

“ La succession du pouvoir constituant originaire en République démocratique du Congo ”

Par

Kalala Mupingani Félicien*

Kalombo Kandu Mwabilay

Fiston Le Bref*

Penser la succession en droit constitutionnel, terme d'utilisation fréquente en droit privé relève presque de la gageure¹. Cela suppose en effet d'abandonner certains réflexes et cadres conceptuels et d'en revenir à l'idée simple selon laquelle, dans toute société, la force réside dans le fait de sortir des sentiers battus et poser les bases originales sur une matière non encore exploitée ou sous-exploitée. En d'autres termes, la succession est ici envisagée de manière si originale qu'il faut éviter, en la matière, de céder au « statomorphisme »², c'est-à-dire à la tentation d'appliquer les grilles de lecture ordinairement utilisées dans les cadres des analyses scientifiques.

En droit privé, elle apparaît comme « le mode de transmission pour cause de mort, du patrimoine du *de cuius* à un ou plusieurs survivants³. La succession consiste alors, au remplacement de quelqu'un à la tête de ses biens⁴. Selon qu'il s'agit d'un remplacement pour l'ensemble du patrimoine du *de cuius*, une partie de celui-ci ou encore un bien déterminé, la succession est dite universelle, à titre universelle ou à titre particulier. En droit civil, la succession est organisée en République démocratique du Congo par le Code de la famille qui ne la définit pas, mais se limite à disposer que : « les droits et obligations du *de cuius* constituant l'hérédité passent à ses héritiers et légataires ». Certes, ce texte ne dit pas précisément ce qui faille entendre par « succession ». Mais, il contient des éléments précis (hérédité, héritiers, légataires) qui permettent de définir la succession comme étant « la transmission de l'ensemble des biens d'une personne prédécédée à une ou plusieurs personnes

*Professeur de droit public à l'Université de Kinshasa, secrétaire chargé de l'enseignement du département de Droit public interne, secrétaire général adjoint de l'Association Congolaise de Droit Constitutionnel (ACDC en sigle), Initiateur de l'Aigle Académia : Centre initiatique en Droit public et Avocat, Tél. : +243 81 43 95 554, E-mail : f.kalala@droit-unikin.ac.cd

*Licencié en Droit de l'Université de Kinshasa, Doctorant en droit public, Chercheur à l'Aigle Académia : Centre initiatique en Droit public, Avocat, Tél. : +24381 86 5 83 85, E-mail : fistonlebkmwabilay@gmail.com.

¹ La même inquiétude est partagée par Ambroise Kamukuny lorsqu'il traite de la « fraude » en droit constitutionnel congolais, voy. KAMUKUNY MUKINAY, A. *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Kinshasa, 2007, p. 44 ; Pour MBODJ, E.-H., *La succession du Chef de l'Etat en droit constitutionnel africain. Analyse juridique et impact politique*, Thèse de doctorat, Faculté des sciences juridiques et économiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1991, p. 1 : « la succession relève a priori d'une hérésie constitutionnelle ».

² Terme inspiré de l'intervention de SAUVE, J.-M., *Séparation des pouvoirs et droit de l'Union européenne. Le rôle du « comité 255 » dans la séparation des pouvoirs au sein de l'Union européenne*, 130^{ème} anniversaire du Conseil supérieur de la magistrature, Jeudi 24 octobre 2013, p. 1.

³ GUILLIEN, R. et VINCENT, J. (sous la direction de -), *Lexique de termes...*, op. cit., p. 227.

⁴ C'est le cas lorsqu'il s'agit de déterminer les règles dans un conflit qui oppose des conjoints relevant des législations différentes.

encore vivantes qui ont la charge de payer ses dettes ». Cette définition conduit Jean Carbonnier à faire une différence entre la succession sociologique et succession juridique⁵.

Selon que l'enfant succède à son père, un frère à un autre, un neveu à un oncle, la succession peut être verticale, horizontale ou même oblique⁶.

Quoi qu'il en soit, toute succession juridique est soumise à certaines conditions comme : la capacité successorale, l'apparence à la famille du *de cuius* et celle de l'absence de l'indignité dans le chef du succédané. Ainsi empruntée au droit privé et au droit civil, l'idée de succession semble tout de même avoir trouvé une application aisée en droit constitutionnel où son utilisation n'est pas d'une rareté déconcertante⁷. Nombre d'auteurs recourent au terme pour exprimer le passage d'un pouvoir politique d'un chef de l'État X à un autre chef de l'État Y (que ce soit par voie démocratique ou autocratique). Il n'en sera pas le cas ici. L'étude se propose d'examiner l'entreprise constituante selon qu'elle s'exprime à travers le pouvoir constituant originaire et/ou à travers les pouvoirs institués de l'État.

En effet, tous ceux qui s'intéressent au débat constitutionnel savent pertinemment bien que les réformes constitutionnelles (révision comme changement) font intervenir deux autorités : l'une chargée d'installer une Constitution là où elle n'est pas ou là où elle n'est plus et l'autre investit du pouvoir d'apporter quelques modifications inhérentes à l'évolution et à l'application de toute œuvre humaine⁸, constitutionnelle soit-elle⁹.

Pour emprunter le raisonnement civiliste¹⁰, il est ici question d'étudier l'opération consistant au remplacement ou pas du pouvoir constituant originaire par le pouvoir constituant dérivé. Le premier – le pouvoir constituant originaire étant dans cette étude entendu comme le *de cuius* et le second – le pouvoir constituant dérivé comme l'« héritier » dont la mise en scène est conditionnée par trois choses. Primo, la disparition du *de cuius* – le pouvoir constituant originaire. Secundo, la présence de l'« hérédité » ici la Constitution du 18 février 2006 et tertio, le respect aussi bien de la procédure mise en place pour toute révision de la Constitution¹¹ que de la « réserve successorale » constituée des limites¹² et de toute matière soustraite du théâtre de la révision constitutionnelle en République démocratique du Congo¹³.

En effet, une réflexion relative aux réformes constitutionnelles en République démocratique du Congo comme ailleurs suscite immédiatement l'intérêt. Celui-ci est accentué, ces jours, par les propos tenus par monsieur Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo,

⁵

⁶

⁷ MBODJ, E.-H., *La succession du chef d'État en droit constitutionnel africain (analyse juridique et impact politique)*, Thèse de doctorat, Faculté de sciences juridiques et économiques, Université CheickAnta Diop, Dakar, 29 juin 1991.

⁸

⁹ Ça c'est nous qui l'ajoutons.

¹⁰ Lire les articles 755 à 818 de la loi portant code de la famille.

¹¹ Articles 218, 219 et 220 de la Constitution de la République démocratique du Congo, *JO*, 52^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, 5 février 2011, p. 73. (Ci-après Constitution du 18 février 2006).

¹² Articles 219 et 220 de la Constitution du 18 février 2006, op. cit., p. 73.

¹³ Articles 70, de la Constitution du 18 février 2006, op. cit., pp.

président de la République démocratique du Congo, d'abord le 23 octobre 2024 à Kisangani, ensuite le 16 novembre 2024 à Lubumbashi, puis le 26 novembre 2024 à Kalemie et enfin devant le parlement réuni en congrès le 11 décembre 2024, à l'occasion du discours sur l'état de la nation et les interprétations qui en sont faites. Aujourd'hui mieux qu'hier, la question ne cesse de tenir l'actualité en état à tel enseigne que même le monde universitaire n'est pas épargné¹⁴. Du coup, dans une effervescence propre à notre pays et comme à chaque occasion qu'une réforme constitutionnelle est annoncée, deux camps se disputent le palme d'or.

Il y a d'une part, l'aile modérée de l'Union sacrée de la nation, USN en sigle¹⁵, famille politique du chef de l'État, qui estime que la Constitution du 18 février 2006 mérite des réformes approfondies 18 ans après sa promulgation¹⁶. Une deuxième aile de la même famille politique du chef de l'État, que nous pouvons qualifier d'« extrême », soutient qu'il ne faut même plus parler de la révision constitutionnelle mais du changement de Constitution ; mieux le passage de la troisième République à la quatrième République¹⁷. D'autre part, puisqu'il fallait s'y attendre, l'opposition politique¹⁸ et quelques forces de la société civile¹⁹ rejettent en bloc toute réforme de la Constitution, quel qu'en soit le degré (révision comme changement). À ce sujet, quelques figures de l'opposition politique se sont réunies le 20 novembre 2024 à Kinshasa, au siège de la Conférence épiscopale nationale du Congo (CENCO), ont signé une déclaration commune et organisent des marches et autres manifestations de masse pour la barrer la route à ce qu'ils appellent la dérive dictatoriale et l'intention de monsieur Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo, président de la République démocratique du Congo, de s'éterniser au pouvoir. Entre ces deux courants se situent la CENCO et d'autres structures de la société qui bien que partageant l'idée de la réforme,

¹⁴ Le 27 novembre 2024, l'Université de Goma a lancé un appel à contributions intitulé : « Révision de la Constitution congolaise de 2006 : le vrai problème, les faux débats ». Le 04 décembre 2024, un groupe des chercheurs a organisé à l'Université de Kinshasa, une journée scientifique intitulée : « L'ordre constitutionnel face aux mutations de la société : Du populisme au discours académique ». La commission justice et paix de la CENCO et l'Université catholique du Congo (UCC) ont organisées, le mercredi 11 décembre 2024, une conférence-débat sous le thème : « la paix et les droits humains en RDC à l'aune de la Constitution du 18 février 2006 : Défis et perspectives ». L'Université de Paris-Est Créteil, quant à elle, a organisé le 23 janvier 2025 le colloque international sur les réformes constitutionnelles dans le monde contemporain : Entre révision et changement de Constitution.

¹⁵ L'Union Sacrée de la Nation, USN en sigle est une coalition des partis politiques qui soutiennent le président de la République démocratique du Congo, Félix-Antoine TSHISEKEDI TSHILOMBO. Elle a été initiée en décembre 2020 et réunie des partis politiques, associations politiques et personnalités politiques telle que l'Union pour la démocratie et le progrès social, l'Union des démocrates mobutistes, l'Union pour la nation congolaise (UNC en sigle), le Mouvement de libération du Congo (MLC en sigle), le Parti lumumbiste unifié (PALU en sigle), Aigle du Congo pour le développement de Félicien KALALA (AC/Dé en sigle), etc.

¹⁶ Peuvent être arrangés dans cette catégorie les partis politiques tels que : Le MLC de Jean-Pierre BEMBA, l'AFDC-A de l'ancien président du Sénat, Modeste BAHATI LUKWEBO, le Centre de Germain KAMBINGA, le Nouvel Élan d'Adolphe MUZITO, etc.

¹⁷ Position défendue par l'Union pour la Démocratie et le Progrès Social, UDPS en sigle dont le chef de l'État est issu, la Convention pour la République et la Démocratie (CRD en sigle) du député national et ancien président de l'assemblée nationale Christophe MBOSO KODIA, la Convention Démocratique du Peuple (CODEP en sigle), le Centre de Germain KAMBINGA. Elles sont secondées dans cette position par le Nouvel Élan d'Adolphe MUZITO, pourtant faisant partie de l'opposition politique.

¹⁸ Les partis politiques de l'opposition ci-après défendent ce point de vue : le PPRD et la mosaïque des partis politiques proches du sénateur à vie et ancien président de la République Joseph KABILA réunis au sein du Front Commun pour le Congo (FCC en sigle), ECIDE de Martin FAYULU, ENVOL de Delly SESANGA, etc.

¹⁹ La Lutte pour le changement, LUCHA en sigle, la Nouvelle société civile de Jonas TSHIOMBELA, le Forum citoyen de Martin MILOLO, etc.

veulent que cela se fassent dans le respect des dispositions impératives de l'actuelle Constitution. D'ailleurs en ce sens, la CENCO a, après s'être prononcée contre toute réforme constitutionnelle²⁰, exprimé, lundi 11 novembre 2024, de vives préoccupations au sujet du projet de modification de la Constitution²¹ et a, par la même occasion, demandé aux scientifiques de réfléchir sur cette problématique²².

Au regard de cette invitation à peine voilée, il y a lieu de s'interroger sur cette question et d'apporter notre contribution au débat scientifique de l'heure. D'où l'intérêt de la recherche, d'où son actualité aussi. Cela étant, « la succession du pouvoir constituant originaire en République démocratique du Congo » se donne pour mission, non pas de faire un procès au pouvoir constituant, mais d'en examiner les modalités d'expression en République démocratique du Congo. Cela passe, d'abord par la présentation du statut juridique du pouvoir constituant dans l'« entreprise successorale » (I), suivie ensuite par un examen de la succession du pouvoir constituant originaire par le pouvoir constituant dérivé (II) ; et enfin par l'esquisse de la problématique de l'impossible succession du pouvoir constituant originaire par un pouvoir de même nature sous le règne de la Constitution congolaise du 18 février 2006 (III).

I. LE STATUT JURIDIQUE DU POUVOIR CONSTITUANT DANS L'ENTREPRISE SUCCESSORALE

Le pouvoir constituant est-il le *de cuius*, l'héritier ou les deux au même moment ?

Il faut, pour répondre à une telle interrogation, partir du *distinguo* auquel l'abbé Emmanuel-Joseph Sieyès²³, Thomas Young²⁴, Raymond Carré de Malberg²⁵ et son disciple Georges Burdeau²⁶, Carl Schmitt dont le célèbre ouvrage sur la théorie de la constitution paru en 1928 a été réhabilité et réédité (1993)²⁷, Roger Bonnard²⁸, Georges Vedel²⁹, Olivier Beaud³⁰ et plus récemment Kemal Gözler³¹, Vundwawe-te-Pemako³², Évariste Boshab³³,

²⁰ Lire RD-Congo : « L'Église appelle à la mobilisation générale contre le changement de Constitution », en ligne à l'adresse : <https://international.la-croix.com/fr/monde/rd-congo-leglise-appelle-a-la-mobilisation-generale-contre-le-changement-de-constitution>, consulté le 30 novembre 2024.

²¹ Monseigneur Donatien Nshole, secrétaire général de la CENCO a, lors du cinquième jour des États généraux de la Justice, estimé que « Changer la Constitution serait irresponsable. Voir <https://www.mediacongo.net/article-actualite-144190-etats-generaux-de-la-justice-changer-la-constitution-serait-irresponsable>, consulté le 1^{er} décembre 2024.

²² Vœu exprimé le mercredi 11 décembre 2024, lors de la conférence-débat sous le thème : « la paix et les droits humains en RDC à l'aune de la Constitution du 18 février 2006 : Défis et perspectives », à l'Université catholique du Congo (UCC).

²³ GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 1997, 774 pp, en ligne en l'adresse : www.anayasa.gen.tr/these.html, p. 14.

²⁴ Cité par BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 9.

²⁵ GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., pp. 16-19.

²⁶ *Ibidem*, pp. 19-20.

²⁷ *Ibidem*, pp. 30-32.

²⁸ *Ibidem*, p. 20.

²⁹ *Ibidem*, p. 15.

³⁰ *Ibidem*, p. 32-33.

³¹ *Ibidem*, pp. 1-774.

André Mbata³⁴, Ambroise Kamukuny³⁵, Jacques Djoli³⁶, Jean-Louis Esambo³⁷, Luc Sindjoun³⁸, Félicien Kalala³⁹, Constantin Yatala⁴⁰, Fiston Le Bref Kalombo⁴¹, ont contribué, entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé⁴².

Certains de ces auteurs ou du moins la majorité d'entre eux définit le pouvoir constituant originaire⁴³, originel⁴⁴ ou original⁴⁵ ou « pouvoir constituant tout court »⁴⁶ ou encore pouvoir constituant *stricto sensu*⁴⁷ comme étant « celui qui établit la Constitution »⁴⁸. Il est donc le pouvoir qui construit l'architecture constitutionnelle en toute liberté, sans aucune contrainte, nonobstant l'internationalisation de plus en plus des normes constitutionnelles, pour reprendre les propos d'Évariste Boshab⁴⁹ et Didier Maus⁵⁰. Par contre, le pouvoir constituant dérivé⁵¹ que d'aucuns préfèrent appelés « pouvoir de révision constitutionnelle » est le pouvoir dont un organe est statutairement investi pour modifier ou remplacer la règle fondamentale qui est au sommet du système des normes étatiques⁵². Le pouvoir constituant originaire crée, en quelque sorte, un régime politique : c'est un pouvoir créateur. En revanche, le pouvoir constituant dérivé est un pouvoir correcteur intervenant, par retouches, pour accommoder les institutions aux évolutions de la société.

³² VUNDWAVE-te-PEMAKO, F. et MBOKO ND'ANDIMA, J.-M., *Traité de droit administratif de la République Démocratique du Congo*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 206-207.

³³ BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013.

³⁴ MBATA MANGU B., A., « Monarchies présidentielles et révisions constitutionnelles : le syndrome du troisième mandat ou d'une présidence à vie dans les États-membres de l'Union africaine », RADJ_AJDG, pp. 47-66, en ligne à l'adresse : [https://www.idgpa.org/downloads/African-Journal-of-Democracy-and-Governance-\(AJDG\)/issue-1/RADG_AJDG_Article_3_AMBM.pdf](https://www.idgpa.org/downloads/African-Journal-of-Democracy-and-Governance-(AJDG)/issue-1/RADG_AJDG_Article_3_AMBM.pdf), consulté le 10 janvier 2025.

³⁵ KAMUKUNY MUKINAY, A. *Droit constitutionnel congolais*, Kinshasa, EUA, 2011.

³⁶ DJOLI ESENG'EKELI, *Droit constitutionnel. L'expérience congolaise (RDC)*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 244.

³⁷ ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Le droit constitutionnel*, Paris, Academia-l'Harmattan, 2013 ; ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Traité de droit constitutionnel congolais*, Paris, L'Harmattan, 2017.

³⁸ SINDJOUN, L., et NGANGO YOUNBI, É., « Les transformations contemporaines du pouvoir constituant », *Revue du droit public*, 2024, pp. 145-154.

³⁹ KALALA MUPINGANI, F., *L'encadrement juridique du pouvoir constituant dérivé en Afrique francophone : leçons pour la République démocratique du Congo*, Mémoire de DES/DEA, Faculté de droit, Université de Kinshasa, 2013.

⁴⁰ YATALA NSOMWE NTAMBWE, C., « La fundamentalité dans la Constitution congolaise et l'exigence d'une protection spéciale », disponible en ligne à l'adresse, http://www.droitcongolais.info/etudes_particulières.html.; YATALA NSOMWE NTAMBWE, C., « La révision constitutionnelle et l'intangibilité de l'article 220 de la Constitution congolaise », disponible en ligne à l'adresse, http://www.droitcongolais.info/etudes_particulières.html.; YATALA NSOMWE NTAMBWE, C., « La révision constitutionnelle dans la Constitution congolaise du 18 février 2006", p. 2, disponible en ligne à l'adresse, http://www.droitcongolais.info/etudes_particulières.html.

⁴¹ KALOMBO KANDU M., F.-B., *Des limitations au pouvoir congolais de révision constitutionnelle*, Berlin, EUE, 2016.

⁴² Distinguo sans doute présent dans nombre d'ouvrages de droit constitutionnel.

⁴³ C'est l'appellation quasi dominante.

⁴⁴ GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 12.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, op. cit., p. 29.

⁵⁰ *Idem*, p. 30.

⁵¹ Voy. FAVOREU, L., et *alli*, *Droit constitutionnel*, 21^è éd., Paris, Dalloz, 2019, p. 116.

⁵² Georges . 83.

Si l'on s'en tient à cette distinction **bilinéaire** ou **dualiste** du pouvoir constituant, selon laquelle il s'agit de deux pouvoirs de nature distincte, l'on se rend vite compte que le pouvoir constituant qui intervient en amont pour doter l'État d'une Constitution est le *de cuius* et celui à qui la Constitution reconnaît la compétence de lui apporter des corrections en aval, succède au *de cuius* et doit œuvrer pour le prolongement ou la poursuite de la personnalité du *de cuius* ainsi que pour la préservation du patrimoine constitutionnel. Cette thèse dite de l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle et de l'inexistence du pouvoir constituant originaire dénommée aussi « **la théorie de la disparition du pouvoir constituant originaire ou de la transformation ou encore de la transmutation du pouvoir constituant originaire en pouvoir de révision constitutionnelle** »⁵³. Elle soutient le caractère momentané du pouvoir constituant originaire. Après avoir établi la Constitution, le pouvoir constituant originaire doit disparaître ou se transformer en pouvoir de révision constitutionnelle. Toujours d'après cette thèse, l'existence du pouvoir constituant originaire entraîne la disparition du pouvoir constituant dérivé et vice versa. Le pouvoir constituant originaire y est alors initial, inconditionné et illimité ; le pouvoir constituant dérivé est *a contrario* considéré comme un pouvoir institué, conditionné et limité. En application de cette théorie, la Constitution congolaise du 18 février 2006 dispose en son article 218 :

« L'initiative de la révision constitutionnelle appartient concurremment :

1° au président de la République ;

2° au gouvernement après délibération en Conseil des ministres ;

3° à chacune des Chambres du parlement à l'initiative de la moitié de ses membres ;

4° à une fraction du peuple congolais, en l'occurrence 100.000 personnes, s'exprimant par une pétition adressée à l'une des deux Chambres.

Chacune de ces initiatives est soumise à l'assemblée nationale et au Sénat qui décident, à la majorité absolue de chaque Chambre, du bien-fondé du projet, de la proposition ou de la pétition de révision.

La révision n'est définitive que si le projet, la proposition ou la pétition est approuvée par référendum sur convocation du président de la République.

Toutefois, le projet, la proposition ou la pétition n'est pas soumis au référendum lorsque l'Assemblée nationale et le Sénat réunis en congrès l'approuvent à la majorité des trois cinquièmes des membres les composant. »⁵⁴.

Bien qu'étant majoritairement défendue, la théorisation ci-haut développée n'est pas du goût de la doctrine formaliste qui défend l'idée de l'unicité du pouvoir constituant⁵⁵. En effet, pour les tenants de cette dernière qu'on désigne également comme la thèse de « **l'inexistence du pouvoir de révision constitutionnelle et de l'existence du pouvoir constituant originaire** » qu'on appelle autrement « **la permanence exclusive du pouvoir constituant originaire** »⁵⁶, à chaque fois que l'on a besoin de modifier la Constitution, c'est le même pouvoir constituant originaire qui intervient. Par voie de conséquence, entre l'établissement d'une nouvelle Constitution et la révision d'une Constitution en vigueur, il n'y a aucune différence de nature. Selon eux, le pouvoir constituant, qu'il soit originaire ou dérivé, est de

⁵³ GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., pp. 69-72

⁵⁴ Article 218 alinéa 4 de la Constitution de la République démocratique du Congo, JO, op. cit., p. 73.

⁵⁵ ISIDORE, C., « Le pouvoir constituant peut-il tout faire ? », *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, 2003, Paris, Dalloz, p. 237-252.

⁵⁶ GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., pp. 60-62.

même nature : il se pose simplement une question de chronologie en ce que l'un intervient avant et l'autre par la suite. Le pouvoir constituant est bipolaire et enfile ses deux costumes d'héritier et de *de cuius* au gré des vagues. Elle (la thèse unicité du pouvoir constituant) a, de ce fait, donné naissance à la théorie de « l'illimitation ou de l'absolutisation du pouvoir constituant dérivé » ou à celle de « la double révision » qui estime qu'il suffit pour lever l'obstacle des normes limitatives, que l'autorité investie du pouvoir de révision procède en deux temps comme au Togo de Gnassingbé Eyadema⁵⁷ : dans un premier temps, la suppression de la norme limitative ; dans un second temps, la révision voulue positivement⁵⁸.

En plus des dualistes et des unitaristes, la doctrine⁵⁹ parvient à identifier la thèse de « l'existence du pouvoir de révision constitutionnelle aux côtés du pouvoir constituant originaire » autrement connue sous le label « de la coexistence du pouvoir constituant originaire et du pouvoir de révision constitutionnelle »⁶⁰. Il s'agit pour la première thèse de la combinaison de deux pouvoirs. Pour ce faire, le pouvoir de révision ne peut prétendre éliminer le pouvoir constituant originaire. Il est (le pouvoir de révision) est seulement compétent pour des révisions limitées, en aucun cas, l'établissement du pouvoir de révision n'implique que le souverain a renoncé à ses prérogatives constituantes. C'est fort de ces arguments que certains auteurs estiment à tort ou à raison que la Constitution congolaise du 18 février 2006 abriterait aussi bien le pouvoir constituant originaire que le pouvoir constituant dérivé sous un même toit : le premier étant logé à l'article 5 de la Constitution et le second aux articles 218, 219 et 220 de la même Constitution. Et qu'il suffit de l'intervention du premier pour que l'article 220 de la Constitution et les matières intangibles qu'il protège partent en éclat.

S'il est vrai que l'article 5 de la Constitution du 18 février 2006 traite de la souveraineté nationale qui appartiendrait au peuple. S'il est également vrai que ledit article traite du référendum en tant que canal d'expression de la souveraineté. Il n'en demeure pas vrai que le souverain ou du moins le peuple évoqué par cet article n'est pas le pouvoir constituant originaire. S'il en était le cas, la Constitution se serait prononcée expressément en plaçant l'article 5 au niveau du titre VII réservé à la révision constitutionnelle ou en faisant un alinéa de l'article 218 de la Constitution. Le cadre d'opérationnalisation des réformes constitutionnelles annoncées par le président Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo et pour lesquelles toute la nation est ébullition ce sont les articles 218, 219 et 220 de la Constitution congolaise du 18 février 2006. En vertu du droit constitutionnel congolais, le président Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo en tant que président de la République, chef de l'État, est lui-même pouvoir constituant dérivé⁶¹. Son pouvoir comme celui que détient les autres organes publics hérite d'un champ de compétences (articles 218, 219 et 220 de la Constitution du 18

⁵⁷ MISSIAGBETO ADIKOU, « La révision constitutionnelle de 2002 et ses conséquences politiques au Togo de 2015 à 2020 », *AKOFENA*, n° 006, Vol. 2, 2022, pp. 219-232, en ligne à l'adresse : https://www.revue-akofena.com/wp-content/uploads/2022/08/18/-T06v01-03-Missiaagbeto-ADIKOU_219-232.pdf, consulté le 25 décembre 2024.

⁵⁸ SINDJOUN, L., et NGANGO YOUMBI, É, « Les transformations contemporaines du pouvoir constituant », op. cit., 152.

⁵⁹ GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., pp. 69-72.

⁶⁰ Idem., 75-77.

⁶¹ Article 218 de la Constitution du 18 février 2006, op. cit., p. 73.

février 2006) minutieusement aménagé pour lui par le pouvoir constituant originaire – original ou originel et ses modalités d’expression (article 218 de la Constitution du 18 février 2006) ne doivent nullement s’éloigner des bornes et autres limites installées par le pouvoir constituant originaire ni les déplacer pour laisser libre accès à une fraude constitutionnelle qu’il couvrirait derrière l’élaboration des normes juridiques pourtant contraires à la Constitution. Cela étant, est-il juridiquement possible de réviser la Constitution du 18 février 2006 sans la changer ?

II. À PROPOS DE LA SUCCESSION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE PAR LE POUVOIR CONGOLAIS DE RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

Réviser la Constitution, c’est remettre l’ouvrage original sur les métiers pour tendre vers sa perfectibilité, par des retouches, tout en gardant l’esprit des institutions mises en place. Il s’agit d’une opération qui permet au pouvoir constituant dérivé de succéder au pouvoir constituant originaire afin d’en assurer sécurité et pérennité à travers les réformes dont aurait besoin la Constitution au fil du temps.

En effet, les conditions de succession du pouvoir constituant originaire par le pouvoir congolais de révision constitutionnelle sont de deux ordres. Il y a d’une part, les conditions formelles (A) et d’autre part, les conditions matérielles(B).

A. Les conditions formelles de succession du pouvoir constituant originaire par le pouvoir congolais de révision constitutionnelle

La succession du pouvoir constituant originaire par le pouvoir congolais de révision constitutionnelle passe d’abord par l’ouverture de la succession constitutionnelle à travers l’initiative de révision (1) ; vient ensuite, le tour de la procédure d’examen du bien-fondé des initiatives des lois de révision constitutionnelle par un parlement qui siège comme le ferait un conseil de famille (2) ; pour enfin, être clôturée par la liquidation ou non de l’initiative de révision de la Constitution (3).

1. L’initiative de la révision constitutionnelle

Comparativement à d’autres constituants⁶², en République démocratique du Congo, sont détenteurs du pouvoir constituant dérivé les organes constitutionnellement désignés ci-après : le peuple (une fraction du peuple congolais en l’occurrence cent milles (100 000) personnes saisissant l’une de deux chambres par pétition), le pouvoir exécutif (le président de la

⁶² La doctrine distingue entre l’initiative accordée exclusivement à l’exécutif, à titre d’exemple, selon l’article 31 de la Constitution française de 1852, la proposition devait être adoptée par le pouvoir exécutif. De même, le Sénatus-consulte fixant la Constitution de l’Empire du 21 mars 1870 précisait que « la Constitution ne peut être modifiée que par le peuple sur la proposition de l’empereur », (article 44) ; l’initiative accordée exclusivement au législateur (par exemple, selon l’article 5 de la Constitution des Etats-Unis, le pouvoir de proposer les amendements à la Constitution est exclusivement réservé au Congrès ou aux législatures des États), l’initiative accordée à l’exécutif et au législatif (par exemple en France, l’initiative de la révision de la Constitution est partagée entre les membres du parlement et le président de la République (article 89, alinéa 1). De même, en Espagne, l’initiative de la révision appartient au Gouvernement, au Congrès et au Sénat (articles 87 et 166). À ce propos, voy. GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 126.

République, le gouvernement après délibération en conseil des ministres) et le pouvoir législatif (la moitié des membres de chacune des deux chambres du parlement)⁶³. Si la compétence du parlement congolais présentée par Raymond Ferretti⁶⁴ comme un moyen de faire pression sur le président de la République en ce domaine a été actée avec succès lors de la révision constitutionnelle du 20 janvier 2011, celle gouvernementale du 9 juin 2014⁶⁵ et présidentielle du mois d'août 2009⁶⁶ ont été étouffées dans l'œuf grâce à la mobilisation du camp anti révision de l'époque. Elles ont ainsi subi le même sort que la toute première initiative de révision de la Constitution du 18 février 2006 signée par le député national honoraire Tshibangu Kalala et datant du 4 juillet 2007⁶⁷.

2. La procédure d'examen du bien-fondé de la révision constitutionnelle

L'ambition d'un projet, d'une proposition ou d'une pétition de révision, c'est d'amender la Constitution soit en obtenant une adaptation de certaines dispositions face à l'évolution de la mentalité, soit d'introduire certaines innovations en anticipant sur ce qui, dans l'avenir, pourrait devenir préoccupant s'agissant de l'harmonie et de l'équilibre institutionnel⁶⁸.

D'après l'article 218, alinéa 2 de la Constitution⁶⁹, toute initiative de révision constitutionnelle est soumise à l'Assemblée nationale et au Sénat qui en décident du bien-fondé, à la majorité absolue de chaque chambre, c'est-à-dire par deux cent cinquante-une (251) voix au moins à l'Assemblée nationale, et par au moins cinquante-cinq (55) voix au Sénat. Le bien-fondé, en tant que conformité au droit, de l'initiative de révision constitutionnelle doit s'examiner d'abord à l'aune des règles constitutionnelles. Le parlement doit vérifier si l'initiative est conforme à la Constitution (initiateur, matière, période, etc.). Il en a été ainsi lors de la révision de la Constitution du 18 février 2006 le 20 janvier 2011. Il avait la latitude de solliciter un avis technique à la Cour constitutionnelle, sur la conformité de l'initiative à la Constitution, ce qu'il n'a pas fait fort malheureusement. Ce n'est que lorsque

⁶³ MILAMBO NGALAMULUME, G., « Article 220 de la Constitution du 18 février 2006. Contribution au débat autour de son intangibilité et de sa « révisabilité » », *Librairie africaine d'Études juridiques*, n° 3, 2016, p. 147-148.

⁶⁴ FERRETTI, R., « La révision de la Constitution : les paradoxes d'une évolution », *Revue de l'Actualité Juridique Française*, en ligne à l'adresse : <https://www.rajf.org/spip.php?article12>, consulté le 23 février 2025.

⁶⁵ DJENGO, A., *De l'efficacité des limites du pouvoir de révision constitutionnelle en droit positif congolais*, Mémoire de Licence, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2015.

⁶⁶ Il est rapporté que le directeur du cabinet de monsieur Joseph Kabila, ancien chef de l'État et président de la République démocratique du Congo de l'époque, avait sollicité des chambres parlementaires la désignation de des représentants, à raison de deux représentants par chambre, à l'effet de faire partie d'une Commission chargée d'évaluer la mise en œuvre de la révision de la Constitution. *Idem*.

⁶⁷ L'initiateur de ce projet, l'honorable Tshibangu Kalala, voulait la révision des articles 110, 152 et 197 de la Constitution. La modification de l'article 110 voulait consacrer le droit de retour du parlementaire après avoir exercé une fonction incompatible avec le mandat législatif. La révision de l'article 152 visait la composition du Conseil supérieur de la Magistrature. L'initiateur voulait que l'on y incluse le président de la République (en qualité de président du Conseil), le ministre de la justice et quelques personnalités de la société civile. Quant à la révision de l'article 197, elle voulait étendre le bénéfice des immunités parlementaires consacrées à l'article 107 de la Constitution aux députés provinciaux. L'initiative de la révision constitutionnelle n'a pas abouti malgré le fait qu'elle soit soutenue par une pétition signée par plus de 300 députés à l'Assemblée nationale. Le projet de révision de la Constitution a été purement rejeté. Lire à ce sujet : KALOMBO KANDU M., F.-B., *Des limitations au pouvoir congolais de révision constitutionnelle*, op. cit.

⁶⁸ BOSHA, E., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, op. cit., pp. 310-318.

⁶⁹ Article 218 alinéa 2 de la Constitution de la République démocratique du Congo, *JO*, op. cit., p. 73.

ce bien-fondé est établi que l'initiative peut alors être soumise à l'approbation du peuple ou du congrès, afin que la révision soit définitive. Au cas contraire, l'initiative est considérée comme avortée.

3. La procédure d'approbation ou de liquidation de la révision constitutionnelle

C'est la dernière phase de la procédure de révision constitutionnelle. Il s'agit d'un dernier obstacle que doivent surmonter les pétitions, les propositions et les projets des lois de révision constitutionnelle adoptés par les organes compétents avant d'entrer en vigueur. Ainsi les Constitutions donnent une dernière occasion de réflexion sur la révision constitutionnelle, avant qu'elle ne devienne définitive.

En République démocratique du Congo, une fois qu'une initiative de révision de la Constitution franchit l'étape de l'Assemblée nationale et du Sénat, en obtenant la majorité requise, elle doit passer par l'approbation référendaire ou la parlementaire pour devenir définitive. Le 20 janvier 2011⁷⁰, le pouvoir de révision constitutionnelle avait préféré la voie parlementaire au détriment de celle populaire pourtant de principe suivant la lecture superficielle de l'article 218 de la Constitution du 18 février 2006⁷¹.

B. Les conditions matérielles de succession du pouvoir constituant originaire par le pouvoir congolais de révision constitutionnelle

Le statut juridique du pouvoir constituant dérivé entraîne son encadrement par la procédure de révision constitutionnelle et sa limitation aussi bien temporaire que matérielle, sans oublier sa limitation temporelle. C'est pourquoi, certaines Constitutions, en plus de la procédure proprement dite, interdisent la révision de certaines dispositions que la doctrine qualifie à tort ou à raison de : « limitations matérielles », « dispositions intangibles », « clauses intangibles », « clauses irréformables », « clause d'éternité » ou encore « clauses pétrifiées » - *cláusulas pétrias* comme dit au Brésil, bref, il s'agit des limites de fond ou limites relatives à l'objet de la révision constitutionnelle. On entend par là les dispositions constitutionnelles qui ne peuvent être révisées par la procédure de révision constitutionnelle⁷². Il s'agit entre autre de l'interdiction de réviser la *forme républicaine du gouvernement*⁷³, la *forme monarchique de l'État*⁷⁴, la *structure fédérale de l'État* dans certains États fédéraux⁷⁵,

⁷⁰ En cette date, les articles 71, 110, 126, 149, 197, 198, 218 et 226 de la Constitution du 18 février 2006 ont été révisés par la loi n° 011/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution.

⁷¹ Au sujet de la controverse autour de l'interprétation de l'article 218 *in fine* de la Constitution congolaise du 18 février 2006 en ce qui concerne la priorité accordée à l'approbation parlementaire en lieu et place du référendum constituant, lire KALOMBO KANDU M., F.-B., *Des limitations au pouvoir congolais de révision constitutionnelle*, pp. 2-3.

⁷² GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 118.

⁷³ Voir les Constitutions françaises depuis la loi du 14 août 1884, l'article 4 de la Constitution turque du 7 novembre 1982, article 139 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947, article 73 de la Constitution ivoirienne du 3 novembre 1960, article 37 de la Constitution camerounaise du 2 juin 1972, etc.

⁷⁴ Voir article 101 de la Constitution marocaine du 10 mars 1972 et article 175 de la Constitution du Koweït du 11 novembre 1962.

⁷⁵ Par exemple, selon l'article 79 alinéa 3 de la Constitution allemande du 23 mai 1949 « toute révision de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en *Länder*, au principe de la participation des *Länder* à la législation [...] est interdite ». L'article 60 la Constitution brésilienne du 5 octobre 1988 interdit aussi de réviser la forme fédérative de l'Etat.

le caractère unitaire de l'État, l'unité de l'État »⁷⁶, les fondements idéologiques de l'État⁷⁷, les droits de l'homme⁷⁸ et l'intégrité du territoire de l'État⁷⁹.

La Constitution congolaise du 18 février 2006 n'échappe pas à cette règle devenue monnaie courante. Elle dispose à son article 220 :

« La forme républicaine de l'État, le principe du suffrage universel, la forme représentative du gouvernement, le nombre et la durée des mandats du président de la République, l'indépendance du pouvoir judiciaire, le pluralisme politique et syndical, ne peuvent faire l'objet d'aucune révision constitutionnelle. Est formellement interdite toute révision constitutionnelle ayant pour objet ou pour effet de réduire les droits et libertés de la personne, ou de réduire les prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées »⁸⁰.

Cependant, l'érection de ces interdictions en des dispositions constitutionnelles ne résout pas automatiquement le problème de constitutionnalité. La doctrine est à ce sujet divisée entre ceux qui, au nom de la souveraineté du peuple, soutiennent l'illimitation du pouvoir constituant dérivé et ceux qui, à raison de l'ascendant hiérarchique du pouvoir constituant originel sur le pouvoir de révision constitutionnelle soutiennent mordicus la limitation de ce dernier.

Les arguments des uns et des autres ayant fait l'objet de beaucoup de publications⁸¹ nous n'allons nous focaliser que sur la théorie de la double révision ou de la révision totale qui oppose les pros (1) et les antis (2) avant de prendre position (3).

1. La thèse de la double révision ou de la révision totale

Les défenseurs de cette thèse soutiennent la cohabitation entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé au nom de laquelle, en vertu de sa double nature d'héritier et de *de cuius* et au vu de ses attributs (inconditionné, illimité et insubordonné) le pouvoir constituant originaire peut à travers une révision en deux temps : réviser l'article qui contient des matières intangibles⁸² dans un premier temps pour s'en prendre ensuite aux matières constitutionnellement protégées⁸³.

⁷⁶ La Constitution portugaise du 2 avril 1976 (article 288 alinéa point a).

⁷⁷ Par exemple, l'article 195 de la Constitution algérienne du 22 novembre 1976 consacre l'inaltérabilité de son organisation socialiste. De même, l'article 2 de la Constitution turque du 7 novembre 1982 affirme l'intangibilité du nationalisme d'Atatürk. Abondant dans la même veine, l'article 101 de la Constitution marocaine du 10 mars 1972 consacre l'intangibilité du *caractère islamique de l'État*.

⁷⁸ Voir l'article 195 de la Constitution algérienne du 22 novembre 1976. De même, l'article 288 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976.

⁷⁹ Voir l'article 288 de la Constitution portugaise du 2 avril 1976, article 3 de la Constitution turque du 7 novembre 1982. De même, l'article 37 de la Constitution camerounaise du 2 juin 1972.

⁸⁰ Article 220 de la Constitution congolaise du 18 février 2006, op. cit., p. 73.

⁸¹ Lire KALOMBO KANDU M., F.-B., « Des limitations au pouvoir congolais de révision constitutionnelle : Données, controverses et perspectives », *CIFILE Journal of international law*, 2022, Vol 3, n° 6, pp. 80-108.

⁸² Article 220 de la Constitution de la République démocratique du Congo, *JO*, op. cit., p. 73.

⁸³

Les tenants de cette thèse estiment illégitime de mettre des entraves à l'exercice de la souveraineté du peuple⁸⁴ car d'après eux, les limites à la révision constitutionnelle sont inconciliables avec le principe de la souveraineté nationale. À ce sujet Julien Laferrière⁸⁵, « s'interdire de modifier sa Constitution serait de la part de la nation, renoncer à l'élément essentiel de sa souveraineté ». Il invoque cet argument surtout pour les interdictions de réviser la Constitution pendant un certain délai. À lui de poursuivre⁸⁶, « théoriquement, il est douteux qu'une Constitution puisse exclure, même pour un certain délai, la possibilité de sa révision, ce qui revient à supprimer chez la nation, pendant cette période l'exercice du pouvoir constituant ». Cet argument a été réaffirmé par Georges Vedel⁸⁷ : « Le souverain ne peut se lier lui-même. En vertu de sa souveraineté, il peut changer à tout moment la norme qui interdit de changer ». Pour Michel Troper⁸⁸, « si le peuple est souverain, même lorsqu'il intervient en tant que pouvoir constitué, il ne pourrait se voir opposer de limites à sa toute puissance. La légitimité de l'intervention du peuple l'emporterait sur sa « constitutionnalité » ». Ils sont rejoints par Anne Marie Le Pourhiet⁸⁹, qui estime que : « s'il plaît au peuple de vouloir aujourd'hui le contraire de ce qu'il voulait hier, qui donc pourrait s'y opposer puisqu'il est souverain ? »

S'il est vrai que les verrous ne sont pas verrouillés expressément, est-ce pour autant vrai qu'il est scientifiquement admis de pouvoir toucher au verrou sans en dénaturer le bien-fondé ni réduire en miette la raison de son existence ?

2. Remise en question de la thèse de la double révision ou de la révision totale

Les arguments qui soutiennent la double révision résultent d'abord du fait que les défenseurs de cet argument n'acceptent pas l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire⁹⁰. Notons que si l'on accepte l'existence d'un pouvoir de révision constitutionnelle distinct du pouvoir constituant originaire, cet argument ci-dessus s'effondre. Car, dans cette conception, il y a une hiérarchie entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle. Par conséquent, le pouvoir constituant originaire d'aujourd'hui, étant un pouvoir suprême, peut lier le pouvoir de révision constitutionnelle de l'avenir, étant un pouvoir inférieur à lui.

Ensuite, l'argumentation qui consiste à soutenir que l'on peut toujours modifier ce qu'il est interdit de réviser débouche sur une régression à l'infini » qui conduit à devoir

⁸⁴ GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 184.

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ Cité par MAGNON, X., « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, le caractère opératoire et existence », *op. cit.*, p. 6 : « Le paradoxe serait, selon Michel Troper, semblable à celui de la toute-puissance de Dieu : « Dieu est-il capable de créer une pierre si lourde, qu'il ne pourrait lui-même la soulever ? » Si Dieu est effectivement tout puissant, il peut créer une telle pierre, mais s'il ne peut la soulever lui-même, il ne serait plus alors tout puissant ».

⁸⁹ Cité par GOUGBEDJI, C., « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la rigidité constitutionnelle en Afrique francophone », en ligne à l'adresse : www.fss.ulaval.ca/cms_recherche/upload/chaire_democratie/fichiers/article_mathieu_27082009_163419.pdf. p. 11.

⁹⁰ *Idem.*

l'écarter : « s'il était licite de réviser d'abord les articles 219 et 220 de la Constitution du 18 février 2006, le constituant pourrait directement interdire de le modifier. S'il était alors licite de réviser cette interdiction, on pourrait interdire de réviser cette interdiction de réviser, etc.⁹¹ Selon Ross, il est *logiquement* impossible de réviser la clause de révision de la Constitution (verrou) par l'utilisation de cette même clause (procédure) de révision. Ross voulait montrer « qu'il y avait quelque chose de paradoxal à vouloir sortir d'un système en restant dans le cadre de ce même système »⁹².

Enfin, la non interdiction de réviser le verrou constitutionnel à l'instar de l'article 220 de la Constitution⁹³, qui pouvait faire penser à une lacune du constituant congolais, mais il n'en est pas une pour deux raisons : primo, la procédure de la révision de l'article 220 de la Constitution n'est pas prévue par la Constitution ; secundo, la procédure de révision telle que prévue à l'article 218 de la Constitution ne peut être suivie pour réviser l'article 220 de la Constitution⁹⁴. En d'autres termes, la Constitution ne fait qu'indiquer dans quel cas il n'y aurait plus révision constitutionnelle, mais une fraude à la Constitution⁹⁵ ou néanmoins adoption d'une nouvelle Constitution. Le constituant formalise le seuil au-delà duquel son œuvre s'éteindra, il explicite d'un point de vue formel et matériel la frontière entre une révision constitutionnelle et une révolution juridique. D'ailleurs, même s'il était permis de réviser l'article 220 de la Constitution par ce même article, il ne faut pas perdre de vue que « *non omne licet honestum est* », c'est-à-dire c'est qui permis n'est pas toujours honnête.

En outre, s'agissant de la souveraineté du peuple ou du pouvoir en vertu duquel ce dernier peut tout faire pour abonder Jean-Louis de Lolme, à travers sa célèbre reprise dans presque tous les manuels de droit constitutionnel, selon laquelle « le parlement britannique peut tout faire, sauf changer un homme en une femme »⁹⁶. Il y a lieu de retenir qu'aucune confusion ne doit être entretenue entre le peuple qui agit en tant que le pouvoir constituant originaire et celui qui s'exprime en tant que pouvoir constituant dérivé à travers les mailles de la procédure de révision constitutionnelle⁹⁷. Le premier a des pouvoirs que le second n'a pas.

En République démocratique du Congo, le pouvoir constituant originel appartient au peuple, tandis que le pouvoir constituant dérivé appartient aussi bien au peuple qu'à ses représentants. La doctrine majoritaire⁹⁸ soutient qu'il n'y a pas d'identité de nature entre le pouvoir constituant originaire (le peuple) et le pouvoir constituant dérivé (le peuple et/ou ses

⁹¹ Pour plus de détails à ce sujet lire, GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., pp. 202-205.

⁹² Ce paradoxe serait, selon Michel Troper, « semblable à celui de la toute-puissance de Dieu : « Dieu est-il capable de créer une pierre si lourde, qu'il ne pourrait lui-même la soulever ? » Si Dieu est effectivement tout puissant, il peut créer une telle pierre, mais s'il ne peut la soulever lui-même, il ne serait plus alors tout puissant ». Voy. MAGNON, X., « Quelques maux encore à propos des lois de révision constitutionnelle : limites, contrôle, efficacité, le caractère opératoire et existence », *op. cit.*, p. 6.

⁹³ Article 220 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 73.

⁹⁴ Parce que l'article 220 de la Constitution fait partie de la procédure de révision constitutionnelle. Ainsi, toute révision doit suivre la procédure telle que prévue aux articles 218, 219 et 220 de la Constitution.

⁹⁵ KAMUKUNY MUKINAY, A., *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, op. cit., 595 p.

⁹⁶ Cité par BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l' inanition de la nation*, op. cit., p. 19.

⁹⁷ Titre VII de la Constitution du 18 février 2006, op. cit., p. 73.

⁹⁸ Lire BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l' inanition de la nation*, op. cit., pp. 29-32.

représentants), pas plus que le deux n'ont la même étendue de pouvoirs dans l'opération constituante. L'un est pouvoir créateur, l'autre est pouvoir correcteur (pouvoir construit, encadré par la Constitution qui lui fixe l'espace de mouvement). De telle sorte que, lorsque « le premier a construit l'architecture constitutionnelle en toute liberté, sans aucune contrainte, le second ne peut la déconstruire sans scier la branche sur laquelle il est assis⁹⁹.

3. Le choix entre les deux précédentes thèses

La succession du pouvoir constituant originaire par le pouvoir congolais de révision constitutionnelle s'opère dans le respect de la volonté que le premier laisse au second tel un testament. Cette passation de flambeau entraîne la disparition du premier au profit du second et ne saurait justifier la cohabitation de ce duo sous un même toit. De ce fait, la révision de la Constitution doit s'opérer suivant la procédure mise en place et ne concerner que les dispositions révisables. En ce sens, la Constitution congolaise du 18 février 2006 a levée l'option exclusive de la révision partielle de ses dispositions. La première illustration de cette succession s'est réalisée le 20 janvier 2011. Ainsi la proposition logique ci-après se dégage :

- a. Toute révision doit suivre la procédure prévue par les articles 218, 219 et 220 de la Constitution en vigueur ;
- b. Or, la procédure de la double révision ou de la révision totale n'est pas prévue¹⁰⁰ ;
- c. Donc, il ne peut être recouru à la procédure de révision telle que prévue pour aboutir à une révision totale.

En écrivant, « lorsque l'on procède à la révision d'un moteur, on n'invente pas un autre. On adapte l'ancien pour le rendre plus opérationnel ou plus performant »¹⁰¹, Évariste Boshab ne croyait pas si bien dire. En effet, il s'explique et admet que « parvenir à une nouvelle Constitution, par le biais d'une révision, est un abus de langage connu en droit sous l'expression de la fraude à la Constitution ». « On fait semblant de respecter la forme, alors qu'il n'en est pas une¹⁰², tout en détruisant irrémédiablement le socle »¹⁰³. « En annonçant la révision, alors que le dessein est d'élaborer une nouvelle Constitution, on floue de la sorte la population en abusant de la bonne foi qu'elle a placée en ses dirigeants »¹⁰⁴. Traitant du même sujet, Francis Delpérée, estime que, « toute une Constitution ne peut, en un moment, être révisée »¹⁰⁵. Néanmoins, le concept « révision totale » ne doit pas être conçue comme signifiant l'échange d'un document constitutionnel contre un autre, un changement intégral de texte. Mais, il s'agit de tout *changement radical*. Au demeurant, lorsque la procédure d'une telle révision n'est pas prévue, cela signifie que la révision totale est interdite. La prohibition renforce toujours ce qu'elle interdit. Dans notre cas, les règles intangibles sont posées par le pouvoir constituant originaire qui, on le sait s'exprime par l'*acte constituant*

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ En ce sens, Le PILLOUER, A., « « De la révision à l'abrogation de la Constitution » : Les termes du débat », *op. cit.*, p. 14, pense que : « si une modification fondamentale ne peut être opérée par la voie de révision, cela signifie qu'elle ne peut pas être accomplie du tout – du moins juridiquement ».

¹⁰¹ BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁰² C'est nous qui le soulignons.

¹⁰³ BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, *op. cit.*, p. 37.

¹⁰⁴ *Idem*, pp. 33-37.

¹⁰⁵ DELPÉRÉE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 2000, p. 70.

(*verfassungsgebung*) ; et si l'on admet qu'il y a une hiérarchie entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir de révision constitutionnelle, le pouvoir de révision constitutionnelle, étant un pouvoir inférieur à l'autre, ne peut modifier les verrous constitutionnels. On ne doit pas induire du silence du constituant le principe de *parallélisme des procédures* pour réviser les verrous constitutionnels. Le constituant n'a pas prévue la procédure de révision totale parce qu'il n'en veut pas¹⁰⁶. De ce fait, sauf l'hypothèse d'abrogation de l'actuelle Constitution nous ne voyons pas en vertu de quelle théorie juridique « le dernier mot appartiendrait au peuple » comme le soutiennent André Mbata¹⁰⁷, Félix Vundwawe-te-Pemako et Jean-Marie Mboko Nd'andima¹⁰⁸ ; peuple qui lui-même est le pouvoir constituant dérivé sous le règne de la Constitution congolaise du 18 février 2006. Or, comme l'avait affirmé Georges Vedel¹⁰⁹ « Il [le pouvoir constituant dérivé] est constituant par ses effets ; il est constitué quant à ses conditions d'exercice ». Qu'en est-il alors de la succession du pouvoir constituant originaire par un pouvoir de même nature ?

III. LA PROBLÉMATIQUE DE LA SUCCESSION DU POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE PAR LE POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE EN RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO

« Les Constitutions sont une matière vivante : elles naissent, vivent, subissent les déformations de la vie politique, sont l'objet des révisions plus ou moins importantes, et peuvent disparaître », écrit Pierre Pactet¹¹⁰. Donner à l'État un instrument juridique qui encadre la politique et réadapter, par moment, cet instrument sans en dénaturer les fondements sont deux fonctions différentes – du pouvoir constituant originaire et du pouvoir constituant institué¹¹¹, car la seconde, la révision, ne s'envisage que si la première existe¹¹². La succession du pouvoir constituant originaire par le pouvoir constituant originaire est-elle juridiquement possible en République démocratique du Congo ? Autrement, est-il possible de changer la Constitution congolaise du 18 février 2006 sans la réviser ?

Derrière cette distinction aux allures presque simples se profile le problème du détenteur du pouvoir constituant, sa nature et ses modalités d'expression. La nature du pouvoir constituant dérivé et les détenteurs dudit pouvoir étant déjà examinés *supra*¹¹³, il nous revient de passer au peigne fin le détenteur du pouvoir constituant originaire (A) et ses modalités d'expression (B).

¹⁰⁶ Lire le paragraphe 4 de l'exposé des motifs de la Constitution de la République démocratique du Congo, *JO*, op. cit., p. 82.

¹⁰⁷ MBATA, A., La Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 à la croisée des chemins : Entre « Révision » et « Changement », *Revue africaine de la démocratie et de la Gouvernance*, Vol 11, n° 1, 2024, p. 378.

¹⁰⁸ À ce sujet, VUNDWAVE-te-PEMAKO, F. et MBOKO ND'ANDIMA, J.-M., *Traité de droit administratif de la République Démocratique du Congo*, op. cit., p. 207, qui affirment que le pouvoir constituant dérivé est limité à travers l'article 219 de la Constitution du 18 février 2006 font un revirement à 180 degrés pour soutenir l'inverse en ce qui concerne la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle par l'article 220 de la même Constitution.

¹⁰⁹ Cité par GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 29.

¹¹⁰ PACTET, P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 13^{ème} éd., Paris, MASSON, 1994, p. 71.

¹¹¹ C'est nous qui soulignons.

¹¹² BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 59.

¹¹³ Voir *supra* pages 9 à 14.

A. Les détenteurs du pouvoir constituant originaire

De nos jours, le pouvoir constituant originaire n'est pas l'apanage d'un seul organe ni d'un groupe d'organes. Le domaine admet l'intervention du peuple en tant que détenteur du pouvoir constituant originaire de principe (1) à côté duquel évoluent les détenteurs circonstanciels ou d'exception, qui agissent avec ou en concurrence à lui (2).

1. Le peuple comme détenteur démocratique du pouvoir constituant originaire de principe

La démocratie, mode de gouvernance en vogue, implique la participation du peuple à l'exercice du pouvoir. Cette participation soulève d'après Pierre Pactet et Ferdinand Mélin-Soucramanien¹¹⁴ un double problème de souveraineté. Il s'agit d'abord de savoir qui est titulaire de la souveraineté car selon qu'on l'attribue à la nation (souveraineté nationale) ou aux citoyens (souveraineté populaire) ou qu'on fasse cohabiter ces deux souverainetés (la souveraineté nationale appartient au peuple), les conséquences quant à la participation des gouvernés seront assez différentes. Il s'agit ensuite de savoir comment la souveraineté est exercée car cet exercice peut être directe ou indirect, ce qui correspond à la distinction également classique de la démocratie directe et de la démocratie indirecte. Il s'agit enfin de savoir si une formule mixte ne peut être adoptée, que l'on qualifie habituellement de démocratie semi-directe.

Ainsi, pour ce modèle qui fait de la volonté du peuple la source du pouvoir, la détention du pouvoir constituant originaire par le peuple se justifie par le fait que le pouvoir constituant originaire est la manifestation juridique de la souveraineté. Aussi, le pouvoir constituant originaire étant le fondement de l'ordre constitutionnel dans un État, son exercice par le titulaire du pouvoir est plus que justifié. Est-il le seul détenteur du pouvoir constituant originaire ?

2. Les détenteurs du pouvoir constituant originaire d'exception

Il s'exprime tantôt par les pouvoirs institués, tantôt par la junte militaire, tantôt par la conférence nationale ou encore par la communauté internationale.

S'agissant de la détention du pouvoir constituant originaire par les pouvoirs traditionnels. Elle prend forme lorsque les organes qui incarnent les pouvoirs pouvoir exécutif, législatif et pouvoir judiciaire s'investissent du *pouvoir constituant originaire*, parviennent à abroger la Constitution en vigueur et la remplacent par un autre texte constitutionnel. Un tel cas de figure s'est déjà déroulé en France avec l'abrogation de la Constitution du 27 octobre 1946 par celle du 4 octobre 1958, en République démocratique du Congo à travers l'abrogation de la Constitution du 1^{er} août 1964 par celle du 24 juin 1967 et au Togo. L'initiative part toujours de la volonté d'un chef de l'État et de la majorité acquise à sa cause, elle est par la suite enrichie par une commission technique et soumise au peuple pour approbation et laisse peu d'espace à ce dernier dans l'appréciation du texte lui soumis.

B. Les modalités d'expression du pouvoir constituant originaire

¹¹⁴ PACTET, P. et MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., *Droit constitutionnel*, 28^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2009, p. 85.

Les modalités d'expression du pouvoir constituant dépendent de la nature et de l'objet dudit pouvoir – originaire ou dérivé. Ainsi selon Carl Schmitt, l'objet du premier – le pouvoir constituant originaire est la « *constitution* » (*Verfassung*) et l'objet du second est les *lois constitutionnelles* (*Verfassungsgesetz*)¹¹⁵. Le pouvoir constituant [originaire] serait donc le « pouvoir de donner une nouvelle *constitution* »¹¹⁶, alors que le pouvoir de révision constitutionnelle ne serait que le pouvoir de modifier le « texte des *lois constitutionnelles* en vigueur jusqu'alors »¹¹⁷.

Cette conception crée une hiérarchie entre les normes édictées par le pouvoir constituant originaire et celles édictées par le pouvoir constituant dérivé et ne saurait se justifier intégralement. S'il est vrai qu'elle contribue à la hiérarchisation du pouvoir constituant originaire par rapport au pouvoir constituant dérivé, il n'est pas tout à fait cohérent d'insinuer la supériorité des normes édictées par le premier sur celles produites par le second. Une telle thèse ne pouvait se justifier que si la Constitution ne pouvait être modifiée que par le pouvoir constituant originaire lui-même et non par un quelconque organe établi par lui. Ce qui n'est pas le cas. Aussi, au-delà de la compétence reconnue au pouvoir constituant dérivé de réviser les dispositions de la Constitution, la différence entre la Constitution et les lois constitutionnelles s'arrête à quelques exceptions près¹¹⁸ avec la promulgation des lois en question. Aussitôt opérée, la promulgation et la publicité qui s'en suit ne font apparaître que les dispositions non modifiées et/ou non supprimées à côté des dispositions modifiées. Difficile de soutenir la thèse de supériorité des normes à ce sujet.

Ceci dit, il y a lieu de retenir que si les lois de révision constitutionnelle constituent l'unique modalité d'expression du pouvoir constituant dérivé, le pouvoir constituant originaire quant à lui s'exprime à travers la Constitution *initiale*. Et les procédés pour ce faire, diffèrent selon qu'on est dans un État démocratique ou non.

1. Le référendum constituant

Procédé plus que démocratique d'élaboration des Constitutions, le référendum constituant n'est pas à confondre avec le « référendum constitutionnel ». Car le premier est un mode d'élaboration d'une Constitution alors que le second est la modalité d'approbation d'un texte constitutionnel ou d'une loi de révision constitutionnelle¹¹⁹.

Le référendum constituant est une technique qui confie l'élaboration du projet de Constitution à une assemblée élue, mais non souveraine en ce sens qu'une fois élaboré, le projet de Constitution n'est adopté et ne devient exécutoire qu'après son approbation par le peuple obligatoirement consulté à cet effet¹²⁰.

Il combine l'élaboration technique du projet de Constitution par une assemblée élue et son approbation par le peuple. Une fois mise en place, l'Assemblée constituante est appelée à

¹¹⁵ GOZLER, K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, op. cit., p. 30.

¹¹⁶ *Idem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ La pratique dans les pays de la famille juridique anglo-saxon accepte la reproduction de l'ancienne version des dispositions constitutionnelles révisées aux côtés des amendements. En ce sens, la Constitution des États-Unis d'Amérique du 4 mars 1789 et vingt-sept (27) amendements.

¹¹⁹ Article 218 de la Constitution congolaise du 18 février 2006, op. cit., p. 73.

¹²⁰ ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Le droit constitutionnel*, op.cit., p. 97.

disparaître à l'acceptation, par le peuple, du projet de Constitution qu'elle a élaboré ; on remarque par ailleurs que si son projet est rejeté, l'assemblée est dissoute et remplacée par une nouvelle « constituante ».

Il s'ensuit qu'entre l'élection d'une Assemblée constituante et l'acceptation du projet de Constitution par le peuple, c'est la deuxième opération qui, dans la pratique du référendum, a tendance à prendre le dessus. On admet ainsi que c'est par l'intervention du peuple qu'est définitivement adoptée la Constitution ou rejeté le projet. En tout état de cause, le recours à la technique de référendum renforce la participation du peuple à l'élaboration des Constitutions¹²¹.

La concomitance de deux opérations est souvent théorique, l'élection d'une assemblée constituante est plutôt rare parce que, d'une part, non généralement prévue par la Constitution en vigueur et se déroulant, d'autre part, dans le cadre de remplacement d'un régime par un autre. La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990, celles du Togo du 19 octobre 1992, du Niger du 18 juillet 1999 et de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 ont été élaborées par des Assemblées non élues avant d'être approuvées par le référendum constitutionnel. La Constitution de la République démocratique du Congo du 1^{er} août 1964, celle du 24 juin 1967 ont été, en revanche, élaborées par des Commissions constitutionnelles avant d'être soumises au référendum populaire¹²². Ces procédés bien que qualifiés de « référendum constituant » par certains auteurs n'ont de référendum constituant que le nom.

2. Le plébiscite constituant

Confondu avec le référendum dont il se différencie par l'objet, le plébiscite est un mécanisme d'élaboration mixte de Constitution. Il s'agit d'un procédé qui exclut le peuple et ses représentants du processus d'élaboration de la Constitution (élément des procédés autocratiques) et n'admet qu'une participation populaire chimérique (élément des procédés démocratiques) au moment d'approbation. La participation ou du moins la consultation populaire ne vise qu'à donner un vêtement démocratique au processus d'élaboration du texte constitutionnel. Car en pratique, cette participation est souvent contrôlée et orientée par l'auteur du texte (le monarque ou le dictateur) qui ne laisse pratiquement aucun pouvoir d'appréciation véritable aux électeurs consultés.

C'est à ce genre des procédés qu'ont recouru le pouvoir constituant originel lors de l'élaboration de la Constitution française du 4 octobre 1958¹²³. Aussi, malgré le qualificatif « référendum » auquel certains auteurs recourent pour qualifier les procédés d'élaboration des constitutions congolaises du 1^{er} août 1964, du 24 juin 1967 du 18 février 2006, nous estimons qu'il a plus été question de plébiscite constituant que de référendum constituant.

3. L'octroi

L'octroi autorise un individu, généralement le monarque, d'élaborer la Constitution qui organise, juridiquement, la dévolution et l'exercice de son pouvoir. Le peuple n'est pas

¹²¹ De GUILLENCHMIDT M., *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Economica, 2005, pp. 67-69.

¹²² ESAMBO KANGASHE J.-L., *La Constitution Congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, op. cit., p. 98.

¹²³ OLIVA, É. et GIUMMARA, S., *Droit constitutionnel*, 9^e éd., Paris, Sirey, 2017, p. 113.

associé à l'établissement de la Constitution qu'on lui donne comme un cadeau. L'observation conduit à soutenir que ce n'est, généralement, pas par leur bon plaisir que les monarques concèdent des Constitutions octroyées, ils y sont souvent contraints par la conjoncture politique.

L'histoire constitutionnelle de la République démocratique du Congo renseigne que c'est dans des conditions pareilles qu'ont été élaborés la loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997. La première est le cadeau constitutionnel que le Roi des belges avait jugé utile d'octroyer à la République du Congo, actuelle République démocratique du Congo¹²⁴ et le second a été octroyé, tel un présent, au pays par le président Laurent-Désiré Kabila.

4. La convention

La technique de la Convention ou de l'Assemblée constituante confie à une assemblée souveraine, et spécialement élue à cet effet, la charge d'élaborer une nouvelle Constitution. Une fois adoptée par la constituante, la Constitution entre en application, elle devient définitive et exécutoire dans la mesure où on considère qu'il existe une identité de vues entre le mandant (le peuple) et les mandataires (les représentants élus).

L'institution tire son origine de la pratique constitutionnelle américaine qui l'a prêtée à l'Europe et à l'Afrique. On signale que les Constitutions qui ont fondé la confédération et la fédération américaine ont été produites par les Assemblées constituantes. Les Constitutions françaises de 1791, de 1848, de 1875 et de 1946¹²⁵ ont suivi la même procédure, à la seule différence que le mot « Assemblée constituante » a été parfois remplacé par la « Convention ».

En Afrique, on relève qu'à la suite de la révolution menée dans le cadre du printemps arabe, la Tunisie a organisé, du 20 au 23 octobre 2011, l'élection d'une Assemblée constituante¹²⁶ chargée notamment de l'élaboration d'une nouvelle Constitution¹²⁷.

5. La conférence constituante

L'effondrement de l'URSS, le conditionnement de l'aide au développement et les revendications toujours réprimées dans le sang des populations africaines¹²⁸ en faveur de la démocratisation ont poussé les pays africains à inventer leur propre procédé d'élaboration des Constitutions que l'on pourrait qualifier de « conférence constituante ».

En effet, à travers ce procédé les africains ont établi « des textes de nature ou à vocation constitutionnelle qui sont adoptés par les parties à un conflit politique, au cours d'une négociation politique, pour tenter de résoudre un conflit politique par la mise en place des structures de cogestion de l'espace politique et administratif du pays pendant une certaine période donnée de l'histoire nationale.

¹²⁴ MBATA MANGU B., A., La Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 à la croisée des chemins : Entre « Révision » et « Changement », op. cit., p. 348.

¹²⁵ ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Le droit constitutionnel*, op. cit., p. 97.

¹²⁶ Composée de 217 membres.

¹²⁷ La pratique n'est pas nouvelle parce qu'elle a été expérimentée le 25 mars 1956 et a abouti au rejet du régime monarchique au profit de la République instituée le 25 juillet 1957.

¹²⁸ Des nombreux auteurs ont eu à épiloguer sur l'origine des vents ayant abouti à l'écroulement des murs érigés par l'intolérance politique. Pour les détails sur leurs points de vue respectifs, voy. KAMUKUNY MUKINAY, A. *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, pp. 62-77.

La caractéristique fondamentale de ces Constitutions est de n'être adoptées, ni par le peuple directement, ni par ses représentants démocratiquement élus, mais par une classe politique concentrique, autoproclamée et friande des arrangements politiques (parfois sans lendemain), qui n'ont pour seul but que le *partage équitable et équilibré du pouvoir pendant « une période de transition politique »*¹²⁹ »¹³⁰.

Dans cette perspective, le pouvoir constituant originaire est exercé par des animateurs sans légitimité populaire pour élaborer des Constitutions de transition ou intérimaires. Luc Sindjoun y voit l'exercice d'un pouvoir constituant originaire exceptionnel. Pour illustrer ces Constitutions négociées ou marchandées, nous pouvons mentionner l'acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition du 4 août 1992, l'acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de la transition du 2 avril 1993 et l'acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994. Passé par un schéma similaire, la Constitution de transition de la RDC du 4 avril 2003 avait été adoptée par les délégués des composantes et entités au dialogue inter-congolais réunis en Plénière¹³¹ La Charte constitutionnelle de transition du 18 juillet 2013 en République centrafricaine avait été adoptée par les Représentants des Forces vives de la Nation réunis au sein du Conseil national de transition conformément à l'Accord politique de Libreville sur la résolution de la crise politico-sécuritaire en République centrafricaine conclu sous l'égide de la CEEAC, et surtout à la lumière des conclusions du Quatrième Sommet Extraordinaire des Chefs d'État et de Gouvernement tenu à N'Djamena, le 18 avril 2013, à l'effet d'examiner la situation qui prévalait en République Centrafricaine¹³².

6. Le pacte

Un peu proche de la démocratie, le pacte associe timidement le peuple au processus constituant : il existe une sorte de contrat entre le peuple ou ses représentants et le monarque. Par cette technique, l'élaboration de la Constitution cesse d'être une action unilatérale du souverain pour devenir partagée avec le peuple. Elle assure, dans cette sorte de négociation, une égalité théorique entre le peuple et le Roi. La réalisation du pacte est, généralement, subordonnée à l'accomplissement de certaines circonstances historiques.

Ainsi, malgré sa forme conventionnelle, la Charte de 1830, issue de la révolution, relève plutôt d'un pacte imposé aux Français par Louis-Philippe d'Orléans.

¹²⁹ Ça c'est nous qui l'ajoutons.

¹³⁰ NGONDANKOY NKOY-ea-Loongya, « La Constitution congolaise de la transition issue de l'Accord global et inclusif du 17 décembre 2002 : questions et réflexions d'un citoyen », *Revue de droit africain*, 2003, n° 27, pp. 365-414, spéc. à la page 367.

¹³¹ L'article 1^{er} de cette Constitution est éloquent : « La Constitution de la transition de la République Démocratique du Congo est élaborée sur la base de l'Accord global et inclusif sur la Transition en République Démocratique du Congo. L'Accord global et inclusif et la Constitution constituent la seule source du pouvoir pendant la transition en République Démocratique du Congo. Durant la période de Transition, tous les pouvoirs sont établis et exercés de la manière déterminée par l'Accord global et inclusif ainsi que par la présente Constitution ». Souligné par KAMUKUNY MUKINAY, A., *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, op. cit.

¹³² Le conseil national de Transition est constitué par 135 membres représentant les différentes catégories politiques et socioprofessionnelles du pays sans légitimité populaire. Nous pouvons compter parmi les membres du CNT ceux de la majorité présidentielle, de l'opposition démocratique, des mouvements politico-militaires non combattants, ceux de la coalition Seleka, et d'autres membres de la société civile. Les signataires de l'accord politique de Libreville sur la résolution de la crise politico-sécuritaire en République centrafricaine du 11 janvier 2013 y occupent une place prépondérante.

7. Quel modèle pour le passage de la République démocratique du Congo à la quatrième République ?

Point n'est besoin de relancer une action en recherche du classement de Républiques en République démocratique du Congo. Ni de celle relative au nombre des textes constitutionnels que le pays a eu depuis son indépendance jusqu'à ce jour. Cette entreprise ne se révèle d'aucune utilité, même s'il est indéniable qu'en situant le *dies aquo* et le *dies ad quem* de la numérotation des Républiques entendu par-là la date de début et celle de la fin, on peut mieux appréhender le passage de l'actuelle République à la prochaine.

En effet, le passage d'une République à une autre peut avoir pour causes : le coup d'État, le putsch, la révolution. Chacune de ces circonstances entraîne la disparition d'un ordre constitutionnel et des institutions publiques qu'il avait instituées voire occasionnent la naissance d'un État. Autrement, elles créent un vide juridique qui doit être comblé par l'intervention du *pouvoir constituant originaire*. Et selon plusieurs auteurs, il peut exister deux types de vide juridique : le vide juridique déjà existant et le vide juridique créé. Si le premier vide se produit dans les *circonstances de naissance d'un nouvel Etat*, le deuxième type de vide juridique, c'est-à-dire le *vide juridique créé*, apparaît dans les *circonstances de changement du régime dans un Etat déjà existant*. Dans ce dernier exemple, le pouvoir constituant originaire a deux aspects : l'un est *négatif* (l'abrogation de la Constitution) et l'autre *positif* (l'établissement de la Constitution). Ceci illustre même la situation en République démocratique du Congo où le débat sur le remplacement de la Constitution du 18 février 2006 est toujours d'actualité. Après avoir essuyé une campagne contre son approbation par référendum constitutionnel le 18 février 2006, l'existence de l'actuelle Constitution a connu une évolution en dents de scie ponctuée par des menaces de disparition. Alors qu'on croyait ce vent disparu des radars du changement, les arguments en faveur du remplacement de l'actuelle Constitution reviennent en force et défendus cette fois-ci par le camp au pouvoir. Comme pour Évariste Boshab, les raisons qui poussent à remettre la Constitution sur le métier sont regroupées autour de trois thèmes :

D'abord, l'opinion des souverainistes, qui veulent expurger, de la Constitution congolaise, la part d'extranéité qu'elle contient, les étrangers ayant pris une part active dans son élaboration¹³³. Ensuite, les positions des puristes pour lesquels la Constitution de 2006 est atteinte de plusieurs maladies congénitales : l'équivoque qui caractérise certaines dispositions, les contradictions et redondances qui l'habitent, l'irréalisme et les incohérences qui la caractérisent, les carences qui les affectent et la dénaturalisation des dispositions programmatiques relatives notamment à l'institution de nouvelles provinces et à la gratuité de l'enseignement¹³⁴. Enfin, les idées des « contextualistes » qui relèvent les imperfections résultant notamment des circonstances d'élaboration de la Constitution¹³⁵.

¹³³ *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, op. cit., pp. 129-149.

¹³⁴ *Idem*, pp. 150-232.

¹³⁵ *Ibidem*, pp. 233-296. Point de vue soutenu aussi par Kabwa Kabwe Gaston, professeur de droit privé à l'Université de Kinshasa, pour qui, la Constitution congolaise du 18 février 2006 n'est qu'un simple prétexte car dit-il « un texte sans contexte n'est que prétexte ». Selon lui, la volonté du constituant se lit à travers l'exposé des

Quoi qu'il ait été avancé comme raison, il y a lieu de souligner le fait qu'aussi longtemps qu'une Constitution en vigueur n'aura prévu son remplacement pareille opération ne pourrait se faire conformément au droit. Cette opération constitue un véritable *coup de force* et ne peut prétendre à la fois opérer ce bouleversement et inscrire son action dans le cadre d'un ordre juridique dépassé ? »¹³⁶. Elle n'est pas un pur fait non préhensible ; mais plutôt *un fait en rébellion contre le droit existant* »¹³⁷.

Loin de faire l'unanimité l'histoire constitutionnelle de la République démocratique du Congo atteste et pousse les auteurs à classer les textes constitutionnels qui ont eu à se succéder dans l'organisation des pouvoirs publics et la dévolution au pouvoir en trois catégories. Il y a d'abord les textes constitutionnels octroyés parmi lesquels figurent en bonne place les lois fondamentales de 1960 et le décret constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997. Ensuite, vient le tour des textes constitutionnels conjoncturels parmi lesquels on cite l'acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition du 4 août 1992, l'acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de la transition du 2 avril 1993, l'acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994 et la Constitution de transition de la RDC du 4 avril 2003. Enfin, la dernière catégorie est constituée des textes constitutionnels définitifs au nombre desquels il y a les constitutions congolaises du 1^{er} août 1964, du 24 juin 1967 du 18 février 2006. Ainsi que nous pouvons bien nous en rendre compte l'élaboration de ces textes est partagé entre le procédés démocratiques et ceux autocratiques d'une part et aucun texte constitutionnel n'a eu une durée de vie longue que celui du 18 février 2006¹³⁸. Ce découpage est fonction de la nature du régime politique institué après le renversement d'une République. S'il est démocratique le pouvoir constituant originaire est exercé par des procédés démocratiques (le référendum, le plébiscite), s'il ne l'est pas le pouvoir constituant originaire s'exprime à travers techniques autocratiques d'élaboration de textes constitutionnels examinées *supra*¹³⁹.

La Constitution congolaise du 18 février 2006 peut disparaître pour laisser place à une nouvelle Constitution, quitte à cette dernière de mettre en place les principes essentiels de fonctionnement de l'État, les rapports entre les différentes institutions étatiques, l'accès au pouvoir par des moyens démocratiques ainsi que les libertés publiques dont bénéficie le citoyen dans la quatrième. C'est même la réponse à la question : est-il possible de changer la Constitution congolaise du 18 février 2006 sans la réviser ? Car, le champ de l'abrogation de la Constitution congolais du 18 février 2006, au de-là des conséquences qu'elle emporte n'est pas tenu en état par l'ordre constitutionnel du reste remplacée comme le serait la révision constitutionnelle. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le procès fait à l'actuelle Constitution en rapport avec son procédé d'élaboration que l'on qualifie d'extériorité¹⁴⁰ à raison

motifs, celui-ci renvoie à la période de belligérance, qui, pourtant est dévolue. Propos obtenu par nous lors d'un entretien privé.

¹³⁶ DELPÉRÉE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., p. 69.

¹³⁷ *Idem*, p. 70.

¹³⁸ 19 ans d'existence.

¹³⁹ Voir les pages 17 à 20.

¹⁴⁰ Néologisme employé par BOSHAB, É., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 133-142, pour désigner l'implication des étrangers dans l'élaboration de la Constitution congolaise du 18 février 2006.

de la présence parmi les experts des étrangers¹⁴¹, soit d'ores et déjà résolu en aval afin d'éviter que les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'on vienne à intenter un même procès au prochain texte constitutionnel et dresser le lit pour les auteurs qui, au vu du rythme infernal des changements des Constitutions, pensent non sans raison que la République démocratique du Congo est le meilleur producteur des textes constitutionnels mais le mauvais consommateur.

L'irrégularité de la procédure de l'élaboration de la Constitution du 18 février est l'argument qui se vend mieux dans les officines politiques et scientifiques en République démocratique du Congo. D'abord invoqué pour pousser la population à voter contre l'approbation de l'actuelle Constitution, ce même argument est aujourd'hui employé pour soutenir son changement. Au regard de l'importance de la procédure d'élaboration d'une Constitution et de son contenu, nous proposons le recours au référendum constituant lors de l'élaboration de la prochaine Constitution. Il faudra pour cela qu'en plus de la mise en place d'une commission scientifique interdisciplinaire annoncée pour bientôt par le président de la République Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo, la confection technique du document constitutionnel soit confiée à une assemblée constituante *ad hoc* spécialement élue à cette fin.

C'est le procédé de la « Convention » de type américain qui est une Assemblée constituante qui ne cumule pas le pouvoir constituant originel et le pouvoir constituant institué. Elle est seulement constituante. Un tel procédé d'élaboration d'une Constitution est démocratique puisqu'il permet, en principe, une large discussion des dispositions constitutionnelles et une véritable participation du peuple à l'élaboration du futur texte constitutionnel. En plus, une fois élaboré, le projet de Constitution n'est adopté et ne devient exécutoire qu'après son approbation par le peuple obligatoirement consulté à cet effet¹⁴². Comme le préconise Jean-Louis Esambo la Constitution élaborée et adoptée dans des conditions pareilles devient définitive et exécutoire voire légitime dans la mesure où on considère qu'il existe une identité de vues entre le mandant (le peuple) et les mandataires (les représentants)¹⁴³, d'autant plus qu'elle permet l'intervention du peuple aussi bien en amont à travers la mise en place de l'assemblée constituante *ad hoc* qu'en aval par l'approbation populaire du futur texte constitutionnel.

CONCLUSION

La succession qu'elle soit d'un père par son fils ou d'un chef de l'État par un successeur requiert la combinaison des conditions aussi bien de forme que de fond. Celle du pouvoir constituant originel par un autre pouvoir constituant n'échappe pas à cette réalité. L'équation admet l'existence du pouvoir constituant dérivé après la disparition actée du pouvoir constituant originel, l'appartenance à la famille du premier à la famille du second ici entendu

¹⁴¹ Notamment Bob KABAMBA, Jean BEAUFAYS, Jean-Claude SCHOLSEN, Marc BOSSYT, Nicolas BANNEUX, Pierre VERJANS, Pierre MAZEAU, Alain SIGG, Eh-Hadj MBODJ, KARHIMSON, John BEYA, MUMTAZ SOYSAL, Fanny MORY, Robert ANNHÉE. Lire à ce sujet ESAMBO KANGASHE, J.-L., *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes et perspectives*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2010.

¹⁴² ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Le droit constitutionnel*, Louvain-la-Neuve, Academia L'Harmattan, 2013, p. 97.

¹⁴³ *Idem*.

comme le *de cuius* constitutionnel ainsi que la clause de non indignité en ce que l'héritier constitutionnel doit tenir pour sacrée l'édifice constitutionnel avant de prétendre à une quelconque succession. La situation devint encore complexe lorsqu'il s'agit de la succession du pouvoir constituant originel par un autre pouvoir constituant originel. Contrairement à la première succession qui s'opère dans un cadre juridique préétabli (constitutionnel, limité et encadré), cette dernière entraîne l'abrogation de la Constitution du 18 février 2006, et le passage de la troisième République à une quatrième en République démocratique du Congo. Pareille opération fait intervenir le pouvoir constituant originel dont on maîtrise la teneur des conséquences (initial, inconditionné, illimité et non juridique) de la résurrection ne saurait s'effectuer avec beaucoup de légèreté. À en croire Évariste Boshab, : « ... si tôt qu'il s'est exprimé, le pouvoir constituant originaire tire la révérence. Il est condamné à l'hibernation, car s'il sort de sa torpeur, le régime politique mis en place ainsi que la Constitution « dont il dépend »¹⁴⁴ sont balayés »¹⁴⁵.

L'étude préconise que les réformes constitutionnelles annoncées par le président Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo s'effectuent conformément au droit en vigueur. Au cas où l'option de changement de la Constitution du 18 février 2006 qui serait privilégié à la révision, le référendum constituant en tant que procédé d'élaboration des textes constitutionnels faisant intervenir le peuple aussi bien dans la rédaction que dans l'approbation du futur texte est le meilleur d'entre les différentes expérimentations auxquelles la République démocratique du Congo. Il ne faut donc pas que le pouvoir créateur du peuple en tant détenteur du pouvoir constituant originaire de principe ne limite à l'intervention de ce dernier à l'approbation des textes constitutionnels mais lui garantisse une participation effective dans l'entreprise constituante. Bien plus, la « citoyenneté constituante » pour reprendre l'expression chère à Luc Sindjoun et Éric Ngango Youmbi¹⁴⁶ se manifeste aussi bien au niveau de l'initiative, de la rédaction, de la discussion sur la Constitution qu'à son adoption. Ainsi, le schéma installation d'une commission interdisciplinaire pour réfléchir sur la Constitution du 18 février 2006 doit être complété par la convocation du peuple d'une part pour la désignation des membres de l'assemblée constituante, et d'autre part, pour l'approbation du texte constitutionnel devant augurer l'avènement de la quatrième République. Ce n'est que dans ces conditions que la succession du pouvoir constituant originaire par un autre pouvoir constituant originaire peut être bénéfique à l'évolution du droit constitutionnel congolais¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Ça c'est nous qui l'ajoutons.

¹⁴⁵ BOSHAB, E., *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la nation*, op. cit., p. 32.

¹⁴⁶ SINDJOUN, L., et NGANGO YOUNBI, É., « Les transformations contemporaines du pouvoir constituant », op. cit., p. 147.

¹⁴⁷ DJOLI ESENG'EKELI, *Droit constitutionnel. L'expérience congolaise (RDC)*, op. cit., p. 244.