annuler l'acte sur la base d'un moyen de stricte légalité. Il faudra donc une véritable nécessité pour recourir au contrôle direct notamment lorsque l'illégalité de l'usage du pouvoir discrétionnaire est flagrante. Le juge administratif fera ainsi usage de son droit de contrôle avec modération et discernement. Il se montrera « plus exigeant lorsque, pour les administrés, l'enjeu est plus important, mais plus réservé lorsque la tâche de l'administration est complexe »¹¹²⁴.

2. Le contrôle direct doit être limité à la marge de l'appréciation en opportunité

890. Outre le recours modéré au contrôle direct, il est important d'observer beaucoup de prudence. Car il suffit d'un rien pour que le juge administratif franchisse la limite et s'immisce dans le champ de la pure opportunité propre à l'administration. Dans le contexte du

¹¹²² Suzanne GREVISSE, « Essai d'analyse du pouvoir discrétionnaire dans l'administration française », déjà cité, p. 295.

¹¹²³ *Idem*, p. 298.

¹¹²⁴ *Ibidem*.

Congo où l'administration a encore beaucoup à se reprocher, les incursions du juge administratif pourront être à peine remarquées et lorsqu'elles le seraient, l'opinion ne risque pas de s'en émouvoir outre mesure. Le risque est donc important de sacrifier le respect du principe de la séparation des fonctions au motif de l'assainissement de l'administration. L'on a vu, dans un exemple inverse, le juge administratif renoncer à sa compétence sous le prétexte de l'objectif politique d'assainissement de la magistrature par le Président de la République¹¹²⁵.

891. Le juge, amené à exercer le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire, devra donc veiller à demeurer strictement dans le contrôle de la légalité. Son contrôle de l'appréciation en opportunité de la décision administrative ne devra pas être un contrôle entier de l'opportunité mais un contrôle marginal de l'opportunité. S'il doit s'inspirer des contrôles exercés sous d'autres cieux, il recourra notamment au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou au contrôle de la proportionnalité qui se limitent à censurer uniquement les écarts manifestes par rapport à ce qui est considéré comme raisonnable. Le contrôle du bilan coûts-avantages est cependant à déconseiller dans la mesure où il réalise un véritable contrôle entier de l'opportunité de l'action administrative¹¹²⁶. L'on pourrait toutefois se demander s'il est possible d'envisager des mesures susceptibles de prévenir ou de sanctionner les éventuels excès du juge administratif dans l'usage du contrôle direct.

892. La difficulté de la sanction d'un contrôle excessif du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif apparaît d'emblée. Elle est liée au fait que le contrôle du juge est lui-même discrétionnaire. Lorsque le juge administratif censure une décision manifestement « déraisonnable », c'est lui seul qui a la maîtrise des critères du « raisonnable ». C'est dans ce sens que l'on a observé une sorte d'« accord tacite de ne pas se préoccuper de manière ouverte et précise des pouvoirs du juge dans sa fonction d'interprète »¹¹²⁷. Cyr Cambier fait remarquer qu'« il appartient au Conseil d'Etat de circonscrire le champ de la légalité qui est celui auquel se limite son pouvoir de contrôle »¹¹²⁸. Certes, il existe les voies des recours. Le juge d'appel a le pouvoir de réexaminer au fond la décision du premier juge. Ira-t-il cependant jusqu'à censurer cette décision au motif que c'est à tort qu'elle a jugé l'acte administratif entaché d'erreur manifeste d'appréciation ? Ce serait là un exercice délicat qui obligera le juge

¹¹²⁵ CSJ, Affaire 315 magistrats, précité.

¹¹²⁶ Michel LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, p. 444.

¹¹²⁷ Robert LEGROS, « Considération sur les motifs », déjà cité, p. 11.

¹¹²⁸ Cyr CAMBIER, « Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de légalité », déjà cité, p. 633.

d'appel de contrôler discrétionnairement à son tour le contrôle discrétionnaire exercé par le premier juge sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'on connaît, en outre, la réserve du juge de cassation qui refuse clairement de contrôler les appréciations de fait exercées par le juge de fond¹¹²⁹.

893. Dans ces conditions, seules des mesures préventives peuvent présenter quelque efficacité. Elles consistent globalement dans les possibilités de critique que l'opinion peut adresser au contrôle du juge. Il faut, pour ce faire s'assurer que la diffusion de ce contrôle est bien réalisée pour mettre l'opinion publique en mesure de juger le respect par le juge administratif des limites de sa compétence. L'on doit en outre beaucoup compter sur l'apport indispensable de la doctrine qui, par le jeu de réflexions critiques et des propositions, est susceptible d'aider à la définition d'un consensus sur l'étendue du contrôle du juge administratif. Les progrès du juge constitutionnel et du juge international permettront à leur tour de circonscrire l'étendue de ce contrôle.

§2. Le cadre et les domaines d'exercice du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire

894. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire pourra s'exercer essentiellement dans le cadre du recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives (1). Ce contrôle pourra être appliqué dans toutes les matières du droit administratif pour autant que le contentieux administratif s'y développe (2).

1. Le contrôle direct dans le cadre du recours pour excès de pouvoir

895. La question du cadre d'exercice du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire au Congo ne pose pas problème dans la mesure où la loi y organise déjà des cadres du contrôle juridictionnel de la légalité administrative. Le cadre le plus important et celui dans lequel le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire s'est développé en droit français et belge dont le droit congolais est tributaire est celui du recours pour excès de pouvoir. Ce contrôle s'exerce devant la section administrative de la Cour d'appel ou de la Cour suprême de justice. Il s'exercera, à l'installation des juridictions de l'ordre administratif, peut être avec beaucoup plus d'éclat devant le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel et les tribunaux

¹¹²⁹ Bernard PACTEAU, *Manuel de contentieux administratif*, déjà cité, p. 326, n°326.

administratifs. Le cadre du recours pour excès de pouvoir n'est toutefois pas exclusif d'autres cadres. Ainsi, le juge judiciaire pourra également appliquer le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire dans le contrôle de légalité par voie d'exception que la Constitution l'autorise à exercer¹¹³⁰.

2. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire en toutes matières

896. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire s'exercera a priori en toutes matières. Mais il est certain que, dans un premier temps, il pourra s'appliquer plus fréquemment dans le domaine du droit de la fonction publique où le contentieux est le plus important. La matière qui se prête le mieux à ce contrôle est celle du droit disciplinaire notamment pour l'examen de l'opportunité de la décision et pour la proportionnalité de la sanction. La matière de la nomination est susceptible de provoquer aussi un contentieux important notamment en ce qui concerne la comparaison des titres et mérites et les nominations à la discrétion de l'autorité compétente.

897. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire pourrait également s'exercer, à la suite du programme national de la reconstruction, en matière de droit de la construction et de l'aménagement du territoire, des marchés publics et des permis d'environnement. Le processus de décentralisation pourrait à son tour entraîner le développement du contrôle direct dans le domaine du droit de la tutelle administrative. Le développement du domaine des droits fondamentaux pourrait quant à lui occasionner l'apparition du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire dans le domaine du droit des libertés publiques et du droit des étrangers.

898. L'extension de ce contrôle sera peut être peu prononcée dans les domaines où l'administration, traditionnellement, jouit toujours d'une marge importante de pouvoir discrétionnaire comme celui de la défense et de la sécurité nationale. Le fait d'ailleurs que l'une des priorités de l'Etat porte sur la restructuration de ce secteur justifiera encore peut être pendant longtemps encore la réserve du juge administratif. D'autres domaines sont tels que le contrôle du juge aurait très peu d'effet utile. C'est le cas des décorations et titres honorifiques décidées accordées par le Président de la République ou le choix des noms des rues.

¹¹³⁰ Article 153, alinéa 4, de la Constitution du 18 février 2006.

899. Des indices d'augmentation du contentieux administratif devant les juridictions administratives sont palpables. Les mesures massives de révocation et de démission d'office dans les services publics et dans la magistrature qui ne cessent de se multiplier font présager que de nombreux recours seront formés. 25 magistrats ont été démis d'office de leurs fonctions par l'ordonnance du 9 février 2008. 17 magistrats ont été démis d'office de leurs fonctions par l'ordonnance du 15 juillet 2009. 96 magistrats ont été révoqués par l'ordonnance du 15 juillet 2009. 79 agents des services publics ont été révoqués par l'ordonnance du 31 juillet 2009. 115 agents des services publics ont été révoqués par l'ordonnance du 2 janvier 2010. La plupart de personnes frappées par ces mesures ont crié à des sanctions illégales, cela reste encore à établir bien sûr. Le nombre ainsi que les réactions font penser que les recours seront très nombreux. Peut-on pareillement croire que l'exercice du pouvoir discrétionnaire sera mis en cause ? Cette possibilité ne peut pas être absolument écartée. Mais au regard des habitudes répandues en la matière, cela est très peu sûr. Comme nous l'avons démontré, les acteurs de la justice administrative congolaise ne sont pas habitués au maniement de cet outil. Il n'est pas sûr que les plaideurs mettent à l'avant l'obligation pour l'administration d'user effectivement et complètement de son pouvoir d'appréciation en opportunité. Il n'est pas non plus sûr que les plaideurs puissent invoquer la disproportion manifeste de la sanction. Ce moyen est pourtant susceptible d'être utilisé dans ces cas. En réalité, les requérants souhaiteront plaider leur innocence totale plutôt que d'admettre, pour les cas où cela est vrai, qu'ils reconnaissent les faits qui leur sont reprochés mais qu'ils jugent que la sanction est disproportionnée.

900. Un autre domaine qui laisse présager l'augmentation des recours est celui des permis d'exploitation forestière et minière. L'enjeu économique et financier étant très élevé, il est très certain, à moins que des voies parallèles ne soient préférées, que les refus et l'octroi de ces permis conduiront à des recours en annulation. Ce genre de contentieux est susceptible de provoquer la mise en cause du pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'apparition progressive des requêtes en annulation dans des matières où elles étaient jadis complètement absentes augure un tournant significatif du contentieux administratif juridictionnel congolais¹¹³¹.

¹¹³¹ A titre d'illustration quelques arrêts récents : La Fédération des entreprises du Congo (FEC) a demandé l'annulation de la circulaire du ministre des finances relative aux modalités de paiement de la redevance sur les concessions ordinaires (CSJ, RA 991, 10 mars 2009) ; La société King & King Congo a demandé l'annulation des deux décrets présidentiels portant approbation de deux contrats de partage de production pétrolière (CSJ, RA 921/1043/1045, 1^{er} juin 2009) ; L'Association nationale des entreprises du portefeuille (ANEP) a demandé

901. Conclusion du deuxième titre. L'examen des moyens spécifiques au pouvoir discrétionnaire permet d'observer qu'il y a lieu d'améliorer le contrôle du pouvoir discrétionnaire par des moyens externes et par des moyens internes. Par les moyens externes, à savoir l'amélioration des contrôles des éléments liés de l'acte, de la procédure de contrôle des motifs, de la motivation des jugements et des contrôles de la décision du juge administratif, il est possible d'exercer indirectement une influence positive sur le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire. Ce sont là les voies qui sont le plus faciles à mettre directement en œuvre car elles sont à la portée du juge. Mais pour agir directement au cœur du pouvoir discrétionnaire lui-même, il faut envisager un processus d'introduction progressive des contrôles juridictionnels de l'appréciation en opportunité. Ce processus doit résulter de la sensibilisation de l'opinion et des principaux acteurs de la justice administrative sur la problématique du pouvoir discrétionnaire et de son contrôle.

902. Conclusion de la deuxième partie. L'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais exige de ratisser large. Les causes de la faiblesse du contrôle sous examen sont multiples et complexes. Les solutions doivent donc elles-mêmes être diversifiées. Elles vont des solutions les plus générales à celles qui sont les plus spécifiques au pouvoir discrétionnaire. Sur le plan général, l'amélioration du cadre juridictionnel par la garantie de l'indépendance du juge et des moyens de fonctionnement des juridictions s'impose. De même, l'amélioration de la qualité des lois et l'obligation de la motivation formelle des actes administratifs s'impose-t-elle. De manière spécifique, il s'est avéré important d'améliorer le contrôle du pouvoir discrétionnaire à partir des moyens externes et à partir des moyens internes. Les moyens externes qui assurent le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire se sont révélés les plus faciles à mettre en œuvre étant donné qu'ils sont pour la plupart déjà couramment utilisés par le juge. Les moyens internes, à savoir le contrôle direct des appréciations en opportunité se sont révélés plus difficiles car encore inconnus en droit congolais. Il a été suggéré de les introduire progressivement mais de manière prudente dans le cadre de la sensibilisation des acteurs de la justice administrative et

l'annulation de l'arrêté ministériel portant fixation des taux des frais de prestation à l'importation de l'O.C.C. (CSJ, RA 962, 19 juin 2009) ; La Société Gemotech cellulaire a demandé l'annulation d'un arrêté ministériel portant retrait des titres et fréquences par le ministère des postes et télécommunications (CSJ, RA 1041, 2 septembre 2009).

de l'opinion à la problématique du pouvoir discrétionnaire de l'administration et de son contrôle.

CONCLUSION GENERALE

903. L'administration est le cadre et l'instrument de réalisation des objectifs de la collectivité publique. Elle est dotée, à cet effet, des prérogatives importantes en vue de sa mission. Le pouvoir de modifier unilatéralement l'ordonnancement juridique par le biais de la décision administrative compte au nombre de ces prérogatives. Ce pouvoir comporte deux modalités. L'une consiste pour l'administration à appliquer dans sa décision la solution déterminée par la loi sans possibilité de choix. C'est la compétence dite liée. L'autre, en revanche, consiste pour l'administration, à apprécier librement l'opportunité de certaines décisions. Elle est plus connue sous l'expression de « pouvoir discrétionnaire ». Contrairement à la compétence liée, le pouvoir discrétionnaire est un pouvoir très délicat en raison du risque élevé d'arbitraire qui le caractérise. Il implique, en conséquence, une très grande responsabilité dans le chef de son détenteur, à savoir l'administration. L'importance de la problématique du pouvoir discrétionnaire est au cœur de tout le droit administratif. Toute l'histoire de ce dernier est celle de la mobilisation de ses ressources pour encadrer et, le cas échéant, pour censurer l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La thématique du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration revêt, à cet égard, un grand intérêt. La présente étude s'est penchée sur le contrôle qu'exerce le juge administratif congolais sur cette importante institution. L'entreprise a été principalement justifiée par le souci de comprendre le silence de la jurisprudence et de la doctrine congolaise sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire. Le contraste est très grand entre l'intérêt qu'il a suscité en Occident et l'indifférence qui lui est réservée au Congo. Il était donc important de savoir si le juge administratif congolais pratiquait le contrôle du pouvoir discrétionnaire et dans l'affirmative, de quelle manière. Les réponses à ces questions pouvaient éclairer la compréhension des fonctions du contrôle juridictionnel de l'administration au Congo et permettre d'en mesurer l'efficacité¹¹³².

904. Préalablement à l'étude proprement dite, il a été nécessaire de circonscrire le cadre théorique du « contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge administratif ». La démarche a nécessité de préciser dans un premier moment les concepts de « juge administratif » et de « pouvoir discrétionnaire ». Le juge administratif est le juge exclusivement chargé du contentieux de l'administration et surtout du contentieux de

¹¹³² Jean-Marie BRETON a posé le constat selon lequel « le déclin de la fonction juridictionnelle, ou plutôt la difficulté qu'elle a éprouvée depuis l'indépendance à occuper la place qui devrait logiquement lui revenir, sont surtout sensibles dans le domaine du contentieux administratif traditionnel », in *Le contrôle d'Etat sur le continent africain...*, déjà cité, p. 384.

l'annulation pour excès de pouvoir. Son contrôle est ainsi susceptible de porter, entre autres, sur le contentieux de l'annulation des actes pris dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Le juge administratif peut être une juridiction. C'est le cas de la section administrative de la Cour d'appel et de la Cour suprême de justice congolaises. Il peut être, en revanche, un organisme administratif auquel la loi reconnaît des attributions juridictionnelles. C'est notamment le cas de la commission nationale pour les réfugiés et de la Commission de recours au Congo. Le pouvoir discrétionnaire est, quant à lui, le pouvoir de l'administration d'apprécier librement l'opportunité de ses décisions. Il tire sa source de la loi ou de la nature des choses. Il est exprès ou implicite. Il ne résulte pas, comme l'on a eu souvent tendance à le penser, de l'absence de contrôle du juge¹¹³³. Son étendue est variable en fonction du nombre d'éléments de l'acte administratif qui sont laissés à la libre appréciation de l'administration. Son domaine est tout aussi variable. Le pouvoir discrétionnaire est une réalité évolutive¹¹³⁴. Au fur et à mesure de l'affinement des législations et de la consécration des principes généraux du droit, des matières qui étaient auparavant considérées comme relevant du pouvoir discrétionnaire rentrent progressivement dans le domaine de la compétence liée. Il demeure, néanmoins, un domaine irréductible du pouvoir discrétionnaire pour les cas qu'il est impossible de lier par une règle de droit prédéterminée. Il est important d'appréhender le pouvoir discrétionnaire dans son cadre d'exercice, c'est-à-dire l'acte administratif unilatéral. Cette approche permet de mieux percevoir l'interdépendance nécessaire entre les éléments liés et les éléments discrétionnaires de l'acte. Elle apporte un plus grand éclairage sur ce que doit être le contrôle du pouvoir discrétionnaire.

905. Les précisions qui précèdent mettent en évidence la double dimension du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif. C'est le contrôle des éléments liés et des éléments discrétionnaires de l'acte comportant exercice du pouvoir discrétionnaire. Le contrôle des éléments liés limite indirectement mais certainement l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Cette forme peut être qualifiée de contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire.

¹¹³³ Il a été démontré que la notion et l'existence du pouvoir discrétionnaire n'étaient pas contingentes au contrôle juridictionnel. Le pouvoir discrétionnaire est une notion autonome qui peut préexister au contrôle juridictionnel. En outre, le juge n'a pas la maîtrise de l'étendue du pouvoir discrétionnaire. A ce sujet, Jean-Michel GALLARDO, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Faculté de droit et des sciences économiques, 2002, pp. 16 et 17. Jean-Marie WOEHLING a parlé, quant à lui, de pouvoir discrétionnaire « anormal » pour désigner ce pouvoir qui résultait « de la retenue du juge refusant de contrôler la qualification juridique donnée par l'administration », in « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », déjà cité, p. 131.

¹¹³⁴ L'on a pu dire ainsi, au regard de l'évolution jurisprudentielle et doctrinale, que « le pouvoir discrétionnaire est une notion à géométrie variable », Jean-Michel GALLARDO, *op.cit.*, p. 21.

Il présente des atouts indéniables. Il est facile à utiliser car son énoncé est simple et ses techniques faciles. Il est empreint d'un certain automatisme. Il ne suffit, en fait, que de rentrer les faits dans le moule clairement déterminé par la loi. Il ne pèse pas sur lui le soupçon de la subjectivité. Il s'applique très largement au contrôle de tous les actes comportant exercice du pouvoir discrétionnaire. D'un point de vue statistique, la limitation du pouvoir discrétionnaire est donc essentiellement réalisée par le contrôle indirect. Mais, malgré ses atouts, le contrôle indirect est forcément limité en raison justement de son caractère indirect. Il ne peut vraiment limiter le pouvoir discrétionnaire que si l'acte administratif visé comporte un vice relatif aux éléments liés de l'acte. Par contre, il n'a aucun effet sur une appréciation en opportunité irrégulière réalisée dans le cadre d'un acte administratif qui ne peut être l'objet d'aucun reproche du point de vue de ses éléments liés. Les actes administratifs comportant exercice du pouvoir discrétionnaire paraîtront ainsi irréprochables de ce point de vue mais continueront à dégager une impression malsaine d'injustice.

906. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire limite plus directement l'exercice du pouvoir discrétionnaire. C'est, idéalement, le contrôle qui convient le mieux à la limitation du pouvoir discrétionnaire. Les techniques qu'il met en œuvre sont très subtiles. Elles visent à censurer les excès d'appréciation en opportunité sans pour autant verser dans un véritable contrôle d'opportunité. Pour ce faire, leur contrôle doit se limiter à la marge de l'opportunité. Théoriquement, certaines techniques de contrôle direct du pouvoir discrétionnaire sont véritablement des contrôles marginaux. C'est le cas du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation et du contrôle de la proportionnalité qui censurent les décisions « manifestement erronées » ou « manifestement disproportionnées ». Dans le concret, cependant, le risque que ces techniques aboutissent à un véritable contrôle d'opportunité est très élevé. D'autres techniques sont cependant, en elles-mêmes, des véritables contrôles d'opportunité. C'est le cas du contrôle du bilan coûts-avantages français qui censure pratiquement la légitimité d'une décision en se fondant sur le résultat du rapport entre les avantages et les inconvénients qu'elle présente. Il apparaît dès lors que le caractère très élaboré et très subtil des techniques du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est certes un gage d'efficacité mais en même temps une sérieuse limite à leur application concrète. Elles ne sont donc pas faciles à utiliser. Elles exigent un exercice intellectuel plus important au juge. Elles peuvent être facilement suspectées de subjectivité. Elles exposent plus facilement le juge au risque de confrontation avec l'autorité publique qui pourrait l'accuser d'empiéter son domaine de compétence qui est celui de l'appréciation de l'opportunité des décisions

publiques. L'application du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est donc forcément limitée. Ainsi, concrètement, il intervient de manière très marginale dans la limitation du pouvoir discrétionnaire.

907. Il ne saurait cependant être question de dissocier les deux dimensions du contrôle du pouvoir discrétionnaire. Elles sont complémentaires. L'on ne peut prétendre censurer adéquatement l'exercice du pouvoir discrétionnaire soit seulement avec le contrôle indirect soit seulement avec le contrôle direct. Il faut, dans la mesure du possible, recourir aux deux types de contrôle. Le contraire ne s'expliquerait d'ailleurs pas si l'on tient compte de l'impossibilité de tracer une frontière étanche entre le domaine de la légalité et le domaine de l'opportunité au sein de l'activité administrative. Il est établi qu'un contrôle approfondi de l'erreur de droit peut permettre au juge d'étendre le domaine de la compétence liée et de réduire ainsi corrélativement le domaine du pouvoir discrétionnaire. Mais, pareillement, se limiter au contrôle indirect, c'est donner libre cours aux illégalités qui se situent dans les interstices des appréciations en opportunité et qui sont très pernicieuses. D'où la nécessité de compléter le contrôle indirect par le contrôle direct dans les cas qui le requièrent.

908. Outre ses dimensions indirecte et directe, le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire est caractérisé par son intensité variable et son pragmatisme. Son intensité varie en fonction du nombre d'éléments de l'acte sur lesquels il porte. Le choix de l'intensité n'obéit cependant pas à une prévisibilité rigoureuse. Il est pragmatique. Il varie selon les cas et l'appréciation qu'en fait le juge. Cela soulève naturellement la question des critères du contrôle adéquat du pouvoir discrétionnaire. La conséquence du caractère pragmatique est qu'il n'y a pas de solution tranchée. Le contrôle adéquat n'est pas nécessairement celui qui est le plus poussé. Ce n'est pas non plus nécessairement celui qui est le plus restreint. C'est celui qui s'adapte le mieux aux caractéristiques de la décision contrôlée et aux impératifs de l'intérêt général. C'est, en d'autres termes, un contrôle complet et sérieux, un contrôle correctement exercé selon les règles de l'art. Certaines conditions sont indispensables à l'exercice du contrôle adéquat du pouvoir discrétionnaire. Il faut que le juge soit en mesure de l'exercer. Il doit, pour ce faire, jouir de l'indépendance et de l'aptitude nécessaire. Les procédures et techniques juridiques appropriées ainsi que le cadre de travail favorable doivent être disponibles.

909. Le contrôle exercé par le juge administratif congolais a été examiné à partir d'un échantillon de décisions juridictionnelles rendues entre 1971 et 2009. Cet échantillon est relativement faible. Il reflète l'état même du contentieux administratif juridictionnel. Il est toutefois suffisamment représentatif de la réalité de l'activité juridictionnelle. Trois constats majeurs se sont dégagés de l'examen des décisions du juge administratif congolais. Le premier constat est que le contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais est essentiellement un contrôle indirect. Le pouvoir discrétionnaire n'est pas l'objet d'un contrôle spécifique. Il est indirectement atteint par le contrôle des éléments liés de l'acte. Il occupe incontestablement une place marginale dans la politique jurisprudentielle du juge administratif congolais. Il est même clair que la question de la limitation du pouvoir discrétionnaire ne l'a jamais spécifiquement préoccupé. Cependant, dans le cadre d'une décision isolée, l'on a pu percevoir une sorte de contrôle implicite de l'erreur manifeste d'appréciation et la censure d'une décision déraisonnable¹¹³⁵. Il n'est toutefois pas possible, au stade actuel, d'y fonder la base d'une jurisprudence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire susceptible d'être généralisée. Le deuxième constat est que le contrôle du juge administratif congolais, même s'il est limité au contrôle indirect, joue un rôle appréciable dans la limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration. L'échantillon examiné révèle que ce sont les décisions d'annulation qui sont les plus nombreuses. Or, une grande partie de décisions annulées sont des actes comportant exercice du pouvoir discrétionnaire. L'on remarque également que le détournement de pouvoir est fréquemment censuré. Il y a de quoi être rassuré, dans une certaine mesure, puisque l'on sait que la censure du détournement de pouvoir est un mécanisme puissant de limitation du pouvoir discrétionnaire. Ainsi, grâce au contrôle indirect, le juge administratif congolais censure un nombre important d'actes administratifs irréguliers comportant l'exercice de pouvoir discrétionnaire. Il neutralise donc, par ricochet, les appréciations en opportunité éventuellement irrégulières se trouvant dans les décisions annulées.

910. Ce contrôle est très louable lorsqu'on le considère par rapport au contexte dans lequel il s'opère. Que le juge administratif annule pour détournement de pouvoir dans un environnement où règnent en maîtres absolus le trafic d'influence, les représailles ou la corruption, cela est très louable. Qu'il annule pour incompétence de l'auteur de l'acte dans un

¹¹³⁵ CSJ, R.A.458 – 7 août 2000, Société Congo Airlines, en sigle CAL sprl c/ La République démocratique du Congo prise en la personne du Ministre des transports et communications.

environnement où règnent la personnalisation du pouvoir et la résistance de l'autorité à se soumettre au pouvoir de la loi est également un acte de courage très louable. Que le juge consacre tout simplement son temps à l'examen et au traitement des dossiers malgré la modicité et l'incertitude de la rémunération de ses prestations, c'est la preuve d'une grande abnégation. La qualité de son travail serait sûrement encore meilleure si les conditions et l'environnement en étaient plus sûrs et plus dignes. Le troisième constat est, malheureusement, que le contrôle indirect est exercé avec des insuffisances certaines, réduisant davantage les chances de limitation du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Outre l'insuffisance relative à son caractère indirect et qui laisse hors d'atteinte les appréciations en opportunité situées dans les actes irréprochables du point de vue des éléments liés de l'acte, l'exercice même du contrôle par le juge administratif congolais accuse deux faiblesses importantes. La première faiblesse tient au fait que le contrôle des motifs n'est pas exercé de manière satisfaisante. Dans certains cas, soit la recherche des faits n'est pas complète, soit leur examen est superficiel. Dans d'autres cas, soit l'interprétation du droit est discutable, soit son examen est superficiel. Entre autres conséquences, de nombreuses décisions comportant exercice du pouvoir discrétionnaire échappent ainsi à toute censure à la suite de décisions d'irrecevabilité ou d'incompétence discutables. La deuxième faiblesse tient au fait que les jugements ne sont pas toujours suffisamment motivés. Dans plusieurs décisions, l'on a vu le juge établir sa décision sans avoir au préalable annoncé clairement les prémisses de son raisonnement ou avoir démontré rigoureusement que sa décision découlait d'un raisonnement cohérent et convaincant. L'on a eu ainsi parfois l'impression que le juge administratif congolais contrôlait directement les appréciations en opportunité de l'administration mais de manière implicite.

911. Deux réalités doivent être expliquées en ce qui concerne l'état du contrôle exercé par le juge administratif congolais. Il s'agit de l'absence de contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Il s'agit, également, des insuffisances relevées dans l'exercice du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire. C'est un préalable indispensable à la recherche et à la mise en œuvre des solutions efficaces. L'absence de contrôle direct du pouvoir discrétionnaire peut être imputée au cumul d'une série de facteurs du contexte congolais qui n'ont pas favorisé l'émergence d'un tel contrôle. Certains facteurs sont les causes générales de la faible mise en cause des décisions administratives. La personnalisation du pouvoir, la crainte révérencielle de l'autorité, l'analphabétisme, le coût réel des procédures contentieuses, le dysfonctionnement de la justice et l'absence d'une opinion publique avertie justifient la

modicité du contentieux administratif. D'autres facteurs justifient plus particulièrement l'absence de l'émergence d'un contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. C'est, en effet, le défaut des conditions favorables comme l'indépendance du juge, la spécialisation du juge et l'existence d'une doctrine riche en matière administrative. Le contrôle juridictionnel de l'administration est ainsi demeuré dans l'état où l'a laissé la puissance colonisatrice. Aucun progrès significatif n'a été marqué depuis l'avènement de l'indépendance. Pour des raisons de crainte politique et d'absence d'innovation intellectuelle, le juge administratif congolais s'est cantonné dans l'application mécanique du droit hérité de la colonisation. A l'époque où le Congo a accédé à son indépendance, c'est-à-dire en 1960, le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire était encore embryonnaire en France et en Belgique. C'est seulement vers les années 1970 que ce contrôle a connu son essor. Il est donc clair que le juge congolais n'a pas été en mesure de faire évoluer le droit du contentieux administratif pour les raisons précédemment évoquées.

912. La faiblesse du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire s'explique par les limites de la procédure de contrôle ainsi que par sa mise en œuvre par le juge administratif. La procédure d'instruction de la requête est très sommaire. Elle ne garantit pas la recherche et l'examen complets des motifs. Le contrôle des décisions du juge administratif est lui-même très limité. De nombreuses décisions du juge administratif sont à l'abri d'un éventuel réexamen dans la mesure où les décisions de la section administrative de la Cour suprême de justice ne sont susceptibles ni d'appel ni de cassation. L'on peut également regretter la quasi-absence d'influence de la jurisprudence constitutionnelle et internationale sur les décisions du juge administratif congolais. Tels sont, brièvement, les principaux problèmes qui justifient la faiblesse du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais. L'avènement d'un bon contrôle du pouvoir discrétionnaire dépend de solutions qui peuvent être apportées aux problèmes identifiés.

913. L'examen du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais a révélé des problèmes multiples et variés qui appellent des solutions tout aussi variées. Les solutions préconisées s'inscrivent dans deux axes complémentaires. Le premier axe consiste en l'amélioration du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire. Cela se justifie au regard du rôle éminent que ce contrôle joue et qu'il sera toujours appelé à jouer, malgré les limites qui sont les siennes, dans la limitation du pouvoir discrétionnaire. Il demeurera sans doute encore pour longtemps l'unique possibilité de limitation juridictionnelle du pouvoir discrétionnaire

au Congo. Le second axe consiste en la projection des conditions d'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire. Les limites intrinsèques du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire exigent de le compléter par le contrôle direct. L'impératif contemporain d'aligner les administrations nationales sur les standards de bonne gestion implique absolument l'amélioration des techniques de contrôle, dont les techniques du contrôle juridictionnel direct du pouvoir discrétionnaire.

914. Les solutions proposées sont d'une part des conditions d'ordre général et d'autre part des conditions spécifiques au contrôle du pouvoir discrétionnaire. Les conditions d'ordre général sont très variées et englobent aussi bien les aspects sociaux, politiques, économiques que juridiques. Pour des raisons évidentes, seuls les aspects juridiques ont été développés. Et même au sein de ces derniers, seuls ont été retenus ceux qui ont un lien relativement étroit avec l'exercice ou le contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Ont été ainsi développées les conditions relatives aux cadres juridictionnel et normatif. Les propositions concernant le cadre juridictionnel ont simplement visé à assurer que le juge administratif congolais chargé du contrôle du pouvoir discrétionnaire soit un véritable juge jouissant de l'indépendance, de l'aptitude et des moyens nécessaires à l'accomplissement de cette délicate mission. En ce qui concerne l'indépendance du juge, deux voies ont été proposées. La première consiste à assurer la désignation des responsables du Conseil supérieur de la magistrature par l'élection de leurs pairs. Cela permettrait de réduire leur allégeance envers le Président de la République qui est leur autorité de nomination. Cette proposition se justifie par le fait que les juges sont nommés par le Président de la République sur proposition du Conseil supérieur de la magistrature. La deuxième voie consiste à assurer l'effectivité de garanties matérielles et de la protection du juge contre toutes sortes de menaces et atteintes. En ce qui concerne l'aptitude du juge à réaliser sa mission, il a été proposé de renforcer la spécialisation de la juridiction administrative, prévue par la réforme de la justice administrative en cours, par la spécialisation du juge en matière administrative. Une formation spécialisée pourrait être organisée à cet effet dans le cadre de l'Ecole supérieure de la magistrature dont la création a été prévue par la loi. Elle pourra être renforcée par le principe du rattachement exclusif des magistrats de l'ordre administratif aux juridictions administratives.

915. Les propositions concernant l'amélioration du cadre normatif ont visé à assurer la disponibilité des textes dont la qualité permettra une interprétation et une application aisée par le juge administratif. Il a été proposé à cet effet l'institution de la consultation systématique et

obligatoire d'un conseil de législation dans le processus de l'élaboration des actes législatifs et réglementaires. Il a été, en outre, suggéré de généraliser l'obligation de motivation formelle des actes administratifs unilatéraux en vue de rendre plus aisé le contrôle juridictionnel des motifs des actes comportant exercice de pouvoir discrétionnaire.

916. Les conditions spécifiques au contrôle du pouvoir discrétionnaire sont réparties en deux branches. La première branche concerne les conditions relatives au contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire. En réalité, elles débordent le champ du contrôle indirect. Elles visent à assurer la bonne qualité du contrôle juridictionnel de l'administration pris dans son ensemble. Elles comportent deux facettes. La première facette poursuit l'amélioration des procédés du contrôle du juge administratif congolais sur trois points. Elle invite le juge à exercer un contrôle complet et sérieux des éléments liés de l'acte. Le contrôle souvent superficiel qu'il exerce réduit de beaucoup les possibilités d'une limitation sérieuse du pouvoir discrétionnaire. Elle poursuit l'amélioration de la procédure d'instruction. Il est proposé, à cet effet, le renforcement de l'exigence du dossier administratif, l'institution d'une phase de contre vérification et le réaménagement du rôle du ministère public dans la procédure d'instruction. Il a été, enfin, proposé une meilleure détermination des critères de la motivation des jugements. La deuxième facette vise à assurer que les décisions du juge administratif soient l'objet d'un contrôle effectif pour accroître les chances d'en améliorer la qualité. Il a été suggéré, à cet effet, d'exploiter à bon escient les atouts des contrôles du juge de cassation, du juge constitutionnel et du juge international.

917. La seconde branche des solutions spécifiques au contrôle du pouvoir discrétionnaire s'est limitée, pour des raisons évidentes, à l'examen des projections des conditions du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais. Deux conditions se sont avérées indispensables pour l'émergence de ce contrôle en droit congolais. La première condition est celle de la nécessité et de la compatibilité du contrôle avec le système juridique congolais. Il est apparu que ces deux exigences étaient toutes réunies. Le contrôle direct est nécessaire par le seul fait que l'administration congolaise met en œuvre son pouvoir discrétionnaire qui ne peut être suffisamment contrôlé par le contrôle indirect. Les techniques du contrôle direct sont compatibles avec le droit congolais. Les principes de légalité et de liberté dont l'arbitrage donne naissance à ces techniques y sont bien ancrés. En outre, le recours pour excès de pouvoir, dans le cadre duquel les techniques du contrôle direct sont utilisées, est bien connu en droit congolais. La seconde condition est celle de la mise en route

du processus d'émergence du contrôle direct. Elle suppose que les juges et autres acteurs clés de la justice administrative soient préparés à accueillir et à utiliser les techniques du contrôle direct. La formation et la sensibilisation à la problématique du pouvoir discrétionnaire et de son contrôle devront être menées à cet effet. Il s'est dégagé de ces préalables que l'émergence des techniques du contrôle direct ne doit pas être attendue à court terme. Elle nécessitera un temps suffisant de maturation de l'idée dans la doctrine et la jurisprudence administratives congolaises. L'émergence des techniques du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire, une perspective certes séduisante, suscite cependant l'inquiétude. Le manque d'expérience et le risque de surpondérer le rôle de ce contrôle est susceptible de plonger dans le système de gouvernement de juges, ce qui n'est absolument pas le but du contrôle juridictionnel de l'administration. Il est donc nécessaire d'attirer l'attention sur la nécessité de faire montre de prudence et de modération dans leur usage.

918. Un triple questionnement s'impose au terme de la présentation des résultats de cette étude. Quelles sont les chances de réalisation des mesures préconisées ? Quelle est la pertinence du débat engagé au regard des enjeux scientifiques et sociopolitiques de l'heure ? Quelles sont, enfin, les perspectives qui se dessinent pour les recherches ultérieures ?

919. Le nombre et la nature des mesures proposées en vue de l'amélioration du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire sont révélateurs de la hauteur des défis¹¹³⁶. Les défis liés à la situation sécuritaire et à l'intégrité morale et professionnelle¹¹³⁷ de différents acteurs de la justice administrative s'imposent de manière générale. En outre, la mise en œuvre de la plupart des solutions préconisées exige du temps et des moyens. En effet, trois types d'interventions doivent être réalisés. Certaines solutions appellent des interventions législatives. Le législateur sera requis pour l'organisation des juridictions de l'ordre administratif, pour la consultation systématique d'un conseil de législation en matière d'élaboration des textes juridiques, pour la généralisation de l'obligation de motivation

¹¹³⁶ Il n'y a pas lieu, cependant, d'abandonner devant le poids de la tâche. Paul-Marie GAUDEMET dit à ce sujet que « si la fonction de contrôle est particulièrement difficile à remplir en Afrique, elle est aussi particulièrement nécessaire à assumer », Préface à Jean-Marie BRETON, *Le contrôle d'Etat sur le continent africain (Contribution à une théorie des contrôles administratifs et financiers dans les pays en voie de développement)*, Paris, LGDJ ; Dakar, Nouvelles éditions africaines, 1978, p. I.

¹¹³⁷ L'on a si pertinemment fait remarquer que « la garantie de l'impartialité du juge tient avant tout dans les qualités personnelles de chacun des membres du Conseil d'Etat », Martine LOMBARD, « La face immergée de la procédure d'instruction devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 501-515.

formelle des actes administratifs, pour la modification de la procédure d'instruction des requêtes et pour l'introduction de la cassation administrative. De tous ces points, il n'y a qu'un projet relativement avancé de la loi portant organisation, fonctionnement et procédure des juridictions de l'ordre administratif. Encore faut-il qu'il soit adopté au niveau du parlement, promulgué et publié au journal officiel. Pour les autres points, il faut d'abord en faire accepter l'idée. D'autres solutions nécessitent un véritable travail de formation et de sensibilisation des acteurs de la justice administrative aux techniques de contrôle juridictionnel de l'administration. Elles supposent la conception et la mise en œuvre des projets y afférents. Elles supposent également la disponibilité des ressources humaines, financières et matérielles appropriées. En outre, il s'écoulera encore du temps avant la manifestation concrète des effets de la formation et de la sensibilisation. D'autres solutions, enfin, nécessitent la construction, l'aménagement et l'équipement des infrastructures destinées à abriter les services des juridictions administratives. Toutes ces opérations exigeront du temps et des moyens. Il serait donc illusoire de s'attendre à des résultats significatifs à court terme. Le réalisme commande plutôt d'inscrire toutes ces solutions dans le cadre d'un plan de développement de la justice administrative qui définirait les objectifs, les échéances et les moyens. En définitive, l'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif congolais doit être envisagée dans le cadre d'un processus. Il faudra certes encore une réelle volonté politique pour enclencher le processus. Cette donnée est très difficile à mesurer. Mais le ton semble avoir déjà été donné par le constituant lorsqu'il a prévu l'organisation d'un ordre juridictionnel administratif autonome. Les recommandations ci-après s'imposent. La conception et la mise en œuvre le plus tôt possible d'un plan de développement de la justice administrative par les pouvoirs publics avec un accent particulier sur l'amélioration des techniques de contrôle juridictionnel¹¹³⁸. L'affinement par les plaideurs, et surtout les avocats, des moyens d'annulation développés dans les requêtes adressées aux juridictions. Le rôle des avocats est capital car généralement la subtilité et la pertinence des jugements rendus par les juridictions sont fonction de la subtilité et de la pertinence des moyens développés dans les requêtes. Le juge administratif ne censurera presque jamais une illégalité relative à l'appréciation en opportunité si elle n'a pas été expressément visée par la requête. Les avocats ont donc une grande responsabilité de ce point de vue pour inciter les

¹¹³⁸ Si la mise en place des juridictions de l'ordre administratif est évoquée dans le plan d'action pour la réforme de la justice, sans aucune précision d'ailleurs sur les modalités et les échéances, il n'est nullement fait mention au plan de développement de la justice administrative. Voir à ce sujet, MINISTRE DE LA JUSTICE (République Démocratique du Congo), *Plan d'actions pour la réforme de la justice*, Kinshasa, 2007, p. 35 sur le site <http://www.justice.gov.cd/j/dmdocuments/pdaction.pdf> (consulté le 23 mars 2010).

juges à se prononcer sur le caractère déraisonnable ou disproportionnée de la décision attaquée. Les universités doivent s'engager à poursuivre des recherches pointues sur le sujet du pouvoir de l'administration afin de contribuer par leurs résultats à l'amélioration des interventions administratives et des procédures de contrôle. Les organisations de la société civile doivent, quant à elles, s'engager à sensibiliser les citoyens sur le rôle de l'administration ainsi que sur les modalités de ses interventions en mettant en évidence leurs subtilités afin d'attirer progressivement l'attention sur l'intérêt et sur les risques du pouvoir discrétionnaire.

920. En ce qui concerne la pertinence du débat engagé par rapport aux enjeux scientifiques et sociopolitiques de l'heure, il y a lieu de noter que la présente étude apporte une certaine contribution à la science du droit administratif et que le sujet développé occupe une place centrale dans le processus actuel de la refondation de l'Etat congolais. Sur le plan de la science du droit administratif, cette recherche dévoile, de manière générale, le travail du juge administratif congolais qui est jusqu'à présent très peu étudié. Mais de manière particulière, elle a permis de comprendre trois réalités. Primo, au regard de l'impossibilité de tracer une frontière étanche entre le domaine de la légalité et celui de l'opportunité de l'action administrative, le contrôle du pouvoir discrétionnaire implique nécessairement le double contrôle des éléments liés et des éléments non liés de l'acte. Limité à un seul de ces aspects, il serait incomplet et, partant, n'atteindrait pas suffisamment son but. Secundo, l'élaboration et l'application des techniques du contrôle direct de l'appréciation en opportunité de l'action administrative nécessitent une construction intellectuelle délicate et suffisamment d'indépendance de la part du juge par rapport aux pouvoirs publics. Le développement du contrôle du pouvoir discrétionnaire est ainsi largement tributaire du poids des facteurs contextuels. L'exemple du Congo le prouve à suffisance ainsi que cela a été précédemment démontré. Tertio, dans le prolongement du constat précédent, la réception d'un droit, pour être complète, doit englober les règles et les institutions mais aussi et surtout les représentations sociales, politiques et philosophiques qui leur servent de fondement. La réception complète d'un droit étant le gage de son applicabilité et de son développement. Le droit administratif occidental est fondé sur les valeurs du libéralisme et de la démocratie. Si ses règles et ses institutions ont été reçues dans les pays d'Afrique noire, dont le Congo, les valeurs occidentales du libéralisme et de la démocratie sur lesquelles il se fonde ne l'ont pas été, du moins pas entièrement. Le droit administratif reçu est une image figée du modèle hérité. Les résultats de cette recherche corroborent ce constat. A l'époque où le Congo a hérité

d'un contrôle juridictionnel de l'administration, seul le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire était possible. Aujourd'hui encore la situation est demeurée inchangée alors qu'en Occident d'immenses progrès ont été apportés au modèle initial.

921. Sur le plan des enjeux sociopolitiques de l'heure, la question du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration occupe une place centrale dans la double dimension interne et internationale du processus actuel de la refondation de l'Etat congolais. La dimension interne affiche un nombre impressionnant de réformes engagées dans presque tous les secteurs de la vie nationale¹¹³⁹. L'on peut citer, à titre indicatif, la décentralisation politique et administrative¹¹⁴⁰, la réforme des secteurs de la justice¹¹⁴¹, de la santé¹¹⁴², de la sécurité¹¹⁴³, de l'administration publique¹¹⁴⁴, etc. De grandes actions sont envisagées comme la lutte contre la pauvreté¹¹⁴⁵, la lutte contre la corruption et l'impunité, la reconstruction des infrastructures et des moyens de communication, etc. Ces réformes et actions ne peuvent être réalisées que grâce et par une administration qui fonctionne correctement. Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire intéresse à ce titre les réformes et actions envisagées. En effet, il est clair que les pouvoirs de l'administration vont sensiblement augmenter du fait du nombre élevé de projets à réaliser. Il est important de prévoir des garde-fous dont, entre autres, le contrôle juridictionnel. Il faut, par ailleurs, se rappeler que le contrôle de l'administration est l'un des gages les plus importants de son efficacité.

922. La dimension internationale de ce processus met aussi à l'avant-plan l'impératif d'organiser une administration efficace et crédible. Le contrôle du pouvoir discrétionnaire de

¹¹³⁹ Lire à ce sujet Théodore TREFON (dir.), *Réforme au Congo (RDC). Attentes et désillusions*, Paris, L'Harmattan, 2009.

¹¹⁴⁰ La réforme est suffisamment avancée sur le plan juridique. Les lois organiques sur la libre administration des provinces, sur les entités territoriales décentralisées et sur les entités déconcentrées ont déjà été promulguées et publiées au journal officiel. Plusieurs défis doivent encore être relevés notamment la décentralisation financière. A ce sujet, PNUD-RDC, *Gouvernance locale. Aide-mémoire à la mission de formulation*, Kinshasa, 2007, p. 2, sur le site <http://www.afrimap.org/english/images/documents/PNUD%20-%20Aide-memoire%20sur%20la%20gouvernance%20locale.pdf> (Consulté le 23 mars 2010).

¹¹⁴¹ MINISTERE DE LA JUSTICE (RDC), *Plan d'actions pour la réforme de la justice*, Kinshasa, 2007 sur <http://www.justice.gov.cd/i/dmdocuments/pdaction.pdf> (Consulté le 23 mars 2010).

¹¹⁴² MINISTERE DE LA SANTE (RDC), *Plan directeur du développement sanitaire*, Kinshasa, 2009, sur http://www.minisanterdc.cd/article_detail.php?id_article=24 (Consulté le 23 mars 2010).

¹¹⁴³ Lire à ce sujet la note d'analyse de Pamphile SEBAHARA, *La réforme du secteur de la sécurité en RD Congo*, Bruxelles, GRIP, 2006 sur le site <http://www.grip.org/bdg/g4600.html> (Consulté le 23 mars 2010).

¹¹⁴⁴ La revue et l'analyse des initiatives déjà engagées dans ce secteur sont proposées par Raphaël DIUMASUMBU MUKANGA, « Réforme administrative de la République démocratique du Congo : leçons et travers du passé », *Afrique contemporaine* 2008/3, N° 227, p. 95-106.

¹¹⁴⁵ Lire le commentaire de la stratégie par Arnaud ZACHARIE, *La stratégie DSRP-PPTE en R.D. Congo*, Bruxelles, Juillet 2003 sur www.atol.be/port/rdc/documents/CNCDEtudeDSRPRDC.doc (Consulté le 23 mars 2010).

l'administration y joue un rôle majeur. Tout le processus de refondation de l'Etat congolais est pour une large part tributaire de l'appui international¹¹⁴⁶. Cet appui est multiforme. Il est humain, financier, matériel et méthodologique. L'on peut citer, à titre d'illustration, l'organisation des élections démocratiques, la réforme des secteurs de la sécurité, de la justice, la réforme des secteurs miniers et forestiers, etc. La concrétisation de l'appui est soumise à des conditionnalités qui peuvent se résumer dans l'application, par le Congo, des principes de bonne gouvernance et de bonne administration¹¹⁴⁷. Cela signifie, en d'autres termes, que pour continuer à bénéficier de l'appui international, le Congo devra fournir la garantie que son administration est capable d'assurer correctement ses missions dans les secteurs concernés par l'appui. Or, cela n'est possible que si elle utilise ses pouvoirs avec discernement. Ses décisions doivent être régulières, raisonnables et proportionnées. L'une des garanties de la qualité des décisions de l'administration est l'existence des mécanismes efficaces de contrôle. C'est à ce niveau qu'un contrôle sérieux du pouvoir discrétionnaire prend tout son sens. Le Congo doit donc disposer d'une administration dont l'efficacité est garantie par l'existence d'un contrôle juridictionnel fiable. Le contrôle juridictionnel sérieux du pouvoir discrétionnaire de l'administration devient dans ces conditions incontournable.

923. Il convient à présent, au terme de cette étude, de s'interroger sur les perspectives de recherche ultérieure. Trois pistes peuvent être explorées. Premièrement, cette étude rappelle constamment que la vie du droit administratif au Congo est un champ très peu défriché. C'est aussi le cas dans la plupart de pays d'Afrique noire. Des recherches devraient être multipliées pour éclairer davantage notamment l'état de la législation et d'autres sources du droit administratif, l'organisation territoriale et administrative, l'élaboration et l'exécution de la décision administrative, le service public et le contentieux administratif. Il y a lieu, en effet, de déplorer cette habitude qui consiste à engager des réformes dans le secteur de l'administration sans avoir jamais cherché à approfondir la connaissance des règles qui s'y

¹¹⁴⁶ A titre d'illustration, dans le budget 2010, les recettes extérieures représentent 46,3% des recettes totales. Elles sont allouées par la B.M., la B.A.D., l'U.E., le PNUD, le F.A.O., l'USAID, l'UNICEF, la MONUC, l'Afrique du Sud, les Etats-Unis, le Canada, la Chine, l'Allemagne, la Belgique, la France, le Royaume-Uni, l'Italie, la Suède, la Norvège, les Pays-Bas, etc. Voir à ce sujet l'exposé des motifs de la Loi n°10/001 du 25 janvier 2010 portant budget de l'Etat pour l'exercice 2010.

¹¹⁴⁷ C'est ainsi que la Banque mondiale indique les opérations à l'appui de politique de développement d'un pays sous réserve des progrès qui auront pu être accomplis au plan de l'amélioration de la gouvernance, en général, et de la gestion des finances publiques en particulier. A ce sujet, lire ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DEVELOPPEMENT, *Stratégie d'assistance-pays pour la République démocratique du Congo pour la période 2008-2011*, Volume 1, 16 novembre 2007.

appliquent. Comment peut-on, en effet, améliorer un droit peu ou pas connu ? Ce problème justifie en partie l'impasse dans laquelle se trouve aujourd'hui le processus de la décentralisation au Congo. L'on s'est seulement rendu compte plus tard, en effet, que tous les paramètres nécessaires n'avaient pas encore été suffisamment déterminés avant la retenue à la source des 40% des recettes à caractère national par les provinces ou avant la mise en œuvre du découpage territorial. Deuxièmement, le décalage sociopolitique et culturel entre l'origine occidentale du droit administratif et son application dans les pays d'Afrique noire a été identifié comme l'une des causes de la faiblesse du contrôle juridictionnel de l'administration en général et du pouvoir discrétionnaire en particulier. Il serait souhaitable d'approfondir la recherche sur les possibilités d'adaptation du droit administratif aux représentations locales dans le but d'en favoriser l'appropriation et le développement¹¹⁴⁸. La troisième piste part de l'interrogation de savoir si les mesures préconisées par cette étude permettront la réalisation des objectifs assignés à tout contrôle de l'administration à savoir le respect des droits des particuliers et la rationalisation de l'action administrative. Les résultats susceptibles d'être atteints ne doivent pas être surestimés. L'amélioration du contrôle du pouvoir discrétionnaire, qui est par essence une quête permanente, n'est pas suffisante en soi. Le rôle du contrôle juridictionnel de l'administration ne doit pas être surpondéré et encore moins celui du contrôle du pouvoir discrétionnaire qui n'en est qu'un des aspects. C'est un contrôle a posteriori. Il n'intervient que pour des cas pathologiques signalés au juge. De nombreux cas n'arrivent pas au juge. Ce contrôle ne réalise donc qu'une part réduite de la mission globale du contrôle de l'administration. L'on a pu faire remarquer à ce sujet que « de toute manière le juge ne peut ni exercer un contrôle sur l'ensemble de l'activité administrative ni même effacer toutes les conséquences des erreurs qu'il constate »¹¹⁴⁹. La présente étude devrait donc être complétée par des recherches ultérieures sur les autres aspects du contrôle de l'administration qu'il s'agisse des contrôles politiques ou des contrôles administratifs. A ce dernier sujet, une recherche sur les contrôles internes à l'administration permettrait de proposer des solutions

¹¹⁴⁸ Si, comme le suggère Yves GAUDEMET, un système de droit n'est pas « reproductible en dehors de son contexte historique et national », alors, il n'y a d'autre alternative que d'en rechercher les voies d'adaptation au contexte historique et national du milieu d'accueil. Lire à ce sujet, « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe », *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999, p. 431 ; Paul-Marie GAUDEMET fait observer que les études sur l'aménagement des contrôles « s'étaient jusqu'ici généralement limitées à l'étude des contrôles des pays industrialisés. Or, les expériences menées en Europe ou aux Etats-Unis ne sont guère transposables en Afrique, tant il est vrai que les mécanismes de contrôle doivent être adaptés aux « structures mentales et sociales ». C'est de la connaissance des systèmes de contrôle pratiqués en Afrique que les réformateurs africains ont besoin, non pas des techniques élaborées mises en place avec plus ou moins de succès dans les grands pays industriels », Préface à Jean-Marie BRETON, *Le contrôle d'Etat sur le continent africain ...*, déjà cité, p. II.

¹¹⁴⁹ Suzanne GREVISSE, « Essai d'analyse du pouvoir discrétionnaire dans l'administration française », déjà cité, p. 297.

directement applicables par l'administration congolaise elle-même en vue de prévenir ou de corriger les imperfections de son action. Elle sera ainsi en mesure de relever les innombrables défis auxquels elle fait face et qui se résument dans une meilleure satisfaction des exigences de l'intérêt général.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

ANDERSEN Robert (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs. Loi du 29 juillet 1991*, La Charte, 1992.

BIBOMBE MUAMBA, *La protection juridictionnelle du citoyen à l'égard de l'administration du Zaïre*, Thèse de doctorat Droit, Paris I, 1975.

BLERO Bernard (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Actes du colloque organisé les 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul TAPIE, Premier Président du Conseil d'Etat et Président du Centre de droit public, Bruylant, Bruxelles, 1999.

BONNARD Roger, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Etude de droit administratif comparé*, Paris, Dalloz, 2006 (réédition de celle de 1934).

BOSHAB Evariste, *La contractualisation du droit de la fonction publique. Une étude de droit comparé Belgique-Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2001.

BRACONNIER Stéphane, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 1997

BRAIBANT Guy, QUESTIAUX Nicole, WIENER Céline, *Le contrôle de l'administration et la protection des citoyens. Etude comparative*, Paris, Cujas, 1973.

BRAIBANT Guy, STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, 7^{ème} édition revue et mise à jour, Paris, Presses de Sciences politiques et Dalloz, 2005.

BRAUN Antoine et MOREAU François, *La profession d'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1985.

BRETON Jean-Marie, *Le contrôle d'Etat sur le continent africain (contribution à une théorie des contrôles administratifs dans les pays en voie de développement)*, Paris, LGDJ, Dakar, Nouvelles éditions africaines, 1978.

BURLET Jacques de, *Précis de droit administratif congolais*, Kinshasa, Université Lovanium, 1969.

BYVOET J., *Légistique formelle (technique législative)*, UGA, Heule, 1971.

CAMBIER Cyr, *Principes du contentieux administratif. 1, Le juge dans l'Etat, le contrôle judiciaire de l'administration*, Bruxelles, Larcier, 1961.

CAMBIER Cyr, *Principes du contentieux administratif. 2, Les juridictions administratives et les organes d'administration contentieuse*, Bruxelles, Larcier, 1964.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome Ier, 13^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 1999.

CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, 12^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2006.

CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, I, Organisation, finalités, procédure*, Paris, Economica, 1988, 437 pages.

CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, 437 pages.

DAEL Serge, *Contentieux administratif*, Paris, Thémis, PUF, 2006.

DEBBASCH Charles et RICCI Jean-Claude, *Contentieux administratif*, 6^e édition, Paris, Dalloz, 1994.

DELVOLVE Pierre, *Le droit administratif*, 3^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2002.

DOSSOUMON Samson, *Fonctions du contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays en voie de développement (Cas des pays francophones d'Afrique noire)*, Thèse pour le doctorat de troisième cycle, Université d'Orléans, Faculté de droit et des sciences économiques, 1983.

DROOGHENBROECK Sébastien van, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, FUSL, 2001.

DUEZ P., *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1935.

DUPUIS Georges, GUEDON Marie-José, CHRETIEN Patrice, *Droit administratif*, 8^e édition, Paris, Dalloz, Armand-Colin, 2002, 657 pages.

DUSSAULT René, BORGÉAT Louis, *Traité de droit administratif*, Volume 2, Québec, Presses de l'Université de Laval, 1984-1986.

FLAMME Maurice-André, *Droit administratif*, Tome 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1989.

FOULQUIER Norbert, *Les droits publics subjectifs des administrés. Emergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2003.

FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Précis de droit administratif*, 4^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2006.

FROMONT Michel, *Droit administratif des Etats européens*, Paris, Thémis, PUF, 2006.

GALLARDO Jean-Michel, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le juge de l'excès de pouvoir*, Thèse, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Faculté de droit, d'économie et de gestion, 2002.

GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., *La motivation des jugements*, Xème congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Budapest, août 1978, Presses Universitaires de Bruxelles, 1978.

GAUDEMET Yves, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.

GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, LGDJ, 2005.

GILISSEN John (dir.), *L'organisation judiciaire en Afrique noire. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1969, 290 pages.

GOFFAUX Patrick, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

GREER Steven, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, juillet 2000.

HEBETTE Louis, PETIT Lambert, *Les Codes du Congo*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, Paris, Pedone, 1892.

JADOUL P., DROGNHENBROECK S. VAN., *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2005.

JEZE Gaston, *Les principes généraux du droit administratif. La technique juridique du droit public français. Tome I*, Paris, Dalloz, 2005.

KABANGE NTABALA Clément, *Droit administratif*, T.I, Kinshasa, Publications des Facultés de droit des Universités du Congo (RDC), Novembre 2005, ISBN : 99951-32-3-5.

KABANGE NTABALA Clément, *Droit administratif, T.II, Le statut de la fonction publique en République démocratique du Congo. Genèse, évolution, problèmes et solutions proposées*, Kinshasa, Imprimerie Saint-Paul, 2000.

KABANGE NTABALA Clément, *Droit administratif, T.III, Genèse et évolution de l'organisation territoriale, politique et administrative en République démocratique du Congo, de l'Etat indépendant du Congo à nos jours et perspectives d'avenir*, Kinshasa, Imprimerie Saint-Paul Limete, 303 pages.

KALUBA DIBWA Dieudonné, *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit public congolais. Lecture critique de certaines décisions de la cour suprême de justice avant la constitution du 18 février 2006*, Kinshasa, Editions Eucalyptus, 2006.

KILENDA KAKENGI BASILA Jean-Pierre, *L’Affaire des 315 magistrats de Kinshasa. Une purge néo mobutiste*, Paris, L’Harmattan, 2004.

LAGASSE Dominique, *L’erreur manifeste d’appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l’administration*, Bruxelles, Bruylant, 1986.

LANGAVANT Emmanuel, ROUAULT Marie-Christine, *Le contentieux administratif*, Paris, Masson, 1987.

LE BERRE Hugues, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Ellipses, 2002, 238 pages.

LEMASURIER Jeanne, *Le contentieux administratif en droit comparé*, Paris, Economica, 2001.

LEROY Michel, *Contentieux administratif*, 3^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2004.

LEROY Michel, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2008.

LEURQUIN de VISSCHER Françoise, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991.

LEWALLE Paul, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Editions Larcier, 2002.

LEWALLE Paul (avec la collaboration de Luc DONNAY), *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2008.

LOSCHAK Danièle, *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1972.

MABANGA MONGA MABANGA, *Le contentieux constitutionnel congolais*, Kinshasa, Ed. Universitaires Africaines, 1999.

MAILLOT Jean-Marc, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Paris, Dalloz, 2003.

MATADI NENGA GAMANDA, *Droit judiciaire privé*, Louvain-la-neuve, Académia Bruylant, 2006.

MESCHERIAKOFF Alain Serge, *Le droit administratif ivoirien*, Paris, Economica, 1982.

MOUDOUDOU Placide, *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2003.

MUHINDO MALONGA Téléphore, KAVUSA KALEMBA Valère, KASEREKA MAKIROMBO Nelson, *Introduction au droit congolais du contentieux administratif*, Butembo, PUG-CRIG, 2008.

MURUHUKA Cédric, *De l'évolution des compétences de la Cour suprême de justice : de la Constitution de la transition à la Constitution de la troisième république*, Mémoire, Université Protestante du Congo.

MUSHIGO-A-GAZANGA GIGOMBE Ruffin, *Le contentieux administratif dans le système juridique de la République démocratique du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2003.

MUSHIGO-A-GAZANGA GIGOMBE Ruffin, *Les principes généraux du droit et leurs applications par la Cour suprême de justice du Congo*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, 2002.

NIMY MAIDIKA NGIMBI José Patrick, *Je ne renie rien. Je raconte...L'histoire d'un parcours sur un parcours d'histoires*, Paris, L'harmattan, 2006

ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Tome I, Paris, Dalloz, 2007.

ODENT Raymond, *Contentieux administratif*, Tome II, Paris, Dalloz, 2007.

PACTEAU Bernard, *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 7^e édition refondue, 2005.

PACTEAU Bernard, *Manuel de contentieux administratif*, Paris, PUF, 2006.

PEISER Gustave, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 1990.

PEISER Gustave, *Droit administratif général*, 21^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2002.

PERELMAN Chaïm (dir.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1984.

PHILIPPE Xavier, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

REMONDO Max, *Le droit administratif gabonais*, Paris, LGDJ, 1987.

RENDERS David (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011.

RIVERO Jean, WALINE Jean, *Droit administratif*, 21^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006.

ROUQUETTE Rémi, *Petit traité du procès administratif*, Paris, Dalloz, 2006.

RUBBENS Antoine, *Le droit judiciaire congolais. Tome I. Le pouvoir, l'organisation et la compétence judiciaires*, Kinshasa, Université Lovanium ; Bruxelles, Larcier, 1970.

SCHWARTZE Jurgën, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

SERVICES DU PREMIER MINISTRE, *Traité de légistique formelle*, Bruxelles, 1982.

STAVROULA KTISTAKI, *L'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif*, Paris, L.G.D.J, 1991.

TOUCHARD G. et LOUWERS O., *Jurisprudence de l'Etat indépendant du Congo*, t. Ier, 1890-1904, Bruxelles, P. Weissenbruch, Imprimeur du Roi, 1905 et t. II , 1904-1910.

TURPIN Dominique, *Contentieux administratif*, 4^{ème} édition, Paris, Hachette, 2007.

VELGE Henri, *La loi du 23 décembre 1946 instituant en Belgique le Conseil d'État : préparation des lois, contentieux administratif, recours contre les excès de pouvoir, commentaire législatif et doctrinal*, Bruxelles : Bruylant, 1947.

VLACHOS Georges, *Principes généraux du droit administratif*, Paris, Edition Marketing, 1993.

VUNDUAWE te PEMAKO Félix, *Traité de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2007.

WASENDA N'SONGO Corneille, *Contentieux administratif congolais. Essai d'analyse de doctrine et de jurisprudence*, Kinshasa, Collection Information juridiques, 1998.

YUMA BIABA, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la protection des droits de l'homme en République Démocratique du Congo*, Thèse de doctorat, Kinshasa, Université Catholique de Kinshasa, 2007.

II. ARTICLES

ABANDA ATANGANA Anicet, « A la recherche d'un cadre juridique approprié pour une meilleure protection des droits des administrés au Cameroun », *Penant*, 105, 1995 (817-819).

ANDERSEN Robert, LEWALLE Paul, « La motivation formelle des actes administratifs », *Administration publique*, 1993.

ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, « Les organes chargés de juger l'administration », *RFDA*, mars-avril, 2008, pp.241-251.

ANONYME, « Démocratie et valeurs. Quelle stratégie dans une société pluraliste ? », perso.infonie.be/le.feu/ms/cfr/demvalfr.pdf (Consulté le 22 janvier 2010).

AUVRET-FINCK J., « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *R.D.P.*, 1995.

BAECQUE Francis de, « Le contrôle juridictionnel sur la légalité des actes unilatéraux de l'administration publique », *Rapports généraux des congrès, Association internationale de hautes juridictions administratives*, Paris, 1983, Ier Congrès.

BAILLEUL David, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA*, 13 septembre 2004, pp. 1626-1630.

BALANDA Gérard, « L'organisation judiciaire chez les Basakata, les Badja et les Baboma », in John GILISSEN (dir.), *L'organisation judiciaire en Afrique noire. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1969, 290 pages.

BALANDA MIKUIN LELIEL, « Les options ou orientations relatives aux juridictions de l'ordre administratif », Kinshasa, Inédit, Le 20 février 2006.

BALANDA MIKUIN LELIEL, « Procédure et compétence administrative de la Cour suprême de Justice du Zaïre », *RJZ*, 1990-1991.

BAYONA BA MEYA MUNA KINVIMBA, « Exécution des condamnations civiles contre la République et autres personnes morales de droit public », *RJZ*, 60^{ème} année.

BERTHIER Laurent, « Regards européens sur l'idée de qualité des décisions de la justice administrative », *RFDA*, Mars-Avril 2008.

BIBOMBE MUAMBA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *R.J.Z.*, 60^{ème} année, Année non précisée.

BIBOMBE MUAMBA, « La jurisprudence de la Cour suprême zaïroise en matière de contentieux administratif (d'annulation et de responsabilité) », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988.

BIPOUM-WOUM J.M., « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les Etats d'Afrique noire d'expression française : le cas du Cameroun », *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 07/09/1972, n°3, p.359-388.

BOCKEL Alain, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *A.J.D.A.*, Juillet-Août 1978.

BOCKEL Alain, « Recherche d'un droit administratif en Afrique francophone », *Ethiopiennes* numéro 16 Revue socialiste de culture négro africaine Octobre 1978, Publié sur le site http://www.refer.sn/ethiopiennes/article.php3?id_article=692

BOCKEL Alain, « Le contrôle juridictionnel de l'administration », in Gérard CONAC (dir.), *Les institutions administratives des Etats francophones d'Afrique Noire*, Paris, Economica, 1979, pp. 197-219.

BONNARD Roger, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1923.

BOURTEMBOURG Jean, « Le point sur la motivation formelle des actes administratifs », sur le site http://www.bourtembourg.be/txt/motiv_form.pdf.

BRAIBANT Guy, « Le principe de proportionnalité », *Mélanges Marcel Waline*, t.II, L.G.D.J., 1974.

BREMOND, « Des actes de gouvernement », *RD publ.*, 1896, vol. 1.

BRETON Jean-Marie, « Légalité et état de droit : statut et perception du juge de l'administration (contribution à une réflexion transversale) », in *Revue électronique Afrilex*, n° 03/2003 sur <http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr/pdf/3dos5breton.pdf>.

CAMBIER Cyr, « Le pouvoir discrétionnaire et le contrôle de la légalité », *J.T.*, 7 décembre 1952.

CARPENTIER Elise, « L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *R.F.D.A.*, Juillet-Août 2006.

CAYLA O., « Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement », *R.F.D.A.*, 1994.

CHABANOL Daniel, « Contrôle de légalité et liberté de l'administration », *AJDA*, 20 janvier 1984, pp. 14 à 17.

CHABANOL Daniel, « Du dialogue du juge et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », *Mélanges Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 149-158.

CHALVIDAN P.H., « Doctrine et acte de gouvernement », *A.J.*, 1982.

CHAPUS René, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *D.*, 1958, Chron., p.2-10.

COMMISSION PERMANENTE DE REFORME DU DROIT CONGOLAIS, « Rapport de l'atelier n°3 : Les juridictions de l'ordre administratif », Kinshasa, Inédit, 23 février 2007.

COOPERATION TECHNIQUE BELGE, Etude de la mise en place d'un institut de formation des magistrats, Projet de Rapport final du 10/06/2009

COSTA Jean-Paul, « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par la Cour européenne des droits de l'homme. Brèves considérations », *AJDA*, 20 juin 2001, pp.514-518.

COSTA Jean-Paul, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *A.J.D.A.*, 1988, pp.434 et s.

DAHER Afif, « Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir », *La revue administrative*, 1990, pp. 242-246.

DAMIEN André, BORE Jacques, « Le contrôle du juge de cassation en matière administrative et en matière civile », *RFDA*, 1990, p. 777-791.

DARBON Dominique, « Le juge africain et son miroir : la glace déformante du transfert de jurisprudence administrative en Afrique », *Afrique contemporaine*, n°156, 4/90, pp.240-248.

DELLEY Jean-Daniel, FLUCKIGER Alexandre, « La légistique : une élaboration méthodique de la législation », in Roland DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, Paris, PUF, 2005.

DELGRANGE Xavier et LOMBAERT Bruno, « La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs : question d'actualité », in P. JADOUL, S.

VANDROOGHENBROECK, *La motivation formelle des actes administratifs*, Bruxelles, La Charte, 2005.

DELPEREE Francis et BOUQUEY-REMION V., « Liberté, égalité et proportionnalité », Rapport aux Xes Journées juridiques Jean Dabin, *A.P.T.*, 1980, 286-294.

DELPEREE Francis, « Faut-il supprimer le Conseil d'Etat ? », *Liber amicorum Robert ANDERSEN*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 183-193.

DELVAX Denis, « Flux et reflux de la jurisprudence relative à la notion d'autorité administrative », *A.P.T.*, 2001, pp. 196-215.

DELVOLVE Pierre, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? », *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Paris, LGDJ-Montchrestien, 1988, pp. 269-312.

DELVOLVE Pierre, « La notion de directive », *A.J.D.A.*, Octobre 1974, pp.459-473.

DEOM Diane, « Le pouvoir discrétionnaire : un vieillard chancelant ou force vive du droit administratif », *Liber amicorum Robert ANDERSEN*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 195-216.

DIBUNDA KABUINJI, « Rôle et pouvoirs de la Cour suprême de Justice zaïroise » in *Revue analytique de jurisprudence zaïroise (R.A.J.Z.)*, Kinshasa.

DIBUNDA KABUINJI, *Procédure devant la section administrative de la cour suprême de justice*, éd. CPDZ.

DUMONT Gilles, « Le statut des juges de l'administration », *RFDA*, mars-avril, 2008, pp. 264-271.

DOSSOUMON Samson, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'Administration dans les pays en voie de développement d'Afrique Francophone », *RBSJA (Revue béninoise des sciences juridiques et administratives)* n° 5, juin 1985, pp.1-22.

DREYFUS Françoise., « Les limitations du pouvoir discrétionnaire par l'application du principe de proportionnalité : à propos de trois jugements du tribunal administratif de l'O.I.T. », *R.D.P.*, 1974, p.691.

DREYFUS Françoise, « Brèves réflexions sur un concept en crise », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, p. 85-91.

ERGEC Rusen, « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : actes de gouvernement ou réserve de pouvoir discrétionnaire ? », *R.D.I.P.*, 1986.

ESIKA MAKOMBO eso BINA, « Faudrait-il une Cour constitutionnelle au Zaïre ? », *Revue Justice, Science et paix*, Revue du Service de Documentation et d'Etudes du Ministère de la Justice, n°002/Janvier 1993.

FAVOREU Louis, « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *R.F.D.A.*, 1987.

FAVOREU Louis, « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003.

FLAMME Maurice-André, « De l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire », obs. sous C.E. bel. 21 mai 1976, *MM.Sarot, van den Bossche (R) et Ligot*, n°17.668 (III), *A.P.T.*, 1976-1977, pp.65-77.

FORIERS Paul, « La motivation par référence à la nature des choses », in Chaïm PERELMAN, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 233-249.

FOURRE Jean, « L'Ecole Nationale de Droit et d'Administration de Léopoldville comparée aux écoles d'administration d'Afrique », *Revue juridique et politique*, Juillet-Septembre 1965, pp. 464-478.

FROMONT Michel, « Evolution comparée du recours en annulation en France et en Belgique », in Bernard BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, pp.15-30.

FROMONT Michel, « La justice administrative en Europe : différences et convergences », http://www.lepotentiel.com/afficher_article.php?id_edition=&id_article=7876

GAUDEMET Yves, « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe », *Mélanges Philippe Ardant*, LGDJ, 1999.

GAUDUSSON Jean du Bois de, « La jurisprudence administrative des cours suprêmes en Afrique », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988.

GANSHOF VAN DER MEERSCH W.J., « Les garanties de l'indépendance du juge en droit belge », *Revue de droit international et de droit comparé*, Numéro spécial de 1954.

GOFFAUX Patrick, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'Etat », Bernard BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, pp.31-63.

GOFFIN Léon, « Notes de jurisprudence du Conseil d'Etat en matière coloniale (1948-1953) », *J.T.O.*, 1954.

GREVISSE Suzanne, « Essai d'analyse du pouvoir discrétionnaire dans l'administration française », *E.D.C.E.*, 1976, 287-298.

GUYOMAR Matthias, « Le droit au juge indépendant et impartial en matière administrative. Le principe vu par le Conseil d'Etat », *AJDA*, 20 juin 2001, pp. 518-525.

HAURIUO André, « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1977, pp. 233-240.

HAUT François, « Réflexion sur la méthode comparative appliquée au droit administratif », *R.I.D.C.*, 4-1989, pp. 907-914.

HOLO Théodore, « Contribution à l'étude des chambres administratives : Cas de la chambre administrative de la Cour populaire centrale du Bénin », in CONAC Gérard et GAUDUSSON Jean de (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique. III. La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988.

HUBERLANT Charles, « Les actes de gouvernement – l'état de la question en droit belge », *A.D.*, 1954.

HUSSON Léon, « Les trois dimensions de la motivation judiciaire », in Chaïm PERELMAN, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp.69-109.

IMBAMBO-la-NGANYA, « De la publicité des actes administratifs au Zaïre », *R.J.Z.*, p.22-30.

JAN P., « Timide avancée vers l'éradication des actes de gouvernement dans l'ordre interne », *LPA*, 20 juill. 1999, n° 143.

JAUMOTTE Jacques, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Actes du Colloque organisé les 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul Tapie, Premier Président du Conseil d'Etat et Président du Centre de droit public, Bruxelles, Bruylant, 1999.

JORAT Magali, « Supprimer la justice administrative...deux siècles de débats », *RFDA*, mai-juin, 2008, pp.456-467.

KABANGE NTABALA Clément, « Quelle Constitution pour la Troisième République face aux réalités zairoises ? », *Annales de la Faculté de droit*, vol. XXV, P.U.Z., août 1996, pp. 98-99.

KAHN Jean, « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, pp.9-15.

KALEMBA TSHIMANKINDA, « Evolution de la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice en matière d'annulation de 1973 à 2003 », *Revue de droit congolais*, Publié par Le Centre de Recherches et de Diffusion Juridiques C.R.D.J., 4^{ème} année, n°007 &008/2002&2003, pp. 45 à 65.

KANE Maimouna, « L'élaboration du droit : le rôle de la jurisprudence », *La Revue administrative*, Numéro Spécial, 3/2000, pp.42-51.

KANGULUMBA MBAMBI (V.), « L'irrecevabilité de l'appel incident pour défaut de production de procuration spéciale en droit judiciaire privé congolais : pratique conforme ou en marge de la loi », in *Revue de Droit Africain, R.D.J.A.*, n°28, Oct. 2003.

KANGULUMBA MBAMBI, « L'exécution des décisions judiciaires par les personnes morales de droit public en droit judiciaire privé congolais », *RADIC*, 1999, pp.296-315.

KANGULUMBA MBAMBI, « L'ordonnance du 14 mai 1886 est un ancêtre illégalement vénéré par la Cour suprême de Justice », in *Les analyses juridiques*, Revue quadrimestrielle, n°10/2006, Septembre-Octobre-Novembre-Décembre, p. 57.

KENGO-wa-DONDO, « L'Administration publique et les droits des administrés », *R.J.Z.*, 1977.

KENGO-wa-DONDO, « L'évolution jurisprudentielle de la Cour suprême de Justice au Zaïre (1968-1979) », Mercuriale prononcée le 4 novembre 1978 par le Citoyen KENGO-wa-DONDO, Président du Conseil Judiciaire, Procureur Général de la République, à l'occasion de l'audience solennelle de rentrée judiciaire et du 10^{ème} anniversaire de l'installation de la Cour Suprême de Justice et dont la Cour a ordonné l'impression, 1979.

LABETOULLE Daniel, « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Mélanges CHAPUS*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 333-341.

LABETOULLE Daniel, « Le pouvoir discrétionnaire en matière d'urbanisme et d'interventionnisme économique », IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, pp. 27-43.

LAGASSE Dominique, « Evolution du contrôle exercé par le Conseil d'Etat au contentieux de l'annulation (Spécialement pendant la période 1987-1996), in Bernard BLERO (éd.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Actes du colloque organisé le 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul TAPIE, Premier Président du Conseil d'Etat et Président du Centre de droit public, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 427-472.

LAGASSE Dominique, « L'évolution du contrôle des actes administratifs « discrétionnaires » par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986 », *A.P.T.*, 1987, pp. 216-241.

LAGASSE Dominique, « La motivation. Faut-il rendre obligatoire la motivation des actes administratifs », *A.P.T.*, 1980, pp. 69-94.

LAUBADERE André de, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome II, Juillet 1974, Paris, LGDJ, 1974, pp. 531-550.

LEGROS Robert, « Considérations sur les motifs », in Chaïm PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 7-22.

LEMASURIER Jeanne, « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « bilan-coût-avantages » », in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, 1974, 551-562.

LEMASURIER Jeanne, « Vers une démocratie administrative : du refus d'informer au droit d'être informé », *R.D.P.*, 1980, pp. 1239-1269.

LEROY Michel, « La nature, l'étendue et les sanctions de l'obligation de motiver », Robert ANDERSEN (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs. Loi du 29 juillet 1991*, La Charte, 1992, pp. 118-139.

LEROY Michel, « Les actes de gouvernement ; un spectre qui hante la jurisprudence du Conseil d'Etat belge », *A.P.T.*, 1999.

LESSAY, M.V, « Plaidoyer pour l'instauration des juridictions administratives autonomes au Zaïre », *Revue de droit africain*, 2/36-41.

LETURCQ Shirley, « Vers l'élaboration d'un standard du « bon législateur » devant le Conseil constitutionnel français et la Cour européenne des droits de l'homme », <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes5/LETURCQ.pdf> (consulté le 27 janvier 2010)

LEWALLE Paul, « Le principe de proportionnalité dans le droit administratif belge », rapport au colloque organisé par les barreaux de Lyon et de Liège, *A.P.T.*, 1995, pp. 53-78.

LEWALLE Paul, « L'obligation de motiver : pour quels actes ? », in Robert ANDERSEN (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs. Loi du 29 juillet 1991*, La Charte, 1992, pp. 78-115.

LINOTTE Didier, « La motivation obligatoire de certaines décisions administratives », *R.D.P.*, 1980, pp. 1699-1715.

LOMBARD Martine, « La face immergée de la procédure d'instruction devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 501-515.

LOSCHAK Danièle, « Les étrangers face au pouvoir discrétionnaire des étrangers », in IFSA, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, Paris, Cujas, 1978, pp. 17-25.

LOWENTHAL Paul, « L'anomie, prix pluralisme », <http://www.cil.be/files/anomie.pdf> (consulté le 22 janvier 2010).

LUCHAIRE Yves, « La Chambre administrative et la Cour suprême au Gabon », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, III, La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, p. 206.

LUTULA PIAME-OLOLO NONO, « La Cour suprême de justice du Zaïre », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, I, Organisation, finalités, procédure*, Paris, Economica, 1988.

MAFEMA Claude complété par Jean SOHIER, « Organisation judiciaire en pays Lunda », John GILISSEN (dir.), *L'organisation judiciaire en Afrique noire. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, Université Libre de Bruxelles, 1969.

MANGIN Gilbert, « Enquête comparative sur les juridictions suprêmes en Afrique francophone », in CONAC Gérard (dir.), *Les cours suprêmes en Afrique, I, Organisation, finalités, procédure*, Paris, Economica, 1988.

MARTENS Paul, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Vélu*, t.I

MASAMBA Roger, « Proposition pour l'amélioration de la justice en RDC », sur le site <http://www.congolegal.cd>

MAST André, « La motivation comme instrument du contrôle par le Conseil d'Etat de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'administration », in Chaïm PERELMAN, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 367-376.

MATERI Yem Gouri, « Le bilan de l'unité du droit administratif dans les pays d'Afrique noire francophone », *Penant*, 98, 1988 (796-798), pp. 293-307.

MATTA-DUVIGNAU Raphaël, « Les 'petites mains' des juridictions administratives : les assistants de justice », *Revue de recherches juridiques. Droit prospectif*, 2008-4, pp. 2199-2228.

MBUYI TSHIMBADI, « L'ordonnance de l'Administrateur général au Congo du 14 mai 1886 qui permet le recours aux principes généraux du droit et à l'équité, est-elle encore d'application ? », Note d'observation sur l'arrêt CSJ, RC 2617 du 18 août 2003, Makabu ma

Kanda c. Mampasi Luyeye, in *Les analyses juridiques*, Revue quadrimestrielle, n°5/2005, Janvier-Février-Mars-Avril.

MELLERAY F., « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question », *R.F.D.A.*, 2001.

MOREAU J., « Internalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement », *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz-Sirey, 1994.

MUEPU MIBANGA, « Exécution des arrêts rendus en matière administrative », *RJZ*, 60^{ème} année.

MWAYILA TSHILEMBE, *Le Zaïre et la Troisième République. Réflexions sur le projet constitutionnel adopté par la Conférence nationale souveraine*, sur le site <http://www.congonline.com/ConstEtudes.html>

NGONDANKOY NKOY- ea- LOONGYA Paul-Gaspard, « « A propos de l'Avis n° RL 09/CSJ du 20 janvier 2004 sur les difficultés d'interprétation des articles 76 et 94 de la Constitution de la transition du 4 avril 2003 : observations critiques », in *Rev. de Dr. Afric.*, n° 29/04.

NKONGOLO TSHILENGU Mathieu, « Le contrôle financier des Institutions de Transition : La problématique du contrôle des finances publiques et des biens de l'Etat par la Cour des Comptes », *Revue juridique du Zaïre*, 1995.

ODENT Bruno, « Cassation civile et cassation administrative. Variations », *Mélanges Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 683-696.

OKITAKULA DJAMBAKOTE, « Exécution des condamnations civiles contre la République et autres personnes morales de droit public », *RJZ*, 60^{ème} année.

OKITENEMBO WETSHONGUNDA, « La théorie des actes de gouvernement dans l'arrêt de la Cour suprême de justice RA 459 et consorts du 26 septembre 2001 sur la révocation des

315 magistrats », *Les analyses juridiques*, Revue quadrimestrielle, Lubumbashi, n°5/2005, p. 23.

PACTEAU Bernard, « Du commissaire au rapporteur, suite... et à suivre ! », *RFDA*, Janvier – Février 2009, pp. 67-72.

PASBEQ Chantal, « De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », *R.D.P.*, 1980, pp. 803-849.

PATCHETT K.W., « Techniques d'élaboration des lois », in Conseil de l'Europe, *Principes et méthodes d'élaboration des normes juridiques*, Strasbourg, 1983.

PAUWELS Johan M., « L'adaptation du droit africain par voie jurisprudentielle : expérience et projets au Congo », *Revue congolaise de droit*, n°1, 1971, pp. 61-87.

RAYNAL Jean-Jacques, « Le contentieux administratif en République centrafricaine », *Penant*, 96, 1986 (790-792), pp. 445-463.

RAYNAUD F. et FOMBEUR P., « Régime des actes parlementaires et notion des actes de gouvernement », *AJDA*, 1999.

ROY David DE, « Le contrôle de la légalité des actes administratifs par le juge de cassation », obs. sous Cass., 9 décembre 2002, *JLMB*, 2003/27.

SABOURIN Paul, « Recherches sur la notion de maladministration dans le système français », *A.J.D.A.*, 1974.

SAID MOHAMED Saïd Hassane, « Les difficultés d'éclosion de la justice administrative en Afrique francophone. L'exemple des Comores », *Revue juridique et politique*, 2009, pp. 3-26.

SAUVIGNON Edouard, « La pluralité des motifs dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire devant le juge de l'excès de pouvoir », *A.J.D.A.*, Avril 1971, pp. 177-184.

SUR Serge, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *A.J.D.A.*, Juillet-Août 1974, pp. 349-367.

TAPIE Paul, « Pouvoir discrétionnaire et opportunité des décisions administratives », in *A.P.T.*, 1977-1978, pp. 24-35.

TSHIBANGU KALALA LAMATA, « La protection juridictionnelle des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative de la Cour suprême de justice. Etude de quelques arrêts », *R.J.Z.*, Décembre 1995, 71^{ème} année.

TSHILOMBO MUYENGAYI, « L'amnistie et l'assassinat de Laurent Désiré Kabila : un vrai-faux débat »,

http://www.lepotentiel.com/afficher_article.php?id_edition=&id_article=7876

VEDEL Georges, *Le droit administratif peut-il rester indéfiniment jurisprudentiel ?*, EDCE, 1979-1980.

VENEZIA Jean-Claude, « Eloge de l'acte de gouvernement », in *Liber amicorum* Jean Waline – Gouverner, administrer, juger, Paris, Dalloz, 2002, p. 723-731.

VIARGUES Robert, « Forme et contenu de la motivation des actes administratifs. L'exemple de décisions d'expulsion des ressortissants étrangers », *R.D.P.*, 1980, pp. 773-788.

VINDEVOGHEL J., « Le Conseil d'Etat et le Congo belge », *J.T.O.*, 4^{ème} année, n°38, 15 août 1953.

VIRALLY, M., « L'introuvable acte de gouvernement », *RD publ.*, 1952, p. 317-358.

VONSY Moea, « Actes de gouvernement et droit au juge. A propos de l'arrêt Cour européenne des droits de l'homme, 14 déc. 2006, *Markovic c/ Italie*, req. n° 1398/03 », *RFDA*, Juillet-août 2008, pp.728-735.

VUDISA MUGUMBISHI, « Réflexion sur le contentieux administratif congolais : analyse critique de quelques points de doctrine et de jurisprudence » in *Revue de droit congolais*, CRDJ, 2^e année, Janvier, février, Mars , Avril, N°003/2000, pp. 30 et s.

VUNDUAWE-te-PEMAKO Félix, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005), in SAYEMAN BULA-BULA (dir.), *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise. Liber amicorum Marcel Antoine Lihau*, Bruylant, Bruxelles, Kinshasa, Presses de l'Université de Kinshasa, 2006.

WALINE Marcel, « L'autolimitation du pouvoir discrétionnaire par des «directives » (Conseil d'Etat, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*) », *R.D.P.*, 1971, pp. 1224-1233.

WALINE Marcel, « Obligation de motiver et décision implicite », note s. C.E fr., 30 juin 1978, *R.D.P.*, 1978, pp. 1725-1729.

WASENDA N'SONGO Corneille, « Regards croisés sur les pourvois dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir dans la jurisprudence des cours de cassation française, belge et congolaise », in SAYEMAN BULA-BULA (dir.), *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise. Liber amicorum Marcel Antoine Lihau*, Bruxelles, Bruylant, Kinshasa, Presses de l'Université de Kinshasa, 2006.

WETSH'OKONDA N'KOSO SENGHA Marcel, « La définition des actes législatifs dans l'arrêt de la CSJ n°RCONST.51/TSR du 31 juillet 2007 à l'épreuve de la Constitution du 18 février 2006 », <http://www.la-constitution-en-afrique.over-blog.com/article-19516126.html> (consulté le 29 janvier 2010).

WOEHLING Jean-Marie, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », *La revue administrative*, 52^eème année, 1999, N° spécial, 7, pp. 75-97.

WOEHLING Jean-Marie, « L'administration et le contrôle juridictionnel en Europe. Construction progressive d'un modèle commun », <http://www.sigmaxweb.org/dataoced/33/39/35676678.pdf>.

WROBLEWSKI Jerzy, « Motivation de la décision judiciaire », in Chaïm PERELMAN et P.FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 111-135.

YUMA BIABA, « Plaidoyer pour la réforme de la justice administrative en RDC. », UPC, *Revue droit*, Deuxième numéro, "Le Droit Congolais face à son avenir." (2001) ;

INDEX

A

Acte administratif, 6, 11, 30, 32, 46, 47, 54, 66, 67, 72, 73, 74, 75, 87, 96, 97, 99, 100, 103, 105, 111, 112, 113, 115, 116, 139, 140, 141, 142, 152, 153, 161, 166, 168, 188, 196, 202, 211, 212, 221, 225, 243, 245, 276, 304, 309, 321, 328, 331, 332, 340, 342, 343, 367, 385, 395, 404, 405, 412, 413, 433, 456
 Acte de gouvernement, 28, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 211, 212, 243, 436, 437, 439, 446, 448
 Acte discrétionnaire, 6
 Acte individuel, 48, 89
 Acte réglementaire, 48, 101, 324
 Action en réparation, 46, 54, 56, 200, 456
 Administration de la justice, 12, 246, 247, 259, 260, 296, 329
 Appréciation en opportunité, 77, 106, 107, 121, 123, 125, 126, 130, 136, 139, 169, 170, 171, 172, 186, 206, 207, 387, 403, 404, 405, 408, 409, 413, 421, 422, 465
 Arrêt d'irrecevabilité, 227
 Arrêt de rejet, 167
 Autolimitation, 5, 117, 118, 209, 213, 439, 449, 460

B

Bilan coûts-avantages, 105, 119, 120, 121, 127, 186, 405, 413

C

Chambre consultative, 269, 271, 306
 Compétence d'annulation, 42, 275
 Compétence discrétionnaire, 14, 68, 74, 107, 116, 117, 125, 127, 136, 168, 169
 Compétence liée, 14, 67, 68, 73, 74, 75, 122, 125, 136, 169, 207, 245, 332, 378, 411, 412, 414
 Conseil d'Etat, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 19, 21, 22, 24, 26, 32, 35, 36, 49, 56, 57, 61, 65, 91, 93, 100, 112, 114, 118, 121, 143, 149, 157, 170, 203, 204, 248, 251, 260, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 272, 273, 274, 276, 277, 285, 287, 288, 289, 291, 305, 306, 341, 342, 347, 350, 351, 352, 358, 365, 369, 371, 373, 374, 377, 398, 405, 406, 420, 427, 437, 438, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 448, 449
 Conseil supérieur de la magistrature, 42, 60, 61, 158, 169, 224, 226, 227, 228, 230, 249, 250, 251, 254, 257, 261, 263, 266, 284, 285, 289, 290, 291, 292, 294, 295, 296, 376, 401, 418, 461
 Contentieux administratif, 9, 11, 13, 14, 21, 26, 27, 29, 34, 36, 38, 55, 78, 128, 129, 130, 131, 132, 189, 198, 202, 219, 223, 265, 275, 283, 284, 310, 335, 343, 344, 345, 347, 356, 365, 366, 367, 369, 370, 390, 395, 403, 406, 408, 411, 415, 417, 424, 428, 431, 432, 434, 435, 447, 449
 Contentieux électoral, 31, 42, 51, 277
 Contentieux judiciaire, 13, 29, 233, 335
 Contradiction des motifs, 152, 163, 186
 Contrôle direct, 11, 13, 66, 67, 113, 114, 115, 116, 117, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 140, 142, 170, 171, 185, 186, 188, 207, 245, 246, 332, 339, 387, 388, 389, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 409, 413, 414, 415, 416, 418, 419, 422, 458, 459, 465
 Contrôle indirect, 11, 13, 66, 67, 106, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 122, 125, 126, 127, 129, 140, 141, 142, 149, 170, 186, 188, 245, 246, 331, 366, 367, 387, 388, 392, 398, 403, 409, 412, 414, 415, 416, 417, 419, 423, 457, 458, 459, 464
 Cour constitutionnelle, 37, 38, 43, 61, 101, 226, 251, 262, 265, 266, 277, 293, 372, 373, 374, 375, 377, 378, 395, 439
 Cour d'appel, 2, 3, 15, 38, 41, 48, 50, 54, 62, 144, 153, 154, 160, 165, 200, 205, 214, 220, 226, 229, 261, 268, 270, 275, 320, 322, 336, 362, 395, 406, 412
 Cour de cassation, 61, 251, 263, 265, 266, 291, 358, 373, 374, 377
 Cour de comptes, 40
 Cour militaire, 61, 226
 Cour suprême de justice, 2, 3, 13, 15, 18, 28, 30, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 58, 62, 65, 93, 99, 102, 147, 149, 156, 163, 189, 198, 200, 201, 202, 203, 205, 210, 211, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 223, 224, 226, 227, 228, 229, 232, 235, 236, 238, 239, 240, 242, 243, 253, 265, 267, 269, 275, 276, 305, 308, 311, 332, 336, 341, 343, 347, 348, 350, 361, 362, 363, 365, 366, 369, 372, 374, 376, 381, 389, 395, 406, 412, 417, 432, 445, 446, 448

D

Défaut des motifs, 152, 153, 155, 176, 186, 459
 Détournement de pouvoir, 5, 7, 37, 47, 113, 127, 129, 166, 167, 169, 182, 186, 200, 253, 370, 415, 460
 Dommage exceptionnel, 37, 42, 46, 55, 56, 57, 200, 266, 274, 275, 277, 456

E

Erreur de droit, 112, 115, 116, 127, 129, 216, 367, 414, 464
 Erreur de fait, 115, 135
 Erreur manifeste d'appréciation, 6, 7, 10, 14, 15, 21, 90, 96, 100, 105, 119, 120, 121, 123, 124, 127, 129, 130, 131, 132, 135, 140, 142, 157, 170, 171, 173, 174, 186, 368, 397, 402, 404, 405, 413, 415, 431, 458
 Excès de pouvoir, 6, 9, 10, 30, 37, 48, 54, 122, 128, 135, 137, 166, 174, 196, 201, 202, 204, 275, 339, 362, 369, 370, 395, 407, 412, 429, 434, 447, 449

I

Insuffisance des motifs, 152, 155, 183, 186, 459
 Intensité du contrôle, 7, 16, 96, 127, 128, 135, 188, 241, 244, 245, 252

J

Juge civil, 21, 29, 30
 Juge constitutionnel, 31, 43, 50, 91, 97, 100, 101, 102, 104, 219, 241, 243, 365, 372, 375, 377, 378, 395, 406, 419, 431, 457, 461, 464
 Juge international, 241, 243, 365, 379, 380, 382, 383, 406, 419, 461, 464
 Juge judiciaire, 21, 22, 23, 25, 29, 30, 31, 43, 44, 45, 46, 65, 105, 265, 283, 363, 378, 395, 407, 455
 Juge pénal, 373
 Jurisdiction de cassation, 26, 32, 33
 Jurisdiction judiciaire, 22, 27, 28, 34, 36, 42, 45, 61, 278
 Justice administrative, 19, 22, 23, 25, 26, 27, 30, 35, 36, 38, 55, 189, 190, 194, 199, 202, 231, 246, 265, 266, 272, 286, 287, 288, 358, 365, 385, 387, 388, 389, 390, 396, 398, 399, 408, 409, 418, 420, 421, 435, 440, 441, 447, 450, 460, 464, 465

M

Ministère d'avocat, 198, 216, 371, 397
 Ministère public, 39, 41, 200, 216, 227, 232, 239, 241, 273, 274, 348, 350, 352, 353, 354, 355, 356, 419, 463, 464
 Motivation formelle, 8, 12, 13, 49, 110, 111, 126, 148, 177, 220, 297, 309, 310, 311, 317, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 328, 329, 330, 341, 409, 419, 421, 427, 430, 434, 436, 437, 443, 444, 462, 463

P

Pouvoir d'annulation, 30, 32, 44, 45, 46, 47, 275, 276
 Pouvoir de dérogation, 81, 180, 221, 315
 Principe de bonne administration, 391
 Principe de proportionnalité, 7, 11, 14, 120, 121, 124, 436, 437, 439, 444, 445, 458
 Principe du raisonnable, 8, 121, 173
 Procédure d'instruction, 274, 340, 347, 386, 417, 419, 420, 421, 444, 463
 Procuration spéciale, 213, 215, 216, 217, 218, 219, 334, 442, 460

Q

Qualification juridique des faits, 75, 77, 103, 113, 127, 129, 130, 132, 134, 152, 164, 186, 456, 459

R

Recours en annulation, 14, 37, 39, 42, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 160, 195, 201, 217, 218, 242, 276, 279, 341, 362, 370, 371, 408, 440
 Recours pour excès de pouvoir, 10, 53, 75, 105, 218, 275, 309, 370, 387, 392, 395, 399, 400, 403, 406, 419, 436, 465

S

Section consultative, 270, 271, 272, 305, 306, 307, 324
 Section contentieuse, 270, 271, 272, 305, 307
 Sensibilisation, 71, 191, 253, 256, 398, 399, 400, 401, 402, 409, 420, 421, 465
 Spécialisation des juges, 34, 35, 247, 279, 293, 462
 Statut des magistrats, 58, 59, 60, 61, 62, 211, 221, 222, 225, 230, 248, 249, 250, 257, 258, 261, 266, 281, 282, 284, 285, 286, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 296, 312, 456, 461

T

Tribunal administratif, 121, 260, 268, 269, 273, 275, 276, 277, 278, 294, 439

V

Vice d'incompétence, 142

Vice de forme, 129

Vice de motivation, 142, 328, 332, 362

TABLE DES MATIERES

DEDICACE.....	1
REMERCIEMENTS.....	2
ABREVIATIONS.....	3
INTRODUCTION GENERALE	5
PARTIE I. UN CONTROLE TIMIDE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE.....	21
CHAPITRE PRELIMINAIRE. LE JUGE ADMINISTRATIF CONGOLAIS.....	21
Section I. Le juge administratif.....	21
§1. Le juge administratif, un juge organiquement séparé de l'administration et du juge ordinaire	22
1. La séparation du juge administratif et de l'administration.....	23
1.1. Le système dit de l'Administration-juge.....	23
1.2. Le juge administratif appartenant au pouvoir exécutif ou exerçant une fonction administrative.....	24
1.3. Le juge administratif entièrement séparé de l'administration	24
2. La séparation du juge administratif et du juge judiciaire	25
2.1. Les juridictions administratives autonomes.....	26
2.2. Les juridictions administratives intégrées aux juridictions judiciaires	27
§2. Le juge administratif, un juge aux compétences spécialisées	28
1. La répartition de compétence entre le juge administratif et le juge judiciaire .	29
2. La répartition des compétences entre le juge administratif et les juges constitutionnel et communautaire	31
3. La diversité des juridictions administratives en fonction de leurs compétences	32
§3. Le juge administratif, un juge au statut spécialisé.....	33
1. Le recrutement du juge administratif	34
2. L'exercice des fonctions juridictionnelles.....	34
Section II. Le juge administratif dans le système juridictionnel congolais.....	35
§1. Les juridictions administratives congolaises	35
1. La section administrative, juridiction administrative de droit commun.....	35
1.1. L'origine de la section spécialisée en matière administrative.....	36
1.2. L'organisation et la composition de la section spécialisée en matière administrative.....	38
2. Les juridictions administratives spéciales.....	39
2.1. La Cour des comptes	40
2.2. Les organismes administratifs ayant des compétences quasi-juridictionnelles.....	41
2.3. Les juridictions disciplinaires.....	42
§2. Les compétences des juridictions administratives congolaises.....	42
1. Le partage des compétences entre la section administrative et la section judiciaire.....	42
1.1. Le contentieux des actes de droit privé et des agissements matériels de l'administration.....	43
1.2. Le contentieux des actes de l'administration agissant dans ses prérogatives de puissance publique	44
A. Le contentieux des actes administratifs unilatéraux.....	44
B. Le contentieux des contrats administratifs	45

C. Le contentieux de la réparation des préjudices de l'action administrative dans ses prérogatives de puissance publique.....	46
2. Les compétences propres à la section administrative.....	46
2.1. <i>L'annulation des actes administratifs unilatéraux</i>	46
A. Les actes à l'égard desquels la section administrative est compétente ...	48
B. L'incompétence de la section administrative face à certains actes administratifs par la volonté de la loi ou par la volonté du juge	51
1° L'incompétence de la section administrative par la volonté de la loi..	51
2° L'incompétence de la section administrative par la volonté du juge....	53
2.2. <i>L'action en réparation du préjudice causé par l'acte administratif attaqué</i>	54
2.3. <i>La réparation du dommage exceptionnel</i>	55
A. La mesure qui échappe au contrôle de toutes les juridictions	56
B. La mesure qui produit un effet exceptionnel.....	57
3. Le règlement des conflits de compétence.....	58
§3. Le statut du juge administratif	58
1. Le recrutement des juges ne vise pas la spécialisation.....	58
1.1. <i>Le magistrat n'est pas recruté en fonction d'une formation spécialisée</i> .	58
1.2. <i>Le magistrat n'est pas recruté en vue d'une spécialisation</i>	60
2. Le juge n'est pas exclusivement rattaché à la juridiction administrative.....	61
1.1. <i>L'unicité du statut des magistrats</i>	61
1.2. <i>Les magistrats sont polyvalents</i>	62
TITRE I. LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE : NOTION ET CONTROLE	66
CHAPITRE I. LA NOTION DE POUVOIR DISCRETIONNAIRE	66
Section I. La définition et l'origine du pouvoir discrétionnaire	67
§1. La définition du pouvoir discrétionnaire	67
1. Le pouvoir discrétionnaire, une modalité de l'action administrative.....	67
1.1. <i>La libre appréciation de l'opportunité de l'action</i>	68
A. L'appréciation de l'opportunité de l'action non soumise à condition	68
B. L'appréciation de l'opportunité de l'action soumise à une condition	69
1.2. <i>La libre choix du contenu de la décision</i>	70
A. Le choix entre plusieurs solutions prédéterminées.....	71
B. Le choix entièrement libre du contenu de la décision	71
1.3. <i>Une liberté indispensable mais aussi redoutable</i>	72
A. Le pouvoir discrétionnaire, un instrument indispensable pour l'administration	72
B. Le pouvoir discrétionnaire, une arme redoutable	73
2. L'acte administratif comportant exercice du pouvoir discrétionnaire.....	73
2.1. <i>Les éléments de l'acte sur lesquels porte le pouvoir discrétionnaire</i>	74
2.2. <i>L'interdépendance entre les éléments liés et les éléments discrétionnaires de l'acte</i>	75
§2. La source du pouvoir discrétionnaire	75
1. L'appréciation et la qualification juridique des faits.....	75
1.1. <i>L'appréciation des faits en vue de leur adéquation à la mesure</i>	76
1.2. <i>La qualification juridique des faits</i>	77
2. Le pouvoir discrétionnaire résulte de la loi ou de la nature des choses	77
2.1. <i>Le pouvoir discrétionnaire exprès</i>	78
A. L'autorisation expresse d'apprécier l'opportunité de l'action ou le contenu de la décision	78
B. L'autorisation expresse de déroger à la légalité normale	79

2.2. <i>Le pouvoir discrétionnaire implicite</i>	81
A. Le pouvoir discrétionnaire résultant du silence de la réglementation	81
B. Le pouvoir discrétionnaire résultant de l'indétermination légale	82
C. Le pouvoir discrétionnaire résultant de la fixation des seuils	82
1°. Le pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des délais d'action....	83
2°. Le pouvoir discrétionnaire dans l'appréciation des avantages à accorder	83
2.3. <i>Un pouvoir accordé délibérément ou imposé par la nature des choses</i> ...	84
A. Le pouvoir discrétionnaire délibérément accordé à l'administration	84
B. Le pouvoir discrétionnaire par la force des choses.....	84
1°. Le pouvoir discrétionnaire découlant d'une formulation vague de la norme.....	85
2°. Le pouvoir discrétionnaire découlant de la nature des choses.....	85
Section II. L'étendue et le domaine du pouvoir discrétionnaire	86
§1. <i>L'étendue du pouvoir discrétionnaire</i>	86
§2. <i>Le domaine du pouvoir discrétionnaire</i>	89
1. Les domaines du pouvoir réglementaire et des actes individuels	89
2. Les matières dans lesquelles s'exerce le pouvoir discrétionnaire	90
Section III. Le pouvoir discrétionnaire et la notion d' « actes de gouvernement »	90
§1. <i>La notion d' « actes de gouvernement »</i>	91
1. La justification de la théorie des actes de gouvernement.....	91
2. Critiques doctrinales et limitation juridictionnelle de la théorie des actes de gouvernement	94
§2. <i>Le rapport entre « actes de gouvernement » et « pouvoir discrétionnaire »</i> ..	94
1. L'exercice d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire par l'autorité publique	95
2. L'application à des décisions de contenu politique.....	95
3. Des effets différents sur le contrôle juridictionnel	96
§3. <i>Il n'y a pas d' « actes de gouvernement » insusceptibles de contrôle juridictionnel par nature</i>	97
1. Certains « actes de gouvernement » sont des actes administratifs, d'autres ne le sont pas	97
2. Les actes administratifs sont, par principe, justiciables devant le juge administratif	100
3. Les actes « constitutionnels » sont, par principe, justiciables devant le juge constitutionnel	100
CHAPITRE II. LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE	105
Section I. Les modalités du contrôle du pouvoir discrétionnaire	105
§1. <i>Le contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire</i>	106
1.1. <i>Le contrôle des aspects de la légalité externe</i>	107
A. Le contrôle des règles relatives à la compétence de l'auteur de l'acte..	107
B. Le respect des règles relatives à la procédure d'élaboration de l'acte...	108
C. Le respect des règles relatives à la forme de l'acte	109
1.2. <i>Le contrôle des aspects de la légalité interne</i>	111
A. Le contrôle des motifs de l'acte.....	111
1°. L'existence des motifs	111
2°. La régularité des motifs de droit.....	112
3°. La régularité des motifs de fait	112

2. Les caractéristiques du contrôle indirect du pouvoir discrétionnaire.....	114
2.1. <i>Le contrôle indirect est peu exigeant</i>	114
2.2. <i>Le contrôle indirect jouit de la présomption d'objectivité</i>	115
2.3. <i>Le contrôle indirect est un contrôle constant</i>	115
§2. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire	116
1. Les procédés du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire.....	116
1.1. <i>La limitation du domaine du pouvoir discrétionnaire</i>	116
1.2. <i>Le contrôle de l'usage du pouvoir discrétionnaire</i>	117
A. Le contrôle des conditions de mise en œuvre du pouvoir discrétionnaire	
.....	117
B. Le contrôle du contenu de la décision	119
1°. Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.....	119
2°. Le contrôle du bilan coûts-avantages	120
3°. Le principe de proportionnalité	120
4°. Des contrôles marginaux	121
2. Les caractéristiques du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire.....	122
2.1. <i>Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est un contrôle de légalité</i>	
.....	122
2.2. <i>Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire est très exigeant</i>	122
2.3. <i>Le contrôle direct est empreint de subjectivité</i>	124
2.4. <i>Le contrôle direct est d'une portée limitée</i>	125
2.5. <i>Les déterminants du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire</i>	125
§3. Le rapport entre le contrôle direct et le contrôle indirect du pouvoir	
discrétionnaire	126
§4. L'intérêt de la distinction contrôle direct-contrôle indirect	127
Section II. L'étendue du contrôle du pouvoir discrétionnaire	128
§1. L'intensité variable du contrôle	128
1. Les différents degrés de contrôle	128
1.1. <i>Les degrés de contrôle de faible intensité</i>	129
A. Le contrôle minimum exclusif de tout examen du pouvoir d'appréciation	
.....	129
B. Le contrôle minimum renforcé par celui de l'erreur manifeste	
d'appréciation.....	129
1.2. <i>Le degré de contrôle de moyenne intensité</i>	130
1.3. <i>Les degrés de contrôle d'intensité élevée</i>	130
2. Les différents degrés, une vue indicative d'un contrôle complexe	131
2.1. <i>Le caractère indicatif des classifications des degrés de contrôle</i>	131
2.2. <i>Des critères qui tentent d'unifier l'appréhension du contrôle</i>	132
§2. Le pragmatisme du contrôle	133
§3. L'incidence du contrôle du pouvoir discrétionnaire sur la séparation des	
fonctions de juger et d'administrer	135
Section III. Les conditions d'un bon contrôle du pouvoir discrétionnaire	137
§1. Le sens du « bon contrôle » du pouvoir discrétionnaire	137
§2. L'exercice d'un contrôle complet et sérieux	138
§3. La possibilité du contrôle complet et sérieux	139
TITRE II. LE CONTROLE DU JUGE ADMINISTRATIF CONGOLAIS SUR LE	
POUVOIR DISCRETIONNAIRE	142
CHAPITRE I. UN CONTROLE INDIRECT DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE	
.....	142
Section I. Un contrôle indirect par le biais de la légalité externe	142

§1. <i>Le contrôle de la violation des règles de compétence</i>	142
1. L'incompétence ratione temporis.....	143
2. L'incompétence ratione materiae.....	143
§2. <i>Le contrôle de la violation des règles de procédure</i>	145
1. Les arrêts d'annulation.....	145
2. Les arrêts de rejet.....	147
§3. <i>Le contrôle de la violation des règles de forme</i>	148
Section II. Un contrôle indirect par le biais de la légalité interne	149
§1. <i>La censure de la « violation directe de la loi »</i>	149
§2. <i>La censure des illégalités relatives aux motifs</i>	152
1. La censure du défaut des motifs.....	153
2. La censure de l'insuffisance des motifs.....	155
3. La censure des motifs contradictoires.....	159
4. La censure de l'interprétation inexacte de la loi applicable.....	160
5. La censure du défaut de base légale.....	161
6. La censure de l'inexactitude matérielle des faits.....	163
7. La censure de l'erreur de qualification juridique des faits.....	164
§3. <i>La censure des illégalités relatives au but</i>	165
Section III. Un contrôle louable mais encore limité	168
§1. <i>Le pouvoir discrétionnaire s'exerce sous le contrôle du juge administratif</i>	168
1. Le juge administratif pose le principe du respect des prescriptions relatives à la régularité externe de l'acte.....	168
2. Le juge administratif pose le principe du respect des prescriptions relatives à l'objet et aux motifs de l'acte.....	169
3. Le juge administratif congolais soumet toujours la décision au respect du but d'intérêt général.....	169
4. Le juge administratif congolais ne franchit pas le seuil du contrôle indirect.....	170
4.1. <i>Le risque de laisser subsister l'illégalité relative au pouvoir discrétionnaire</i>	170
4.2. <i>Les cas dans lesquels le contrôle direct de l'exercice du pouvoir discrétionnaire aurait pu être effectué</i>	171
A. L'appréciation de la mise en valeur d'un terrain.....	171
B. L'aptitude de la compagnie nationale à exploiter une ligne aérienne ...	172
C. La proportionnalité du retrait des droits d'exploitation.....	174
D. La gravité des faits, la nécessité et l'urgence de la mesure.....	175
§2. <i>Le contrôle des motifs est insuffisant</i>	176
1. La recherche insuffisante des motifs de fait.....	176
2. L'examen insuffisant des motifs de fait.....	177
2.1. <i>L'absence d'examen des faits réalisant la condition d'une compétence</i>	177
2.2. <i>L'absence d'examen des faits à la base d'une dérogation</i>	180
2.3. <i>L'absence d'examen des faits renseignés dans un rapport</i>	181
§3. <i>La motivation des jugements est insuffisante</i>	182
1. La motivation du contrôle de la décision d'attribuer l'exclusivité d'exploitation d'une ligne aérienne à la compagnie nationale.....	183
1.1. <i>La motivation insuffisante de l'inaptitude de la compagnie nationale à assurer l'exploitation de la ligne aérienne</i>	183
1.2. <i>L'erreur et l'incohérence de la motivation sur le principe violé par la décision ministérielle</i>	184
2. L'insuffisance de motivation sur la gravité des faits et la nécessité et l'urgence de la mesure.....	185

3. L'insuffisance de motivation de la preuve du détournement de pouvoir	186
CHAPITRE II. UN CONTROLE LIMITE PAR SON CONTEXTE, SON CADRE	
ET SA PROCEDURE	188
Section I. Les limites liées au contexte du contrôle	188
§1. La faible saisine du juge administratif	189
1. La faible appropriation et le dysfonctionnement du système administratif ...	190
1.1. <i>Les citoyens évoluent en marge de l'administration</i>	190
A. Les relations entre le citoyen et son environnement en dehors de l'administration	191
B. L'administration perçue comme étrangère, hostile et inutile	193
1.2. <i>Le développement des schémas parallèles au système administratif</i>	193
2. La crainte du pouvoir et la perte de confiance dans le système de la justice	194
2.1. <i>Le choc entre la conception moderne de la justice administrative et la révérence due traditionnellement au chef</i>	194
A. L'absence de contestation juridictionnelle des décisions de puissance publique de l'autorité traditionnelle	194
B. De la crainte de l'autorité traditionnelle à la crainte de l'Etat et de son administration.....	196
2.2. <i>La crainte de la répression politique</i>	197
2.3. <i>La perte de confiance dans le fonctionnement de la justice</i>	198
3. Les difficultés procédurales et réelles de l'exercice du recours devant le juge administratif	198
3.1. <i>Les difficultés d'ordre technique</i>	199
A. La complexité technique et le caractère écrit de la procédure.....	199
B. La limitation légale des titulaires de l'action devant le juge administratif	200
C. L'absence de règles de procédure en matière administrative devant les cours d'appel	202
D. L'incertitude de l'exécution de la décision du juge administratif	202
3.2. <i>Les difficultés d'ordre matériel</i>	205
A. L'éloignement géographique des juridictions	205
B. Le coût réel des procédures est prohibitif.....	206
§2. La faible mise en cause du pouvoir discrétionnaire	206
1. Le pouvoir discrétionnaire est rarement visé directement par les requêtes....	207
2. L'absence de contentieux dans des domaines importants.....	208
3. Les décisions d'incompétence et d'irrecevabilité qui empêchent à tort l'examen du fond.....	209
3.1. <i>L'autolimitation de compétence face au pouvoir discrétionnaire</i>	209
3.2. <i>Les décisions d'irrecevabilité fondées sur une interprétation erronée de la loi</i>	213
A. L'exigence de l'ancienneté de dix ans pour l'avocat signataire de la requête	213
B. L'exigence d'une procuration spéciale de l'avocat signataire de la requête	216
Section II. Les limites liées au cadre du contrôle	220
§1. Les limites liées au cadre législatif	220
1. Le pouvoir discrétionnaire découlant des faiblesses rédactionnelles de la loi	220
2. L'absence d'obligation légale de motiver les actes administratifs en la forme	221
§2. Les limites liées au cadre juridictionnel	221

1. Le défaut d'indépendance réelle du juge.....	221
1.1. <i>Le défaut d'indépendance à l'égard du pouvoir politique</i>	222
A. Les raisons de droit.....	222
1°. Le statut du pouvoir judiciaire.....	222
2°. Le statut des magistrats.....	225
B. Les raisons de fait	229
1.2. <i>Le défaut d'indépendance à l'égard des justiciables et des tiers</i>	230
A. Les raisons matérielles	230
B. Les raisons sociales	231
C. Les antivaleurs au sein de la magistrature	231
2. L'insuffisance des ressources humaines, financières et matérielles.....	233
Section III. Les limites liées à la procédure de contrôle	234
§1. Une procédure sommaire de recherche des motifs	234
1. L'exigence du dossier administratif n'est pas assortie de sanction.....	234
2. Le caractère « éventuel » de l'instruction préparatoire	236
3. Le caractère limité de l'instruction à l'audience	237
§2. Une procédure sommaire d'examen des motifs	237
1. L'examen de la requête à la phase préparatoire	238
1.1. <i>L'examen de la requête par le Procureur Général de la République</i>	238
1.2. <i>L'examen « éventuel » de la requête par un conseiller rapporteur</i>	239
1.3. <i>L'examen « éventuel » de la requête en Assemblée plénière</i>	240
1.4. <i>L'examen éventuel de la requête en Assemblée générale</i>	240
2. L'examen de la requête à la phase de l'instruction en audience	241
3. L'examen de la requête à la phase du délibéré.....	241
§3. Le contrôle des décisions du juge administratif est limité	241
2. L'absence de dialogue entre le juge de cassation civile, le juge constitutionnel et le juge administratif.....	243
3. L'absence d'influence du contrôle du juge international	243
PARTIE II. L'AMELIORATION DU CONTROLE DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE	246
TITRE I. LES CONDITIONS D'ORDRE GENERAL	247
CHAPITRE I. LES CONDITIONS RELATIVES AU CADRE JURIDICTIONNEL	247
Section I. Les conditions communes à toutes les juridictions	247
§1. L'indépendance du juge	248
1. Le juge doit être à l'abri des contraintes politiques.....	249
1.1. <i>La désignation par élection des responsables du Conseil supérieur de la magistrature</i>	249
1.2. <i>La protection effective du juge dans l'exercice de ses fonctions contre l'emprise politique</i>	252
2. Le juge doit être mis à l'abri des besoins matériels	256
3. La protection physique et morale du juge	258
§2. Les conditions et les moyens de travail	259
1. Les ressources humaines de la juridiction.....	259
2. Les ressources financières de la juridiction.....	262
3. Les ressources matérielles des juridictions	263
Section II. Les conditions particulières à la juridiction administrative	263
§1. La spécialisation de la juridiction administrative	264
1. La spécialisation organique	264

1.1. <i>L'ordre juridictionnel administratif dans la Constitution du 18 février 2006</i>	265
1.2. <i>Le projet de loi sur les juridictions administratives</i>	267
2. <i>La spécialisation fonctionnelle</i>	274
2.1. <i>Les compétences constitutionnelles des juridictions de l'ordre administratif</i>	274
2.2. <i>Les compétences des juridictions administratives déterminées par la loi</i>	275
A. <i>Les compétences prévues par le projet de loi sur les juridictions administratives</i>	275
1°. <i>La répartition des compétences en fonction du niveau territorial des administrations</i>	275
2°. <i>Le pouvoir de suspension, d'annulation et d'interprétation</i>	276
3°. <i>La compétence consultative à côté de la compétence contentieuse</i>	276
4°. <i>L'introduction de la cassation administrative</i>	277
5°. <i>Une compétence exclusive sur tout le contentieux de l'administration ?</i>	277
B. <i>Les compétences de la juridiction administrative prévues par des lois particulières</i>	279
§2. <i>La spécialisation des juges en matière administrative</i>	279
1. <i>La formation du juge en matière administrative</i>	280
1.1. <i>L'expérience antérieure de la formation des magistrats au Congo</i>	280
1.2. <i>La formation du juge administratif dans le cadre de l'Ecole supérieure de la magistrature</i>	284
2. <i>Le rattachement exclusif des juges à la juridiction administrative</i>	292
2.1. <i>Le rattachement des juges aux juridictions dans le statut de 2006</i>	293
2.2. <i>Le rattachement exclusif des magistrats dans le cadre de l'unicité du statut</i>	293
CHAPITRE II. LES CONDITIONS RELATIVES AU CADRE NORMATIF	297
Section I. L'amélioration de la qualité des textes	297
§1. <i>Les critères d'un texte de bonne qualité</i>	297
1. <i>La qualité d'un texte de loi en général</i>	298
1.1. <i>La qualité de la loi liée à sa conception</i>	298
1.2. <i>La qualité de la loi liée à sa rédaction</i>	299
2. <i>La qualité du texte qui confère le pouvoir discrétionnaire à l'administration</i>	300
2.1. <i>L'indication claire du pouvoir discrétionnaire</i>	300
2.2. <i>L'aménagement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire</i>	300
A. <i>L'exigence de l'exercice effectif et complet du pouvoir discrétionnaire</i>	301
B. <i>L'exigence du choix le plus adéquat dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire</i>	302
C. <i>L'intégration de ces principes dans la norme</i>	303
§2. <i>La consultation systématique et obligatoire d'un conseil de législation</i>	304
1. <i>L'organisation d'un Conseil de législation compétent et impartial</i>	304
1.1. <i>L'organisation du « Conseil de législation » à côté de la juridiction administrative</i>	305
1.2. <i>Le « Conseil de législation » obligatoirement consulté</i>	307
2. <i>L'organisation d'une procédure sérieuse de consultation</i>	308
Section II. La motivation formelle des actes administratifs	309
§1. <i>Le régime légal et jurisprudentiel actuel de la motivation est limité</i>	311

1. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs par les textes ..	311
1.1. <i>Le champ de l'obligation de motiver est limité</i>	311
1.2. <i>Le régime juridique de la motivation n'est pas suffisamment déterminé</i>	316
2. L'obligation de motivation formelle des actes administratifs par la	
jurisprudence	319
2.1. <i>L'apparente consécration du principe de motivation sans texte</i>	319
2.2. <i>Un contrôle des motifs plutôt qu'un contrôle de motivation formelle</i>	320
§2. L'adoption d'une loi de motivation formelle obligatoire des actes	
administratifs	322
1. Le champ d'application de la loi sur la motivation formelle des actes	
administratifs	322
1.1. <i>Les actes à soumettre à l'obligation de motivation formelle</i>	322
1.2. <i>Les actes à exclure de l'obligation de motivation formelle</i>	325
2. L'étendue de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs ...	326
2.1. <i>Le contenu de la motivation</i>	326
2.2. <i>Les caractéristiques de la motivation des actes administratifs</i>	327
3. La sanction de l'obligation de motivation formelle des actes administratifs.	328
TITRE II. LES CONDITIONS SPECIFIQUES AU CONTROLE DU POUVOIR	
DISCRETIONNAIRE	331
CHAPITRE I. LES CONDITIONS RELATIVES AU CONTROLE INDIRECT DU	
POUVOIR DISCRETIONNAIRE	331
Section I. L'amélioration des procédés de contrôle	331
§1. Le contrôle complet et sérieux des « éléments liés »	332
1. L'analyse complète de toutes les données de l'affaire	333
1.1. <i>L'analyse complète du droit applicable</i>	333
1.2. <i>L'analyse complète des circonstances de fait</i>	338
2. L'analyse approfondie de la compétence et de la procédure administrative..	338
2.1. <i>L'analyse approfondie de la « compétence conditionnée »</i>	339
2.2. <i>L'analyse approfondie de la procédure d'élaboration de l'acte</i>	340
§2. L'amélioration de la procédure d'instruction de l'affaire	340
1. L'amélioration de la procédure de recherche des motifs de l'acte.....	341
1.1. <i>Le renforcement de l'exigence du dossier administratif</i>	341
A. Les contours de l'obligation de dépôt du dossier administratif.....	342
B. La sanction de l'inobservation de l'obligation de dépôt du dossier	
administratif	345
C. Les conséquences procédurales	346
1.2. <i>La recherche des motifs à la phase de l'instruction préparatoire</i>	346
A. Les cas de dispense d'instruction préparatoire	347
B. Les cas d'instruction préparatoire obligatoire	347
C. Les mentions obligatoires dans les rapports et jugements relatifs à	
l'instruction préparatoire	348
1.3. <i>La recherche des motifs à la phase de l'instruction à l'audience</i>	348
2. L'amélioration de la procédure d'examen des motifs : Le réaménagement des	
phases d'examen de la requête et la redéfinition des rôles.....	349
2.1. <i>La phase préparatoire de l'examen de la requête</i>	350
A. L'examen préliminaire par un conseiller rapporteur	350
B. L'examen par un conseiller réviseur	352
C. L'examen par une formation collégiale.....	353
D. L'examen du dossier par le ministère public.....	354
2.2. <i>L'examen de la requête en audience</i>	354

A. Le rapport du conseiller rapporteur	355
B. Le rapport du ministère public.....	355
C. L'instruction en audience	355
2.3. <i>L'examen de la requête dans la phase du délibéré</i>	356
§3. L'amélioration de la motivation des jugements	358
1. La motivation des jugements améliore le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire	358
2. L'obligation de motivation des jugements est consacrée en droit congolais .	361
2.1. <i>L'obligation de motivation des jugements dans la constitution et dans la loi</i>	361
2.2. <i>L'obligation de motivation des jugements dans la jurisprudence</i>	362
3. Les critères de la motivation des jugements devraient être mieux déterminés	363
Section II. Le renforcement du contrôle des décisions du juge administratif	364
§1. L'introduction de la cassation administrative	365
1. Le juge de cassation contrôle indirectement le contrôle du pouvoir discrétionnaire du juge de fond	366
1.1. <i>Le contrôle de la motivation des jugements</i>	366
1.2. <i>Le contrôle de l'erreur de droit</i>	367
1.3. <i>Le contrôle des faits</i>	367
2. Le régime de la cassation dans le projet de loi sur les juridictions administratives congolaises.....	369
2.1. <i>Les décisions susceptibles de cassation administrative</i>	369
2.2. <i>Les moyens de cassation</i>	369
2.3. <i>La procédure de cassation</i>	370
§2. Le contrôle du juge constitutionnel	372
1. Les attributions du juge constitutionnel congolais.....	372
2. Le juge constitutionnel et le pouvoir discrétionnaire de l'administration.....	375
2.1. <i>La détermination de l'étendue du pouvoir discrétionnaire dans le cadre de l'interprétation de la Constitution</i>	375
2.2. <i>La détermination du pouvoir discrétionnaire dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des normes</i>	377
2.3. <i>La détermination de l'étendue du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans le cadre du règlement d'un conflit d'attribution</i>	377
3. Les conditions de concrétisation des possibilités du juge constitutionnel congolais.....	378
§3. Le contrôle du juge international	379
1. Les juridictions internationales susceptibles de juger l'œuvre du juge administratif congolais	380
1.1. <i>Les différentes juridictions internationales susceptibles de juger les décisions du juge administratif congolais</i>	380
1.2. <i>La saisine des juridictions internationales pour mettre en cause une décision du juge administratif</i>	381
1.3. <i>Les décisions des juridictions internationales</i>	382
2. L'étendue du contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration par le juge international.....	382
3. L'impératif de familiariser les citoyens et les acteurs de la justice administrative avec la procédure et la jurisprudence des juridictions internationales	385

CHAPITRE II. LES CONDITIONS RELATIVES AU CONTROLE DIRECT DU POUVOIR DISCRETIONNAIRE	387
Section I. L'émergence du contrôle direct en droit congolais	387
§1. Les conditions d'émergence du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire 387	
1. La nécessité et la compatibilité du contrôle direct avec le droit congolais	388
1.1. <i>La nécessité du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire</i>	389
A. L'absence d'impact du contrôle juridictionnel de l'administration	389
B. L'universalisation progressive des principes de bonne administration .	390
1.2. <i>La compatibilité du contrôle direct avec le droit congolais</i>	392
A. L'existence des fondements du contrôle direct en droit congolais	392
B. L'existence du recours pour excès de pouvoir	395
2. L'acceptation du contrôle direct par les acteurs de la justice administrative. 396	
2.1. <i>La nécessaire acceptation des acteurs de la justice administrative</i>	396
2.2. <i>La maturation de l'idée du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire</i> ..	397
§2. La mise en route du processus d'émergence du contrôle direct	398
1. La mise en route spontanée du processus d'émergence du contrôle direct....	399
2. La sensibilisation à la problématique du contrôle du pouvoir discrétionnaire	399
2.1. <i>La méthodologie à suivre</i>	400
2.2. <i>Les acteurs et leur niveau d'implication</i>	400
Section II. La mise en œuvre du contrôle direct : prudence et modération	402
§1. Le respect de la séparation des fonctions de juger et d'administrer	403
1. La nécessité de ne pas surpondérer le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire	403
2. Le contrôle direct doit être limité à la marge de l'appréciation en opportunité	404
§2. Le cadre et les domaines d'exercice du contrôle direct du pouvoir discrétionnaire	406
1. Le contrôle direct dans le cadre du recours pour excès de pouvoir	406
2. Le contrôle direct du pouvoir discrétionnaire en toutes matières	407
CONCLUSION GENERALE	411
BIBLIOGRAPHIE	427
INDEX	451
TABLE DES MATIERES	454