



LES LIMITES DU PRINCIPE DE LEGALITE DANS L'ACTION ADMINISTRATIVE

MUHINDO MALONGA Téléspore et KAVUSA KALEMBA Valère

Résumé

Si le respect de la légalité est une donnée essentielle en matière administrative, il reste cependant relatif. Il n'est pas une valeur absolue. Au-delà des limites liées à l'imprécision du principe de légalité lui-même, la soumission de l'Administration au droit peut connaître des aménagements ou des inflexions face à d'autres valeurs politiques ou administratives, comme la survie de l'Etat. En République démocratique Congo, les faiblesses du principe de la légalité administrative sont accentuées par la fragilité du statut des magistrats qui ronge leur indépendance.

Summary

If the respect of legality is an essential factor in administrative matter, it remains however relative. Beyond the limitations associated with the lack of precision in this principle of legality itself, the submission of the Administration to law can be subject to some adjustments or modifications when faced with some other political or administrative values, like the survival of the state. In the Democratic Republic of Congo, the weaknesses of the principle of administrative legality are accentuated by the fragility of the magistrates' status which undermines their independence.

Introduction

"Nul n'est censé ignorer la loi". Le principe de légalité signifie que toute norme juridique doit respecter celles qui lui sont supérieures. Véritable police de l'ordre juridique, le principe de légalité permet de purger le droit de toute norme illégale en fixant les conditions de production des normes et en définissant les termes de leur articulation. En même temps, le principe de légalité, tout en limitant juridiquement le pouvoir, porte en lui une symbolique du pouvoir qui constitue un véritable vecteur de légitimation de son exercice. Si « en première vue ce principe implique la représentation d'un pouvoir encadré et limité par le droit, ... la juridicisation intégrale qu'il induit entraîne au niveau symbolique l'effacement du phénomène du pouvoir, qui tend à se transformer en une compétence entièrement régie par le droit. L'Etat de droit, ce n'est plus le gouvernement des hommes, c'est le règne des normes. Le pouvoir n'est autre chose qu'exécution subordonnée, réalisation de ce qui doit être selon les normes. » Par-delà la

Parcours et Initiatives N° 7 – mai 2008

hiérarchie formelle ou matérielle des normes juridiques, le principe de légalité est une exigence de l'Etat de droit qui postule que l'Administration soit, elle aussi, soumise au droit, qu'elle soit tenue au respect des normes qui lui sont supérieures. En effet, dans un Etat de droit, l'action administrative ne saurait être totalement laissée à l'arbitraire, ou mieux au seul bon sens supposé des gouvernants. Les pouvoirs publics et l'Administration sont tenus de respecter le droit. Le pouvoir d'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge se fonde sur la disposition constitutionnelle suivant laquelle les cours et tribunaux n'appliquent les actes des autorités administratives que pour autant qu'ils sont conformes aux lois.

Il ressort que, dans l'expression "principe de légalité" le mot "légalité" est impropre, en tout qu'il renvoie à la loi (*lex, legis* = la loi). Ici, le principe de légalité renvoie à l'obligation de respecter toutes les règles juridiques. Le mot "légalité" renvoie à l'ensemble du droit en vigueur. Il serait donc plus précis de parler de "principe de juridicité" de "principe de normativité". « Le principe de légalité, qui domine toute la théorie des actes administratifs, signifie que l'Administration est soumise au droit. » D'après la conception jurisprudentielle, le terme « loi » est entendu dans son sens le plus large, qui est celui de droit et qui est synonyme de régularité juridique. Le principe de légalité appliqué à l'Administration écrivait, Georges Vedel, exprime la règle selon laquelle l'Administration agit conformément au droit. Aussi, en droit administratif, l'expression « principe de légalité » recouvre un sens quelque peu différent de celui qu'elle revêt en droit pénal où la légalité renvoie à la loi formelle en tant qu'œuvre du Parlement. En droit pénal, la légalité s'entend au sens strict ; en droit administratif, elle est une notion plus large. En définitive, en droit pénal, le principe de légalité s'analyse comme une exigence de base légale. L'action répressive doit avoir une référence à la loi formellement et organiquement entendue.

La légalité applicable à l'Administration, en tant qu'elle est exorbitante du droit commun, n'est pas celle qui s'applique aux administrés. Le régime administratif comporte des privilèges et des sujétions spécifiques pour l'Administration. La question se pose alors de savoir si une telle spécificité est justifiée.

Il semble que la réponse à cette question devrait être nuancée. Cette spécificité est en *partie justifiée* : elle est fondée, dans une certaine mesure, sur l'essence de la fonction administrative. En effet, les prérogatives et sujétions ne sont que des moyens orientés à la prise en charge des finalités d'intérêt général. Pour cette fin, la faculté d'émettre des actes unilatéraux, le privilège de l'exécution d'office se rattachent au pouvoir de commandement des pouvoirs publics.

Mais elle semble aussi *partiellement injustifiée* : certains privilèges de l'Administration apparaissent comme fondés, non pas sur le souci d'une bonne administration, mais sur des circonstances politiques. Ex. Pour certains aspects, le privilège de juridiction a pour but de faire échapper l'Administration au juge judiciaire et au droit commun de la responsabilité. Heureusement, au Congo, la

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

compétence de la juridiction administrative en matière de responsabilité, est largement exceptionnelle. Bien plus, l'écart résultant du privilège de juridiction est atténué par le manque de spécialisation des juges ou des juridictions administratives.

Dans un pays où prédomine une conception de l'Administration comme phénomène de d'autorité et de puissance, aborder la question du principe de légalité n'est pas indifférent à la protection des administrés face à une administration peu soucieuse de leurs droits, ne serait-ce que la droit à la sécurité juridique. Révéler les limites du principe de légalité permet ainsi de montrer les zones où la protection des citoyens se fragilise.

Conçu comme mécanisme d'encadrement de l'action administrative, le principe de légalité couvre-t-il infailliblement l'action normatrice de l'Administration ou laisse-t-il subsister de zones de non droit ? Il semble bien que les failles et les zones d'incertitude sont perceptibles pour quiconque examine à fond la portée du principe de légalité. Certaines limites sont générales. C'est notamment le cas de l'imprécision du principe lui-même qui est une limite inhérente et de certains aménagements juridiques qu'on peut rencontrer dans différents ordres juridiques nationaux. Mais, d'autres limites paraissent spécifiques à la République démocratique du Congo, résultant à l'occurrence, de l'organisation de la juridiction administrative, compétente en matière de contrôle de la légalité des actes administratifs.

Bien que formulé simplement comme un principe de soumission au droit et comme exigence de respect des normes supérieures, le principe de légalité renferme une certaine imprécision (I). Bien plus, certaines brèches qui constituent des inflexions du principe de légalité sont admises par le droit lui-même (II). A ces limites générales, s'ajoutent des circonstances plus ou moins propres pour la République démocratique du Congo (III).

I. L'imprécision du principe de la hiérarchie des normes

L'affirmation du principe de légalité laisse subsister des zones d'incertitude quant au degré de liaison entre deux normes et par conséquent quant à la protection de l'Etat de droit. (On pourrait mentionner celles liées à la nature des actes soumis au contrôle et ceux qui en étaient traditionnellement exclus, les mesures d'ordre intérieur, les circulaires et les directives. Mais, pour diverses raisons, notamment la protection du statut juridique des individus, la possibilité des circulaires-réglementaires, le juge restreint le champ des actes exclus du contrôle. On peut aussi évoquer les différents degrés de contrôle, du contrôle maximum qui va jusqu'à la qualification juridique des faits au contrôle minimum qui se limite à l'erreur manifeste d'appréciation, et les cas d'autolimitation du juge; ou encore les cas de compétence liée et de pouvoir discrétionnaire.)

L'autonomie du régime de responsabilité publique, c'est-à-dire le fait qu'elle obéisse à des règles propres et ne soit pas régie par les principes établis

Parcours et Initiatives N° 7 – mai 2008

par le Code civil (pour les rapports de particulier à particulier) ne constitue pas en elle-même une limite majeure, dès l'instant où l'indemnisation des victimes est bien assurée. Certes, son caractère non général et non absolu peut faire subsister des "îlots d'irresponsabilité, et couvrir ainsi des zones de non-droit. L'extension de la responsabilité aura pour effet de restreindre ces zones.

Nous nous attacherons ici notamment aux limites découlant de l'imprécision de la notion de légalité ou de juridicité. A partir des analyses de H. Kelsen et de Ch. Eisenmann, il appert que le principe de légalité est une notion équivoque, à géométrie variable. Il existe divers degrés de juridicité (A) Cette différence de degrés emporte des conséquences non-négligeables dans la protection de la hiérarchie des normes et plus largement de l'Etat de droit.(B)

A. Le principe de légalité : une notion à géométrie variable

La protection de la hiérarchie des normes et de l'Etat de droit par le Juge constitutionnel ou par le juge administratif prend comme normes de référence essentiellement des règles de valeur constitutionnelle ou législative. Le principe de légalité (au sens de juridicité) est la loi fondamentale de l'action normatrice du Parlement et de l'Administration. S'appuyant sur A. de Laubadère et sur G. Vedel, Eisenmann estime que « la légalité, ce ne sont pas seulement les lois, ce n'est pas seulement la législation; c'est un ensemble de règles beaucoup plus vaste et divers, hétérogène.» On perçoit que l'auteur prend ici légalité au sens précédemment mentionné de juridicité.

Au-delà du contenu de la notion, dans le principe de légalité, il existe différents rapports d'une norme à la norme supérieure. Le principe de légalité ou de juridicité est ainsi marqué par une imprécision intrinsèque. Il renvoie, selon Kelsen, à une relation soit statique, soit dynamique. Dans le rapport statique de H. Kelsen, Ch. Eisenmann distingue un lien de compatibilité et un lien de conformité.

1. La distinction de Hans Kelsen : rapport statique et rapport dynamique

Cette distinction rappelle la différenciation entre hiérarchie matérielle et hiérarchie formelle.

Dans sa *Théorie pure du droit*, H. Kelsen distingue deux types de théorie du droit. : **la théorie statique et la théorie dynamique**. La théorie statique du droit s'attache à connaître les normes créées et qui doivent être appliquées ou obéies. Elle « envisage le droit à l'état de repos, comme un système de normes en vigueur », c'est-à-dire du point de vue de leur **contenu**. La théorie dynamique s'intéresse, non pas au contenu des normes, mais aux **actes de création, d'application des normes ou d'obéissance aux normes**. Elle saisit le droit en mouvement, c'est-à-dire «le processus juridique par lequel le droit est créé et appliqué. » L'approche du droit se situe au niveau de la compétence, de la forme et de la procédure d'élaboration.

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

De ces deux théories, il résulte, du point de vue de la confrontation pratique des normes, deux types de relations de subordination entre normes : une relation statique et une relation dynamique. Dans la première relation, la norme supérieure prescrit un certain contenu à la norme inférieure., « dans un système de type statique, écrit Kelsen, c'est en vertu de leur fond ou contenu que les normes sont valables, ..., c'est parce que leur validité peut être rapportée à une norme sous le fond de laquelle leur propre fond se laisse subsumer comme le particulier sous le général.» La relation statique renvoie donc à une hiérarchie matérielle entre normes, leur contenu, c'est-à-dire les éléments constituent intrinsèquement la norme, étant en cause. Dans le second cas, la norme supérieure détermine seulement une compétence dans la mesure où elle se borne à habilitier une autorité à poser une norme inférieure, sans lui prescrire de donner à cette dernière un certain contenu. Ce qui caractérise la relation dynamique, écrit l'auteur de la *Théorie pure du droit*, « c'est le fait que la norme fondamentale présumée ne contient rien d'autre que l'institution d'un fait créateur de normes, l'habilitation d'une autorité créatrice de normes, ou, - cela revient au même - une règle qui détermine comment doivent être créées les normes générales et les normes individuelles de l'ordre juridique qui repose sur cette norme fondamentale.» Une norme satisfait au rapport dynamique parce qu'elle est créée de la façon déterminée dans la norme supérieure, et non parce qu'elle aurait un contenu déterminé. Dans la relation dynamique, la question de la valeur intrinsèque de la norme ne se pose pas; il s'agit seulement de son aspect formel, extérieur, du processus qui donne naissance à l'acte subordonné.

Selon que l'on se situe dans un type de rapport ou dans l'autre, le degré de respect de la hiérarchie des normes et de protection de l'Etat de droit n'est certainement pas identique. La confrontation des contenus des normes qu'offre le rapport statique garantit une protection plus renforcée. Dans la relation dynamique, le rapport au contenu de la norme supérieure en résulte plus ténu, et l'Etat de droit purement formel, en tant que mode d'habilitation ou de délégation de compétence. L'approche kelsénienne du rapport statique entre les normes est approfondie par les analyses du principe de légalité de Ch. Eisenmann.

2. La distinction de Charles Eisenmann : la compatibilité et la conformité

Même lorsqu'il s'agit du rapport statique, l'idéal d'obéissance à la norme supérieure ne peut être atteint qu'à des degrés variables. Le rapport statique lui-même peut en effet s'analyser de deux manières, si l'on reprend la terminologie établie par Ch. Eisenmann. Pour lui, le principe de légalité peut s'entendre de deux façons : ou comme exigence de non-contrariété à la législation, c'est le rapport de compatibilité, ou comme exigence, beaucoup plus forte et plus rigoureuse de conformité à une réglementation législative, c'est alors le rapport de conformité. Ainsi, si la compatibilité et la conformité n'ont de sens que dans la cadre d'une relation entre deux notions ou deux normes, elles constituent néanmoins « **deux rapports, deux principes différents dont l'un va beaucoup plus loin que l'autre.** » La distinction entre conformité et compatibilité se rattache

au problème général de la hiérarchie en droit et de la nature du rapport entre les normes, question chère aux théoriciens de la formation du droit par degrés, notamment à Kelsen, architecte de la pyramide des normes dans sa *Théorie pure du droit*. Cette distinction traduit en même temps une incertitude sur l'exact contenu, l'exacte substance ou nature du rapport postulé entre les actes juridiques et la légalité.

L'idée d'incompatibilité ou de contrariété affirme l'existence d'un désaccord entre quelque trait d'un acte et une prescription supérieure. A l'inverse, la compatibilité ou la non-contrariété traduit l'absence d'un tel conflit. La compatibilité ou l'incompatibilité peut, selon Eisenmann, se situer à deux niveaux: soit au niveau de l'opération d'édiction d'un acte, en tant qu'elle porte sur la compétence ou la procédure, **elle est alors formelle ou opérationnelle** ; soit au niveau de l'objet, du produit de l'opération, en tant qu'elle affecte le fond, le dispositif, le contenu de la norme édictée. La compatibilité ou l'incompatibilité est alors, pourrait-on dire, **normative**. Aussi, du point de vue de la compatibilité, un acte normateur est pleinement légal si les normes ne sont contraires à aucune règle supérieure sur le fond et si l'opération par laquelle elles ont été posées n'est pas, elle non plus, contraire à aucune règle de procédure supérieure.

Dans le strict rapport de conformité, le contenu de la norme inférieure doit être déduit du contenu plus général de la norme supérieure. L'autorité inférieure ne dispose alors que d'une compétence liée car sa décision s'inscrit dans le cadre dressé par la norme supérieure. La conformité n'exprime pas seulement l'idée d'absence de conflit, de heurt ou de choc, mais l'idée de similitude et de reproduction. Comme la compatibilité, elle peut être opérationnelle ou normative. De plus, selon Eisenmann, la conformité peut traduire un rapport de pure et simple reproduction. Elle correspond alors à une identité ou, selon l'expression de l'auteur, à une conformité matérielle ou physique. En outre, la conformité peut être logique ou rationnelle, en tant que traduction d'un rapport abstrait entre un objet et son modèle idéal, tel que la bonté, le juste. etc. Pour préciser la distinction entre compatibilité et conformité, Eisenmann écrit : « La notion de compatibilité peut s'appliquer au rapport d'un acte administratif particularisé et l'ensemble de la législation, même s'il ne se rencontre dans celle-ci aucune règle relative à l'acte : on peut apprécier la compatibilité ou l'incompatibilité par rapport à "la législation", prise en bloc, et non pas simplement par rapport à la réglementation de l'acte. Alors que la conformité est un rapport positif entre deux objets parfaitement individualisés : l'acte administratif n'est pas conforme à la "législation" globalement, mais à une règle ou réglementation législative déterminée et la concernant. » Au fond, si la conformité n'autorise à faire que ce qui est prescrit par la norme supérieure, la compatibilité admet comme valide tout ce qui n'est pas interdit par la "législation". Ainsi, l'obligation de compatibilité semble, par définition, n'imposer que de simples orientations qui ne peuvent être précisément délimitées. Cette imprécision du rapport de juridicité emporte des conséquences sur le degré de protection juridictionnelle de la hiérarchie des normes et, par conséquent, de l'Etat de droit.

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

B. L'imprécision du principe de légalité et la protection de la hiérarchie des normes

Le principe de légalité reste marqué par une imprécision qui introduit, dans la hiérarchie des normes, une certaine gradation quant à la soumission d'une norme à celle qui lui est supérieure. Il y a, pourrait-on dire, une échelle de la légalité.

La variation de degré dans le rapport de légalité d'une norme vis-à-vis de la norme supérieure emporte des variations proportionnelles dans la protection juridictionnelle de l'Etat de droit. En effet, « la signification exacte du principe de légalité conditionne étroitement l'étendue et les modalités du contrôle juridictionnel » exercé sur les actes pris en considération.

Souvent, le rapport des actes législatifs et administratifs, en particulier réglementaires, à la légalité est un simple rapport de compatibilité, de non-contrariété. Ces actes ne doivent pas être contraires aux règles législatives, mais doivent s'accorder avec elles; ce qui reste très loin du rapport de conformité qui, selon l'auteur, existe par exemple entre lois d'impôts et décisions d'imposition. Or, il est clair que si l'Etat de droit est un simple rapport dynamique, autrement dit un rapport de délégation du supérieur à l'autorité subordonnée, il n'existe évidemment aucune raison de dire qu'en obéissant à cette autorité subordonnée, on obéit à la norme supérieure. En effet, quelles que soient les qualités de la norme supérieure, l'idée d'un Etat de droit dans lequel, du seul fait de la hiérarchie des normes, on serait toujours soumis directement ou indirectement à la norme supérieure en obéissant à la règle inférieure est moins rigoureuse qu'on ne l'imagine, sinon proprement irréalisable.

S'agissant du rapport statique, la protection sera plus élevée si est exigé un rapport de conformité. Cela suppose que la norme de référence soit assez précise, minutieuse, voire détaillée, pour que la règle inférieure en respecte la lettre et non pas simplement l'esprit. Les règlements d'application des lois peuvent s'apprécier du point de vue de la conformité ou de la non-contrariété.

L'appréciation est plus difficile si l'on se tourne du côté des règlements autonomes, que le pouvoir exécutif peut édicter indépendamment de la loi. Il devient alors difficile de les apprécier à l'aune de la conformité. Le pouvoir réglementaire semble échapper alors à tout contrôle au regard de la hiérarchie des normes. On est comme dans un vide législatif. Or, dit encore Eisenmann, le *vacuum législatif* est le plus sûr garant de la compatibilité, de l'absence de conflit, de la non-contrariété entre actes administratifs et loi, car là où il n'existe pas de réglementation modèle, il ne peut être question de conformité.

Pour Eisenmann, en vertu de la distinction entre conformité et compatibilité, le principe de conformité des normes ne peut certainement s'appliquer comme règle de principe, au-delà des normes individuelles. Pour celles-ci, le principe de légalité signifie que toute mesure particulière doit être conforme, au moins logiquement, aux règles préétablies. Elles doivent toujours

être prises en vertu d'une décision générale et en conformité avec elle. Elles sont l'application de règles générales qui en dessinent le modèle. S'agissant des mesures réglementaires, l'auteur estime qu'il est, « en fait, techniquement impossible que le législateur ne laisse à l'administration absolument aucune liberté, qu'il la réduise à la fonction passive de pure exécutante; il ne peut, en fait, aller jusqu'au but de son pouvoir virtuel et théorique... Et d'ailleurs, il ne le veut pas non plus d'une façon générale. » Souvent, les lois ne sont que des "cadres" généraux qui laissent une large latitude aux décisions inférieures. En d'autres termes, la nature réglementaire ou individuelle d'un acte influe sur le degré de son rapport de légalité avec les normes supérieures. La conjugaison de la qualité de précision ou d'imprécision de la norme de référence avec la nature réglementaire ou individuelle de la norme subordonnée fait subir à l'Etat de droit et à sa protection des fluctuations considérables. Ainsi, une norme réglementaire confrontée à une règle supérieure floue et imprécise entraîne un lien de légalité très ténu et une garantie atténuée de l'Etat de droit.

Parfois, pour suppléer les imprécisions et les vides juridiques, les juges ont su dégager des **principes généraux du droit** à partir de l'esprit de la législation et du droit qui permettent de contrôler des actes non directement rattachables à une norme écrite. Mais là encore, tout dépend de leur degré de précision, car « dès que le principe général du droit devient moins général, moins abstrait et plus précis, le degré minimum de la légalité se trouve écarté au profit de la conformité. » A l'inverse, plus le principe reste général et imprécis, moins son application assure une protection de l'Etat de droit.

En outre, à en croire certains auteurs, le respect de l'esprit postulerait le rapport moins rigoureux de compatibilité. Or les principes généraux du droit sont dégagés de l'*esprit*, et non de la lettre du droit. Leur généralité peut donc constituer un frein à leur efficacité. Néanmoins, le maintien de l'esprit du droit peut permettre de garantir les droits lorsque le changement des circonstances rend obsolète l'observance stricte de la lettre du droit.

Quant au rapport de la loi avec la Constitution, dans bien des cas, il s'agit d'une relation de type dynamique selon la distinction kelsénienne. La Constitution, en organisant les pouvoirs suprêmes, est un instrument de répartition des compétences, un instrument d'habilitation des pouvoirs publics.. Mais ici encore, si l'on retient la distinction de Ch. Eisenmann, on doit bien reconnaître que si, dans certains cas, la loi est tenue de respecter le contenu de certaines normes, notamment des Préambules intégrant les Déclarations des droits, dans bien d'autres, elle est liée par un simple rapport de non-contrariété. Il n'est pas rare de trouver dans la jurisprudence du juge constitutionnel la formule selon laquelle « aucun principe de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que le législateur ... », formule qui semble faire mention d'un rapport moins strict de compatibilité. Il s'agit en effet de confronter la loi à une "constitutionnalité" prise dans son ensemble, et non à une norme constitutionnelle précise, comme l'exigerait le rapport de conformité.

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

En tant qu'il renvoie à l'ensemble du droit, le principe de légalité hérite aussi son imprécision dans le fait que la légalité administrative puise à de nombreuses sources, de valeur juridique hétérogène.

Les sources de la légalité administrative sont multiples, diversifiées et hiérarchisées. Il existe diverses catégories de règles qui s'imposent à l'Administration. La hiérarchisation de ces normes a donné lieu à ce que l'on a appelé, à la suite de H. Kelsen, la "pyramide des normes". Certaines d'entre elles sont extérieures à l'Administration. D'autres, les actes administratifs émanent de l'Administration elle-même.

A cette imprécision inhérente au principe de légalité s'ajoutent des infléchissements juridiquement aménagés, qui fragilisent davantage le rapport des légalité entre normes inférieures et normes supérieures, au point de provoquer des renversements dans la pyramide des normes.

II. LES INFLECHISSEMENTS DE LA LEGALITE ADMINISTRATIVE

« Absolue dans son principe, la soumission à la légalité connaît nécessairement une certaine flexibilité dans son application » La soumission à la légalité n'est pas une notion intemporelle et insensible aux fluctuations sociales et politiques. Elle peut subir des aménagements ou des adaptations en fonction des besoins d'une bonne administration. Le respect de la légalité est donc une donnée relative : elle s'apprécie en rapport avec d'autres variables sociales. Le premier infléchissement ressort lorsque l'Administration dispose d'une marge d'opportunité qui permet de distinguer entre le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée (A). Le principe de légalité en résulte assoupli. Mais, les limites et les inflexions plus sérieuses se manifestent en période de circonstances exceptionnelles pendant lesquelles est en vigueur, voire tolérée, une "légalité de crise" (B).

A. La distinction entre pouvoir discrétionnaire et compétence liée

« La question du pouvoir discrétionnaire de l'Administration est l'une des questions les plus importantes du droit administratif dans tous les pays du monde à l'heure actuelle ». Dans le même sens, pour Marcel Waline, le droit administratif « est essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et de sa limitation en vue de sauvegarder les droits des tiers ».

Le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée se distinguent par leur définition. Cette distinction permet d'apprécier le contrôle juridictionnel qui s'exerce sur chacun de ces pouvoirs.

1. Définition du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée

En fonction de la marge de liberté dont dispose l'Administration, on distingue le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée. Il y a pouvoir ou compétence discrétionnaire lorsque l'Administration dispose d'une certaine liberté d'action ou de décision. Le pouvoir discrétionnaire, c'est la part de l'action de l'Administration qui est laissée à son appréciation souveraine. Il laisse aux

autorités administratives « le soin d'adapter leur comportement et leurs décisions à une situation qu'il serait impossible ou dangereux d'enfermer dans le carcan des règles trop rigides ». Le pouvoir discrétionnaire se justifie par le fait qu'il est impossible tant au législateur qu'au juge d'avoir une vue exacte des éléments concrets qui, au moins partiellement, conditionnent l'opportunité des décisions administratives. La justification de pouvoir discrétionnaire est donc essentiellement pratique.

Cependant, il ne faut pas confondre "pouvoir discrétionnaire" et "pouvoir arbitraire". En droit, le mot "discrétionnaire" n'a aucune connotation péjorative. Il exprime seulement une marge, un pouvoir d'appréciation. Dans cette appréciation, l'Administration n'est pas totalement libre. Elle doit par exemple respecter les règles de compétence, de procédure, respecter la matérialité des faits et poursuivre l'intérêt général. « La marge de liberté accordée à l'Administration ne lui ouvre le choix qu'entre des mesures et des comportements légaux. L'option en opportunité ne s'exerce que dans la conformité à la légalité ». Donc le pouvoir discrétionnaire est susceptible de contrôle. G. Cornu le définit ainsi : « Discrétionnaire ... se dit, par opposition à compétence liée, d'un pouvoir ou, plus exactement, d'une compétence dont l'exercice n'est pas déterminé dans tous ses éléments (de manière à laisser à son titulaire un certain pouvoir d'appréciation), mais qui demeure soumis au contrôle du juge administratif. » Au pouvoir discrétionnaire s'oppose la compétence liée.

Il y a, en revanche, compétence liée lorsque l'Administration est tenue d'agir dans un sens déterminé, sans possibilité d'appréciation ou de choix. La compétence liée est donc la part de l'action de l'Administration qui lui est imposée par la légalité, par le droit. « Le "lien" est plus ou moins fort, plus ou moins ténu. Parfois, l'Administration n'a ni le choix de la décision, ni celui des moyens, ni celui du moment où la décision doit être prise... Dans d'autres hypothèses, la compétence n'est que partiellement liée et l'Administration dispose d'un délai raisonnable et d'un assez large pouvoir d'appréciation pour prendre la décision. Il est aussi des cas où la règle de droit est tellement générale que l'Administration dispose nécessairement du choix des moyens. »

La mise en œuvre d'une compétence liée a pour conséquence que les moyens par lesquels on contesterait la légalité de la décision prise sont voués au rejet en tant qu'inopérants, même s'ils sont fondés. En effet, il serait inutile d'annuler une décision qui ne pouvait pas ne pas être prise. Peu importe alors qu'elle soit viciée dans sa légalité externe ou dans sa légalité interne.

2. Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire et de la compétence liée

Dès lors que le degré de liaison de l'Administration n'est pas le même dans les deux cas, le contrôle du juge varie selon qu'on est en présence d'une compétence discrétionnaire (A) ou d'une compétence liée (B).

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

a). Le contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge

De manière générale, le pouvoir discrétionnaire reste soumis aux seules obligations essentielles de la légalité. Que la compétence soit liée ou discrétionnaire, le juge contrôle la **légalité externe des actes** : à ce titre, il sanctionne le non-respect des **règles de compétence** et le **vice de forme et de procédure**. S'agissant de la **légalité interne**, sont sanctionnés le détournement de pouvoir, l'inexactitude matérielle des faits et l'erreur de droit, la violation des normes supérieures.

Au niveau de la qualification juridique des faits, le contrôle du juge ne varie guère. La qualification juridique des faits, point de jonction ou de rencontre entre le droit et le fait, est la détermination de la nature juridique du fait, c'est-à-dire de la catégorie juridique à laquelle ce fait appartient. Jusqu'à ce point, le contrôle du juge est dit normal.

C'est dans l'appréciation des faits que se spécifie le contrôle du pouvoir discrétionnaire : En cas de pouvoir discrétionnaire, le juge ne contrôle pas l'appréciation des faits, sauf s'il y a *erreur manifeste d'appréciation* (EMA).

L'erreur manifeste d'appréciation, c'est l'erreur grossière, évidente pour tout observateur n'ayant pas de connaissances particulières dans le domaine, bref l'erreur qui ne fait aucun doute pour un esprit éclairé. On parle alors de *contrôle minimum* ou *restreint*. L'appréciation relève alors de la marge d'opportunité et non de la légalité.

Pour certains auteurs, se fondant sur la jurisprudence du Conseil d'Etat français, le contrôle minimum ne s'exerce pas sur la qualification juridique des faits. Une telle attitude jurisprudentielle est critiquable et l'analyse qui s'ensuit ne semble pas suffisamment convaincante dans la mesure où l'exclusion de la qualification juridique des faits pourrait contenir une erreur de droit, relevant d'une fausse qualification. Or, si l'autorité administrative compétente exerce en opportunité ses attributions lorsqu'elle dispose du pouvoir discrétionnaire, la décision qu'elle prend ne doit pas reposer sur des faits matériellement inexacts, sur une erreur de droit, sur un détournement de pouvoir ou sur une erreur manifeste d'appréciation, ou sur des faits dont la nature juridique a été déformée, c'est-à-dire mal qualifiés.

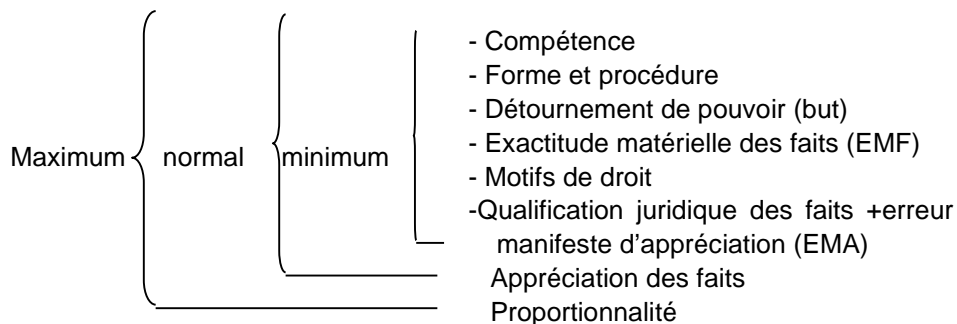
De plus, il ne faut pas confondre la "qualification juridique" qui détermine la nature juridique d'un fait et l'appréciation qui relève de l'opportunité (utilité) ou du degré de gravité du fait. Ainsi, l'usage ou la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire ne saurait entraîner la possibilité de qualifier une « insulte » de « coup », ou un « vol » de « viol »

b). Le contrôle de la compétence liée

En plus du contrôle minimum exercé sur le pouvoir discrétionnaire, la compétence liée est aussi soumise au contrôle de l'appréciation des faits. En

effet, ici l'Administration ne dispose pas de marge d'opportunité. Il s'exerce donc un *contrôle normal*.

De plus, exceptionnellement, il s'exerce un *contrôle renforcé ou maximum* sur certaines décisions, notamment les mesures de police (surtout les interdictions) et les mesures qui infligent des sanctions. Ces mesures sont soumises à un contrôle de proportionnalité. Seront alors jugées illégales les mesures de police excessives (interdictions générales et absolues). En réalité, le juge contrôle l'opportunité parce qu'elle est une condition de la légalité. Bref, les différents degrés de contrôle peuvent ainsi se résumer :



La distinction entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir lié est donc d'un intérêt capital. C'est elle qui détermine les conditions de la légalité. Par suite, sur le plan contentieux, elle détermine les termes et les conditions de contrôle juridictionnel, c'est-à-dire l'étendue des pouvoirs du juge.

L'autre intérêt de la distinction relève de caractère irrecevable de tout moyen dirigé contre une compétence liée. Tout moyen est inopérant.

Si le pouvoir discrétionnaire introduit une inflexion dans le principe de légalité, la limite majeure de ce principe provient de la "légalité de crise" liée aux circonstances exceptionnelles.

B. la théorie des circonstances exceptionnelles : « la légalité de crise »

"A situation exceptionnelle, législation d'exception et légalité d'exception." Ainsi formulée de manière lapidaire, la théorie des circonstances exceptionnelles est lourde de menaces, pour les abus qu'elle peut engendrer, sur le respect de la légalité et pour la garantie des droits et libertés. La théorie des "circonstances exceptionnelles" est née sous le nom de « théorie des pouvoirs de guerre ». Elle est telle qu'elle assure l'extension des pouvoirs des autorités administratives autant qu'il le faut pour qu'elles puissent prendre les mesures nécessaires imposées par le caractère exceptionnel des circonstances.

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

« La théorie des circonstances exceptionnelles est une construction juridique ... selon laquelle des décisions administratives qui, en temps normal, seraient illégales, peuvent devenir légales en de telles circonstances, parce qu'elles apparaissent alors nécessaires pour assurer l'ordre public et la marche des services publics. Au contenu de la légalité normale se trouve ainsi substituée une légalité d'exception. »

Nous préciserons davantage la notion de circonstances exceptionnelles avant d'en examiner le régime juridique.

1. La notion de circonstances exceptionnelles

Les circonstances exceptionnelles évoquent une idée imprécise qui ne peut être définie avec exactitude et qui varie avec chaque espèce. Mais, en tout état de cause, elles évoquent une situation anormale, exorbitante et supposent toujours soit l'absence des autorités régulières ou l'impossibilité pour elles d'exercer leurs pouvoirs, soit la survenance brutale d'un ou plusieurs événements graves et imprévus, qui exigent qu'il n'y ait pas de possibilité d'agir légalement.

Les événements les plus divers peuvent être créateurs de circonstances exceptionnelles. Le type originel de la circonstance exceptionnelle est la guerre. Cette théorie est d'ailleurs née comme théorie des pouvoirs de guerre. Mais l'état de guerre n'est qu'une illustration parmi d'autres de la notion de circonstances exceptionnelles et les pouvoirs de guerre ne sont qu'un aspect de la notion de pouvoirs exceptionnels. Il peut également s'agir d'insurrection, de cataclysme ou catastrophe naturelle (ex. séisme, éruption volcanique), de grève des services publics fortement désorganisatrice par son ampleur et sa durée.

Ainsi conçues, les circonstances exceptionnelles apparaissent comme un aspect de la "Raison d'Etat". La Raison d'Etat peut se définir comme « l'ensemble des *connaissances* relatives à la nature universelle et à la situation particulière de l'Etat, ainsi que l'ensemble des *décisions* et des moyens utilisés qui constituent tout ensemble la règle d'action et la pratique des gouvernants, jugées rationnellement nécessaires à la conservation et à l'accroissement de la puissance de l'Etat .»

Définie de manière aussi vague, la Raison d'Etat peut justifier des mesures, des décisions ou des actes juridiques et politiques dont la légalité et la légitimité peuvent s'avérer problématiques, mais qui sont pourtant utiles pour que l'Etat assure sa réalisation et sa survie, qu'il existe ou non des recours internes ou externes permettant de se garantir de telles pratiques.

Derrière chaque Etat, déclarait Pierre-Henri Teitgen, et quel que soit le régime politique, se cache comme une tentation permanente, la tentation de la raison d'Etat, car derrière chaque Etat se cachent des intérêts fondamentaux parmi lesquels on peut classer son indépendance, son intégralité territoriale, sa

sécurité, ses moyens de défense, sa diplomatie, la sauvegarde de sa population, etc.

En définitive, la théorie des circonstances exceptionnelles constitue, avec le pouvoir discrétionnaire, le terrain d'élection de la technique juridique par laquelle le juge infléchit la règle de droit jusqu'à admettre sa violation par les autorités administratives. Il estime qu'en face d'une situation exceptionnelle, la nécessité de maintenir l'ordre public ou la continuité de la vie nationale passe avant le respect strict du droit et la protection des droits et libertés individuelles.

Composantes de la raison d'Etat, les actes relevant des circonstances exceptionnelles doivent être distingués des **actes de gouvernement**, qui échappent par leur nature au contrôle des juges. Il s'agit de certains actes, accomplis par les autorités administratives et qui ne sont susceptibles d'aucun recours devant les juges, tant administratifs que judiciaires. La théorie des actes de gouvernement « est radicalement différente d'une part, de la théorie du pouvoir discrétionnaire et, d'autre part, de la théorie des circonstances exceptionnelles, laquelle...comporte élargissement de compétences mais nullement *immunité juridictionnelle*. » Parmi les actes de gouvernement, on mentionne les actes du pouvoir exécutif dans ses rapports avec le Parlement et les actes relatifs aux relations internationales. Il s'agit en fait d'actes dont la portée politique est évidente. C'est pour cela que le juge se refuse à les contrôler. Élargissant les pouvoirs des autorités administratives, les circonstances exceptionnelles ne sont pas cependant sans régime juridique.

2. Le régime juridique des circonstances exceptionnelles

Le régime résultant des textes n'exclut pas le contrôle du juge

a). Les textes : la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels

L'article 85 de la Constitution est ainsi formulé : « Lorsque des circonstances graves menacent d'une manière immédiate l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qu'elles provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions, le Président de la République proclame l'état d'urgence ou l'état de siège après concertation avec le Premier ministre et les Présidents des deux Chambres... Il en informe la nation par un message. » C'est alors que l'article 86 ajoute : « le Président de la République déclare la guerre par ordonnance délibérée en Conseil des ministres après avis du Conseil supérieur de la défense et autorisation de l'Assemblée nationale et du Sénat... » La mise en œuvre des pouvoirs ainsi accordés au Président de la République est ensuite précisée par les articles 144 et 145 de la Constitution. Lorsque l'état d'urgence ou de siège est déclaré sur tout ou partie du territoire national, les chambres du Parlement se réunissent de plein droit, au besoin en session extraordinaire. La durée de cet état d'urgence ou de siège est de trente jours. Au-delà de ce délai l'ordonnance prise à cet effet cesse de plein droit de produire ses

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

effets « à moins que l'Assemblée nationale et le Sénat, saisis par le Président de la République sur décision du Conseil des ministres, n'en autorisent la prorogation pour des périodes successives de quinze jours. » L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent, par une loi, mettre fin, à tout moment à l'état d'urgence ou à l'état de siège.

Selon l'article 145, « en cas d'état d'urgence ou d'état de siège,, le Président de la République prend, par ordonnances délibérées en Conseil des ministres, les mesures nécessaires pour faire face à la situation. Ces ordonnances sont, dès leur signature, soumises à la Cour constitutionnelle qui, toutes affaires cessantes, déclare si elles dérogent ou non à la constitution. »

L'état de siège est subordonné à des circonstances de guerre : « *en temps de guerre, le Président de la République proclame l'état de siège.* » En revanche, l'état d'urgence est conditionné par un danger extérieur qui menace la République ou par l'interruption du fonctionnement régulier des institutions de la République ou d'une Province. Dans un cas comme dans l'autre, le Président « *prend alors les mesures urgentes nécessaires à faire face à la situation* » Le caractère vague d'une telle disposition a pour effet d'accroître considérablement les prérogatives présidentielles

b). Le contrôle du juge sur les pouvoirs exceptionnels

La mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels peut faire l'objet de divers types de contrôle. Il peut s'agir d'un contrôle politique, faisant intervenir le Parlement. Ce contrôle peut être *a priori* ou *a posteriori*. Il peut s'effectuer par les mesures de ratification ou d'approbation parlementaire des dispositions adoptées par les autorités investies des pouvoirs de crise. Il s'agit dans ce cas d'un contrôle politique.

Le contrôle peut être juridictionnel. En effet, « l'extension des pouvoirs de l'Administration ne se fait pas en dehors du droit. Les mesures sont prises sous le contrôle du juge qui vérifie que trois éléments se trouvent bien réunis : une situation réellement exceptionnelle, telle que l'application normale intégrale du droit positif existant ne puisse avoir été raisonnablement envisagée ; un intérêt public suffisamment puissant pour justifier l'abandon de certaines règles telles que la continuité de fonctionnement des services publics ; enfin l'impossibilité pour l'Administration d'agir en restant dans le cadre de la stricte légalité. » L'exercice légal des pouvoirs exceptionnels doit donc obéir à certains critères :

En premier lieu, il est nécessaire que les mesures aient été prises pour répondre à une situation réellement exceptionnelle, le caractère exceptionnel étant concrètement apprécié. Mais les pouvoirs d'exception ne sont étendus que pendant le temps et dans les lieux où les circonstances ont effectivement un caractère exceptionnel. « Le jeu des pouvoirs d'exception est limité à la période exceptionnelle elle-même, à la durée de l'événement qui nécessite impérieusement ces pouvoirs ».

Parcours et Initiatives N° 7 – mai 2008

En second lieu, l'intérêt pour la sauvegarde duquel le principe de légalité n'a pas été observé doit être un intérêt suffisamment important pour justifier le sacrifice des principes de la légalité. Ainsi, par exemple la défense nationale, le rétablissement de l'ordre public, la continuité des services publics essentiels à la vie nationale ou locale (provinciale).

En troisième lieu, l'Administration doit, du fait des circonstances exceptionnelles, être dans l'impossibilité d'agir conformément au principe de légalité. Ce qui peut résulter de l'urgence à agir.

De plus, le juge recherche si les pouvoirs exceptionnels mis en œuvre étaient bien nécessaires et adaptés au but à atteindre, ce qui le conduit à accepter la validité de certains actes et à annuler d'autres dans les mêmes circonstances exceptionnelles. Il y a donc un contrôle de la proportionnalité des mesures prises relativement aux circonstances concrètes.

Bref, le juge vérifie d'une part si *les conditions de fait* répondent bien à la notion de circonstances exceptionnelles, d'autre part si, dans ces circonstances et vu leur caractère exceptionnel, les pouvoirs que l'Administration a déployés *n'ont pas excédé ce qui lui était vraiment nécessaire* pour accomplir sa mission. Le juge apprécie l'adaptation de la mesure exceptionnelle à la gravité des motifs qui l'ont provoquée.

(* Les mesures exceptionnelles, si elles causent un préjudice, peuvent engager la responsabilité de l'Administration c'est-à-dire faire naître une obligation d'indemniser.)

Ces exigences satisfaites, les autorités administratives se trouvent investies du pouvoir de prendre les mesures imposées par les circonstances, qui pourront justifier des manquements, non seulement aux règles de procédure et de forme, mais aussi à la répartition des compétences entre les autorités étatiques, ainsi qu'à des règles de fond.

Par exemple, en période d'urgence ou d'état de siège, le Président peut suspendre l'action répressive des cours et tribunaux de droit commun et y substituer celle des juridictions militaires pour certaines infractions qu'il détermine.

En outre, le Président peut prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Il pourrait même suspendre l'exécution d'une loi et déroger à des normes constitutionnelles.

Somme toute, "*nécessité fait loi*" ou encore *necessitas non habet legem*. Les circonstances exceptionnelles entraînent des entorses à la légalité. Elles entraînent des bouleversements, voire des renversements dans la hiérarchie des normes.

La théorie des pouvoirs de crise admet « le droit reconnu au gouvernement, en période de circonstances exceptionnelles, de ne pas observer, dans les décisions individuelles, des prescriptions législatives inconditionnelles,

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

ou même de suspendre, par mesure générale, l'application de telles prescriptions ».

Il en résulte que, les circonstances exceptionnelles, comme la Raison d'Etat et les nécessités de l'ordre public, constituent des « faits justificatifs » des atteintes à la légalité strictement entendue. La légalité comporte donc une certaine relativité.

III. LA PROBLEMATIQUE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Le problème de fond est ici de savoir comment le juge peut contribuer à la construction de l'Etat de droit et à l'affermissement ou plus exactement à l'avènement de la démocratie en assurant une meilleure garantie et une protection efficace des droits et libertés individuelles face à l'Administration toute puissante. Cette interrogation fondamentale repose sur la fragilité du statut effectif du juge congolais (A) et sur le manque de spécialisation des juridictions administratives (B).

A La fragilité du statut des juges

En marge des textes qui garantissent le statut des juges, le juge congolais ne bénéficie pas d'une réelle indépendance vis-à-vis de l'Administration. Ce manque d'indépendance affecte l'impartialité et la neutralité du juge dans les litiges impliquant l'Administration. En effet, un juge audacieux risque de subir les représailles du pouvoir politique, en violation de son statut. La peur de ces représailles fait que le juge s'enferme dans une certaine timidité. Il a plutôt tendance à adopter plus facilement le point de vue de l'Administration ou alors à recourir aux solutions antérieures, bien établis, plutôt que de se montrer inventif et créatif. Certes, il existe des arrêts qui condamnent l'Etat.

Le principe de l'indépendance des magistrats a, peut-on lire chez E. Boshab, été carrément nié sous la deuxième République. Sur les cendres de la première République dont le glas a sonné les 24 –25 novembre 1965, s'est érigé « un système autoritaire , appelé deuxième République, dont l'une des caractéristiques pertinentes est l'atrophie de la justice ... Malgré sa condamnation à mort par la Conférence nationale souveraine tenue en 1991, agonisante, la deuxième République usera des manœuvres dilatoires pour que ne s'applique pas la peine prononcée. Il faudra attendre l'arrivée de la coalition des forces armées venues du Rwanda, du Burundi, de l'Ouganda et de l'Angola pour lui administrer l'extrême onction, le 17 mai 1997. Bâtie sur la confusion des pouvoirs, excellent dans le démantèlement des services publics, la deuxième République n'épargnera pas la justice dans son dessein de concentrer tous les pouvoirs étatiques entre les mains du chef de l'Exécutif. » En conséquence, les normes constitutionnelles, légales et réglementaires, dotées de la seule valeur fictive, perdront même cette dimension symbolique. Au terme des révisions

Parcours et Initiatives N° 7 – mai 2008

constitutionnelles successives et que s'accroîtra le processus de concentration des pouvoirs, l'indépendance des magistrats disparaîtra des textes et la garantie de l'inamovibilité se diluera. Preuve de cette évolution désastreuse pour la magistrature congolaise, Kengo wa Dondo, alors Procureur Général de la République, soutiendra la théorie de la dépendance structurelle de la magistrature. S'appuyant sur la révision constitutionnelle du 15 août 1974 qui fait du Président de la République le président de tous les autres pouvoirs, réduits d'ailleurs à de simples conseils depuis 1973, le procureur écrivait : « Le Conseil judiciaire n'est pas une institution propre, mais un organe par lequel le MPR –est donc son Président, car ce dernier en est l'incarnation – exerce la mission de rendre justice. De ce fait, le magistrat zaïrois est non pas à proprement parler le mandataire du Président du MPR, mais en quelque sorte le Président lui-même exerçant sa mission de dire le droit. Cette réalité nouvelle confère une dimension toute particulière à la justice zaïroise, car quiconque s'insurge contre ses décisions désobéit au Président du MPR lui-même. Aussi le magistrat zaïrois doit-il prendre de plus en plus conscience de l'importance de sa mission et rendre la justice en âme et conscience de militant. »

Une telle conception de la magistrature entraîne, à n'en pas douter, une politisation des juges. C'est d'ailleurs dans ce sens que poursuivent les propos de Kengo wa Dondo. Il écrit encore : « Une troisième mission qui est spécifique à notre pays a été également consacrée, il s'agit de la mission politique... La mission politique qui incombe au magistrat zaïrois ne saurait en effet se confondre avec celle que Warlomont reconnaît à tous les magistrats du monde et qui consiste à exercer au nom du peuple, le pouvoir judiciaire, au même rang que les deux autres pouvoirs... Au Zaïre, le magistrat n'est pas un citoyen à l'écart de la vie politique, au sens courant du terme. Membre à part entière, comme tous les autres citoyens du MPR, il est appelé activement à la gestion de la chose publique et au triomphe de la Révolution. »

On ne peut non plus manquer de signaler que les magistrats congolais, comme tous les autres agents de l'Etat, sont mal payés. Aussi, la plupart sont facilement corruptibles parce que les pouvoirs publics ne leur donnent pas assez de moyens afin qu'une justice sereine et fidèle puisse être rendue. Leurs salaires sont dérisoires, sinon nuls et ils se retournent vers les justiciables pour arrondir leurs fins de mois difficiles. On ne saurait passer sous silence le sous-équipement des juridictions congolaises qui fait du système judiciaire une organisation archaïque, toujours dépassée par l'ampleur de la tâche à laquelle elle doit faire face.

Ce malaise qui affecte la fonction juridictionnelle a pour effet d'accroître le caractère inégalitaire du rapport Administration-administré. Ce dernier se trouve en fait démuné face à une administration toute puissante.

A cette fragilité de statut du juge peut s'ajouter le fait que les justiciables ne connaissent pas toujours leurs droits face à l'Administration et quand ils peuvent les connaître, ils hésitent à se confronter à l'Administration, perçue

Les limites du principe de légalité dans l'action administrative

comme phénomène de puissance. En effet, En RDC prédomine encore une conception de l'Administration comme essentiellement phénomène d'autorité et de puissance. En raison d'une telle conception, on estime que l'action de la puissance publique ne devrait pas être perturbée par les juges et par des recours contentieux. Ce phénomène de puissance s'accroît à cause de la personnalisation, voire concentration du pouvoir entre les mains du chef de l'Etat et la main-mise qu'il a sur l'Administration.

Aussi s'attaquer à l'Administration qui est sous l'autorité de chef passe pour une offense au chef lui-même, pour un crime de "lèse-majesté". Somme toute, les rapports de l'Administration avec les administrés sont très fortement marqués par le caractère inégalitaire.

Et puis, le fait que le 1^{er} ressort du contentieux administratif relève de la Cour d'appel a pour effet d'éloigner la justice administrative des citoyens. Dans un pays aussi vaste que la République démocratique du Congo ou les voies de communications sont quasiment impraticables et rarement sécurisées, l'éloignement des juridictions a pour effet indéniable le découragement des justiciables désireux de contester les actes ou faits de l'Administration.

Dans ce contexte, il est difficile pour le juge d'être un véritable promoteur de l'Etat de droit et de bien protéger les particuliers, d'autant plus qu'il ne s'agit même pas d'un juge spécialisé en matière administrative..

B. Le manque de spécialisation des juridictions administratives

Dans les pays de forte tradition de contentieux administratif, les juridictions administratives sont formées de juges non seulement compétents en matière juridique, mais aussi en matière administrative. Ils connaissent bien l'Administration, ses rouages, ses problèmes et ses pouvoirs. Aussi, sont-ils à même d'apprécier l'objet du contentieux en tenant compte à la fois des exigences de l'intérêt général et des intérêts privés.

En République démocratique du Congo, les juges ne sont spécialisés ni par leurs compétences, ni dans leurs affectations dans des différentes sections. Les mêmes juges se retrouvent en matière de contentieux civil et en matière administrative. La tentation dans ce contexte, c'est de transposer au contentieux administratif les solutions adoptées dans les contentieux de droit privé. Pour toutes ces raisons, le juge congolais a du mal à apporter sa contribution à l'Etat de droit dans notre pays.

Conclusion

Le contrôle de l'Administration est une donnée essentielle pour l'Etat de droit et pour la protection des administrés. Mais, en dépit de l'organisation d'un tel contrôle par les textes, des zones d'ombre subsistent qui font que ce contrôle est parfois inefficace. Le principe de légalité est d'abord imprécis. En dépit de sa

rigueur formelle, il reste fondamentalement perméable. Ensuite, il est parfois écarté ou assoupli lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles qui font tolérer une légalité de crise. Enfin, l'organisation juridictionnelle du Congo et la Conception de l'autorité comme phénomène de pouvoir viennent accentuer la faiblesse du contrôle de l'action administrative sur base du principe de légalité.

Bibliographie.

1. Ouvrages

- BELAÏD, Sadok, *Essai sur le pouvoir créateur e normatif du juge*, Paris, LGDJ, 1974
EISENMANN, Charles, *Cours de droit administratif*, tome II, L.G.D.J., Paris, 1985
DELMAS-MARTY, Mireille, *Raisonner la raison d'Etat. Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989
LEBRETON, Gilles *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Armand Colin, 1997.
KALINDYE BYANJIRA, *Nécessite d'un Etat de droit dans la promotion des droits de l'homme au Zaïre*, thèse de doctorat en droits de l'homme, 1985
KAMIDI OFIT, Raphaël, *Le système judiciaire congolais : organisation et compétence*, Kinshasa, Editions Fito, 1999.
KELSEN, *Théorie pure du droit*, L.G.D.J., Paris, 1999 (réédition)
LAZZERI Christian et. REYNIE, Didier, *Le pouvoir de la raison d'Etat*, Paris, PUF, 1992.
LAUBADERE, André de, VENEZIA, Jean-Claude et. GAUDEMET, Yves, *Traité du droit administratif*, Paris, LGDJ, 1988.
MATADI NENGA GAMANDA, *La question du pouvoir judiciaire en République démocratique du Congo. Contribution à une théorie de réforme*, Préface de Michel TROPER, Kinshasa, Editions Droit et idées nouvelles, 2001 (Thèse de doctorat en droit de l'univerité de Paris X – Nanterre)
MORAND, Claude-Albert, (publié par), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992,
MORAND-DEVILLER, Jacqueline, *Cours de droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1997

2. Articles de Revue

- BOSHAB, Evariste, "La misère de la justice et justice de la misère en République démocratique du Congo" in *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, n° 3 (1998), pp. 1163-1184
EISENMANN, Charles "Le droit administratif et le principe de l'égalité" in *Documents du Conseil d'Etat*, 1957
THÉRON, Sophie, *La nature du principe de légalité. Esquisse d'une analyse à partir des catégories établies par Charles Eisenmann*, Mémoire de D.E.A., Toulouse, 1996.