

## La cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle en droit congolais : modalités et effets juridiques

Par *Dieu-Merci Ngusu Masuta\**

**Abstract:** This article provides a study of the modalities and legal effects of the termination of the functions of members of the Congolese Constitutional Court. It offers a detailed analysis based mainly on the relevant provisions of Ordinance No. 16/070 of August 22, 2016 on the special status of members of the Constitutional Court. This Ordinance was adopted in application of the Congolese Constitution of February 18, 2006 in conjunction with organic-law No. 13/026 of October 15, 2013 on the organization and functioning of the Constitutional Court. Distinguishing on the one hand the normal cause of cessation of functions – the expiry of the mandate – and on the other hand the so-called exceptional causes – the resignation, dismissal and death of a member –, the study shows that the enumeration thus retained from the ordinance is incomplete with regard to the above-mentioned organic law. Thus, the list must be supplemented with the "nullity of the appointment" of a member in accordance with articles 2 and 3 of that organic law. The law is silent, however, on the issue of the voluntary retirement of members, although the implementation of this right inevitably has an impact on the end of their functions. The study therefore continues by an examination of both the general and the specific legal effects of these different modalities of ending the functions of a member of the Constitutional Court. Finally, in order to support and complete this essentially theoretical analysis, the article also looks at the question that remains most topical in Congolese constitutional law, namely the legal nature of the 'power' of the President of the Republic to appoint members of the Constitutional Court to other Courts or functions during their term of office. It concludes that such a power is not justified in the current framework of Congolese constitutional law. Indeed, it is inconceivable that such appointments should be imposed on the Constitutional Court members, their acceptance being the only exception to the principle of irremovability that governs them. Such a case should be considered one of voluntary resignation and a substitute member should therefore only be appointed after this situation has been ascertained and established by the Constitutional Court.

**Résumé :** La présente réflexion aborde l'étude des modalités et effets juridiques de la cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle. Elle offre une

\* Licencié (Bac+5) en droit économique et social, Chercheur à la Faculté de droit de l'Université de Kikwit (RDC) ; E-Mail : [ngusumasuta@gmail.com](mailto:ngusumasuta@gmail.com).

analyse minutieuse basée principalement sur les dispositions pertinentes de l'Ordonnance n° 16/070 du 22 août 2016 portant dispositions relatives au statut particulier des membres de la Cour constitutionnelle adoptée en application de la Constitution, mais surtout de la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle. Distinguant d'une part la cause normale de cessation de ces fonctions – l'expiration du mandat – et d'autre part celles dites exceptionnelles – la démission, la révocation et le décès du membre –, cette réflexion démontre que l'énumération ainsi retenue par le Statut est incomplète au regard notamment de la loi-organique précitée. Ainsi, elle la complète par « la nullité de la nomination » du membre conformément aux articles 2 et 3 de la loi-organique ci-dessus évoquée. Elle ne se penche cependant pas sur la question de la retraite de ces membres si bien que la mise en œuvre de ce droit comporte inéluctablement un impact sur la fin de leurs fonctions. L'étude de ces modalités est ainsi complétée par celle des effets juridiques qui sont à la fois généraux et particuliers pour chacune des causes en présence. Enfin, pour appuyer et compléter cette analyse qui se révèle essentiellement théorique, la réflexion s'intéresse également à la question qui demeure d'actualité en droit constitutionnel congolais, à savoir la juridicité du « pouvoir » du Président de la République de procéder à des nouvelles nominations des membres de la Cour constitutionnelle en cours de mandat. Elle aboutit à la conclusion qu'un tel pouvoir ne se justifie pas dans le contexte actuel du droit constitutionnel congolais. En effet, il est inconcevable que des telles nominations leur soient imposables, leur acceptation étant la seule exception au principe d'inamovibilité qui les régit. L'hypothèse de l'acceptation fait ici allusion à la démission volontaire, mais surtout d'office du membre qui aurait préféré exercer les fonctions incompatibles à sa qualité, et le membre remplaçant ne peut être désigné qu'après la constatation de cette situation juridique.

\*\*\*

## A. Introduction

L'institution par la Constitution du 18 février 2006 d'une Cour constitutionnelle constitue, sur le plan d'une analyse essentiellement théorique, une avancée significative dans le processus de l'opérationnalisation de l'Etat de droit en RDC. Certes, renseigne l'histoire,<sup>1</sup> cette institution ne saurait s'analyser comme une innovation. Néanmoins, le fonctionnement d'une telle Cour n'a été rendu effectif que sous l'égide de la Constitution du 18 février 2006. En outre, les compétences de plus en plus spécifiques qui lui sont dévolues par cette

1 Lire notamment *Balingene Kahombo*, L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise : son organisation et ses compétences, Librairie africaine d'études juridiques 6 (2011), pp. 1 et ss; *Mukiramfi Samba*, Désignation des membres de la Cour constitutionnelle : atouts, limites et perspectives, Annuaire congolais de justice constitutionnelle 1 (2016), pp. 42 et 43.

Constitution lui confèrent une certaine originalité<sup>2</sup> au regard tant de ses devancières que des autres organes similaires en droit comparé. Cette originalité se dégage aussi au niveau de son fonctionnement à travers notamment sa composition, la désignation de ses membres que sont les juges ainsi que les modalités de cessation des fonctions de ces membres.

Pour ce qui concerne particulièrement les modalités de cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle, il est prévu l'expiration du mandat aux cotés de la démission volontaire ou d'office, de la révocation et du décès. A chacune de ces modalités s'attache un certain nombre d'effets juridiques dont il est question d'exposer dans ce papier. Toutefois, plus qu'une simple exposition ou étude descriptive des textes juridiques pertinents, l'exercice se veut surtout une analyse réflexive des fondements juridiques et sociologiques de ces effets, et se penche également sur la question qui demeure d'actualité en droit congolais, à savoir le pouvoir du Président de la République sur le mandat des membres de la Cour constitutionnelle. Ainsi, la réflexion s'articule autour de deux principales préoccupations consistant à savoir l'efficacité et l'utilité des effets juridiques que la loi attache à chacune de ces modalités de cessation ainsi que la véritable base juridique du pouvoir d'affectation d'un membre de la Cour constitutionnelle en cours de mandat à d'autres fonctions (judiciaires spécialement) auquel le Président de la République a tendance à recourir.

Partant de ce qui précède, il se constate que l'affectation par le Président de la République d'un membre de la Cour constitutionnelle à une autre fonction au sein du pouvoir judiciaire tend de plus en plus à devenir, dans la pratique, une cinquième cause de cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle (C) à côté de celles pourtant limitativement énumérées par le Statut applicable à ces membres (B).

## **B. Des modalités statutaires de cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle**

Ce premier axe principal procède par un inventaire suivi d'une brève analyse des causes ou modalités statutaires de cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle (I) avant d'envisager l'exposition de quelques effets juridiques attachés à chacune de ces modalités (II).

### *I. Des causes de cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle*

Adoptée en application de la Constitution,<sup>3</sup> mais surtout de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle,<sup>4</sup> l'ordonnance n° 16/070 du 22 août 2016 portant dispositions relatives au statut particulier des membres de la Cour constitutionnelle, ci-après le statut, énumère les

2 Cf. *Balingene Kahombo*, note 1, p. 3.

3 La Constitution de la République Démocratique du Congo, *JORDC*, 47<sup>ème</sup> année, Numéro spécial du 18 février 2006, ci-après la Constitution.

4 Il s'agit de la loi-organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle *JORDC*, 54<sup>ème</sup> année, Numéro spécial du 18 octobre 2013, articles 11 ss.

causes de cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle.<sup>5</sup> Il ressort de cette énumération que ces fonctions peuvent prendre fin de deux manières : normale et exceptionnelle.

1. L'expiration du mandat comme modalité normale de cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle

A l'opposé d'autres systèmes en vigueur en droit comparé qui ont opté pour la nomination à vie<sup>6</sup> des juges chargés de rendre la justice constitutionnelle, l'option levée par le constituant congolais de 2006 est celle de nomination des membres de sa Cour constitutionnelle pour un mandat de neuf ans non susceptible de renouvellement. Il est cependant prévu une exception<sup>7</sup> à ce principe résultant de l'application de la règle de renouvellement trisannuel du tiers des membres de cette Cour tel qu'organisé par la même Constitution<sup>8</sup> ainsi que les textes juridiques applicables en cette matière. D'après cette règle, en effet, trois des membres de la Cour constitutionnelle sont remplacés par trois autres nouvellement désignés, en raison d'un par groupe ou catégorie suivant l'autorité de proposition ou d'initiative, dans les trois ans qui suivent chaque nomination.

L'exception découlant de l'application de cette règle de renouvellement progressif s'explique par le fait qu'à la suite de ce processus, certains des membres de la Cour constitutionnelle seront privés du droit d'exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été nommés pendant le délai constitutionnel de neuf ans. C'est ainsi que l'on a trouvé à travers cette règle une discrimination<sup>9</sup> constitutionnellement instituée<sup>10</sup> et admissible.<sup>11</sup> On notera tout de même qu'en réalité les effets dérogatoires résultant de l'application de cette règle ont normalement une portée limitée dans le temps en ce qu'ils ne peuvent logiquement affecter certains membres de cette Cour que lors de deux premiers renouvellements,<sup>12</sup> encore que la

5 Cf. article 9 du statut.

6 Par exemple aux USA. Lire aussi *Adolphe Kilomba Sumail / Balingene Kahombo*, Le renouvellement tertiaire de la Cour constitutionnelle en RDC : cadre juridique, défis et perspectives, *Librairie Africaine d'Etudes Juridiques* 5 (2018), p. 148.

7 Lire aussi *Mukiramfi Samba*, note 1, pp. 60 et 66.

8 Cf. article 158 de la Constitution.

9 Cf. *Jean-Pierre Mavungu Mvumbi-Di-Ngoma*, La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo : aperçu sur la compétence de la Cour constitutionnelle et la procédure devant cette Haute juridiction, Kinshasa 2017, pp. 26 et 27.

10 Cf. *Joseph Cihunda Hengelela / Symphorien Kapinga Nkashama*, Renouvellement tertiaire de la composition de la Cour constitutionnelle par le tirage au sort : Brève réflexion sur les modalités pratiques et les garanties du droit à l'égalité de chance des juges constitutionnels, *Annuaire congolais de justice constitutionnelle* 2 (2017), p.121.

11 Cf. *Kilomba Sumail / Balingene Kahombo*, note 6, p. 151.

12 Cf. article 6 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

Constitution ne l'ait pas, à tort,<sup>13</sup> exprimé expressément. Autrement dit, les renouvellements successifs aux deux premiers ne peuvent affecter que les membres qui auront effectivement épuisé leur mandat constitutionnel de neuf ans. Dans le même sens, ces deux premiers renouvellements n'affectent que six de neuf premiers membres à être désignés, c'est-à-dire la toute première équipe à exercer les fonctions de juge constitutionnel auprès de cette Cour. Plus précisément, trois des membres de cette équipe verront leurs mandats de neuf ans être réduits à seulement trois ans à la suite du premier renouvellement et les trois autres à six ans lors du deuxième renouvellement. Le troisième renouvellement par contre affectera logiquement les trois autres membres de la première équipe non affectés par les deux premiers renouvellements, et qui auront dans ce cas épuisé les neuf ans de leur mandat constitutionnel. Il en sera également des renouvellements successifs à l'exemple du quatrième qui devra affecter les trois membres nommés à la suite du premier renouvellement.

On déduit de cette règle de renouvellement triennal le souci du constituant de garantir « la relève entre différentes générations des membres de la Cour constitutionnelle, sans laquelle on aboutirait à un éternel recommencement ».<sup>14</sup> Par ailleurs, attendu que les deux premiers renouvellements dérogent au principe constitutionnel de mandat de neuf ans et qu'ils instituent par ce fait une discrimination entre les membres de la première équipe, la loi-organique sur la Cour constitutionnelle a, comme pour éviter d'accentuer cette discrimination, prévu la technique de tirage au sort des membres devant être remplacés au détriment d'une difficile prise en compte de leurs compétences et qualifications.<sup>15</sup> Le tirage se déroule au cours d'une séance publique tenue par le Greffier en chef<sup>16</sup> près cette Cour et porte indistinctement sur tous les membres de la première équipe, cependant par groupe suivant l'autorité de la proposition ou de l'initiative. Plus nettement encore, il porte sur les neuf

13 Lire sur la critique de l'article 158 de la Constitution, *Kilomba Sumail / Balingene Kahombo*, note 6, p. 150.

14 Cf. *Cihunda Hengelela / Kapinga Nkashama*, note 10, p. 121.

15 *Kilomba Sumail / Balingene Kahombo*, note 6, p. 148 estime que « le tirage au sort ne devrait pas être le mode de renouvellement pour une institution où les critères de performance devraient absolument être de rigueur vu l'importance de cette institution dans la régulation de la marche de la République vers la démocratie et l'état de droit ». La remarque reste pertinente. Toutefois, s'interroge-t-on, sur les critères objectifs de cette performance. Déjà, il convient de noter que la cotation par le Président de cette Cour ne peut être envisagée dans le cadre de la justice constitutionnelle car étant lui-même concerné par la règle de renouvellement tertiaire, il se conçoit des doutes légitimes sur l'impartialité d'une telle cotation. La tendance du Président serait en effet de se favoriser lui-même et pourquoi pas certains d'autres juges qui se montreront favorables à son égard. De même, les qualifications académiques des membres, bien que n'étant pas un motif interdit de la discrimination en vertu de l'article 1<sup>er</sup> paragraphe 2 de la Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, ne sauraient objectivement être retenues comme preuve de cette performance. Dans tous les cas, il y aurait toujours soit discrimination, soit méconnaissance de la performance. Qu'advierait-il si tous les membres jugés performants se trouveraient dans un seul ou deux groupes ?

16 Cf. article 116 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle. Lire sur l'insuffisance des garanties juridiques sur la transparence de cette procédure, *Kilomba Sumail / Balingene Kahombo*, note 6, p. 151.

membres lors du premier renouvellement et sur les six autres membres lors du deuxième renouvellement. Il ne concerne pas les renouvellements successifs. Dans tous les cas, le renouvellement intervient dans le mois, au plus tard, et la semaine, au plus tôt, précédant la date de l'expiration du mandat.<sup>17</sup>

## 2. La modalité exceptionnelle

La modalité exceptionnelle ou accidentelle<sup>18</sup> est celle qui met fin aux fonctions d'un membre de la Cour constitutionnelle alors que son mandat n'est pas épuisé. Le membre concerné par cette modalité aurait normalement droit de prêter, mais ne sait plus le faire soit par sa propre volonté ou parce qu'il en a été forcé à la suite d'une incompatibilité, d'une faute disciplinaire légère ou plus grave soit pour tout autre motif prévu par la loi, tel le décès.

### a. La démission

La démission est la cessation des fonctions décidée par un membre lui-même et approuvée par les autres membres ou lui imposée par les autres membres dans le cas et conditions organisés par la loi. Il résulte de cette définition que la démission peut être volontaire tout comme elle peut être d'office, c'est-à-dire celle intervenue en dehors de la volonté expresse d'un membre.

La démission volontaire se fonde normalement sur des convenances personnelles du membre qui en recourt et peut s'analyser comme la mise en œuvre de sa liberté de travail. Il peut ainsi s'agir du besoin éprouvé par un membre d'occuper un autre emploi dans le secteur public ou même privé ou simplement de sa volonté de mettre fin à sa carrière professionnelle. Toutefois, la loi<sup>19</sup> soumet l'effectivité de cette volonté manifestée à l'appréciation des autres membres de la Cour qui semblent disposer par ce fait d'un véritable pouvoir discrétionnaire de l'accepter ou de la refuser ou même de la reporter, selon l'opportunité. La cause de la démission volontaire devient en fin de compte non seulement celle avancée par un membre mais surtout celle qui rencontre l'assentiment des autres membres.

La loi ne précise pas ce qui adviendrait au cas où la décision de démission d'un candidat ne serait pas approuvée. On estime ainsi que cette soumission est contraire au principe de liberté de démissionner proclamé par l'article 28 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle, et partant à la liberté de choix qui en découle. Ce pouvoir d'appréciation serait inconstitutionnel et porterait atteinte aux droits garantis aux particuliers dans la mesure où le désaccord des autres membres obligerait au démissionnaire de rester à la Cour.<sup>20</sup> On peut

17 Cf. article 7 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

18 Cf. *Mukiramfi Samba*, note 1, p. 64.

19 Cf. article 28 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

20 Cf. *Mukiramfi Samba*, note 1, p. 65.

toutefois objecter qu'une telle obligation ne se conçoit dans l'hypothèse où la cause de la démission serait l'exercice d'une autre activité, considérant l'institution de la démission d'office qui sera analysée plus tard. En outre, la volonté du législateur en instituant un tel pouvoir d'appréciation ne serait-elle pas de veiller à la bonne administration de la justice ? Faisant expressément allusion à l'appréciation de *l'opportunité*, ne devrait-on pas interpréter celle-ci comme la simple possibilité de proposer au candidat démissionnaire un report en vue de vider les affaires suffisamment avancées ? En tout cas, en dehors de toute précision légale sur ce sujet, l'abus de cette faculté peut toujours être au rendez-vous !

Après que la proposition d'une démission aura été jugée opportune dans les conditions et les formes prescrites quant à ce,<sup>21</sup> le Président de la Cour constitutionnelle en informe le Président de la République ainsi que les Présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et le Conseil Supérieur de la Magistrature – CSM – et il est pourvu au remplacement du membre démissionnaire dans les mêmes conditions que celles de désignation et nomination des membres de cette Cour.

La démission d'office est par contre une démission forcée et qui, à ce titre, s'impose à tous les membres de la Cour constitutionnelle à commencer par le membre qu'il concerne. Le pouvoir de la Cour consiste dans ce cas en une simple constatation des motifs retenus à cet effet. Pour cette même fin, le Président de la République ainsi que les Présidents de l'Assemblée nationale, du Sénat et du CSM – le Président de la Cour constitutionnelle –, le dixième des députés ou des sénateurs peuvent saisir la Cour constitutionnelle.<sup>22</sup> Cette énumération exclusive d'autres autorités publiques ou personnalités apparaît quelque peu problématique compte tenu de la composition à coloration politique<sup>23</sup> de cet organe. On admettrait toute personne car il ne s'agit là que d'une simple prérogative de saisir la Cour constitutionnelle qui ne saura nullement conditionner l'issue de la procédure ainsi engagée.

Les causes conduisant à la constatation par la Cour constitutionnelle de la démission d'office d'un de ses membres sont d'une part l'exercice ou l'acceptation par ce membre d'exercer une fonction qui tombe sous le coup d'incompatibilité<sup>24</sup> avec sa qualité de membre de cette Cour et d'autre part la privation de la jouissance ou la perte des droits civils et politiques, l'empêchement définitif par la suite d'incapacité physique ou mentale ou enfin toute condamnation irrévocable pour une infraction intentionnelle.<sup>25</sup> Alors qu'il n'est fait allusion par la loi-organique sur la Cour constitutionnelle qu'à toute condamnation irrévocable pour une infraction intentionnelle, ce qui paraît très rigoureux, le Statut, en son article 10 alinéa 2, atténue cette rigueur en précisant qu'il doit s'agir non pas de toute condamnation en général mais de celle à la peine d'emprisonnement d'au moins trois mois.

21 Lire notamment l'article 10 du Statut.

22 Cf. article 36 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

23 Cf. *Balingene Kahombo*, note 1, p. 4.

24 Les cas d'incompatibilité sont déterminés par l'article 31 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

25 Cf. article 35 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

Ainsi, cette disposition exclut les condamnations pour la même infraction à la peine d'amende ou même à la peine d'emprisonnement de moins de trois mois. Nonobstant le caractère favorable de cette disposition, il se pose la question de la légalité d'une telle précision qui contredit l'idée du législateur. Considérant la nature juridique des textes en présence, il nous semble logique de considérer que cette précision doit être observée comme inexistante parce que contraire à la loi car il n'est pas en principe admis qu'une ordonnance déroge à la loi. Toutefois, notant que cette ordonnance fut adoptée en application de la loi-organique sous examen qu'il complète d'ailleurs et que ce régime est favorable aux membres de la Cour, la validité de cette précision peut être admise.

Par ailleurs, sous cette rubrique de démission d'office, il convient de classer aussi la renonciation d'office prévue à l'article 34 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle dont la procédure de constatation obéit au régime juridique de l'article 35<sup>26</sup> de la même loi. En effet, dans les huit jours qui suivent la notification faite à un membre de sa nomination à la Cour constitutionnelle, il dispose, dans le cas où il se trouverait dans l'un des cas d'incompatibilité visés par la loi, du droit de lever option entre ces deux activités ou fonctions. Passé ce délai, il est réputé avoir renoncé à la fonction de membre de cette Cour et les dispositions sur la démission d'office (article 35) sont d'application. Il s'en suit qu'une nomination à la fonction du juge constitutionnel ne s'impose pas au nommé qui dispose de la possibilité de décliner l'offre suivant ses convenances ou ses intérêts particuliers.

Enfin, la démission d'office peut aussi résulter de la décision du Conseil de discipline siégeant au sein de la Cour constitutionnelle à l'issue d'une procédure disciplinaire engagée contre un membre. Elle s'analyse dans cette hypothèse comme une peine,<sup>27</sup> on dirait mieux pour plus d'exactitude langagière, une sanction disciplinaire. Dans tous les cas, il est pourvu au remplacement du démissionnaire dans les conditions fixées par la loi.<sup>28</sup>

26 Le régime de l'article 34, à la différence de celui de l'article 35 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle, concerne les membres nouvellement nommés à la Cour constitutionnelle et ne s'applique que dans les huit premiers jours qui suivent la notification de cette nomination. Passé ce délai, il est fait application de l'article 35 précité. En des termes clairs, à l'expiration de 8 jours qui suivent la notification de sa nomination en qualité de membre de la Cour constitutionnelle, un membre qui exercerait ou accepterait d'exercer une fonction incompatible même un seul jour, mettrait fin d'office à ses fonctions car après ce délai (huit jours), l'option n'est plus possible. La qualité de membre de la Cour ne peut donc pas se détenir simultanément avec celle incompatible, sous réserve du régime de l'article 34.

27 Cf. articles 10, 24 et 29 du Statut.

28 Cf. articles 28 alinéa 3 et 37 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle. Les conditions de remplacement sont celles de nomination à cette fonction telles qu'organisées par les articles 2 à 8 de la même loi.

## b. La révocation

Proche de la démission d'office est la révocation. La révocation est la sanction prononcée par le Président de la République, sur proposition du Conseil de discipline,<sup>29</sup> à l'encontre de tout membre reconnu coupable d'une faute disciplinaire grave suivant la procédure prescrite quant à ce.<sup>30</sup> La faute disciplinaire est ici à comprendre comme tout manquement par un membre de la Cour constitutionnelle aux devoirs de son état, à l'honneur ou à la dignité de ses fonctions. La définition de la loi pose un critère trop extensif en ce que les faits constitutifs de faute disciplinaire ne sont pas nommément, sinon exhaustivement énumérés.<sup>31</sup>

Le pouvoir d'appréciation des faits constitutifs de faute disciplinaire pour ceux non repris expressément par le statut, ou l'appréciation de la gravité des faits devant aboutir éventuellement à la sanction de révocation appartient au Conseil de discipline qui est un organe disciplinaire institué au sein de la Cour constitutionnelle.<sup>32</sup> Tandis que lorsque le membre incriminé est le Président de cette Cour, qui ne peut dans ce cas présider cet organe au risque d'influencer ses décisions, il est institué une formation *ad hoc* à cette fin conformément à l'article 28 du Statut.

## c. Le décès du membre

Le Statut retient le décès comme une des causes de cessation des fonctions du membre de la Cour constitutionnelle sans lui réserver aucune de ses dispositions. La question qui mérite d'être posée est celle de savoir les conséquences qu'entraîne une telle modalité de cessation des fonctions. Au-delà du mutisme des textes juridiques applicables sur cette question, il sera fourni quelques éléments de réponse à ce sujet aux développements consacrés au point relatif à l'étude des conséquences juridiques de la cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle. Mais avant cela, il importe de se pencher sur le cas particulier de la nullité de la nomination d'un membre de cette Cour.

## d. Du cas particulier de la nullité de la nomination du membre de la Cour constitutionnelle

La Constitution<sup>33</sup> et la loi-organique sur la Cour constitutionnelle<sup>34</sup> prévoient des conditions de fond et de forme sur la nomination des membres de cette Cour. Ces conditions sont substantielles en ce sens que la simple inobservation n'épargne pas l'ordonnance adoptée dans ces conditions d'une sanction juridique, parfois lourde. En effet, le non-respect par une no-

29 Cf. article 24 alinéa 2.

30 Cf. articles 30 et ss du statut.

31 Cf. article 23 du statut qui donne une énumération indicative.

32 Le conseil de discipline est régi par les articles 25 et ss du statut.

33 Cf. article 158 et 159.

34 Cf. articles 2 et 3.

mination des conditions tant de fond que de forme l'expose à la sanction de la nullité de plein droit,<sup>35</sup> ce qui entraînera la cessation des fonctions du membre concerné.

Ainsi, il n'est pas erroné d'admettre que l'article 9 du statut est lacunaire et que son énumération, encore que limitative, doit être complétée par celle de la loi-organique prévoyant la nullité. Par contre, lorsque l'une des conditions de nomination cesserait d'exister, hypothèse qui n'est possible que pour la seule condition de détenir la nationalité congolaise, il ne serait pas question de prononcer la nullité de l'acte de nomination. Cela devrait plutôt donner lieu à la situation de la démission d'office pour perte des droits politiques conformément à l'article 35 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

## *II. Effets juridiques de la cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle*

Toute cessation des fonctions envisagée indistinctement des motifs ou modalités respectives entraîne des modifications considérables sur le statut juridique du membre concerné. Cette modification se matérialise au travers de la perte des droits ou l'acquisition (conservation sous conditions ou recouvrement) de certaines autres prérogatives. Elle entraîne aussi un certain nombre d'obligations pour le membre concerné qui sont essentiellement négatives. Il sera relevé dans ce point quelques-uns de ces effets.

### 1. Effet général

La cessation des fonctions d'un membre de la Cour constitutionnelle entraîne naturellement comme premier effet la perte de cette qualité, et partant celle du droit/devoir d'accomplir toutes les missions qui en découlent. A l'inverse, et dans une certaine mesure, il y a aussi la caducité des obligations pour lesquelles il était astreint en vertu de cette qualité. Ainsi, il recouvre ses droits de prendre position ou de faire des déclarations sur les dossiers susceptibles d'être soumis à la Cour constitutionnelle.<sup>36</sup>

### 2. Effets particuliers

A côté de la perte de la qualité de membre de la Cour constitutionnelle qui reste un effet juridique valide pour toutes les modalités exposées ci-dessus, d'autres effets spécifiques s'attachent à chacune de ces modalités.

35 Cf. article 4 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle. Cette disposition ne sanctionne que les violations des articles 2 et 3 de la même loi, alors que d'autres conditions de nomination des membres de la Cour constitutionnelle, pas les moindres d'ailleurs, sont aussi déterminées par d'autres dispositions, notamment l'article 5 de la même loi. Nous estimons qu'on pourrait par la logique juridique, et en prenant en compte la raison d'être de ces conditions (la spécialité et l'origine organique ou professionnelle de ces membres), admettre que la violation soit exposée à la même sanction, la nullité de plano.

36 Lire utilement l'article 29 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle qui précise qu'une telle interdiction tient pendant les fonctions.

a. L'indivisibilité du mandat

La modalité normale de cessation des fonctions qu'est l'expiration du mandat dans toutes ses dimensions analysées met fin définitivement et aux fonctions et au mandat d'un membre. En des termes beaucoup plus clairs, le membre désigné à l'issue du renouvellement exécute un nouveau mandat qui lui est propre. Il n'est donc pas censé exécuter le mandat du membre qu'il remplace. A l'opposé, la démission, la révocation et le décès mettent fin uniquement aux fonctions du membre et laissent intacte son mandat. La raison en est que ces causes constituent la modalité exceptionnelle qui met fin à la fonction d'un membre avant le terme de son mandat constitutionnel. Ainsi, le membre nommé en vue de son remplacement se trouve dans la situation similaire à celle dans laquelle se trouve le suppléant aux fonctions de Député ou de Sénateur et sont censés tous continuer et achever<sup>37</sup> le mandat du suppléé ou remplacé. La conséquence en est que le *dies aquo* dans la computation de la durée du mandat est non pas la date de la nomination en remplacement, mais plutôt celle de la nomination du membre remplacé. Toutefois, quoiqu'il en soit ainsi, le remplaçant ne peut plus être nommé pour un autre mandat sauf s'il n'a exercé les fonctions de remplacement que pendant moins de trois ans.<sup>38</sup> Dans le même sens, on ne peut logiquement lui imputer un quelconque antécédent disciplinaire ou tout autre droit et/ou obligation personnels du remplacé.

Le cas particulier de la cessation résultant de la nullité de l'acte de nomination mérite un commentaire spécifique. En effet, la conséquence juridique de la sanction de nullité est l'inexistence juridique de l'acte sanctionné, ce qui implique un retour au précédent état sous réserve des modifications que les difficultés pratiques d'application de cette sanction peuvent apporter. En clair, on considérerait qu'un tel acte n'a jamais existé, et donc un tel membre ne l'a jamais été. Qu'en serait-il alors des actes posés par un tel membre ? A cette question ni la Constitution, qui n'organise déjà pas cette modalité de cessation, ni la loi-organique sur la Cour constitutionnelle encore moins le statut ne fournit de solution. Ne constituant pas l'objet de cette analyse, il importe de signaler simplement que ce mutisme s'observe aussi au niveau de la fin ou non du mandat d'un tel juge – il apparaît d'ailleurs absurde de faire allusion à un tel mandat inexistant. Dans tous les cas, nous estimons que les conséquences de cette nullité devraient porter pour l'avenir de sorte que le membre désigné en remplacement de celui dont l'acte de nomination serait frappé de nullité soit considéré comme l'étant pour achever son mandat. Ainsi, la logique du renouvellement tertiaire des membres de la Cour constitutionnelle serait épargnée de toute complication pratique.

37 Lire utilement sur l'ensemble de la question l'article 8 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

38 Cf. article 8 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

## b. L'obligation d'abstention

L'expiration du mandat comporte pour le membre partant, dans les deux ans qui suivent, l'obligation de s'abstenir d'exercer toute fonction qui lui donne la qualité de membre de Gouvernement, de mandataire public ou d'exercer tout emploi public. Il peut toutefois appartenir à un parti politique, un regroupement politique ou un syndicat aussi bien qu'il peut exercer un mandat électif.<sup>39</sup> En contrepartie de cette interdiction, il est prévu que ce membre bénéficiera des droits et avantages dus en cette qualité dans le délai légal d'interdiction à condition qu'il n'exerce pas un mandat électif.<sup>40</sup>

La démission, la révocation et la nullité, par contre, ne comportent pas une telle obligation, et par conséquent la faveur qui en est assortie. Il se pose cependant la question du fondement ou utilité de cette interdiction. En d'autres termes, pour quel intérêt doit-on interdire à un membre qui a épuisé son mandat d'exercer dans les deux ans de telles activités alors qu'un démissionnaire ou un révoqué recouvre toute sa liberté. Que reproche-t-on à ce juge partant de la constatation que la composition de la Cour reste toujours à coloration politique ? En toute évidence, cette obligation apparaît sans aucune utilité car on ne saurait admettre à raison qu'elle poursuit pour mission de préserver l'indépendance de la Cour constitutionnelle. Si telle devrait être le cas, c'est-à-dire que si la justification ou motivation théorique de cette interdiction serait d'éviter que les juges de la Cour constitutionnelle soient exposés à des manipulations des politiques qui pourraient être tentés à les séduire avec des propositions des nominations au sein du Gouvernement ou de l'Administration publique à la fin de leurs fonctions, on étendrait cette obligation même pour les démissionnaires. Un membre peut toujours se laisser séduire par les propositions des politiques et par la suite démissionner avant son mandat pour occuper les fonctions dont il est privé d'exercice en cas d'expiration de son mandat. Ainsi, cette justification n'en constitue pas une.

Par ailleurs, puisque ce régime d'interdiction ne concerne pas les autres modalités de cessation des fonctions des membres de la Cour, le membre dont les fonctions prendraient fin par ces modalités ne bénéficierait pas non plus des avantages qui sont dus en contrepartie de cette interdiction, l'expiration du mandat<sup>41</sup> étant expressément retenue comme critère pour pouvoir bénéficier de cette faveur. La loi ne se prononce pas sur l'octroi de ces avantages en cas de décès. Considérant que celui-ci ne met pas fin au mandat du membre décédé, et qu'il est pourvu à son remplacement par un autre membre en vue de l'achever, il apparaît rationnel d'affirmer que la succession du membre décédé ne bénéficiera pas non plus de ces avantages. On se rappellera d'ailleurs que ces avantages sont en réalité un complément ou mieux une récompense de l'interdiction analysée ci-dessus. A ce titre, seules les personnes affectées par ses effets privatifs peuvent en bénéficier.

39 Cf. articles 31 et 32 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

40 Cf. article 10 du statut.

41 L'expiration du mandat n'est pas à confondre avec la fin des fonctions dont elle constitue une des modalités. Il peut en effet avoir fin des fonctions sans que le mandat expire nécessairement – cf. supra.

### C. Regards-critiques sur le pouvoir de nomination du Président de la République<sup>42</sup> des membres de la Cour constitutionnelle en cours de mandat

La problématique du pouvoir du Président de la République de nommer les membres de la Cour constitutionnelle à d'autres fonctions juridictionnelles soulève en réalité celle de la (l') (ir)révocabilité des mandats de ces membres ou de leur (in)amovibilité ou non. Il appartient ainsi impératif de s'arrêter d'abord sur ces deux aspects, apporter des précisions nécessaires pour l'analyse de la juridicité d'un tel pouvoir.

#### 1. Irrévocabilité des mandats et inamovibilité des membres de la Cour constitutionnelle

Les développements consacrés dans ce point ne sauront gagner en clarté que lorsqu'il sera procédé à une analyse séparée de chacun des principes d'irrévocabilité des mandats et d'inamovibilité des membres de la Cour constitutionnelle.

##### 1. L'irrévocabilité des mandats<sup>43</sup> des membres de la Cour constitutionnelle

Le principe d'irrévocabilité des mandats des membres de la Cour constitutionnelle signifie qu'une fois la décision de nomination est adoptée, l'autorité de nomination, y compris celles de désignation (proposition) ne peuvent plus revenir sur leurs décisions, sauf pour les erreurs matérielles (de fait) ou de droit attestées, c'est-à-dire en cas de violation établie des conditions de fond et/ou de forme de désignation telles que fixées par la Constitution et la loi-organique sur la Cour constitutionnelle. Précisons tout de même que même dans cette dernière hypothèse, on ne saurait logiquement admettre qu'il s'agit d'une véritable exception permettant aux autorités de nomination de revenir sur leur décision car une telle nomination est frappée de nullité de plein droit qui ne nécessite plus l'intervention de ces autorités.

L'irrévocabilité s'analyse même au niveau de la décision de proposition adoptée par le Parlement et le CSM. Une fois que le Procès-verbal de désignation d'un membre pour nomination à ce poste est dressé, les désignés acquièrent le droit d'être nommé car la nomination devient dans ce cas une compétence liée du Président de la République et lui est par ce fait imposable. En vertu de ce droit, les désignés disposent du pouvoir d'ester en justice contre toute nomination qui interviendrait en l'encontre des indications du PV.<sup>44</sup> Seulement, convient-il de préciser, à ce niveau les erreurs de fait et de droit donnent utilement droit à ces autorités (de désignation) de pouvoir revenir sur leurs décisions. Il en sera du cas où elles auraient ignoré l'inexistence d'une condition ou l'existence d'une cause d'exclusion à la nomination posée par la Constitution ou la loi, à l'exemple de la nationalité étrangère du candidat proposé ou de la parenté ou alliance jusqu'au troisième degré inclusivement entre

42 Sur cette question, lire aussi *Kilomba Sumail / Balingene Kahombo*, note 6, pp. 158 et ss.

43 Lire aussi *Mukiramfi Samba*, note 1, pp. 60 ss.

44 Lire sur l'ensemble de la question, lire *Mukiramfi Samba*, note 1, p. 52.

les membres désignés. La justification de ce pouvoir de revenir sur la décision adoptée dans ces circonstances est, qu'en vertu de l'article 4 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle, la nullité ne frappe que l'acte de nomination proprement dite. En outre, bien que créateurs des droits (pour les désignés) et des obligations (pour l'autorité de nomination),<sup>45</sup> ces PV demeurent des véritables et simples actes préparatoires, et ne peuvent à ce titre être soumis au régime de nullité prévu par cette disposition. D'ailleurs, à ce niveau, on ne saurait pas admettre qu'il existe déjà un mandat. A la limite, on admettrait qu'il y a simplement un commencement de l'existence de ce mandat.

Les fondements du principe de l'irrévocabilité des mandats des membres de la Cour constitutionnelle sont plus idéologiques et résident dans le souci d'assurer l'indépendance de cette haute juridiction. En effet, admettre le contraire attribuerait au Président de la République ainsi qu'aux autres autorités de désignation le pouvoir de revenir intempestivement sur leurs décisions alors qu'après la désignation et la nomination, les nommés sont censés, par le vecteur des incompatibilités prévues par la loi, être retranchés du spectre de contrôle de ces autorités envers lesquelles d'ailleurs il n'est pas erroné ni beaucoup osé d'affirmer qu'ils se doivent de faire preuve d'un sentiment d'ingratitude. Cette situation aboutirait donc à une sorte d'insécurité juridique et professionnelle pour les membres de cette Cour qui, pour la plus part des cas, continueraient sans nul doute à se comporter suivant les exigences des autorités pour le contrôle et la sanction des actes desquelles, et même pour la sanction des comportements desquelles, ils ont été nommés.

Le substrat juridique de ce principe est à rechercher dans les dispositions juridiques qui organisent la cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle dont l'analyse a constitué l'épine dorsale du premier axe principal de ces propos. Ces dispositions sont renforcées par le principe selon lequel les compétences sont d'attribution. Ainsi, en l'absence d'une base juridique expresse et solide reconnaissant aux autorités de désignation et de nomination le pouvoir de revenir sur leurs décisions, et compte tenu dûment des fondements de la déduction de ce principe ci-dessus exposé, on ne saurait soutenir à raison une telle compétence.

## 2. L'inamovibilité des membres de la Cour constitutionnelle

La Constitution pose en son article 150 alinéa 4 le principe d'inamovibilité de tout juge en général. Elle précise en même temps les hypothèses dans lesquelles il peut être dérogé à ce principe. En effet, le magistrat du siège ne peut être déplacé que par une nomination nouvelle ou à sa demande ou par rotation motivée décidée par le CSM. Cependant, la même Constitution institue et organise le principe de nomination des membres de la Cour constitutionnelle pour un mandat de neuf ans. Il se crée ainsi deux catégories des juges : les uns, nommés à vie, constituant la catégorie générale et les autres, nommés pour un mandat, constituant la catégorie spécifique. Si les règles générales définies par la Constitution ainsi

45 Cf. *Mukiramfi Samba*, note 1, p. 52.

que d'autres textes juridiques à caractère général sont applicables à tous les juges de manière générale, elles ne sauraient toutefois s'appliquer aux juges de la Cour constitutionnelle que sous réserve des adaptations nécessitées par leur spécificité.

Ainsi, il ressort de ce constat, mais surtout des analyses approfondies de différents textes adoptés en application de la Constitution sur cette question<sup>46</sup> que cette exception ne trouve pas application sur les membres de la Cour constitutionnelle auxquels il est reconnu un statut particulier et sont soustraits par ce fait du champ d'application des règles générales applicables à tous les juges. La nouvelle nomination dont il est question ici est élaborée et proposée par le CSM – son Assemblée générale,<sup>47</sup> ce qui est incompatible avec le régime de désignation des membres de la Cour constitutionnelle.<sup>48</sup> Certains d'entre ces membres n'ont été juges qu'à partir de leur nomination, et pour ceux qui l'ont été bien avant, il faut noter qu'à la suite de leur nomination ils sont extirpés du régime juridique du statut des magistrats.<sup>49</sup> Cela étant, le CSM ne dispose plus de pouvoir disciplinaire sur eux. De la même manière qu'il en est ainsi admis, il doit également l'être en ce qui concerne la possibilité de procéder à des nouvelles nominations – qui sont en réalité des promotions et sont organisées par un statut<sup>50</sup> non applicable à ces membres – ou à la rotation qui du reste se conçoit entre les ordres de juridictions auxquels ne se trouve pas la Cour constitutionnelle.<sup>51</sup>

L'inamovibilité du juge constitutionnel s'explique donc par le fait qu'il ne peut se voir imposé une quelconque nomination ou rotation pour quelque motif que ce soit. Pareille rotation ou nomination aurait en réalité pour conséquence de mettre fin aux fonctions du membre concerné alors que les causes de cessation en cette matière sont de stricte application et interprétation partant de la délicatesse des missions qui leur sont assignées. En outre, elle mettrait ces membres à la merci des autorités politiques, ce qui aboutirait à l'insécurité ci-dessus décrite. Dans ce sens, un membre s'abstiendrait de désobéir aux ambitions et en-

46 Notamment la loi organique n° 08/013 du 05 août 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature, ci-après la loi-organique sur le CSM, et la loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats telle que modifiée et complétée par la loi-organique n° 15/014 du 1<sup>er</sup> août 2015, ci-après le statut des magistrats.

47 Cf. articles 2 et 7 de la loi organique sur le CSM.

48 L'article 8 de la loi-organique sur le CSM prévoit certes la compétence de l'Assemblée générale de cet organe de désigner trois membres de la Cour constitutionnelle. Toutefois, cela ne s'analyse pas comme une nouvelle nomination au sens de l'article 150 alinéa 4 de la Constitution car elle ne s'impose pas au magistrat concerné qui dispose du droit d'option prévue à l'article 34 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

49 Cf. articles 90 du statut des magistrats et 11 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

50 Cf. articles 10 et 11 du statut des magistrats.

51 Pour parvenir à l'évidence de cette affirmation, il faut partir du constat que le statut applicable aux membres de la Cour constitutionnelle interdit à son article 6 alinéa 2 de nommer les membres de cette juridiction aux fonctions incompatibles dont notamment aux fonctions de juge au sein d'un des ordres de juridiction – emploi public. Nonobstant la précision qui sera plus loin apportée sur cette interdiction, il est clair que la nouvelle nomination ne se conçoit pas pour les membres de la Cour constitutionnelle.

vies personnelles de ces autorités sous la menace d'être évincé. A chaque fois que les autorités publiques se sentiraient en insécurité par l'action menée par cette Cour, elles n'hésiteraient pas de recourir à des nominations intimidatrices. Considérant que l'objectif du principe d'inamovibilité du juge tel qu'il en résulte de la Constitution est de garantir son indépendance, il ne saura être admis que des exceptions qui n'en compromettent pas la satisfaction.

Pendant, au stade actuel du droit constitutionnel congolais, cette inamovibilité n'a pas une portée absolue. Si elle exclut les exceptions ci-dessus analysées, elle n'exclut pas la possibilité pour un membre d'accepter sa permutation. En effet, il se dégage de l'article 35 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle qu'il n'est pas interdit pour un membre d'exercer ou d'accepter d'exercer une activité incompatible avec cette qualité dont notamment les fonctions au sein d'un ordre de juridiction. Seulement, il faut souligner que cette acceptation entraîne, dans les conditions ci-avant analysées, la perte de sa qualité de membre de la Cour par l'institution de la démission d'office. L'on comprend à la lumière de cette disposition que toute autorité publique – pas seulement le Président de la République – a la possibilité – et non le pouvoir – de nommer un membre de la Cour constitutionnelle à une autre fonction à la seule condition que cette nomination ne lui soit pas impossible ; qu'il ait la possibilité de l'accepter ou de la refuser. Dans l'hypothèse de l'acceptation, il sera d'office considéré démissionnaire en vertu de l'article 35 ci-avant évoqué. Cette proposition peut également lui être faite avant l'acte de nomination de sorte qu'il puisse aussi recourir à la démission volontaire antérieurement à cet acte.

En définitive, la faculté de nomination doit s'analyser ici comme une simple proposition faite au juge qui dispose du droit de la décliner ou de l'approuver. En cas d'acceptation, la cause de cessation des fonctions de ce membre sera non pas cette nomination, mais plutôt la démission à travers ces deux mécanismes. Il se dégage que contrairement à l'inamovibilité du juge relevant de l'ordre des juridictions judiciaires ou administratives où l'exception – la nouvelle nomination (promotion) ou la rotation motivée du CSM – lui est en principe impossible, l'inamovibilité du juge constitutionnel, eu égard à la spécificité de cette juridiction qui éclate ou mieux se détache des deux traditionnels ordres de juridiction, connaît comme exception l'acceptation même du membre et s'analyse comme une démission, surtout celle d'office. En aucune façon, elle ne doit lui être imposée. Nonobstant toutes les critiques que l'on pourrait formuler contre cette possibilité pour un membre de la Cour constitutionnelle qui peut se laisser séduire par les propositions de l'Exécutif et démissionner, elle reste une hypothèse légalement non exclue.<sup>52</sup>

L'intérêt de ce bref aperçu des principes d'irrévocabilité des mandats des juges constitutionnels et de leur inamovibilité réside dans l'appréciation de la juridicité du recours par le Président à des nouvelles nominations et promotions afin de mettre fin aux fonctions de certains membres de la Cour constitutionnelle.

52 Il sera plus loin précisé en quoi l'interdiction de nommer un membre de la Cour constitutionnelle à l'une des fonctions incompatibles avec cette qualité n'en constitue pas une en réalité.

## II. Juridicité des « nominations-promotions » des membres de la Cour constitutionnelle

L'appréciation de la juridicité des « nominations-promotions » des membres de la Cour constitutionnelle en cours de mandat abordée dans ce dernier point procède par une brève présentation des faits avant d'aboutir à l'émission d'une appréciation proprement dite.

### 1. Présentation des faits

Deux des cas des nouvelles « nominations-promotions » des membres de la Cour constitutionnelle en cours de mandat qu'a connus l'histoire de la justice constitutionnelle congolaise seront retenus dans le cadre cette analyse.

En premier lieu, Monsieur Félix Vunduawe Te Pemako, alors encore juge à la Cour constitutionnelle fut nommé en 2018 par l'ordonnance n° 18/048 du 11 juin 2018 en qualité de Premier Président du Conseil d'Etat. Nonobstant les compétences avérées de ce juge en matière administrative dont l'expérience et les connaissances exceptionnelles ont pu justifier sa place au perchoir de cette haute juridiction en matière administrative, d'aucuns n'avaient cessé de décrier et de trouver dans cette « nomination-promotion » une satisfaction de l'intention du Président de la République de se débarrasser de ce juge qui, ensemble avec ses deux autres collègues qui avaient démissionné bien avant, seraient considérés comme des « rebelles » et éléments dangereux aux intérêts de la famille politique du Président de la République.<sup>53</sup>

En second lieu, les juges Noël Kilomba Ngonzi Mala et Jean Ubulu Pungu, venaient d'être nommés et remplacés, dans les mêmes conditions que le juge Félix Vunduawe Te Pemako, c'est-à-dire pendant que leurs mandats à la Cour constitutionnelle étaient encore en cours, par l'ordonnance n°20/108 du 17 juillet 2020 en qualité des Présidents à la Cour de cassation.

Le premier tout comme le second cas suscitent une vive controverse et se trouvent actuellement au cœur des débats de diverses natures. Ainsi, il nous semble opportun d'émettre un point de vue objectif sur la juridicité ou non de ces deux nominations.

### 2. Appréciation-critique

Les développements consacrés au point précédent sur les principes d'irrévocabilité et inamovibilité ont relevé que toute autorité publique, et même toute personne privée, peut nommer un membre de la Cour constitutionnelle à une fonction ou un emploi donné, et même ceux qui sont jugés incompatibles avec sa qualité. En effet, bien qu'il semble être interdit de nommer un membre de la Cour constitutionnelle aux fonctions incompatibles,<sup>54</sup> une telle mesure ne saurait, à la logique et rigueur du raisonnement juridique, constituer une véritable interdiction dans la mesure où sa violation n'est pas sanctionnée par la nullité de

53 Cf. *Kilomba Sumail / Balingene Kahombo*, note 6, p. 155, 160 et ss.

54 Cf. article 6 du statut.

l'acte de nomination,<sup>55</sup> ce qui obligerait au membre nommé de rester à cette Cour. Elle obéit par contre au régime des incompatibilités.<sup>56</sup> Ainsi, tout naturellement, les nominations à ces fonctions ne sont pas interdites ; elles sont simplement entachées d'une sorte de déchéance d'office de la qualité de membre de la Cour constitutionnelle une fois qu'elles auront été acceptées.<sup>57</sup> On dirait mieux que ces nominations sont autorisées sous condition : la démission volontaire ou forcée prévue à l'article 35 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

Par ailleurs, cette interdiction n'affecte que les fonctions jugées incompatibles à la qualité de membre de la Cour constitutionnelle, ce qui laisse la possibilité pour ces membres d'accepter des fonctions au sein des entreprises privées selon qu'ils jugeront utile de renoncer à cette qualité. En définitive, ces membres ne sont pas indisponibles, ils peuvent bénéficier des nouvelles nominations ou promotions à la seule condition qu'ils les consentent et démissionnent. Ainsi, un membre de la Cour constitutionnelle peut accepter une nomination au poste de ministre ou de conseiller d'une personnalité politique, comme ce fut le cas avec le juge Luzolo Bambi Lessa, encore que son cas présente quelques particularités pour n'avoir pas encore prêté serment au moment de sa nomination à la fonction de Conseiller spécial du Président de la République en matière de bonne gouvernance et de lutte contre la corruption, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.<sup>58</sup>

Partant de toutes ces constatations et considérations, on pourrait soutenir que le Président de la République s'est à raison appuyé sur ses prérogatives pour opérer de telles nominations. Toutefois, cette position se heurte à l'objection selon laquelle les membres de la Cour constitutionnelle ne sont ni des juges de l'ordre judiciaire ni moins ceux de l'ordre administratif. Ils sont une catégorie à part entière et sont soumis par ce fait à un statut particulier qui ne prévoit pas cette possibilité. Il y a donc un argument tiré de l'incompétence du Président de la République à mettre fin aux fonctions des membres de la Cour constitutionnelle de cette manière. Le statut des magistrats ne dispose-t-il pas expressément que ses dispositions ne s'appliquent pas aux membres de la Cour constitutionnelle ?<sup>59</sup> On peut aussi s'étonner comment le Président de la République qui, à travers la définition du statut des membres de la Cour constitutionnelle, s'est interdit de les nommer à des fonctions incom-

55 Si telle devrait d'ailleurs être le cas, le Président de la République qui a adopté ce statut ne se contredirait pas dans les deux cas ci-avant relevés.

56 Cf. articles 10 du statut et 35 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle.

57 L'article 35 de la loi-organique sur la Cour constitutionnelle souligne, pour la mise en œuvre d'un régime d'incompatibilité d'office, que le membre concerné **accepte** d'exercer une activité incompatible.

58 Cf. Ordonnance n° 15/022 du 31 mars 2015 portant nomination d'un conseiller spécial au cabinet du Président de la République. Voir aussi *Mukiramfi Samba*, note 1, p. 60.

59 Cf. article 90.

patibles à leur qualité peut vite se rétracter et violer sa propre interdiction, même si elle est soumise non pas à la nullité mais plutôt au régime de démission !<sup>60</sup>

Bien plus, il convient de relever que les deux ordonnances du Président de la République reprises ci-avant nommant et promouvant les membres de la Cour constitutionnelle en cours de fonction à d'autres fonctions au sein du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation se sont voulues obligatoires, non seulement qu'elles les ont surpris parce que supposées être adoptées sans consultation préalable des nommés, mais elles ont abrogé toutes les dispositions antérieures contraires. En outre, elles n'ont pas pris en compte les prescrits de l'article 6 du statut qui régit ces membres. Par ce fait, elles ne sauraient être considérées comme une dérogation. A la limite, elles ne la seraient qu'avec le consentement des membres concernés, et dans ce cas, il devrait être procédé à la constatation de la démission d'office de ces membres qui auront accepté d'exercer une activité incompatible à leur qualité de membres de la Cour constitutionnelle. Or ni dans le premier cas encore moins dans le second, il a été établi qu'une telle procédure a été respectée. D'ailleurs, ces « nominations-promotions » se sont suivies immédiatement des remplacements. L'acceptation sans contestation du juge Félix Vunduawe Te Pemako de sa promotion ne saurait couvrir cette irrégularité car il n'a pas été procédé à la constatation de la situation de démission d'office. Dans le deuxième cas par contre, les deux juges concernés n'ont point hésité de s'y opposer, ce qui exclut l'hypothèse de la démission qui est de toute façon et dans ce cas de figure un acte volontaire.

Par ailleurs, il faut tout de même admettre que la procédure suivie par les deux juges dans le deuxième cas ne constitue pas la voie la plus indiquée. Au lieu d'écrire au Président de la République ou de refuser de participer à la séance de prestation de serment prévue à cet effet, n'auraient-ils pas dû saisir parallèlement le juge compétent pour faire valoir leur droit constitutionnel d'achever leur mandat à la Cour constitutionnelle ? N'était-il pas plus indiqué d'initier en même temps une procédure de référé qui aurait pour conséquence de suspendre l'exécution des décisions en cause, surtout celle de nomination en remplacement ?

## D. Conclusion

L'étude des modalités de cessation des fonctions des membres de la Cour constitutionnelle qui a constitué la préoccupation majeure de cette réflexion s'est voulue essentiellement théorique à travers une analyse descriptive des dispositions juridiques qui organisent cette matière. Elle a mis en exergue, après une brève exposition des causes de cette cessation, les différents effets juridiques qui en résultent. Si l'expiration du mandat appréhendée sous ses deux dimensions, la démission volontaire ou d'office, la révocation et le décès du membre de cette Cour constituent les seules causes statutaires de cessation des fonctions, il convient

60 Le régime de démission notamment d'office met en évidence la volonté du membre concerné d'accepter l'emploi incompatible et exclut l'idée de toute imposition de la part des autorités de nomination.

d'admettre tout de même que cette liste est complétée par la loi-organique sur la Cour constitutionnelle qui prévoit la nullité comme sanction d'une nomination qui viole les conditions posées à cet effet. En outre, parmi ces causes, seule l'expiration du mandat met fin à celui-ci alors que les autres n'affectent que les fonctions, et le mandat, par la technique de remplacement, est achevé par le membre nommé à cet effet.

Par ailleurs, cette analyse théorique a été complétée par une appréciation-critique du cas pratique de la fin des fonctions résultant des nouvelles « nominations-promotions » de certains membres de la Cour constitutionnelle par le Président de la République. Une telle modalité est non seulement contraire à la Constitution, à la loi et au statut applicables à ces membres, mais portent atteinte à l'indépendance de cette haute juridiction. Il appartient donc à tous les acteurs impliqués de prendre conscience de cette réalité pour éviter que de tels errements se répètent dans l'avenir.