

Felicien KALALA MUPINGANI
Professeur de Droit public à l'Université de Kinshasa
Secrétaire-Rapporteur de l'association congolaise de droit constitutionnel

Droit constitutionnel congolais :
La production constitutionnelle congolaise

Avril 2026

PREMIERE PARTIE :

LA PRODUCTION CONSTITUTIONNELLE CONGOLAISE

Le choix du terme « production » dans l'intitulé de présente partie n'est pas une fantaisie intellectuelle. Il exprime une volonté de changer de perspective dans l'examen des modalités de création du droit constitutionnel. L'approche traditionnelle fait de l'établissement et de la révision de la constitution les seules modalités d'avènement des normes constitutionnelles. Le terme production ouvre une perspective plus large en ce qu'il renvoie aussi bien à l'action de produire qu'à l'ensemble des moyens qui aboutissent à la création d'un bien et même à la quantité de ce qui est produit. La production du droit constitutionnel envisage à la fois l'établissement et la révision de la constitution, la création conventionnelle des règles relevant du droit constitutionnel ou reçus dans ce corpus juridique, et ce qu'on a appelé le droit constitutionnel jurisprudentiel. Evidemment, tous ces modes de production ne seront pas examinés dans le cadre de cette partie. Les aspects de l'internationalisation du droit constitutionnel, de la constitutionnalisation du droit international et de la contribution de la jurisprudence au droit constitutionnel sont approfondis dans les ouvrages spécifiques.

L'évolution de plus de soixante ans de vie politique et institutionnelle de la République Démocratique du Congo dévoile une grande richesse dans la production constitutionnelle. Certains auteurs l'identifient à un pays grand producteur des Constitutions, même s'ils le confondent à un grand consommateur de celles-ci. Puisqu'elle est en quête permanente d'une identité constitutionnelle, il serait hasardeux de considérer la République Démocratique du Congo comme un bon consommateur d'un produit que ses habitants connaissent à peine et que ses dirigeants ne respectent nullement. C'est cette équation entre une grosse production en face d'une consommation médiocre qui provoque l'inflation constitutionnelle que nous ne saurons pas commenter objectivement dans le timing nous accordés.

En fait de production, la République Démocratique du Congo a aligné, en cinquante ans, plusieurs Constitutions, dont l'inapplicabilité semble conforter des modifications excessives à la faveur des humeurs et des intérêts égoïstes de ses dirigeants.

La production des textes constitutionnels au Congo a toujours semblé être utilisée à des fins qui ne passaient pas naturellement pour être celles d'une Constitution, à la gestion, au-delà de crises constitutionnelles et politiques, de conflits armés qui ont marqué l'histoire nationale .

Pour mettre fin à des crises constitutionnelles et politiques, le constituant a dû souvent marcher sur la procédure prévue par le texte précédent pour élaborer précipitamment un texte définitif à travers une commission extraconstitutionnelle ou encore mettre en place des institutions provisoires régies par un acte constitutionnel transitoire reflétant l'idée que la majorité de la population semblait se faire des institutions républicaines .

Dans des cas de conflits armés, l'accord de paix ou de cessez-le-feu contenait des arrangements institutionnels et constitutionnels à intégrer dans une Constitution adoptée pour la période de transition, d'une part, et prévoyait l'élaboration, dans le cadre des institutions de la transition, d'une Constitution à venir de l'État .

Ainsi les grandes périodes de crise ou de conflit au Congo furent marquées par des réformes constitutionnelles, avec l'espoir que celles-ci amènent la paix à travers la solution de la crise politique qui était à la base de la crise ou du conflit . Malgré l'abondance des textes constitutionnels et même la multitude des hommes appelés à se pencher au chevet du grand malade Congo, le mal a continué à persister, telle une véritable tare atavique nationale , qui semble trouver ses racines, entre autres, jamais uniquement dans les hommes, mais surtout dans la qualité des textes fondateurs de l'État. Ceux-ci surdéterminent, au-delà de la personne

des dirigeants, leur comportement, favorisant et encourageant ainsi, par des normes et mécanismes, les tendances et propensions naturelles humaines.

Telles tendances ont vite débouché sur des traits caractéristiques du droit constitutionnel congolais, qui mélangent l'inflation constitutionnelle avec le manque de constitutionnalisme dans les textes constitutionnels produits, à travers lesquels le défaut de protection des textes est renforcé par la méconnaissance manifeste des droits de la Constitution.

CHAPITRE PREMIER : LA PRODUCTION PAR LE POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE

L'expression « production du droit constitutionnel » s'entend à la fois de l'établissement d'une constitution nouvelle et de la révision d'une constitution existante. D'un point de vue juridique, il s'agit, certes, d'opérations constitutionnelles distinctes, mais, comme on le sait, la réalité trahit très souvent les catégorisations juridiques. En effet, la nuance subtile que les constitutionnalistes ou les constituants, font entre établissement et révision de la Constitution s'érode parfois dans la pratique, l'un comme l'autre de ces processus conduisant parfois à la création d'une nouvelle constitution. De plus certains auteurs entretiennent cette confusion.

L'établissement et la révision de la constitution ont en commun, sur le plan matériel, d'être des opérations de novation ou d'adaptation constitutionnelles, en ce qu'elles apportent quelque chose de nouveau, soit en ajoutant, soit en retranchant. C'est l'ampleur d'une révision constitutionnelle qui la rend redoutable en tant que moyen inavoué d'établissement d'une nouvelle constitution. Comme l'affirme Waline, « il n'y a pas de révision innocente de la constitution ». A la vérité, c'est moins le concept de révision qui est indéterminé que l'organe qui exerce le pouvoir de révision ou la matière dont se pouvoir est exercé.

Mais la distinction classique entre le pouvoir constituant originaire, responsable de l'établissement d'une constitution nouvelle, et le pouvoir constituant dérivé, titulaire du pouvoir de révision reste valable, non seulement sur le plan doctrinal, voire pédagogique, mais également comme conséquence logique de la théorie du souverain populaire et de la représentation en Droit constitutionnel.

S'il est un domaine dans lequel le Congo a le plus excellé depuis l'indépendance octroyée le 30 juin 1960 par le Royaume de Belgique, c'est bien celui de la production constitutionnelle. En quarante ans d'indépendance, l'ancienne colonie belge a produit des textes constitutionnels n'ayant aucune commune mesure avec le nombre de ceux de son ancienne métropole, la Belgique, en cent soixante-treize ans¹. Même la France, dont le mouvement constitutionnel donne l'impression d'une vertigineuse accélération depuis la Révolution de 1789, ne peut prétendre concurrencer le jeune Etat congolais sur une période de même durée², encore moins les USA, qui se distinguent par une stabilité constitutionnelle hors pair, qui ne rend pas compte de l'exceptionnelle transformation de la société américaine³.

En effet, mises à part les Lois fondamentales du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo et du 17 juin 1960 relative aux libertés publiques léguées par la colonisation belge au

¹ Si en 1831, la Constitution de la Belgique crée l'Etat belge aux comportements unitaires, c'est à partir de 1970 qu'elle lui donne une organisation inspirée des principes du fédéralisme ; celle-ci prend une importance particulière avec la Constitution du 17 février 1994. Dans l'un ou l'autre cas, les réformes s'inscrivent dans la continuité constitutionnelle de plus d'un siècle et demi. Voy. DELPEREE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000 et Paris, LGDJ, 2000, p. 6.

² Le régime constitutionnel français actuel et son fonctionnement ne peuvent être compris qu'en remontant à la Révolution de 1789 certes. Mais malgré l'instabilité qui a caractérisé les institutions françaises de 1789 à 1870, celles de la Troisième République (de 1870 à 1946) et de la Quatrième République (1946 à 1958) ont été plus durables et plus libérales. De 1958 à ces jours, la République française dispose d'un régime politique établi par la Constitution du 4 octobre 1958 et dont, de l'avis de beaucoup d'auteurs, l'évolution n'a nullement dénaturé ses fondements initiaux.

³ Après près de trois siècles de vie, plus ou moins 26 amendements ratifiés et définitifs ont été portés à la Constitution américaine du 17 septembre 1787.

nouvel Etat congolais et le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 octroyé par les princes de l'Alliance des forces démocratiques pour la libération du Congo (AFDL), les principaux textes constitutionnels, comme la Constitution du 1^{er} août 1964, la Constitution du 24 juin 1967 et la Constitution du 18 février 2006, ont connu l'intervention du souverain primaire, qui les a approuvés par voie référendaire⁴.

Les profondes modifications de la Constitution de 1967, qui suivirent les tendances de la personnalisation à outrance du pouvoir étatique, vont transformer le constituant congolais en une machine inusable de production sans pareille au monde des Constitutions, les unes plus éloignées que les autres des textes de base au point de n'avoir plus en commun que la seule référence à la date du 24 juin 1967⁵.

Aussi, depuis les vagues de contestations qui suivirent le vent venu de l'Est, les tenants du pouvoir n'ont-ils pas recouru à de longues négociations avec les forces dites « d'opposition » à leur règne, ouvrant ainsi la voie à d'interminables transitions. Celles-ci ont toujours trouvé leur fondement dans des actes dits constitutionnels⁶ négociés par des acteurs politiques et sociaux autoproclamés « représentants du peuple ». Ce sont les divers actes constitutionnels transitoires.

Un cycle aussi inimitable de production des Constitutions a-t-il aidé à l'instauration du constitutionnalisme dans le pays ? Parce que les Constitutions écrites étaient destinées, dans le mouvement déclenché par les occidentaux au siècle de Lumières, à établir des règles de jeu en vue de limiter l'absolutisme et même le despotisme des pouvoirs monarchiques, les nombreuses Constitutions congolaises ont-elles contribué à bannir l'arbitraire de l'exercice du pouvoir de manière à faire du Congo une République réellement « démocratique » ? Loin de contraindre les gouvernants, les textes constitutionnels périodiquement élaborés ne sont-ils pas venus étendre à l'infini les compétences des dirigeants politiques et légitimer ainsi l'autoritarisme et l'arbitraire ? Nous en aurons le cœur net en analysant respectivement les textes constitutionnels octroyés (section 1), les textes constitutionnels conjoncturels (section 2) et les textes constitutionnels définitifs (section 3).

Section 1 : La production par le pouvoir constituant autocratique

La Constitution étant normalement un document qui réunit des règles qui président à la composition, à l'organisation et au fonctionnement des institutions étatiques sur base des habitudes, des pratiques, des usages, des coutumes considérés comme légitimes par ses destinataires, sa mise en place doit être l'œuvre de ceux-ci. En vue de rendre légitime un texte constitutionnel, l'intervention du peuple peut se faire, soit en amont lorsque celui-ci désigne des représentants chargés d'en élaborer le projet, de l'adopter et de le mettre en place, soit en aval, lorsque le peuple approuve par référendum un texte rédigé et adopté en dehors de lui, ou encore en amont et en aval lorsqu'après avoir désigné une assemblée chargée d'élaborer le texte et de l'adopter avant de le soumettre au peuple pour une approbation finale.

⁴ Ces trois Constitutions furent adoptées par référendum organisé du 25 juin au 10 juillet 1964, pour celle de 1964, du 4 au 24 juin 1967 pour celle du 24 juin 1967 et du 18 au 19 décembre 2005 pour la Constitution du 18 février 2006. Bien que le référendum de 1967 ait été plus proche du plébiscite en faveur de son initiateur qui tenait beaucoup au renforcement et à la consolidation des ses prérogatives présidentielles, le peuple congolais fut tout de même appelé aux urnes.

⁵ Avec l'Ordonnance-loi n° 70-025 du 17 avril 1970, les Loi n° 70-001 du 23 décembre 1970, Loi n° 71-006 du 29 octobre 1971, Loi n° 71-007 du 19 novembre 1971, Loi n° 71-008 du 31 décembre 1971, Loi n° 72-003 du 5 janvier 1972, Loi n° 72-008 du 3 juillet 1972, Loi n° 73-014 du 5 janvier 1973, Loi n° 74-020 du 15 août 1974, Loi n° 78-010 du 15 février 1978, Loi n° 80-007 du 19 février 1980, Loi n° 80-012 du 5 novembre 1980, Loi n° 82-004 du 31 décembre 1982, Loi n° 88-004 du 27 janvier 1988, Loi n° 88-009 du 27 juin 1988, Loi n° 90-002 du 5 juillet 1990 et Loi n° 90-008 du 25 novembre 1990, la Constitution du 24 juin 1967 aura en effet été modifiée et complétée dix-sept fois en vingt-trois ans !

⁶ Ce sont des Constitutions issues du virus qui avait contaminé et secoué l'Afrique à une certaine époque et que le doyen Charles Cadoux appelle « une véritable épidémie constitutionnelle des régimes de transition » (« Remarques sur le provisoire en droit constitutionnel », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. VELU*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 231.

Au temps de la monarchie européenne, l'établissement d'une constitution était l'œuvre unilatérale du roi qui, poussé certainement par une conjoncture politique contraignante contre l'absolutisme de son pouvoir, est amené à consentir à réglementer l'exercice du pouvoir royal⁷.

L'histoire constitutionnelle congolaise présente deux exemples de modèles des textes constitutionnels qui s'apparentent à la concession, à l'octroi d'un texte qui réglemente l'exercice du pouvoir étatique : il s'agit de la première Constitution provisoire du Congo⁸ constituée par deux Lois fondamentales, la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo et celle du 17 juin relative aux libertés publiques (A) léguées par le parlement belge à l'ancienne colonie et le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 mis en place par les princes de l'AFDL (B).

§1. Les Lois fondamentales de 1960

Le vent de contagion des indépendances découlant des pressions de diverses origines qui secouait le continent africain depuis la conférence de Bandung n'avait pas laissé totalement indifférents les Congolais. Sans doute, pendant un temps, les « évolués » Congolais semblèrent indifférents face aux questions d'indépendance et même à la formulation de leurs aspirations politiques jusqu'à faire penser à certains auteurs que « en 1955, la conférence de Bandung, cet événement de portée historique, n'effleura même pas la conscience des Congolais »⁹.

Cependant, ce qui semble être de l'indifférence des élites congolaises aux effets de la conférence de 1955 doit certainement être dû moins au peu d'intérêts et de connaissances sur l'évolution internationale du phénomène de décolonisation qu'à une tactique destinée à endormir le colonisateur sur l'état exact de leurs informations sur le monde extérieur¹⁰. La preuve en est la publication dès 1956 du premier manifeste congolais, « Conscience africaine » qui, bien que ses auteurs semblent utilement informés sur le phénomène, ne contenait aucune allusion au monde extérieur.

Aux plans d'émancipation politique concoctés en 1956 par les milieux coloniaux belges¹¹, qui ont l'avantage d'évoquer le problème sur la place publique, succèdent la déclaration gouvernementale belge¹² du 13 janvier 1959 et le message du roi Baudouin qui projettent de « conduire sans atermoiements funestes, mais sans précipitation inconsidérée, les populations congolaises à l'indépendance »¹³. S'ensuit l'accélération de la vie politique congolaise marquée par la prolifération des partis politiques¹⁴, résultat de la politisation croissante de la vie dans la colonie et du décret du 17 août 1959 sur les libertés fondamentales.

En vue d'arrêter les modalités pratiques de l'indépendance du Congo finalement décidé par la puissance coloniale, deux tables rondes se tiennent à Bruxelles réunissant les leaders

⁷ Il suffit de lire le préambule de la charte française du 4 juin 1814 pour comprendre ce mode d'établissement d'une constitution concédée : « Nous avons volontairement et par le libre exercice de notre autorité royale accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets de la charte qui suit ».

⁸ VUNDUAWE te PEMAKO, F., *Traité de droit administratif*, op. cit., p. 189, l'appelle, sans expliquer pourquoi, la « première Constitution intérimaire de l'Etat du Congo ».

⁹ VANDERLINDEN, J., *La crise congolaise*, Bruxelles, Ed. Complexe, 1985, p. 20.

¹⁰ Il n'était certainement pas prudent pour eux de dissimuler au colonisateur la vérité afin d'éviter de perturber la quiétude qu'il continuait à afficher quant au sort de sa colonie.

¹¹ C'est le cas du « Plan de trente ans pour l'émancipation politique de l'Afrique belge » du professeur Jef Van Bilsen de l'Institut universitaire des Territoires d'Outre-Mer d'Anvers, paru en février 1956.

¹² Voy. Divers commentaires dans « La déclaration gouvernementale sur l'avenir du Congo. Réactions congolaises et européennes », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, Bruxelles, n° 5, février 1959.

¹³ Ce sont les termes mêmes du discours du roi du 13 janvier 1959.

¹⁴ Des partis régionaux comme le CERECA dans le Kivu, le Parti Solidaire Africain (PSA) dans la province de Léopoldville, au Kwango et au Kwilu, le Parti du Peuple à Léopoldville, le Parti National du Progrès (PNP) dans tout le pays et la Mouvement Nationaliste Congolais (MNC) dans les Provinces Orientale, du Kasai et de Léopoldville côtoient des partis à assise ethnique comme ABAKO de Bakongo, BALUBAKAT des Luba du Katanga, UNIMONGO des Mongo, Parti de la Défense du Peuple Lulua des Lulua, FEDEKA des ethnies du Kasai au Katanga, ASSORECO de diverses ethnies non Kongo, CONAKAT de divers groupes politiques à base ethnique non-luba du Katanga et Inter-Fédérale de divers autres groupes politiques à base ethnique à Léopoldville.

congolais¹⁵ autour des membres du gouvernement et représentants des groupes parlementaires belges : la table ronde politique (du 20 janvier au 20 février 1960) et la table ronde économique (du 26 avril au 16 mai 1960).

En vue de comprendre le sens des textes qui vont régir le nouvel Etat indépendant, il s'avère utile de connaître la nature juridique des lois fondamentales de 1960 en rapport avec le contexte de leur élaboration, avant d'en expliquer les grandes options politiques et structurelles.

A. La nature juridique des Lois fondamentales de 1960

L'ouverture de la table ronde économique semblait baigner dans la confusion et l'équivoque. Si pour les Congolais, l'objectif principal était de dresser l'inventaire des biens à restituer au nouvel Etat au 30 juin 1960, pour les Belges, il s'agissait de préparer les accords de coopération destinés à sauvegarder au mieux les intérêts économiques et financiers belges après l'indépendance du Congo¹⁶. Cette différence d'optique explique non seulement le peu d'intérêts qui découlèrent de ses assises, mais aussi la persistance du contentieux belgo-congolais qui continue de planer sur les relations économiques de deux pays.

Contrairement aux résolutions de cette table ronde postérieure, la table ronde politique avait, elle, abouti à des résolutions plus radicales que les positions du départ ne le laissaient présager. La conférence politique avait accouché de seize résolutions qui devaient servir de base à l'élaboration des deux Lois fondamentales : la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo¹⁷ et la Loi fondamentale du 17 juin 1960 relative aux libertés publiques¹⁸. Alors que la première loi ne s'occupa que de l'aspect institutionnel en se chargeant d'organiser les pouvoirs politiques du Congo, la deuxième réglementa une autre dimension importante du droit constitutionnel contemporain : les libertés publiques telles qu'elles résultent des rapports entre les gouvernants et les gouvernés.

Visiblement, chargé d'élaborer un texte destiné à régir le Congo, le gouvernement belge ne semble pas avoir envisagé de doter le nouvel Etat d'une véritable constitution. Néanmoins, le législateur belge adopte une constitution provisoire composé de deux lois belges dont la nature est détaillée aux articles 3, 5 et 230 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo. La loi adoptée par le parlement belge et promulguée par le roi des Belges le 19 mai 1960 est certainement, dans l'esprit du législateur, un acte de portée transitoire octroyé par le parlement belge : c'est même pourquoi elle réserve le rôle du roi des Belges ou certaines compétences à la Belgique jusqu'à la mise en place d'une Constitution élaborée, votée et sanctionnée par les Congolais¹⁹.

Outre le caractère d'extranéité du texte de la Constitution provisoire, la Loi fondamentale du 19 mai 1960 se caractérise également par sa longueur (258 articles), qui mêle les dispositions transitoires et les dispositions d'organisation des pouvoirs publics. Elle contient, en outre, de nombreuses dispositions que l'on n'a guère l'habitude de voir figurer dans un texte constitutionnel : c'est ainsi que les dispositions relatives aux traitements et indemnités des députés, des membres du bureau des chambres parlementaires (articles 78, 79 et 80) ou des

¹⁵ Ils étaient 44 membres effectifs et 39 membres suppléants choisis parmi les élus au scrutin de décembre 1959, les leaders politiques représentant les grandes tendances de l'opinion et les chefs coutumiers.

¹⁶ Pour LECLERCQ, Cl., *L'ONU et l'affaire du Congo*, Paris, Payot, 1964, p.30, les projets de résolution de la table ronde économique étant élaborés dans un cadre immuable où l'encadrement économique belge devait garder une place prépondérante, la dépendance économique dans laquelle se trouverait le Congo indépendant viderait la substance l'indépendance politique que les Congolais nationalistes considéraient comme une panacée universelle.

¹⁷ Loi Fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, *MC*, 1^{ère} année, Léopoldville, n° 21 bis du 27-28 mai 1960, pp. 353-389 et *MB*, 27-28 mai 1960.

¹⁸ Loi Fondamentale du 17 juin 1960 relative aux libertés publiques, *MC*, 1^{er} année, Léopoldville, n° 26 du 27 juin 1960.

¹⁹ A cet égard, l'éventualité du maintien du roi des Belges comme chef du nouvel Etat à la manière de l'Etat Indépendant du Congo semble avoir été caressé et même envisagé par les Belges. C'est ce qui explique l'omission délibérée, par les rédacteurs de la Loi fondamentale qui semblait caresser encore l'espoir de voir à nouveau le Congo uni à la Belgique par une union personnelle, de l'expression « président » d'une République du Congo pourtant baptisée ainsi dès son indépendance.

assemblées provinciales (articles 142, 143) et même une grande partie de la législation électorale (articles 92-95, 110-121) figurent dans le texte fondamental. Il en résulte que les points les plus importants de l'organisation des pouvoirs sont malheureusement noyés au milieu des dispositions d'intérêt plus réduit.

C'est sans doute la Loi fondamentale relative aux structures qui a été appelée à régir les institutions politiques du nouvel Etat jusqu'à l'élaboration de la Constitution définitive du Congo. Néanmoins, à la suite de la crise politique découlant de la révocation du premier ministre Lumumba le 4 septembre 1960 par le chef de l'Etat et de l'envoi en congé sine die du parlement, trois textes d'une nature ambiguë devaient prendre corps dans l'ordonnement juridique du pays : il s'agit du décret-loi constitutionnel du 29 septembre 1960, du décret-loi constitutionnel du 7 janvier 1961 et du décret-loi constitutionnel du 9 février 1961, dont le terme est étranger au contexte de ladite loi.

En effet, devant l'impossibilité pour le premier ministre Iléo, nommé en remplacement du premier ministre Lumumba, majoritaire au parlement, de former un nouveau gouvernement, le colonel Mobutu perpétra le 14 septembre 1960 son premier coup d'Etat, neutralisant les animateurs des institutions gouvernementales et parlementaires et mettant en place un Conseil des commissaires généraux composé en majorité des jeunes universitaires, étudiants finalistes.

Pour gagner la confiance du chef d'état-major de l'armée et rentrer dans ses faveurs, le président Kasavubu dut prendre un acte inconstitutionnel, le décret-loi constitutionnel du 29 septembre 1960 pour concéder rétroactivement l'exercice du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif à ce conseil. Lorsque la situation a fini par s'apaiser, il a suffi au chef de l'Etat de remettre en selle le gouvernement provisoire dirigé par Iléo en prenant un autre acte inconstitutionnel, le décret-loi constitutionnel du 9 février 1961, pour conférer les deux pouvoirs étatiques au gouvernement Iléo en déchargeant le gouvernement des commissaires généraux dirigé par Justin Marie Bomboko. Auparavant, le décret-loi constitutionnel du 7 janvier 1961 servit au chef de l'Etat d'ébranler les dispositions relatives à l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Au plan constitutionnel, même si les textes constitutionnels mis en place à titre de constitution provisoire semblent souffrir d'une carence congénitale de légitimité manifeste, le législateur colonial aura fait un effort pour y insérer, bien que mal comprise, le principe de séparation des pouvoirs et même promouvoir des droits fondamentaux à travers tout un texte, la Loi fondamentale du 17 juin 1960 relative aux libertés fondamentales, leur mise en application posant un tout autre problème.

B. Les principales options politiques

En vue de couler sous forme juridique des résolutions parfois laconiques ou même contradictoires de la table ronde politique de Bruxelles, le législateur belge aurait dû, même sans aide précieuse des élites congolaises²⁰, se débrouiller pour faire œuvre utile. Au lieu de produire un travail original, le législateur belge, à travers la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo semble s'être contenté d'exporter au Congo les institutions politiques belges de la Constitution du 7 février 1831.

Excepté le remplacement de l'institution monarchique par le chef de l'État élu par les deux chambres²¹, le parlement belge avait presque exporté toutes les institutions métropolitaines dans l'ancienne colonie. En effet outre un chef de l'État inviolable²², il est mis en place un gouvernement composé d'un premier ministre et des ministres responsables de la politique de

²⁰ En raison d'une politique voulue par le colonisateur, la formation des élites congolaises capables d'atteindre un haut niveau d'instruction universitaire fut le moindre de ses soucis.

²¹ Dans d'autres régimes parlementaires dans lesquels cette qualité n'est pas héréditaire, comme en Grande Bretagne et en Belgique, par exemple, la désignation du chef de l'État est l'œuvre du parlement. C'est le cas en Allemagne, en Italie ou en Grèce où ce pouvoir appartient respectivement à l'assemblée fédérale, à la réunion de deux chambres ou à la chambre des députés.

²² Art. 19, Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, *MC, op. cit.*, p. 354.

la nation devant les deux chambres du parlement²³ dont ils doivent à tout moment disposer de la confiance de la majorité²⁴.

C. Les options essentielles sur les structures étatiques

En raison des forces en présence, le législateur belge fut buté à des difficultés certaines pour trouver une voie susceptible de sauver l'unité du Congo indépendant en mettant en place une organisation adéquate des structures de l'Etat. Au niveau de l'organisation et du fonctionnement des entités composantes de l'Etat, deux thèses s'affrontent : la thèse des tendances fédéralistes d'une part et celle des tendances unitaristes de l'autre.

Les tendances fédéralistes tirent leur origine tantôt des facteurs socio-économiques développés par les tendances centrifuges des mouvements katangais, tantôt des facteurs socioculturels résultant de l'extrémisme ethnique kongo²⁵. Conscients de l'apport important des ressources de leurs contrées au budget de l'Etat, sans qu'il ne soit besoin de se concerter préalablement quant à ce, les leaders katangais de la CONAKAT²⁶ et kongo de l'ABAKO²⁷ rêvaient, en faveur de leur province, d'un Etat autonome, contrôlé politiquement et administrativement par les Katangais authentiques pour les uns et par le peuple kongo pour les autres. Alors que le Katanga compte sur ses richesses minières pour renforcer l'autonomie de son futur Etat, le Congo central semble lorgner sur sa situation géographique privilégiée par son accès à la mer pour réclamer l'autonomie.

Dans le sillage de la position officielle et traditionnelle de l'autorité coloniale d'un « Congo uni, Congo fort », les nationalistes congolais sont unanimement anti-fédéralistes en raison du fait que le fédéralisme incarnait, à leurs yeux, le séparatisme katangais ou le particularisme kongo. En effet, la déclaration gouvernementale belge du 13 janvier 1959, soucieuse d'éviter les tendances centrifuges et de créer un pays puissant et uni au centre de l'Afrique, est fondée sur l'hypothèse d'un Congo unitaire fort avec, éventuellement des formes de décentralisation administrative. Aussi, les leaders du MNC, mouvement qui a le mieux incarné les forces centripètes, furent à l'origine du ralliement des provinces entières comme une grande partie du Kasai, l'Equateur, le Kivu et la Province Orientale, des tribus ou des ethnies au crédo unitariste.

Les motivations profondes des forces unitaristes semblent également fondées non seulement sur les facteurs économiques dus à la pauvreté de certaines provinces²⁸, mais aussi à l'effritement des structures traditionnelles. En effet, les facteurs économiques ayant fait apparaître les disparités économiques flagrantes entre les provinces, le réflexe de défense se fait remarquer, pour la plupart d'entre elles, par la projection sur le plan de l'intégration nationale. Dans cette perspective, si les provinces potentiellement riches étaient autonomistes, voire séparatistes, « les régions ingrates et besogneuses »²⁹ jouaient la carte de l'unité, seule garantie d'une meilleure redistribution des richesses.

²³Art. 35, al. 2, Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, *MC, op.cit.*, p. 355.

²⁴ Les articles 42 à 46, Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, *MC, op. cit.*, pp. 355-356, démontre à suffisance comment ils peuvent obtenir confiance du parlement ou la perdre.

²⁵ Les deux pôles congolais du fédéralisme sont demeurés le Katanga et le Congo central.

²⁶ Créée le 4 octobre 1958 en vue de réagir contre une emprise croissante sur la vie dans les centres urbains et miniers des éléments originaires du Kasai, émigrés au Katanga, la Confédération des Associations tribales du Katanga regroupait l'ensemble des associations ethniques des Katangais dits authentiques trouvait à travers le fédéralisme, et même la confédération d'Etats, le moyen de voir seuls les natifs katangais accéder aux postes de responsabilité et les ressources du Katanga échapper au budget du gouvernement de Léopoldville.

²⁷ L'Association des Bakongo pour l'unification et la conservation et l'expansion de la langue kikongo fut fondée dans les années 1950-1951 en vue de promouvoir la renaissance culturelle de tous les Kongo finit par trouver dans le fédéralisme le moyen idéal de réaliser ses objectifs.

²⁸ Sans doute, à l'époque, la vocation réelle de beaucoup des provinces n'étant pas encore découverte, la pauvreté se mesurait par rapport aux préoccupations économiques du colonisateur qui se contentait d'exploiter uniquement les richesses déjà à sa portée.

²⁹ L'expression est de DJELO EMPENGE OSAKO, *Contribution à l'étude des tendances fédéralistes et unitaristes dans l'évolution politique et constitutionnelle du Zaïre*, *op. cit.*, p. 140.

Même plus, le déséquilibre de développement entre les provinces semblait avoir été à la base de la ligne de partage des forces politiques. Biebuyck et Douglas³⁰ estiment, à cet effet, que les motivations qui déterminent une ethnie à rallier l'une ou l'autre des organisations politiques existantes sont des réflexes de défense plus que des éléments positifs d'ordre idéologique qui auraient été à l'origine de la distribution des différentes ethnies entre les partis³¹. Ainsi, les ethnies pauvres mal organisées, peu structurées se seraient mises sous la protection des partis politiques unitaristes pour se défendre contre l'impérialisme des tribus plus riches, au passé glorieux, aux potentialités plus grandes.

Dans le souci d'éviter l'affrontement de ces deux thèses relatives aux structures de l'Etat, le législateur belge dut jouer à des véritables acrobaties juridiques pour satisfaire les deux tendances en présence : le compromis semble avoir consisté à adopter une position ambiguë sur la forme de l'Etat en mettant en place un régime renfermant des éléments du fédéralisme et des aspects unitaristes.

§2. Le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997

L'évolution de l'histoire constitutionnelle de la République démocratique du Congo se caractérise par la permanence d'une situation chronique d'état d'urgence de type extraconstitutionnel qui, selon la fortune du moment, reçoit ou non une fausse vraie couverture juridique.

Lorsque Laurent Désiré Kabila et son AFDL, appuyés par les forces gouvernementales rwandaises, burundaises et ougandaises prennent Kinshasa le 17 mai 1997, ils décident d'asseoir leur révolution sur la suspension de « tous les actes pseudo constitutionnels existants ainsi que les institutions qu'ils organisent ». Ils promettent de convoquer « une Assemblée constituante dans un délai de 60 jours en vue d'élaborer une Constitution provisoire devant régir la période de transition ».

A la place d'une Assemblée constituante, le nouveau chef de l'Etat, se ravissant, se transforme lui-même en constituant et édicte un décret-loi dit constitutionnel dix jours plus tard. L'objet de ce texte consiste à donner la forme juridique à la situation de fait issue de la prise du pouvoir par les forces regroupées sous le label de l'AFDL. Son intérêt réside dans le fait qu'il tranche le problème le plus urgent pour les nouveaux locataires du pouvoir, celui de déterminer les organes compétents pour exercer les différents pouvoirs reconnus au sein de l'Etat.

L'épineux problème de son éventuelle révision et surtout celui de la dévolution des pouvoirs au sein de l'Etat sont renvoyés, semble-t-il pour toujours, à la postérité.

La question fondamentale à laquelle il s'agit de donner suite demeure celle de savoir si en droit constitutionnel le texte de quinze articles, qui a régi la République démocratique du Congo pendant près de six ans, peut être considéré comme une Constitution.

Déterminer des critères qui permettent de qualifier objectivement un texte de Constitution, indépendamment de la qualification qu'entendent lui attribuer ses géniteurs, peut paraître une entreprise hasardeuse. La hardiesse de pareille démarche transparaît à travers l'inexistence de variables d'un modèle universel de Constitution qui puissent servir de termes de référence sans lesquels le texte perdrait sa qualité de « Constitution ». La démarche devient plus coriace lorsque la recherche de l'identité constitutionnelle d'un texte est effectuée sur un terrain comme celui de la RDC où une tradition constitutionnelle constante et cohérente n'est pas assurée.

³⁰ BIEBUYCK, D. et DOUGLAS, M., *Congo: Tribes and Parties*, Londres, Royal Anthropological Institute, 1961,

³¹ C'est ce qui explique l'implantation relativement rapide du MNC et autres partis unitaristes dans des provinces comme le Kasai, l'Equateur, le Kivu et la Province Orientale.

Il reste cependant vrai qu'il existe des principes constitutionnels de base qui puissent constituer des précieux outils à la portée du chercheur pour sonder la qualité de Constitution d'un texte.

La Constitution doit limiter les pouvoirs des gouvernants et empêcher l'arbitraire du pouvoir. Véritable révélateur du visage d'un régime politique, les relations établies entre les pouvoirs par le texte renforcent cette limitation.

Le peuple doit participer à la détermination de la physionomie du pouvoir et se reconnaître dans le texte constitutionnel. Il doit être appelé à participer à la marche des affaires publiques. A travers la Constitution doit apparaître la garantie suffisante des droits individuels. Pareils indices semblent constituer des critères universels.

Outre la structure du texte sous examen, l'analyse de l'éventuel équilibre entre les pouvoirs dans l'Etat et l'appréciation de la garantie donnée aux droits individuels grâce à la limitation des pouvoirs des gouvernants sont de nature à dévoiler des critères susceptibles de nous renseigner davantage sur la valeur réelle du décret-loi en étude.

A. Structure du décret-loi constitutionnel n° 003

La manière dont se présente le décret-loi constitutionnel sous examen est révélatrice d'un faisceau d'indices susceptibles de porter ombrage à la qualité constitutionnelle de ses dispositions. D'abord sa dénomination est susceptible de semer la confusion, ensuite l'unidimensionnalité de son architecture trahit l'absence de participation populaire, enfin la non fixation de son échéance et l'inexistence des règles de dévolution des pouvoirs cachent mal des carences extrêmement préjudiciables à la stabilité institutionnelle.

1. Une dénomination peu rassurante du texte

Un décret est normalement une décision exécutoire à portée générale ou individuelle prise par le pouvoir exécutif. Le décret-loi, bien qu'acte de l'exécutif également, est pris, en principe, en vertu d'une habilitation législative dans un domaine relevant normalement de la compétence du législateur. Il possède force de loi.

Lorsqu'un décret-loi est dit constitutionnel, pouvons-nous en conclure sans risque de nous tromper que c'est une loi prise par le gouvernement en vertu des prérogatives qui lui seraient déléguées par le pouvoir constituant ? L'affirmative étonnerait. Cependant la découverte de sa substance ne serait pas sans utilité.

L'utilisation du vocable « décret-loi constitutionnel » n'est pas nouvelle dans l'ordonnement juridique congolais. Cette terminologie est riche d'une histoire. Il suffit de se reporter à la période couverte par la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo pour voir apparaître, dans des conditions proches d'une catastrophe constitutionnelle, la pratique de décret-loi constitutionnel.

Le premier décret-loi constitutionnel naquit d'un coup d'Etat à travers lequel, à la suite de la crise consécutive à la révocation anarchique du premier ministre Lumumba, le colonel Mobutu, alors chef d'état-major de l'ANC, neutralisa le parlement et le gouvernement au profit d'un organe atypique, le collège des commissaires généraux. Le décret-loi dit constitutionnel signé par le chef de l'Etat pour tenter de régulariser cet acte arbitraire de l'armée porte les germes de sa propre inconstitutionnalité dans la morbidité même de son corps : non seulement le texte évoqué ne se réfère à aucune des dispositions de la Loi fondamentale en vigueur à l'époque des faits, mais aussi il stipule, en liminaire, son adoption par le conseil des commissaires généraux, organe qu'il était censé créer.

Dans le sillage de la même crise, le chef de l'Etat va porter à nouveau atteinte à la Constitution en s'attaquant à l'indépendance reconnue par les dispositions des articles 192, 193 et 194 de la Loi fondamentale au pouvoir judiciaire. Ce n'est certainement pas l'exposé des motifs

fondé sur la nécessité « de mettre très rapidement en place tous les rouages judiciaires », ni son adoption par un organe inconstitutionnel, le conseil des commissaires généraux, qui restitueraient sa constitutionnalité au décret-loi dit constitutionnel du 7 janvier 1961.

Le troisième décret-loi de la série vient mettre fin à la « mission » confiée antérieurement au conseil des commissaires généraux, celle d'exercer le pouvoir législatif à la place du parlement et le pouvoir exécutif, à la place du gouvernement de la République. Le décret-loi constitutionnel du 9 février 1961 restitue certes le pouvoir exécutif au gouvernement provisoire auquel il attribue cependant le pouvoir législatif arraché aux chambres législatives.

L'objectif poursuivi par le décret-loi du 9 février 1961 semble de rétablir le gouvernement dans ses pouvoirs constitutionnels. Malheureusement le gouvernement, pour être constitutionnel au sens de la Loi fondamentale, aurait dû être l'émanation de la majoritaire parlementaire. La nomination et la mise en place du gouvernement ici qualifié de provisoire par ce texte n'a relevé que du pouvoir discrétionnaire, constitutionnellement inexistant dans le cas sous examen, du chef de l'Etat. Outre cet anachronisme, l'attribution du pouvoir législatif à ce gouvernement sous la seule « habilitation » du chef de l'Etat ne trouve aucun fondement constitutionnel.

Apparition dans le vocabulaire juridique congolais comme instrument d'appropriation indue du pouvoir constituant par le chef de l'Etat, cette technique juridique inconstitutionnelle avait du plomb dans l'aile. Comme poursuivie par le signe indien, la terminologie « décret-loi constitutionnel » va garder sa guigne loin de l'ordonnancement juridique congolais et zaïrois, et ne plus réapparaître que dans l'arsenal juridique de la RDC, nouvelle formule.

La réapparition du décret-loi constitutionnel ne vient curieusement pas, cette fois-ci, porter une quelconque modification, moins encore une quelconque atteinte à une Constitution existante. Ce revenant à la prétention d'instituer un nouvel ordre constitutionnel, il prend la lourde responsabilité d'organiser, à défaut de la prise, l'exercice du pouvoir en RDC.

L'on pourrait sans doute nous rétorquer que la dénomination n'enlève rien à la valeur intrinsèque d'un acte juridique telle que rendue par son contenu et l'objectif poursuivi. Même si, à juste titre, la question de la véritable valeur juridique d'un tel acte demeure toujours, certains pensent que celui-ci peut adopter la forme d'une « loi stricto sensu ou d'une simple ordonnance du chef de l'Etat », sans que cette forme n'enlève rien à sa force juridique.

Il suffit pour, s'en convaincre, de s'intéresser aux régimes de transition institués dans quelques pays africains dans la dernière décennie du millénaire précédent, à l'occasion des conférences nationales, pour se rendre compte que ces actes fondamentaux s'y référant ont souvent pris la forme d'ordonnances ou décrets-lois signés par le président de la République.

Quel que soit la dénomination attribuée par ses initiateurs à un texte juridique, il est important d'aller au-delà du formalisme. Ce qui définit une Constitution, ce n'est pas son intitulé ou sa dénomination, mais plutôt son contenu, les caractéristiques fondamentales qu'elle renferme, la place que la société qu'elle est appelée à régir lui accorde dans l'ordonnancement juridique de son pays, l'importance que lui accorde l'opinion internationale.

Il ne serait donc d'aucun intérêt de se livrer à des discussions inutiles sur le sexe des anges. Un traité en droit international est une réalité qui peut revêtir plusieurs dénominations : traité, accord, compromis, convention, mémorandum, charte, concordat...

Cependant, à notre humble avis, il ne s'agit nullement d'une simple querelle sémantique, d'une forme contestée pour des raisons de superstition fantaisiste, d'une quelconque dénomination qui inquiéterait. La formulation du texte trahit son origine réelle. Si les textes africains d'après les conférences nationales étaient sanctionnés par le chef de l'exécutif, ils apparaissaient comme le coulage sous forme juridique d'un consensus obtenu par l'ensemble des forces représentatives sur la restitution au plus grand nombre de ses droits subtilisés par les

tenants du pouvoir. Il en est de même en droit international où toutes les dénominations invoquées renferment la volonté des signataires sans que la dénomination puisse en diminuer la portée.

Ce ne semble cependant pas être le cas pour un acte comme celui soumis à notre appréciation. Un acte du pouvoir exécutif aussi unilatéral que le décret-loi du 27 mai 1997 peut-il prétendre organiser l'ensemble du pouvoir étatique, pris dans toutes ses branches, et en attribuer l'exercice à l'auteur même dudit acte sans verser dans un arbitraire abject ? Puisqu'ériger des barrières infranchissables contre l'arbitraire des gouvernants doit être l'un des objectifs fondamentaux de la Constitution, l'acte qui élève en règle la pratique du pouvoir personnel mérite-t-il de porter l'illustre nom de son adversaire le plus acharné ? « L'adoption de la Constitution de la transition par l'Assemblée constituante » promise ne démontre-t-elle pas le reniement par le texte lui-même du défaut de sa qualité de Constitution ?

D'ailleurs la structure même du texte démontre à suffisance l'unilatéralité de l'acte et, au-delà, l'arbitraire de son contenu.

2. *Un texte unidimensionnel*

De manière générale, la Constitution est la loi fondamentale exprimant la volonté du peuple souverain. C'est ainsi que généralement approuvée en aval par la voie référendaire, la version promulguée des textes constitutionnels congolais, qui peuvent se targuer d'avoir reçu l'aval populaire, reprend dans son préambule : « Nous, Peuple congolais, ... Déclarons solennellement adopter la présente Constitution ». C'est aussi cette idée de base que reprend le préambule de la première Constitution écrite du monde, la Constitution des Etats-Unis d'Amérique du 17 septembre 1787 : « *We, the people of Unites States... do ordain and establish this Constitution* ».

Un texte instituant même à titre provisoire, comme prétend le faire le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997, un régime politique sans légitimation populaire et démocratique mérite-t-il la dénomination « Constitution » ?

D'aucuns considèrent que le peuple ayant été exclu du processus de sa mise en place, ce texte ne remplirait point les caractéristiques primaires exigées par les principes de droit public et ne mériterait nullement l'appellation « Constitution ». N'ayant bénéficié d'aucun consensus, le décret-loi ici décrié est apparu comme un simple fait de prince imposé à l'ensemble du peuple congolais par Laurent Désiré Kabila et ses rebelles au point de ne pas donner les gages d'une quelconque légitimité ni au plan national, ni au plan international.

En effet, la Constitution ne doit-elle pas se présenter comme la clé de voûte de l'organisation d'une société réellement fondée sur le consensus des membres de la communauté étatique autour des principes de base sur les modalités de l'organisation et de l'exercice du pouvoir, la protection des droits fondamentaux ? Ne joue-t-elle pas le rôle d'être à la fois le cadre et la mesure de tout agir correct et légitime ? Il suffit d'apercevoir la présentation de ce texte laconique pour se rendre compte du contraire.

Contrairement à la grammaire constitutionnelle de type romano-germanique consacrée par le Congo dans tous les textes précédents, le nouveau « constituant » adopte une structure unidimensionnelle, une architecture présentée sous un ton monocorde. En effet, contrairement à la tradition consacrée depuis l'indépendance du Congo, le texte critiqué fait fi des parties essentielles d'un texte constitutionnel.

Le préambule à travers lequel transparait généralement le soutènement philosophique du régime n'apparaît nulle part. A la place d'une référence à l'approbation du contenu du texte par le peuple, c'est la déclaration de l'AFDL qui est érigée en source du pouvoir. L'urgence sans doute de mettre en place un texte de référence en attendant l'adoption d'une Constitution de transition justifierait l'octroi de tous les pouvoirs au profit d'un seul homme, le président de la République.

« Quinze articles alignés comme un peloton d'exécution », présentés sans aucun titre qui permettrait de répartir les différentes matières essentielles consacrées dans une Constitution, ne se préoccupent que d'organiser l'exercice du pouvoir autour du personnage central, le chef de l'Etat.

La restriction des dispositions de ce texte amène Evariste Boshab à s'interroger, à juste titre, si le silence gardé sur certaines questions essentielles ne donne pas la latitude aux gouvernants de faire accréditer leurs caprices. Il semble, en effet, plus facile aux gouvernants de faire dire à un texte elliptique ce qu'il ne dit pas que de nier une disposition explicite.

Fait certainement pour régenter une situation exceptionnellement anormale, le décret-loi constitutionnel n° 003 n'en prévoit ni procédure de révision ni aucune possibilité de compétition, ni dévolution du pouvoir. De là à voir dans ce décret-loi constitutionnel un instrument de domination aux mains de putschistes venus de l'Est, il n'y a qu'un pas, très vite franchi.

3. Des carences congénitales préjudiciables à la stabilité

La particularité du texte du décret-loi constitutionnel n° 003 ressort aussi bien de l'élasticité de son échéance que du silence observé sur sa probable révision autant que sur l'acquisition et la perte du pouvoir étatique. En effet, si le décret-loi analysé se presse d'indiquer qu'une Constitution de la transition sera adoptée par un organe pluriel, il ne se donne aucune peine de déterminer dans combien de temps sera pris pareil texte, ni de fixer la durée de sa propre vie. Ce silence semble être significatif dans le sens de la pérennisation du régime provisoire en régime définitif.

La preuve semble en avoir été magistralement administrée par la suite des événements. La création, cinq mois plus tard, d'une Commission constitutionnelle chargée d'élaborer un avant-projet de Constitution n'accouchera pas d'une Constitution, ni provisoire, ni définitive. Non seulement ce décret-loi constitutionnel aura eu une très longue vie, mais aussi, l'Assemblée constituante et législative mise sur pied une année plus tard n'aura pas exécuté la première de ses priorités : « examiner l'avant-projet de Constitution de la RDC élaboré par la Commission constitutionnelle et adopter le projet définitif à soumettre éventuellement au référendum ».

Outre l'élasticité de sa durée, le défaut de règles relatives à l'éventuelle révision de ses dispositions en ajoute à l'insécurité que le décret-loi constitutionnel apporte au théâtre juridique congolais. Certes, la théorie de l'acte contraire aura permis à l'auteur du texte de base d'en modifier la quintessence par la suite, mais ces modifications cachent mal l'imprécision et l'arbitraire qui entourent les différents changements intervenus.

Il suffit de jeter un regard même furtif sur le texte du décret-loi portant création de la Commission constitutionnelle pour comprendre que la Constitution provisoire promise par la déclaration de prise de pouvoir de l'AFDL du 17 mai 1997 ou la Constitution de la transition annoncée par le décret-loi constitutionnel du 27 mai 1997 était vouée aux gémonies.

Même le décret-loi constitutionnel du 27 mai 1998, qui institue l'Assemblée constituante et législative et qui a l'avantage de restaurer, même formellement, une nouvelle répartition des pouvoirs dans l'Etat, ne fait aucune référence correcte au texte de base afin de conformer la révision à une certaine procédure préétablie. L'article 1er du décret-loi constitutionnel auquel se réfère ce texte prévoit l'adoption de la Constitution de la transition par l'Assemblée constituante et législative, alors que le corps du texte crée une institution chargée d'examiner et d'adopter un projet de Constitution définitif à soumettre éventuellement au référendum. L'article 3 du même décret-loi constitutionnel, que l'auteur dudit texte appelle à son secours, ne constitue malheureusement pas le fondement de son pouvoir de révision, il énumère simplement les institutions de la République.

Derrière ces imprécisions, l'arbitraire n'est pas loin. En conséquence, la stabilité institutionnelle demeure sujette à caution et la sécurité juridique, hypothéquée aux humeurs des dirigeants politiques. Plus grave encore est, sur le plan institutionnel, l'absence des règles de dévolution de pouvoir. En effet, les nouvelles règles demeurent étrangement et même sciemment muettes sur la dévolution de différents mandats de représentation autant qu'elles n'en attribuent pas la source au peuple souverain. La révision du 28 mai 1998 qui paraît être destinée à corriger cet écueil, tout en demeurant muette sur le détenteur principal du pouvoir dans l'Etat, en ajoute à la confusion sur la constitution de l'organe législatif qu'il crée.

Les critères d'accès à l'Assemblée constituante et législative autant que ceux de la nomination des députés relèvent du pouvoir du moins discrétionnaire, sinon arbitraire du président de la République. Pareils critères ne peuvent qu'ouvrir grandement la voie au recrutement arbitraire des courtisans et autres clients politiques, sans laisser de place à une représentation équitable de la population. En vue de se convaincre du caractère non démocratique de pareil texte, il paraît utile d'analyser les rapports établis par le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 entre les différentes branches du pouvoir de l'Etat.

B. Aménagement des pouvoirs dans l'Etat

L'importance de l'aménagement des pouvoirs dans la classification des régimes politiques n'est plus à démontrer. C'est à partir de cet aménagement que l'équilibre ou le déséquilibre apparaît dans la répartition des compétences entre les différentes branches du pouvoir étatique. Cette répartition permet un contrôle réciproque des organes de l'Etat, empêche l'absolutisme en vue de mieux protéger les libertés individuelles. Il ressort de la substance des dispositions du décret-loi constitutionnel n° 003 que le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et même le pouvoir réglementaire sont concentrés entre les mains du président de la République, ce qui pêche gravement au principe sacro-saint de séparation des pouvoirs et contribue à renier au texte le titre de Constitution.

Le gouvernement conduit la politique de la nation telle que définie par le président de la République devant qui les ministres répondent de la gestion de leurs ministères ; il exécute les lois de la République (éditées par le président de la République) et les décrets du chef de l'Etat.

Dans une scène dans laquelle les différentes partitions sont connues d'avance, espérer voir un membre du gouvernement disposer d'un pouvoir propre relèverait du domaine des dangereuses pulsions spirituelles. Simples collaborateurs du chef de l'Etat, les ministres doivent se soumettre à la volonté du chef de l'Etat et la traduire en actes. A défaut de se soumettre, il ne leur reste plus, voulant manifester quelque velléité d'indépendance, qu'à se démettre. Ce simple constat augure d'un absolutisme qui renforce, si besoin en était encore, le caractère exclusivement personnel des pouvoirs concédés par le décret-loi constitutionnel du 27 mai 1997.

S'agissant de l'indépendance reconnue, en rapport avec les deux autres pouvoirs concentrés par le chef de l'Etat, au pouvoir judiciaire, sa concrétisation semble éludée par la soumission du magistrat à l'autorité de la loi, que prend le président de la République selon son bon vouloir. Quel rôle peut encore réellement jouer le pouvoir judiciaire sur une scène où un seul individu concentre, sans espoir d'aucun contrôle ni politique ni juridique, les pouvoirs législatif et exécutif ? La justice ne va-t-elle pas être réduite à jouer le rôle de clown en tant qu'instrument servile du chef tout puissant, détenteur de l'ensemble des pouvoirs étatiques ? Cette inquiétude a semblé se justifier en regard des injonctions reçues et des actes arbitraires commis dans la chasse aux sourcières menée, en son temps, contre les anciens gestionnaires du régime Mobutu.

Le dirigisme politico-judiciaire auquel la justice sembla soumise lors de l'organisation des poursuites tant contre les dignitaires des régimes précédents que contre certains dignitaires de l'AFDL tombés en disgrâce en rapport avec la nouvelle philosophie du pouvoir, et l'exécution

des peines imaginaires, sans aucun jugement, de confiscation des biens qui s'en suivit, n'était certainement pas de nature à garantir l'indépendance clamée de la magistrature.

Quel est ce magistrat qui aurait pris le courage d'aller à contre-courant de l'histoire pour refuser d'exécuter des injonctions, même sans fondement du chef de l'Etat, sans subir le sort des 315 magistrats révoqués sans n'avoir été ni incriminés, ni entendus.

Puisque à travers l'aménagement même des pouvoirs déjà, une seule institution, le président de la République sur les trois prévues, concentre tous les pouvoirs entre ses mains, dans le fonctionnement concret des institutions, nous semblons nous trouver dans un concert de dupes sur la scène duquel le président de la République, chef de l'Etat, législateur ordinaire et unique, chef de l'exécutif, bat la mesure et les autres, sans même chanter, se mettent au pas de danse. Il y va de leur survie.

Dans un texte juridique dans lequel, outre la concentration aussi excessive des pouvoirs, une simple comptabilité révèle que sur les quinze articles, le mot chef de l'Etat revient cinq fois et celui de président de la République, dix fois, le calcul fait que la présence du personnage central véhicule l'imperium à chaque article, quelle place convient-il logiquement de réserver à la protection des libertés publiques et des droits individuels?

C. Protection des droits de la personne humaine

La protection des droits de la personne humaine contre la tyrannie des gouvernements se trouve être parmi les problèmes les plus importants qui se posent en droit constitutionnel. Le constituant congolais semble avoir saisi, depuis l'indépendance, la place qu'il convenait de réserver à la reconnaissance des droits humains dans les textes constitutionnels.

L'une des particularités du décret-loi constitutionnel du 27 mai 1997 est d'avoir dérogé à cette règle grammaticale institutionnalisée par l'histoire constitutionnelle du pays. Malgré l'énonciation sibylline de son article 2, le décret-loi relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir de l'AFDL n'évoque aucune déclaration des droits. Pire encore surtout, il omet d'énumérer les droits et libertés individuels et collectifs qui bénéficieraient de la protection constitutionnelle ainsi consacrée.

La première garantie de la protection des droits de l'homme ne consiste-t-elle pas à la promotion de ses droits, à leur affirmation, à leur reconnaissance au plus haut niveau de la hiérarchie juridique ? Présentés sous la dénomination de libertés fondamentales, de droits fondamentaux, de libertés publiques..., les droits de l'homme sont devenus, du fait de l'évolution sociale et politique, et de par les interactions des normes internationales sur les activités souveraines des Etats, un domaine substantiel d'analyse des régulations constitutionnelles.

Le décret-loi constitutionnel du 27 mai 1997 a-t-il opté pour la déconstitutionnalisation des droits fondamentaux reconnus par les textes précédents ou encore en a-t-il accepté l'héritage à travers les dispositions alambiquées des articles 13 et 14 ?

Les auteurs du décret-loi constitutionnel en question, les mêmes qui avaient décrété dix jours auparavant « la suspension de tous les actes pseudo-constitutionnels existants », auraient-ils voulu laisser survivre certaines dispositions de l'Acte constitutionnel de la transition issu de la CNS, dont ils ne cessaient de contester énergiquement les effets ?

Considérer que les mêmes auteurs se seraient servis des dispositions transitoires comme d'une opération de réanimation de la légalité constitutionnelle pour mieux asseoir la légitimité du système politique en cours d'installation suffit-il pour conclure que le vide juridique à combler dans ce cas-ci serait la carence créée par la non-constitutionnalisation des droits fondamentaux ?

L'argument a contrario tendant à considérer que ces articles serviraient à laisser survivre les dispositions constitutionnelles antérieures compatibles avec le nouveau texte de base ne semble pas convaincant.

L'histoire constitutionnelle du Congo révèle une forte hantise du phénomène de *tabula rasa* à l'occasion de toutes les grandes innovations constitutionnelles. Cette situation peut être justifiée sur le plan psychologique par le besoin de se démarquer de l'ordonnement antérieur par une rupture brutale et de procéder à la rénovation de la société. Chaque nouveau pouvoir veut manifester son désir d'imprimer, à la vie de la nation, un nouveau rythme moulé de son propre cachet.

Tenter de repêcher un régime politique, dont le texte de base ne fait aucune allusion au peuple, source de tout pouvoir, en lui reconnaissant, sans aucune preuve ni de droit ni de fait, comme le font certains auteurs, le mérite d'avoir voulu promouvoir les droits de l'homme à travers des dispositions transitoires à compréhension approximative, serait tricher avec l'histoire.

Ladite histoire ne retiendra qu'aucun de trois rôles majeurs de la Constitution n'aura été rempli par le décret-loi constitutionnel du 27 mai 1997. La concentration excessive de l'ensemble des pouvoirs étatiques a amené le chef de l'Etat à se prendre pour Dieu le Père vis-à-vis du peuple congolais, créateur du ciel et de la terre. En interdisant dans une simple déclaration publique les activités des autres partis politiques au bénéfice de son seul regroupement politique, l'AFDL, le chef de l'Etat n'a pas donné la possibilité à son texte de jouer son rôle de neutralisation des conflits.

L'intégration des forces politiques dans sa légalité aurait déclenché une sorte d'exorcisme, qui aurait rejailli sur une certaine légitimation de son action. La Constitution ne doit-elle pas être entendue comme l'ordre juridique fondamental de l'Etat, la résultante d'un processus de rencontre entre les différentes forces politiques et sociales ? La contestation de ce texte comme cadre d'organisation démocratique du pouvoir a plus contribué à éloigner les forces politiques qu'à organiser la compétitivité du pouvoir autour de lui. De même, le rôle stabilisateur du texte constitutionnel aurait placé tous les hommes sur un pied d'égalité et une symbiose utile à sa redynamisation se serait probablement tissée, comme une araignée, autour des principes démocratiques aux contours clairement définis, susceptibles de propulser le texte au-dessus de tous.

En déclenchant la chasse aux sourcières contre les anciens dignitaires sans égard à des règles strictes de procédure en matière répressive, en ajoutant dans les conditions d'accès à la toute nouvelle Assemblée constituante et législative des critères trop subjectifs, le nouveau pouvoir s'est aliéné la sympathie du plus grand nombre.

Les pratiques de patrimonialisation de l'Etat et du pouvoir politique du régime déchu tant décriées n'ayant pas disparu dans le fonctionnement du nouveau pouvoir, le consensus attendu autour de l'exercice du pouvoir, de la protection des droits et libertés, des modalités de la jouissance des richesses nationales et des modalités de contrôle en vue de s'assurer du respect de l'édifice constitutionnel n'aura pas répondu à l'appel.

La stabilisation ainsi manquée ne pouvait qu'amointrir la légitimité des gouvernants. Du coup, le rôle de légitimation, qu'aurait pu jouer ce texte, ne pouvait être atteint sans que le décret-loi constitutionnel ne déclenche, au sein de la population des réactions favorables susceptibles de créer des relations de confiance entre gouvernants et gouvernés, condition sine qua non de la réussite des objectifs poursuivis par le pouvoir établi. N'ayant rempli aucun rôle attendu d'une Constitution comprise comme cadre d'organisation de pouvoir dans lequel l'ensemble de la population se retrempe et à travers lequel l'harmonie se crée tant dans la distribution du pouvoir que dans l'offre et la demande des services en faveur de tous, le décret-loi constitutionnel, indépendamment de sa dénomination qui porte les séquelles de

l'inconstitutionnalité de ses ancêtres des années 1960, n'aura eu de constitutionnel que l'épithète collée à un acte individuel et unilatéral qu'il était.

Ainsi le décret-loi constitutionnel n° 003 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo, octroyé au peuple congolais par les princes de l'AFDL, ne semble avoir eu de Constitution que l'adjectif qualificatif « constitutionnel » affublé à un seul acte du pouvoir exécutif fut-il arraché au bout des canons.

Section 2 : La production par le pouvoir constituant consensuel

Des circonstances exceptionnelles peuvent servir d'alibi pour mettre en place des règles tout à fait particulières relatives à la composition, à l'organisation et au fonctionnement des institutions étatiques. Ce sont en général des textes élaborés, adoptés et promulgués en tenant compte du consensus attendu des protagonistes politiques et même sociaux en vue de faciliter le rétablissement d'une situation normale troublée par une incertitude institutionnelle persistante.

En Afrique, cette situation semble liée au vent de démocratisation des régimes politiques qui nécessitait la mise en place immédiate des textes élaborés dans des forums regroupant des acteurs politiques et de la société civile.

Au Congo, ces genres de textes résultent, les premiers, des tribulations issues des soubresauts de la conférence nationale dite souveraine, dont la plupart ne se limitèrent qu'à paraître dans les documents qui en constituaient la substance et ne réussirent à gérer véritablement aucune période précise de l'histoire du pays. Il s'agit de l'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de la transition du 4 août 1992 mis en place par la conférence nationale souveraine (A), de l'Acte constitutionnel harmonisé³² relatif à la période de transition du 2 avril 1993 (B) et de l'Acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994 (C). Le dernier, la Constitution de la transition du 4 avril 2003, est également le produit d'intenses négociations autour des facilitateurs et médiateurs internationaux entre les groupes armés rebelles, l'opposition non armée et la société civile ainsi que le gouvernement hérité de son père par Joseph Kabila (D), négociations naturellement destinées à ramener la paix et préparer un nouvel ordre politique au pays.

§1. L'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de la transition du 4 août 1992

La transition démocratique vers la troisième République annoncée le 24 avril 1990 par Mobutu Sese Seko, concrétisée par l'introduction du multipartisme en vue de la démocratisation des institutions est effectivement prise en compte par la loi n° 90-002 du 5 juillet 1990 portant révision de certaines dispositions de la Constitution du 24 juin 1967³³. Prévue pour une durée d'une année en 1990, la transition zaïroise va s'enliser dans « une crise aiguë et multiforme » due aux prétendues divergences de vues de la classe politique.

La période de la réforme constitutionnelle de juillet 1990 à la promulgation de l'Acte constitutionnel de la transition d'avril 1994 est forte d'une histoire dont il est utile de cerner les contours en vue de mieux comprendre la nature du régime transitoire. A l'image de beaucoup des pays africains, la République du Zaïre trouva l'occasion de mettre en place un nouvel ordre politique à travers l'organisation d'un forum national qui regrouperait les forces vives de la nation.

³² C'est pour faire échec à l'application de l'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition du 4 août 1992 que fut élaborée la loi n° 93/001 du 2 avril 1993 portant Acte harmonisé relatif à la période de transition.

³³ Contestée par les tenants du multipartisme intégral, ladite loi fut révisée et remplacée par la loi n° 90-008 du 25 novembre 1990 portant révision d'une disposition de la Constitution du 24 juin 1967.

À l'opposé des conférences nationales tenues dans d'autres pays africains, comme au Bénin et au Congo Brazzaville, la conférence nationale dite souveraine du Zaïre s'était illustrée par deux points forts.

D'abord, ouverte contre le cours des événements, ladite conférence ne pouvait être dans l'esprit de ses initiateurs qu'une « commission constituante », chargée d'élaborer « une constitution définitive devant être soumise à un référendum et appelée à régir la troisième république »³⁴. Il s'agissait, pour les décideurs du MPR, de faire traduire en actes juridiques ce qu'ils avaient eux-mêmes décidé d'implanter comme nouveau régime au Zaïre. Le forum ne se transforma que par la force des choses en « conférence nationale souveraine » chargée de faire une autocritique profonde, dresser le bilan du règne du parti-État et examiner les meilleures voies vers une troisième république véritablement démocratique.

Devant la tendance générale du forum à se débarrasser de la tutelle des dirigeants politiques au pouvoir, ceux-ci tentèrent d'en étouffer l'aboutissement par une fermeture intempestive. Elle fut la plus longue et la plus sanglante des toutes³⁵.

Ensuite, si ailleurs en Afrique, les conférences nationales tendaient à arracher et à démarrer, après le constat d'échec, le processus de démocratisation des régimes en place, au Zaïre, le processus était déjà lancé à partir du 24 avril 1990³⁶ et le forum n'avait plus, dans l'objectif final de ses initiateurs, qu'à gérer la conquête et la conservation de ce pouvoir.

L'on comprend dès lors les deux logiques qui ont présidé à la tenue de la CNS et qui ont abouti à deux ordres institutionnels distincts. Se fondant sur le compromis politique global signé le 31 juillet 1992 entre les délégués de la conférence nationale souveraine et les experts de la présidence de la République, la dynamique interne de la CNS enfanta le 4 août 1992 de l'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition³⁷ qui tenait à briser définitivement l'ordre ancien. Pour marquer ses distances avec le pouvoir en place, il met en place un nouveau parlement appelé Haut Conseil de la République, HCR, composé des hauts conseillers de la République désigné par le forum et un gouvernement dirigé par un opposant irréductible, Etienne Tshisekedi wa Mulumba, et qui éloigna, comme pour avoir des coudées franches, la majorité des partisans du chef de l'Etat.

L'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition avait été adopté selon la procédure prévue dans le règlement intérieur de la CNS. Même si cette procédure est loin de réunir l'adhésion qu'avaient reçue les Constitutions antérieures du fait du référendum populaire auquel elles avaient été soumises, il convient de souligner que l'adoption de ce texte fondamental avait bénéficié d'une large diffusion résultant des débats auxquels avaient participé des personnes de divers horizons, longuement retransmis en direct à la télévision et à la radio nationales.

Ce fut, en effet, la première fois dans l'histoire constitutionnelle du pays qu'un texte fondamental ait fait l'objet des si larges discussions assurant en même temps sa vulgarisation et facilitant sa légitimation par des couches importantes de la population.

Contrairement à la conférence nationale du Congo Brazzaville, par exemple, qui avait réussi à imposer au président Sassou Nguesso, en pleine tenue des travaux, l'Acte fondamental, la conférence nationale dite souveraine, minée de l'intérieur par la frustration de beaucoup de ses membres déçus de n'avoir pas réussi à se hisser au pouvoir, manqua le courage politique

³⁴ Discours prononcé par le maréchal Mobutu à N'sele le 24 avril 1990, tiré du résumé repris dans l'exposé des motifs de la loi n° 90-002 du 5 juillet 1990 portant révision de certaines dispositions de la Constitution, *JO, op. cit.*

³⁵ Nous nous souvenons encore, comme si c'était hier, de la répression sanglante de la marche organisée le 16 février 1993 par les chrétiens de Kinshasa et d'autres villes du pays pour exiger la réouverture de la CNS.

³⁶ C'est en effet le 24 avril 1990 que le maréchal Mobutu avait pris « congé » de son parti, le MPR et avait décidé de démocratiser son régime en supprimant le parti unique par l'admission d'un multipartisme à trois et la réhabilitation de trois pouvoirs traditionnels.

³⁷ La confrontation qui en résulta eut un impact très négatif sur cet acte mort-né.

d'imposer l'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition au président Mobutu, qui refusa même de le promulguer malgré sa conformité au compromis politique par lui accepté.

Il faut signaler qu'à la rescousse du chef de l'Etat se manifesta une minorité politique constituée des acteurs politiques issus de la caste dirigeante de l'ancien parti-Etat, qui ne se reconnaissaient pas dans cette charte fondamentale circonstancielle, dont le premier réflexe fut de modifier, sans aucun égard aux mécanismes y relatifs, l'acte fondamental issu de la CNS, mettant en place l'Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition.

§2. L'Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition du 2 avril 1993

En effet, des acteurs politiques partisans du chef de l'Etat, frustrés par la dynamique de la CNS qui les avaient presque totalement dépossédés du pouvoir politique et considérant que la représentation du peuple par les participants à ce forum était biaisée, se réunirent au Palais de la nation et mirent en place l'Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, promulgué sous la loi n° 93/001 du 2 avril 1993 reconduisant les anciennes structures étatiques³⁸.

Excepté le maintien au pouvoir du chef de l'Etat, le constituant du Palais de la nation mit en place des nouvelles institutions, dont un nouveau parlement dénommé assemblée nationale ayant comme membres les anciens députés du MPR, un nouveau gouvernement dirigé par un premier ministre choisi par le forum du Palais de la nation.

Le dédoublement des institutions, qui résulta de la confrontation entre la logique de la CNS du palais du peuple et celle du conclave du Palais de la nation, occasionna la multiplicité des textes juridiques et provoqua une grande confusion. Il y eut, en effet, deux gouvernements dirigés l'un par Etienne Tshisekedi et l'autre par Faustin Birindwa, deux anciens coreligionnaires de l'UDPS, le premier avec le haut conseil de la République et le second avec l'assemblée nationale, composée de membres du MPR, anciens commissaires du peuple de l'ancien conseil législatif, en guise de parlements.

Le blocage du fonctionnement de l'Etat appela logiquement à d'autres négociations politiques. Du compromis compromettant³⁹ qui sortit de nouveaux conciliabules tenus entre les forces en présence au dernier semestre de 1993 au Palais du peuple de Kinshasa sortit l'Acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994 chargé de régir la transition démocratique vers la troisième République⁴⁰.

§3. L'Acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994

Bien que « rogné, ciselé, remodelé jusqu'à devenir un costume à la taille de feu maréchal Mobutu »⁴¹, l'Acte constitutionnel de la transition, qui est resté en vigueur d'avril 1994 à mi 1997 était, sans doute, la résultante de la volonté de la majorité des forces politiques de réduire les frictions et de participer sans exclusive à la gestion de la transition vers la démocratie⁴² même si la dynamique qui tenait à faire de la CNS un forum pour dépouiller le maréchal président de ses privilèges d'autrefois avait finalement été brisée par la modification des dispositions relatives à l'organisation et à l'exercice du pouvoir pendant la période de la transition. Ici, comme dans les

³⁸ Loi n° 93/001 du 2 avril 1993 portant Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, *JO*, 34^{ème} année, numéro spécial, avril 1993.

³⁹ L'on sait ce qui arrive lorsque l'on met le bon vin dans des vieilles huîtres. La suppression du dédoublement conduit à un mélange indigeste de dirigeants politiques et à des compromissions de tous genres.

⁴⁰ Le constituant assigne ainsi aux animateurs de la transition tout un programme susceptible de conduire le pays, en posant déjà les jalons pour ce faire, vers un régime démocratique. Voy. Acte constitutionnel de la transition du 09 avril 1994, *JO*, numéro spécial, avril 1994, p.9.

⁴¹ BOSHAB, E., « République Démocratique du Congo : Le spectre d'une Constitution virtuelle devant la commission constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 120-121.

⁴² VUDISA MUGUMBUSHI, J.-N., « Changement de Constitutions et déconstitutionnalisation des droits et libertés en République Démocratique du Congo (Examen de la portée d'une constance de l'ordonnancement juridique depuis 1960), *op. cit.*, p. 44.

cas antérieurs de révision, la majorité des forces vives de la nation sont mises devant une situation de fait.

Ce dernier texte découle d'un protocole d'accord conclu à la suite des concertations politiques du palais du peuple entre les forces politiques dites du « Conclave » et les forces politiques dites de changement, l'Union sacrée de l'opposition radicale et alliées » (USORAL), en vue de supprimer le dédoublement institutionnel⁴³ consécutif à l'aboutissement malheureux de la Conférence nationale souveraine.

La nouveauté de ce texte réside dans une combinaison indigeste entre les deux parlements accouchant d'un parlement unique dénommé Haut conseil de la République/parlement de transition, HCR/PT et d'un nouveau gouvernement qui écarte tous les anciens protagonistes et aligne un outsider, Léon Kengo wa Dondo, à la tête d'une composition qui récupère les plus habiles politiquement.

La transition instituée à la suite des travaux de la CNS en vue du retour à la normalité constitutionnelle ne réussit malheureusement point à baliser le chemin vers la dépossession de la toute-puissance acquise par le chef de l'État pendant la période monarchique.

§4. La Constitution de la transition du 4 avril 2003

Elaborée dans des conditions particulières qui excluent l'intervention du peuple, la Constitution du 4 avril 2003 pose un sérieux problème de conformité au constitutionnalisme.

L'existence d'une Constitution écrite, sans doute l'un des instruments du constitutionnalisme, ne suffit nullement pour en remplir les exigences. Un Etat est constitutionnel lorsque ce premier élément est accompli certes de manière à limiter les pouvoirs des gouvernants et à empêcher l'arbitraire du pouvoir, mais la légitimation tant interne qu'externe du pouvoir tenant à la manière dont ladite Constitution est établie et aux objectifs qu'elle poursuit ainsi que la promotion, la protection et le respect concret des droits de l'homme sont les deux autres critères indispensables à l'avènement du constitutionnalisme dans un Etat. A défaut de remplir ces critères, une Constitution ou un système juridique pourrait exister sans constitutionnalisme.

Toutes les Constitutions ne se conformant pas toujours au constitutionnalisme, certaines autres s'y réfèrent uniquement en apparence. Pour en juger, il va falloir en rechercher les différents critères à travers les conditions de mise en place et de celles de mise en œuvre du texte fondamental issu de l'Accord global et inclusif du 17 décembre 2002.

A. De la légitimité et de la suprématie de la Constitution du 4 avril 2003

Depuis son indépendance, le Congo est allé de la concentration outrée de tous les pouvoirs entre les mains du chef de l'État à la confection journalière et hasardeuse des règles de conduite des affaires nationales⁴⁴ en passant par le vide des dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation de la vacance à la tête de l'État⁴⁵. La guerre imposée au Congo par ses voisins et la disparition brutale de Laurent Désiré Kabila, qui parut en être une malheureuse conséquence, constituèrent l'occasion de nouvelles concertations.

Pays habitué aux éternels arrangements sous table, le Congo ne reviendra à un régime

⁴³ Ce dédoublement institutionnel a une origine qu'il convient de retenir : le refus de Mobutu de voir la Conférence nationale souveraine (CNS) empiéter sur ses « compétences régaliennes » et d'être confiné notamment à l'inauguration des chrysanthèmes a amené les partis politiques et associations favorables à sa mouvance, dits forces du « *statu quo ante* » à tenir le conclave politique de Kinshasa d'où sortira l'Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition qui remettait en scelle les institutions antérieures à la tenue de ces assises.

⁴⁴ Des nominations au gouvernement ou à de hautes fonctions de l'armée se font tantôt par décret-loi, tantôt par simple décret, selon l'humeur du jour.

⁴⁵ Le décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République Démocratique du Congo, JO, 38^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, mai 1997 n'en fait pas état.

constitutionnel apparemment normal qu'à la faveur de longues conciliabules décidées par l'Accord de Lusaka et consacrées par le Dialogue inter congolais, regroupant ceux qui prétendaient détenir le pouvoir de décider à la place de l'ensemble du peuple congolais.

Ces négociations de dernière chance entre les parties belligérantes⁴⁶, l'opposition non armée et les forces vives aboutirent d'abord à la mise en place d'un deuxième régime transitoire au terme duquel un nouveau texte constitutionnel⁴⁷ replace ensuite le pays sous un nouvel ordre politique. Le texte constitutionnel⁴⁸ qui en découla vint légitimer les pouvoirs des uns et octroyer une « prime de guerre » aux autres, constitutionnalisant ainsi toutes les inconstitutionnalités sur base desquelles le pays avait été mis à feu et à sang depuis plusieurs années.

C'est en vue de mettre fin à une longue guerre qui a mis aux prises les anciens et nouveaux alliés du gouvernement de Kinshasa depuis août 1998 qu'un accord fut signé à Lusaka pour la mise en place d'un nouvel ordre politique au Congo⁴⁹.

A la suite du Dialogue inter congolais tenu à Sun City, en Afrique du Sud, du 25 février au 19 avril 2002, l'Accord global et inclusif sur la transition en République démocratique du Congo fut signé, avec l'appui de la communauté internationale, le 17 décembre 2002 à Pretoria et adopté à Sun City le 1^{er} avril 2003 entre les délégués des composantes et entités⁵⁰ à ces négociations politiques sur le processus de paix et sur la transition en RDC.

La Constitution de la transition du 4 avril 2003, qui se voulait un texte prélude à la mise en place des institutions démocratiques au Congo grâce à la participation du peuple dans la détermination de son propre destin et dans le choix des futurs dirigeants du pays⁵¹, se conforme-t-elle aux principes du constitutionnalisme ?

Rédigé par un comité d'experts des Nations Unies⁵², le projet de Constitution de la transition fut adopté le 6 mars 2003 à Pretoria avant d'être endossé le 1^{er} avril 2003 lors des deuxièmes assises de Sun City par la plénière du Dialogue inter congolais. Elaborée sur la base de l'Accord global et inclusif dont elle fait partie intégrante⁵³ et promulguée par le chef de l'Etat le 4 avril 2003, la Constitution de la transition soulève un certain nombre d'interrogations eu égard aux catégories juridiques ordinairement admises. Deux interrogations majeures hantent l'esprit des analystes.

⁴⁶ Parmi les composantes et entités belligérantes, on note le gouvernement de la RDC, le RCD, le MLC, le RCD/KML, le RCD/N et les Mai Mai, Accord global et inclusif sur la transition en RDC, *JO*, 44^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, 5 avril 2003, p. 51.

⁴⁷ Constitution de la République Démocratique du Congo, *JO*, 47^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial du 18 février 2006.

⁴⁸ Constitution de la transition du 4 avril 2003, *JO*, 44^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, 5 avril 2003.

⁴⁹ Il s'agit de l'accord de cessez-le-feu signé les 10, 30 et 31 juillet 1999 à Lusaka en Zambie.

⁵⁰ Outre quatre composantes (le gouvernement de la RDC, le Rassemblement Congolais pour la Démocratie, le Mouvement de Libération du Congo, l'Opposition politique et les Forces vives), il a existé au dialogue trois entités (Rassemblement Congolais pour la Démocratie - Mouvement de libération, Rassemblement Congolais pour la Démocratie - National et les Mai Mai).

⁵¹ C'est ainsi que l'on peut lire dans le préambule de ladite Constitution :

« RESOLUS à édifier un Etat de droit durable fondé sur le pluralisme politique, la séparation des pouvoirs entre « l'exécutif, le législatif et le judiciaire, la participation des citoyens à l'exercice du pouvoir, le contrôle des « gouvernants par les gouvernés, la transparence dans la gestion des affaires publiques, la subordination de « l'Autorité militaire à l'Autorité civile, la protection des personnes et de leurs biens, le plein épanouissement « tant spirituel que moral de chaque citoyen congolais, ainsi que le développement harmonieux de la « communauté nationale ;

« REAFFIRMANT solennellement notre attachement aux principes de la démocratie et des droits de l'homme « tels qu'ils sont définis par la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Charte « africaine des droits de l'Homme et des Peuples adoptée le 18 juin 1981, ainsi que tous les instruments « juridiques internationaux et régionaux adoptés dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies et de « l'Union Africaine, dûment ratifiés par la République Démocratique du Congo ;

« DETERMINES à garantir les libertés et les droits fondamentaux du citoyen congolais et, en particulier, à « défendre ceux de la femme et de l'enfant ; ... »

⁵² Sous la coordination de l'éminent constitutionnaliste sénégalais, le Professeur El Hadj MBODJ, ce comité était composé en outre du professeur suisse Alain Sigg et d'un magistrat de la même nationalité, Maître Cédric Mizel en plus de quelques experts juridiques de composantes et entités.

⁵³ Article 1, Constitution de la transition du 4 avril 2003 et Accord global et inclusif, point VII -a. *Voy. Journal Officiel de la RDC*, numéro spécial, 5 avril 2003, p. 52.

1. La première interrogation a trait à sa dénomination même.

De manière générale, la Constitution est la loi fondamentale exprimant la volonté du peuple souverain. C'est ainsi que généralement approuvée en aval par la voie référendaire, la version promulguée du texte reprend dans son préambule : « *Nous, Peuple congolais, ...Déclarons solennellement adopter la présente Constitution* »⁵⁴. La Constitution de la transition du 4 avril 2003, négociée et adoptée par des délégués des composantes et entités mandatés non par le peuple congolais, mais par des forces politiques combattantes et non combattantes⁵⁵, exprime-t-elle la volonté du peuple ? Un texte instituant même à titre provisoire un régime politique sans légitimation populaire et démocratique mérite-t-il la dénomination « Constitution » ?

D'aucuns considèrent que le peuple ayant été exclu du processus de sa mise en place, ce texte ne remplirait point les caractéristiques primaires exigées par les principes de droit public et ne mériterait nullement l'appellation Constitution⁵⁶.

Ayant trouvé pareille dénomination juridiquement impropre, certains lui préféreraient celle d'Acte constitutionnel de la transition en référence à des appellations d'autres textes négociés auparavant dans l'histoire politique congolaise⁵⁷. Ce terme générique offre certes « l'avantage d'une formule enveloppante, prenant en compte toutes les qualifications juridiques tout en se gardant d'heurter les principes fondamentaux du droit public », mais « celle-ci laisse en suspens le problème posé en raison de sa généralité », rétorque Mbodj⁵⁸. Il argumente, à juste titre que la question de la véritable nature juridique de l'acte demeure toujours, car celui-ci peut adopter la forme d'une « loi *stricto sensu* ou d'une simple ordonnance du chef de l'Etat ». Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser aux régimes de transition institués dans quelques pays africains dans la dernière décennie du millénaire précédent à l'occasion des conférences nationales pour se rendre compte que les actes fondamentaux s'y référant ont souvent pris la forme d'ordonnances ou décrets-lois signés par le président de la République⁵⁹.

Au stade où en étaient les négociations à Sun City, la légitimité même de Joseph Kabila comme chef de l'Etat chargé de conduire la transition consensuelle étant contestée par une bonne partie des dialoguistes, lequel des protagonistes aurait accepté que le texte qui devait redistribuer des cartes et accorder une nouvelle légitimité soit un fait de prince à la manière du décret-loi constitutionnel de Laurent Désiré Kabila ? L'intervention des institutions en place n'avait aucune chance d'être acceptée par les forces concurrentes.

D'autres négociateurs de Sun City, s'appuyant sur le caractère conventionnel de l'accord dont découlait le texte à mettre en place, étaient tentés de qualifier de « Charte » le texte de base de la transition, sans que cette dernière proposition n'emporte l'assentiment de la majorité des acteurs présents aux travaux.

Privilégiant une perspective purement matérielle et non formelle, les rédacteurs du texte fondamental semblent s'être résignés à reprendre les termes mêmes de l'Accord global et

⁵⁴ Ainsi se présentent les préambules des Constitutions du 1^{er} août 1964, du 24 juin 1967 et du 18 février 2006.

⁵⁵ Cela apparaît d'ailleurs clairement dans le préambule même du texte constitutionnel, qui reprend : « *Nous, Délégués des composantes et entités au Dialogue intercongolais...* »

⁵⁶ Ses initiateurs s'en défendent en s'abritant derrière la précarité de vie et les objectifs limitativement déterminés du régime instauré. Voy. Communication présentée devant les sénateurs par le professeur El Hadj MBODJ, « Le contexte de l'élaboration de la Constitution de la transition », au *Séminaire de réflexion sur la future Constitution de la RDC*, inédit, Palais du peuple, Kinshasa, août 2004, p. 2.

⁵⁷ Il s'agit de l'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition accouché par la Conférence nationale souveraine, ou encore de l'Acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition que lui opposait le Conclave politique de Kinshasa regroupant les forces politiques fidèles aux pouvoirs sans limites du Maréchal Mobutu, ou enfin l'Acte constitutionnel de la transition, qui fusionnait les deux premiers afin de mettre fin au dédoublement institutionnel découlant de l'application de ces textes. Dans ces « Actes », la formule introductive « Nous, Peuple... » est élaguée du terme « Peuple » au profit d'une catégorie plus restreinte de représentants déterminés par la catégorie des assises qui y donnent lieu.

⁵⁸ El Hadj MBODJ, *op. cit.*, pp. 2 - 3.

⁵⁹ *Ibidem*. C'est ce qui arriva au Congo Brazza et au Bénin.

inclusif, occultant ainsi les débats d'école sur la nature de l'acte⁶⁰. Mais au-delà de la dénomination, l'essentiel semble avoir été de sauver les meubles afin de faire revenir la paix au pays en éludant les discussions sans grand intérêt pratique auxquelles avaient tendance à se livrer médias et constitutionnalistes de tout bord.

Pour nous, quel que soit la dénomination attribuée par ses initiateurs à ce texte juridique circonstanciel, il est important d'aller au-delà du formalisme. Ce qui définit une Constitution, ce n'est pas son intitulé ou sa dénomination, mais plutôt son contenu, les caractéristiques fondamentales qu'elle renferme, la place que la société qu'elle est appelée à régir lui accorde dans l'ordonnement juridique de son pays, l'importance que lui accorde l'opinion internationale. Il n'est donc d'aucun intérêt de se livrer à des discussions inutiles sur le sexe des anges. En droit international, l'expression « traité » ne s'entend-elle pas « d'un accord international conclu par écrit entre Etats... qu'il soit soussigné dans un document unique ou dans deux ou plusieurs documents connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière »⁶¹. C'est une réalité unique qui peut revêtir plusieurs dénominations : traité, accord, compromis, convention, mémorandum, charte, concordat... ; seuls l'emportent la qualité de ses signataires, ses objectifs et sa soumission au droit international.

Il suffit de voir la légitimité dont la Constitution de la transition a fini par jouir tant au plan national qu'international pour comprendre la pertinence de cette argumentation⁶². Devant une des crises les plus meurtrières de tous les temps, la communauté internationale ne s'est pas fait prier pour s'investir afin de sauver la communauté nationale menacée d'extermination⁶³.

En effet, dans la recherche de voies et moyens de mettre en place le nouvel ordre politique, il a été envisagé le coulage sous forme juridique d'un consensus patiemment négocié en terre sud-africaine par les acteurs politiques et sociaux congolais en vue de remplacer le décret-loi constitutionnel unilatéralement imposé par Laurent Désiré Kabila. Non seulement la communauté internationale donna son aval au processus qu'elle soutint jusqu'à aboutissement, mais aussi l'équilibre précaire permettant un fonctionnement selon la logique de l'inclusivité, du consensualisme et du consensus du système bénéficia de l'assentiment des acteurs politiques congolais dans leur ensemble.

Cette légitimation du texte constitutionnel de la transition par la communauté internationale et par les acteurs politiques et sociaux congolais, belligérants et non belligérants, en accord de partage des responsabilités pour cesser les hostilités et cheminer ensemble vers un nouvel ordre politique semble avoir amené le peuple à s'approprier la Constitution de la transition⁶⁴. Cette « adhésion populaire » s'expliquerait par la transcription dans le texte des mécanismes de poids et de contrepoids dans la mise en place des institutions politiques du pays et par la place réservée aux préoccupations profondes de la population en regard de l'histoire politique du pays⁶⁵. Le satisfecit viendrait également de la relative stabilité du texte que les acteurs ne pouvaient modifier à loisir comme au vieux beau temps du maréchal Mobutu.

⁶⁰ Le point VII -a. de l'Accord de Pretoria du 17 décembre 2002 parle expressément de la « *Constitution de la transition* »

⁶¹ Article 2, point 1, *litera a*, de la Convention de Vienne sur le droit de traité adopté le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

⁶² C'est ainsi que la population congolaise en réclamait et en exigeait le respect et l'application toutes les fois que l'occasion lui en était donnée. En sont des preuves supplémentaires les controverses qui avaient opposé les animateurs des institutions de la transition et les acteurs politiques restés en dehors des institutions, par la population interposée, autour des dispositions de l'article 196 de la Constitution du 4 avril 2003 sur la durée constitutionnelle de ladite transition.

⁶³ Selon un rapport de l'*International Rescue Committee* (IRC), une ONG américaine basée à New York et de l'Institut Barnett, un centre australien de recherche médicale, rendu public le 9 décembre 2004, le conflit en RDC est le plus meurtrier depuis la seconde guerre mondiale avec 3,8 millions de morts recensés depuis 1996. Des calculs simples donnent environ mille victimes civiles par jour, dont la majorité ont péri de faim et de maladie en tentant de fuir les zones de combats.

⁶⁴ Il suffisait d'écouter les populations congolaises qui ne juraient plus que par la fin de la transition et l'organisation des élections à tous les milieux dans les délais constitutionnels pour comprendre ce qu'elles pensaient du texte.

⁶⁵ Outre les dispositions de l'article 3 de la Constitution de la transition qui redéfinissent de leur manière la souveraineté du peuple en lui reconnaissant le pouvoir de contrôle sur les détenteurs du pouvoir, un long titre trois étale de longues dispositions destinées à promouvoir les droits et libertés de tous.

2. *La deuxième préoccupation se situe au niveau de la suprématie de l'accord global et inclusif sur la Constitution de la transition.*

L'une des premières notions que retiennent les étudiants de premier graduat des facultés de droit de leur cours de droit constitutionnel est celle de la Constitution entendue comme « norme fondamentale, initiale, autonome, inconditionnée et suprême de laquelle découlent toutes les autres règles juridiques »⁶⁶. Cette assertion attachée à tous les systèmes juridiques ordinaires semble avoir été battue en brèche par les rédacteurs de la Constitution de la transition congolaise du 4 avril 2003. Un simple coup d'œil sur l'article premier de la Constitution de la transition les met curieusement en déroute en subordonnant celle-ci à une autre norme qui lui est supérieure et qui fonde sa légitimité, en l'occurrence, l'Accord global et inclusif⁶⁷. Avec la Constitution qui découle pourtant de lui, celui-ci est même la seule source du pouvoir et tous les pouvoirs sont établis et exercés de la manière qu'il détermine et que relaye la Constitution⁶⁸. Conformément aux principes fondamentaux du droit public, les dispositions de l'article 10 de la même Constitution attribuent paradoxalement la souveraineté nationale au peuple. Pareille attribution ne semble être qu'une simple clause de style.

En effet, pendant la période de transition, l'exercice du pouvoir par le peuple, par référendum ou par élections, ne peut être possible que pour des textes et des dirigeants futurs et ne concerne nullement la dévolution des mandats publics pendant cette période. Il nous paraît donc invraisemblable, du moins pour cette période, de déclarer le peuple « souverain » pendant que la source du pouvoir est réellement détenue par les composantes et entités au Dialogue inter congolais⁶⁹.

La Constitution de la transition a été en effet élaborée conformément à la lettre et à l'esprit de l'Accord global et inclusif de sorte qu'en cas de contrariété entre les deux instruments, la logique voudrait que la norme constitutionnelle soit écartée au bénéfice de la norme conventionnelle. Il y a cependant lieu de continuer à se poser la question de savoir si la Cour suprême de justice pouvait être saisie en conformité d'une disposition constitutionnelle à l'Accord global et inclusif. Lorsque l'on sait que c'est la même plénière du Dialogue inter congolais, qui avait adopté les termes de l'Accord autant qu'elle s'était octroyé le pouvoir constituant et avait approuvé le texte constitutionnel chargé de gérer la transition, il semble bien illogique que pareille compétence lui soit dévolue⁷⁰. Le cas aurait pu cependant être reconsidéré s'il s'agissait d'une norme prise ultérieurement en vue de réviser le texte adopté à Sun City. Dans cette hypothèse imaginaire, une fois certifiée conforme à l'accord par la cour suprême de justice, la norme constitutionnelle continuerait-elle d'être inférieure à la norme conventionnelle ? La question est demeurée sans réponse.

En tout état de cause, la Constitution de la transition congolaise fait partie de ces textes d'une catégorie juridique de type nouveau dont le terrain de prédilection se trouve être les pays décidés à sortir d'une incertitude institutionnelle due à une mauvaise passe. Celle-ci peut résulter d'un arbitraire politique qui ne laisse aucune chance à l'application immédiate des règles démocratiques classiques comme l'apartheid en Afrique du Sud ou d'une situation de conflit

⁶⁶ En effet le pouvoir constituant originaire, unique pouvoir qui puisse établir une nouvelle Constitution est *initial* (aucun autre n'étant au-dessus de lui), *autonome* (ne pouvant dépendre d'aucun autre) et *inconditionné* par aucun texte. Voy. Tous les ouvrages classiques de droit constitutionnel, notamment JEANNEAU, B., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Dalloz, 1968, p. 61 ; BURDEAU, G., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 80 et ss ; PRELOT, M. & BOULOUIS, J., *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1980, p. 210.

⁶⁷ La Constitution a en effet été élaborée sur la base de l'Accord global et inclusif comme l'indiquent les dispositions de l'alinéa premier de son article 1. Le point VII de cet Accord relatif aux dispositions finales en fait même partie intégrante.

⁶⁸ Alinéas 2 et 3 de l'article 1 de la Constitution de la transition.

⁶⁹ La répartition des responsabilités pendant la période de transition se fait en tenant compte des composantes et entités au Dialogue inter congolais conformément à l'Annexe I de l'Accord global et inclusif. Voy. Journal Officiel de la RDC, N° spécial, 5 avril 2003, pp. 61-66.

⁷⁰ Aux termes de l'article 150 de la Constitution de la transition, la Cour suprême de justice n'est compétente que pour connaître de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi et non de juger de la conformité des dispositions constitutionnelles à l'Accord global et inclusif qui en est le géniteur.

armé ayant provoqué des déchirures profondes du tissu social d'un pays donné⁷¹. Pour éviter à nouveau le recours à la force, afin d'empêcher le retour des conflits sociaux internes, et sans doute pour légitimer sa propre action, un pouvoir provisoire peut être amené à exercer des prérogatives de constituant⁷².

Constitution de transition, ce texte n'avait comme ambition que d'amener le pays, sinon les dirigeants, pendant une période déterminée, vers une mutation considérée comme un objectif à atteindre, en l'occurrence de conduire le peuple congolais vers un ordre politique nouveau. Il est donc tout à fait normal que les règles qui ont prévalu pour son élaboration ne soient pas confondues avec celles qui sont appelées à organiser les relations institutionnelles ordinaires⁷³. Il s'agit ainsi d'une Constitution *sui generis* qui a réparti le pouvoir en rapport avec la hauteur réelle ou supposée de la nuisance à causer par la force des armes et/ou la capacité de mobilisation de la population contre l'ordre établi⁷⁴.

D'ailleurs, la Constitution de transition n'est pas une invention congolaise. C'est à travers des Constitutions de transition que des vieilles dictatures européennes, comme le Portugal et l'Espagne, se dotèrent d'une législation permettant, pendant la période transitoire, l'adaptation aux normes européennes. Après la chute de l'empire soviétique, les pays de l'Europe de l'Est ont eu recours à la même pratique pour asseoir des régimes démocratiques. A la suite de la contestation presque générale de leurs régimes dans les années 1990, des dictateurs africains ne manquèrent pas de convoquer des conférences nationales dont sortirent des textes provisoires destinés à mettre en place un nouvel ordre politique⁷⁵.

B. De la séparation des pouvoirs

Sur le plan formel, la séparation des pouvoirs semble avoir été respectée dans la mesure où le président de la République et le gouvernement assurent le pouvoir exécutif⁷⁶, l'Assemblée nationale et le Sénat forment le parlement de la transition, qui détient le pouvoir législatif⁷⁷ ; le pouvoir judiciaire étant dévolu aux cours et tribunaux⁷⁸. Reste à voir comment ces institutions fonctionnent effectivement dans un régime spécial ne rassemblant à nul autre pareil.

Malgré la formule 1 + 4 qui apparaît à la présidence et ferait penser à un exercice collégial du pouvoir et la présence d'un gouvernement pluripartite, l'exécutif de la République démocratique du Congo est monocéphale. En effet, bien que le pouvoir de coordination des commissions gouvernementales soit reconnu par les dispositions de l'article 86 de la Constitution de la transition en faveur des Vice-présidents, seul le chef de l'Etat est le chef de l'exécutif⁷⁹.

Pendant dans la pratique du pouvoir, il apparaît tout de même que la répartition des tâches entre le président de la République, les vice-présidents de la République, les ministres et

⁷¹ Devant l'impossibilité prouvée des parties belligérantes de gagner la guerre, la seule possibilité de réunifier le pays et instaurer un nouvel ordre politique était d'obtenir un consensus négocié de partage des responsabilités pendant une période limitée nécessaire à la recherche d'une source de pouvoir démocratique, la dévolution des mandats publics par le peuple par la voie des urnes. L'argument que nous faisons nôtre vient de MBODJ, *op. cit.*, p. 2.

⁷² Geneviève Koubi et Raphaël Romi considèrent qu'il s'agit là, selon l'impact de nouvelles dispositions sur l'ordre institutionnel précédent, du pouvoir constituant « révolutionnaire » ou « réformateur », *Etat, Constitution, Loi*, Paris, Litec, 1993, pp. 96-100.

⁷³ En ce sens, lire BOSHAB, E., « Du principe de l'immutabilité des dispositions matricielles dans une Constitution de transition », in *Le Potentiel*, n° 3098, de mercredi 14 avril 2004, pp.19-20.

⁷⁴ Contrairement à l'exemple sud-africain dans lequel le partage des responsabilités au sein du gouvernement était déterminé par le poids électoral des partis, la RDC a adopté la formule 1 + 4 mettant à la tête du pays les quatre composantes jugées importantes (Gouvernement, RCD, MLC et Opposition politique) sous la surveillance de la composante Société civile qui préside le Sénat et les cinq Institutions d'appui à la démocratie.

⁷⁵ Cette épidémie des Conférences nationales a permis à certains pays, comme le Bénin, d'adopter finalement des Constitutions définitives mettant en place un nouvel ordre politique stable et démocratique.

⁷⁶ Articles 65 à 96 de la Constitution de la transition du 4 avril 2003.

⁷⁷ Articles 97 à 103 de la Constitution de la transition du 4 avril 2003.

⁷⁸ Articles 146 à 153 de la Constitution de la transition du 4 avril 2003.

⁷⁹ Les articles 69 à 79 de la Constitution de la transition lui reconnaissent de multiples prérogatives exécutives (présidence du Conseil des ministres, promulgation et exécution des lois).

vice-ministres dans un gouvernement dont la solidarité semble sacrifiée sur l'autel de l'antagonisme des anciennes parties belligérantes, est de nature à apporter une réelle limitation des pouvoirs. De même, le vote des lois, le contrôle du gouvernement, des entreprises publiques, établissements et services publics demeurent l'apanage du parlement même si l'exercice de ces pouvoirs souffre de mêmes tares que celles qui handicapent l'action gouvernementale.

L'indépendance formelle du pouvoir judiciaire est bien sûr consacrée par le texte⁸⁰, mais en plaçant cette indépendance sous la garantie du chef de l'Etat, chef de l'exécutif, l'alinéa deux de l'article 147 de la Constitution de la transition semble ainsi, soumettant ce pouvoir à l'exécutif, retirer de la main gauche ce que l'alinéa un a donné de la main droite.

En outre, le pouvoir judiciaire nous semble frappé d'handicap congénital qui l'empêche de garantir totalement « les libertés individuelles et les droits fondamentaux des citoyens ». S'il faut remarquer que la meilleure garantie des droits de l'homme se situe dans le contrôle des dispositions et actes pris au sommet de la hiérarchie politique et juridique, il est inquiétant de constater que l'ordonnance-loi n° 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la cour suprême de justice, qui continue de régir la matière de contrôle de constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi, ainsi que des recours en interprétation de la Constitution de la transition, constitue sans plus ni moins un élément de l'édifice constitutionnel fictif hérité du parti-Etat, dont on ne peut espérer aucune application effective.

Tant que l'initiative du contrôle et de l'interprétation demeurera tributaire de la seule volonté du procureur général de la République⁸¹, à l'exclusion des victimes qui auraient pu s'en prévaloir, l'indépendance du pouvoir judiciaire, dont les membres sont exposés par les difficiles conditions d'existence et de travail à n'avoir comme unique arme de leur intégrité que leur bonne volonté, ne continuera que d'être un simple leurre ! De même, que peut-on espérer du changement des mentalités des magistrats dont le statut et les rémunérations continuent d'être régis par des lois devenues obsolètes⁸² ?

Dès lors que l'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas effectivement assurée en vue de limiter les éventuels abus de deux autres pouvoirs, l'exécutif et le législatif, et empêcher ainsi l'arbitraire, la séparation véritable des pouvoirs fait défaut et le critère du constitutionnalisme qui fait appel à la protection effective des droits de l'homme ne peut être rempli.

C. La promotion et la protection des droits de l'homme

Quarante-neuf articles du titre II réglementent les libertés publiques, les droits et devoirs fondamentaux du citoyen⁸³. Ce niveau de promotion des droits de l'homme démontre certes le souci du constituant de la transition d'accorder des garanties suffisantes à la meilleure protection de ces droits. Mais cela suffit-il pour en assurer une protection efficace lorsque l'on sait que l'un des piliers, si pas le plus important, de ses mécanismes, l'indépendance annoncée de l'autorité juridictionnelle, continue de battre de l'aile ?

La Constitution de la transition du 4 avril 2003 représente une grande garantie de protection des libertés. Outre le nombre des dispositions consacrées à cette matière⁸⁴, cette

⁸⁰ Article 147, alinéa 3 de la Constitution du 4 avril 2003.

⁸¹ Aux termes des articles 131, 132 et 133 de l'ordonnance-loi n°82-017 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice, qui organisent, en effet, le contrôle de la constitutionnalité à travers l'appréciation de la conformité des lois et actes ayant force de loi, l'interprétation de la Constitution et le sort des exceptions d'inconstitutionnalité, la compétence de saisir la Cour appartient au seul Procureur général de la République agissant, soit à la demande du Chef de l'Etat, à celles du Bureau du Parlement ou des juridictions de jugement saisies d'une exception d'inconstitutionnalité.

⁸² C'est l'ordonnance-loi n° 88-056 du 29 septembre 1988 qui continue, après abrogation de l'ordonnance-loi n° 82-018 du 31 mars 1982, de régenter le statut des magistrats avec les mentalités du militantisme et de la fidélité au guide enseignés par le Mouvement Populaire de la Révolution et les rémunérations de misère.

⁸³ Articles 15 à 63 de la Constitution de la transition du 4 avril 2003.

⁸⁴ Dans la loi fondamentale du 17 juin 1960, le colonisateur belge n'a eu recours qu'à seize dispositions (de articles 2 à 17) pour consacrer les libertés publiques. Par rapport au constituant de 1964 qui sembla davantage se préoccuper de la protection des droits fondamentaux en consacrant trente-trois dispositions à leur promotion (articles 13 à 45), le régime de Mobutu Sese Seko privilégia

Constitution se distingue par la consécration de plusieurs droits nouveaux. Outre des droits reconnus en faveur des personnes gardées à vue, la Constitution rend enfin opérationnel le droit de toute personne poursuivie en justice de se faire assister par un avocat ou un défenseur judiciaire de son choix « à tous les niveaux de la procédure pénale, y compris l'enquête policière et l'instruction pré-juridictionnelle »⁸⁵.

Parmi des droits nouveaux introduits par le texte sous examen, on peut, à titre exemplatif, citer le droit de refus d'exécution d'ordre manifestement illégal de l'article 25, les droits reconnus à l'enfant (articles 44 et 45), l'égalité de sexe par la protection des droits économiques, sociaux, culturels et politiques en faveur de la femme que consacrent les dispositions de l'article 51.

L'exercice de certains droits comme ceux reconnus en faveur des personnes gardées à vue ou des personnes détenues devant le Parquet et ses branchements est conditionné par la connaissance par les bénéficiaires de leurs droits aux fins de s'en prévaloir. Malgré les efforts déployés par les organisations de défense des droits de l'homme, la majorité de la population demeure encore analphabète et ignorante de ses droits. Par contre, des efforts sont entrepris grâce à des pressions de la communauté internationale pour que la femme retrouve sa place dans les institutions de la transition et participe effectivement à des activités auxquelles, il y a belle lurette, elle n'avait même pas voix au chapitre⁸⁶.

Le pouvoir de la transition a semblé vouloir combler la carence du pouvoir judiciaire découlant de son impuissance congénitale par l'institution de l'Observatoire national des droits de l'homme⁸⁷. Organisme de droit public congolais, l'ONDH est chargé de la promotion et de la protection des droits de l'homme conformément aux instruments juridiques nationaux et internationaux⁸⁸. Ses nombreuses attributions sont susceptibles de jouer un rôle de premier plan dans la défense des droits de l'homme⁸⁹. C'est dans ce cadre que cette institution a été amenée à relancer le Procureur de la Cour pénale internationale en vue de mener des investigations relatives aux violations massives des droits de l'homme en République démocratique du Congo depuis le 2 juillet 2002.

Il convient également de retenir que le pluralisme politique et syndical prôné par la Constitution, la liberté effective d'association et d'expression, le libre accès aux médias et la

la tendance de les maintenir en baisse avec quatorze dispositions dans la Constitution du 24 juin 1967 (articles 5 à 18), quinze dans la fameuse « révision » du 15 août 1974 (articles 12 à 26), vingt dans la loi du 15 février 1978 destinée à « permettre au peuple de s'exprimer démocratiquement » (articles 12 à 31). Même l'Acte constitutionnel de la transition du 9 avril 1994, qui avait la prétention de conduire le pays vers une « Troisième République véritablement démocratique » n'y consacre que vingt-huit dispositions (articles 9 à 36).

⁸⁵ Ce droit aussi clairement précisé dans le texte constitutionnel (article 21), contrairement aux textes précédents, qui renvoyaient les modalités de l'exercice de ce droit à leur détermination par une loi, consacre la fin des abus de tout bord perpétrés au niveau de la police et même du Parquet où, au nom du secret de l'instruction pré-juridictionnelle mal compris, les officiers de police judiciaire, inspecteurs judiciaires et même certains officiers du Ministère public ne toléraient pas « l'immixtion » des Conseils à l'instruction, méfiance sans doute justifiée par le souci de certains instructeurs « d'opérer » loin des yeux indiscrets des avertis des procédures légales.

⁸⁶ En attendant de signer et de ratifier le Protocole à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, relatif aux droits de la femme adopté le 11 juillet 2003 à la Deuxième session ordinaire de la Conférence de l'Union Africaine tenue à Maputo (Mozambique), qui prévoit la participation paritaire des femmes dans la vie de leurs pays, notamment au processus politique et à la prise de décision, la RDC est néanmoins membre à la Convention de la SADC sur les droits de la femme qui préconise le quota de 30% dans la participation aux institutions. C'est ainsi que des dispositions ont été prises pour assurer la représentation significative de la femme tout au moins dans toutes les institutions d'appui à la démocratie. Si l'on s'en tient à la Déclaration solennelle sur l'égalité entre les hommes et les femmes en Afrique faite à la Troisième session de la Conférence de l'Union Africaine tenue à Addis-Abeba (Ethiopie) du 6 au 8 juillet 2004, dans laquelle les Chefs d'Etat et de gouvernements de l'Union s'engagent à signer et à ratifier ce Protocole « d'ici à la fin de 2004 » et d'assurer son entrée en vigueur avant fin 2005, on serait tenté de croire à une véritable révolution imminente en faveur de la femme africaine en général et congolaise en particulier.

⁸⁷ L'une des institutions d'appui à la démocratie prévue par la Résolution n° DIC/CHSC/08 du Dialogue inter congolais, reprise dans l'Accord global et inclusif, Point V, voy. Journal Officiel de la RDC, N° spécial, 5 avril 2003, p. 54 et mise en place par l'article 154 de la Constitution de la transition en vue de « promouvoir et de protéger les droits de l'homme » (article 155, quatrième trait), l'ONDH est organisé et fonctionne conformément à la loi n° 04/019 du 30 juillet 2004.

⁸⁸ C'est la mission que lui confèrent les dispositions de l'article 5 de la loi n° 04/019 du 30 juillet 2004.

⁸⁹ Les nombreuses attributions que lui reconnaissent les dispositions de l'article 7 de sa loi organique l'amènent autant à influencer sur la conduite des autres institutions publiques à l'égard des droits de la personne humaine qu'à renforcer les capacités d'intervention des organisations de défense des droits de l'homme.

liberté de l'information permettent aux partis politiques et autres organisations syndicales ainsi qu'aux organisations de défense des droits de l'homme et des entreprises de presse de jouer un rôle-clé dans la protection des droits de l'homme.

Au sens général, toutes les dispositions d'une Constitution sont à la limite des « garanties », qu'il s'agisse de celles qui déclarent les droits ou de celles qui concernent le contrôle de constitutionnalité ou encore celles qui séparent les pouvoirs. Plus précisément, assurer une garantie des droits, c'est prévenir et réprimer la violation, c'est attacher des sûretés à leur exercice, c'est prévoir des sanctions en cas de leur transgression, comme le note Elizabeth Zoller⁹⁰. Aussi, l'efficacité des garanties judiciaires peut être renforcée par les garanties politiques, dont la plus importante est le bulletin de vote unanimement considéré comme la meilleure police d'assurance contre l'oppression. C'est l'expression concrète du principe de la souveraineté populaire au terme duquel le pouvoir des gouvernants émane du consentement des gouvernés. Pour que les gouvernements respectent les droits de l'homme, il n'est pas de meilleur moyen que de faire en sorte qu'ils soient investis (et le cas échéant désinvestis) du pouvoir qu'ils exercent par les titulaires de ces droits.

L'importance du droit de vote qui tarde à devenir réalité en République démocratique du Congo à cause des nombreux écueils⁹¹ sur le processus électoral n'est donc plus à démontrer dans la protection des droits de la personne humaine à cause de la sanction latente certes, mais efficace qui peut résulter de l'exercice libre, transparent et démocratique de ce droit.

A travers les développements faits sur l'analyse des éléments théoriques relatifs à l'élaboration et à l'agencement des dispositions de la Constitution de la transition du 4 avril 2003 et le fonctionnement réel des institutions de la transition, peut-on conclure que ce texte est conforme aux principes du constitutionnalisme ?

Au-delà de la nature juridique de l'acte qui fonde la Constitution de transition, le défaut de cohérence structurelle et fonctionnelle qui s'attache aux Constitutions ordinaires peut être expliqué par la durée limitée de ce régime exceptionnel et les objectifs poursuivis à terme par le constituant. Voilà pourquoi, en dépit des interrogations et atteintes aux conceptions démocratiques généralement véhiculées par la doctrine classique, la Constitution de transition s'intègre dans les nouveaux procédés de gestion et de résolution des différends politiques. Ce type d'instrument juridique bâti sur un accord de paix préalable a permis de par le monde de mettre fin aux conflits et d'instaurer un nouvel ordre politique dans les pays sans cesse minés par des conflits de légitimité.

Indépendamment des querelles théoriques quant à sa dénomination et à sa valeur intrinsèque, la réalité de l'existence d'une Constitution aujourd'hui apprivoisée par la population congolaise ne peut faire l'objet d'un quelconque doute. Cependant, son grand avantage ne sera capitalisé que si les acteurs politiques mettent à profit ce temps limité pour élaborer un nouvel ordre véritablement démocratique trouvant sa source dans une Constitution produite par le souverain primaire devant régir le pays démocratiquement à la suite de la transition.

En outre, la séparation de principaux pouvoirs de l'Etat apparaît tout de même à travers les règles qui les organisent malgré la difficulté pratique de concrétiser l'indépendance du pouvoir judiciaire, rempart de l'arbitraire qui pourrait découler des abus des pouvoirs exécutif et législatif et garant de la protection des droits de tous. Il nous semble qu'avec la suppression de la dépendance organique du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif consacrée par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 147 de la Constitution, la mise en place des nouvelles lois de procédure plus protectrices des droits des victimes et d'un nouveau statut des magistrats protégeant la stabilité de leur emploi et prévoyant des meilleures conditions de travail et de

⁹⁰ ZOLLER, E., *op. cit.*, p. 497.

⁹¹ Ces écueils sont tantôt d'ordre législatif à cause du retard pris dans l'élaboration des lois essentielles à la tenue des élections, tantôt d'ordre matériel ou d'ordre sécuritaire.

subsistance, l'institution « Cours et tribunaux » peut effectivement gagner ses lettres de noblesse et garantir ainsi la séparation effective des pouvoirs.

La Constitution de la transition s'est également distinguée en matière des droits de l'homme qu'elle a promus au plus haut degré de la hiérarchie juridique et en nombre jusque-là inégalé dans l'arsenal juridique congolais. La carence de leur protection efficace par les juridictions ne doit pas faire oublier le chemin parcouru grâce à l'apparition de nouvelles libertés publiques non expressément protégées jusque-là et le travail patiemment abattu par des corps intermédiaires comme les partis politiques, les syndicats, les organisations de défense des droits de l'homme, les organes de presse tant audio-visuelle qu'écrite dans la protection des droits de l'homme.

Lorsque l'on considère ce qu'a toujours été le respect des principes qui président à l'élaboration d'une Constitution, à la séparation des pouvoirs et à la protection des droits de l'homme depuis l'indépendance du Congo, il y a lieu de se réjouir de la tournure que semblent prendre les événements après analyse concrète de la situation pratique des institutions du pays. En effet, la majorité des textes constitutionnels congolais ont été imposés par le fait de prince⁹². L'élaboration de la Constitution de la transition a bénéficié d'un peu plus de consensus et d'un cadre plus élargi de tendances dont il était tenu compte.

Mises à part la plénitude des pouvoirs attribuée par le constituant de 1974 au président fondateur du Mouvement populaire de la révolution (MPR)⁹³ et la confusion de l'exercice des pouvoirs exécutif et législatif accaparé par Laurent Désiré Kabila⁹⁴, presque toutes les constitutions congolaises organisent, même formellement, la séparation de principaux pouvoirs. Bien que promus à des degrés divers, les droits de l'homme ont longtemps souffert d'une carence chronique de protection due non seulement à l'asservissement du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif, mais aussi à l'interdiction du pluralisme politique et syndical et au bâillonnement des associations de défense des droits de l'homme, des organes de presse ainsi qu'à la caporalisation de la vie publique et à la confiscation des libertés aussi fondamentales que celles d'association, d'expression et d'information.

L'heureux constat⁹⁵ du changement perfectible de certaines pratiques séculaires augure un avenir meilleur et nous permet de considérer que la Constitution de la transition congolaise a dû effectuer un pas dans la bonne direction vers le constitutionnalisme. Cette prédisposition à consacrer le constitutionnalisme peut utilement inspirer le constituant chargé de mettre en place un régime constitutionnel démocratique et un nouvel ordre politique⁹⁶.

D'abord, il s'agira pour celui-ci d'associer le souverain primaire au processus de mise en place de la nouvelle de la Constitution⁹⁷. Ensuite, en vue de consacrer une réelle séparation des pouvoirs, il lui importe de veiller à assurer une véritable indépendance du pouvoir judiciaire par la suppression de sa garantie par le chef de l'Etat, cordon ombilical qui le lie au pouvoir exécutif, de garantir l'inamovibilité des juges à travers un statut des magistrats non empreint des séquelles tant dénoncées des régimes précédents. Enfin, le maintien des droits protégés par la

⁹² C'est le cas de la Loi fondamentale, elle-même œuvre du parlement belge ; de toutes les Constitutions du régime Mobutu, y compris la Constitution du 24 juin 1967 malgré le bénéfice du plébiscite constitutionnel qui avait couronné son adoption ainsi que le Décret-loi constitutionnel institué par Laurent Désiré Kabila.

⁹³ Les articles 9 et 30 de la Loi n° 74-20 du 15 août 1974 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967.

⁹⁴ L'article 5 du décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République Démocratique du Congo.

⁹⁵ Le peuple semble s'être approprié de la Constitution, la séparation des pouvoirs est à l'ordre du jour, la liberté est plus réelle que formelle et l'impunité préoccupe tant les acteurs politiques que sociaux.

⁹⁶ Ce sont deux des objectifs assignés à la transition par l'Accord global et inclusif, Point II, voy. Journal Officiel de la RDC, N° spécial, 5 avril 2003, p. 52.

⁹⁷ Outre le Sénat qui est chargé par l'alinéa 2 de l'article 104 de la Constitution d'élaborer l'avant-projet de la Constitution et l'Assemblée nationale qui en adopte le projet (article 98, quatrième trait), la Commission électorale indépendante est chargée par l'article 7, *littera e*, de sa loi organique de « traduire en langues nationales et rendre public [en vue de le vulgariser] le projet de Constitution à soumettre au référendum populaire.

Constitution de la transition, voire leur augmentation, ainsi que le renforcement du pluralisme politique et syndical, de la liberté de la presse, d'association et d'expression, la multiplication des corps intermédiaires rejailliront sûrement sur la protection des droits humains.

Afin de remplir les conditions pour l'établissement et la consolidation d'un régime qui soit en droit et en fait constitutionnel, permettre l'instauration d'une véritable démocratie et assurer une protection des droits de l'homme plus grande et plus effective, la simple existence d'une Constitution ne suffit donc pas. Il est impérieux d'allier ces prescriptions constitutionnelles aux changements des mentalités des gouvernants quant à l'encadrement juridique du pouvoir. Sans la conviction que, dans un Etat de droit, tout le monde, gouvernants et gouvernés, doit être soumis aux règles juridiques et que la suprématie des dispositions constitutionnelles doit prévaloir sur les intérêts de tous, tous les textes constitutionnels élaborés par les meilleurs spécialistes du monde ne contribueront jamais à l'avènement du règne du constitutionnalisme en République démocratique du Congo.

Section 3 : La production par le pouvoir constituant démocratique

Les textes constitutionnels définitifs sont ces textes qui en appellent à l'intervention du peuple, véritable détenteur du pouvoir constituant originaire. Cette intervention, à défaut de se concrétiser par l'élaboration de l'ensemble des textes constitutionnels par leurs destinataires, se limite généralement à une prise de position finale sur un texte rédigé en dehors du peuple. C'est le référendum. Des fois, le peuple se contente de désigner un corps des représentants chargés de rédiger un texte qui entre en vigueur directement. Cette intervention est d'habitude porteuse d'une légitimité rassurante en faveur du texte constitutionnel.

L'exceptionnel mouvement de production constitutionnelle congolaise fait en majorité très peu cas de l'intervention populaire. Cependant, quelques rares exceptions peuvent être retenues. A l'actif de celles-ci, l'on peut noter le référendum organisé du 25 juin au 10 juillet 1964 pour régulariser la mise sur pied de la Constitution de Luluabourg,

dont l'élaboration s'est faite en violation des dispositions pertinentes et adéquates de la Loi fondamentale relative aux structures du Congo⁹⁸. Le référendum était donc destiné à remédier à ce vice.

La procédure de la naissance de la Constitution du 24 juin 1967 ne résulta pas non plus de l'application du texte fondamental antérieur. En effet, la Constitution du 1^{er} août 1964 prévoyait une procédure de modification de la norme fondamentale très complexe⁹⁹. La proclamation du Haut commandement de l'Armée nationale en disposa autrement. En prétendant s'appuyer sur l'intérêt supérieur du peuple et de la nation, la hiérarchie de l'Armée nationale congolaise dérogea curieusement¹⁰⁰ à la procédure constitutionnelle en procédant progressivement à la liquidation des institutions démocratiques¹⁰¹.

Comme en 1964, le référendum constitutionnel auquel recourut le pouvoir militaire du 4 au 24 juin 1967, lui permit d'utiliser le peuple comme simple sapeur-pompier aux fins de normaliser les situations extraconstitutionnelles produites par le fait accompli¹⁰².

Plus lâche que les textes antérieurs, la Constitution du 24 juin 1967 organise un système de révision sans dispositions intangibles. Tout ou partie de la Constitution pouvait être modifiée

⁹⁸ En mettant sur pied par O n° 298 du 27 novembre 1963 une Commission constitutionnelle chargée d'élaborer la Constitution, le chef de l'Etat violait non seulement les dispositions de l'article 4 de la Loi fondamentale, qui n'attribuent le pouvoir constituant qu'au « chef de l'Etat et aux deux chambres », mais aussi celles des 98 à 101 qui en fixent la procédure d'élaboration et d'adoption.

⁹⁹ L'initiative de révision, la procédure d'adoption, soumise à une stricte condition de majorité, et celle d'approbation sont prescrites par les dispositions des articles 175 à 177 de la Constitution du 1^{er} août 1964, *MC*, op. cit., pp. 44-45.

¹⁰⁰ Selon la proclamation des autorités militaires, les institutions démocratiques de la République, telles qu'elles étaient prévues par la constitution du 1^{er} août 1964, étaient maintenues.

¹⁰¹ De novembre 1965 à octobre 1966, le nouveau chef de l'Etat avait fini par acquérir le pouvoir législatif ordinaire.

¹⁰² En ce sens, voy. VUDISA MUGUMBUSHI, J.-N., « Changement de constitutions et déconstitutionnalisation des droits et libertés politiques en République Démocratique du Congo », *Rev. de Dr. Afric.*, n° 3, juillet 1997, p. 43.

en dehors de tout référendum, dont la convocation relevait de la volonté discrétionnaire du président de la République¹⁰³. Pareille ouverture a eu comme conséquence la liquidation progressive certes, mais totale des mécanismes de limitation de pouvoir mis en place par la Constitution de 1967 et la confusion de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul individu.

Seule la Constitution du 18 février 2006 a eu l'avantage de bénéficier d'une procédure plus ou moins régulière. Mises à part les tares qui ont présidé à la mise en place du parlement congolais¹⁰⁴ chargé de l'élaboration de son projet, les règles prescrites dans la Constitution de la transition du 4 avril 2003 semblent avoir été, sous l'œil scrutateur de la communauté internationale, scrupuleusement suivies. L'avant-projet une fois adopté par le Sénat a été soumis à l'assemblée nationale qui l'a transformé en projet sanctionné plus tard par l'approbation populaire à travers le référendum des 18 et 19 décembre 2005 avant la promulgation par le chef de l'État le 18 février 2006¹⁰⁵.

Bien que la révision de ladite Constitution ne soit pas déterminée dans le temps, celle-ci prévoit des matières constitutionnelles intangibles, éternellement insusceptibles d'être modifiées.

§1. La Constitution du 1er août 1964

Contrairement aux dispositions y relatives de la Loi fondamentale du 19 mai 1960, qui confèrent le pouvoir constituant au chef de l'État et aux deux chambres parlementaires, l'élaboration de la Constitution du 1^{er} août 1964 se situe dans le prolongement d'une crise, renforcée par le fonctionnement alambiqué des institutions issues de ladite loi, dont l'origine remonte à la table ronde politique de Bruxelles. Cette crise a des répercussions certaines quant au niveau de l'élaboration même de la nouvelle Constitution et de la mise en place des institutions politiques que dans la mise en état de nouvelles structures de l'État.

A. L'élaboration du texte constitutionnel

Une des missions principales des parlementaires de la première législature était certainement de mettre en place la Constitution définitive du Congo.

La mise sur pied de la Constitution du 1^{er} août 1964 n'a pu respecter la procédure prévue par la Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo. Aux termes desdites dispositions, l'élaboration de la Constitution est l'œuvre du pouvoir constituant selon une procédure qui prévoit les délibérations de deux tiers au moins de chacune des chambres législatives et l'approbation, non du peuple par référendum, mais bien des assemblées provinciales se prononçant aux deux tiers au moins de leurs membres étant présents¹⁰⁶.

En vue de comprendre les irrégularités qui avaient entouré l'élaboration de ladite Constitution, il va falloir faire un bref rappel historique de la situation qui prévalait avant la réunion de la commission constitutionnelle (a), avant de faire le point sur les travaux de cette commission (b) et de décrire la mise en place du texte (c).

¹⁰³ Aux termes de l'article 28 de la Constitution du 24 juin 1967, *MC*, op. cit., p. 568. « Le président de la République peut, après en avoir informé l'Assemblée nationale par un message et après avoir pris avis du bureau de celle-ci, soumettre au référendum tout texte qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple.

« Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le président de la République le promulgue dans les « délais prévus à l'article 51.

« La loi ainsi adoptée ne pourra au cours de la législature durant laquelle le référendum a été organisé, être modifiée que moyennant accord du président de la République ».

¹⁰⁴ Les députés et sénateurs ont été désignés par les composantes et entités au dialogue inter congolais.

¹⁰⁵ Cette procédure est ainsi prévue aux articles 104, 98 et 70 de la Constitution de la transition du 04 avril 2003, *JORDC*, 44^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, 5 avril 2003, pp. 26, 24 et 19.

¹⁰⁶ Il faut noter que cette procédure a été modifiée par la loi du 21 septembre 1963 qui abrogeait les articles 99 à 101 et modifiait l'article 98 en donnant compétence d'élaborer la Constitution à la chambre des représentants et au sénat réunis en assemblée constituante.

1. Rappel historique

Dans l'esprit du législateur belge, le délai d'élaboration de la Constitution définitive devait correspondre à la durée de la législature estimée entre trois ans au minimum et quatre ans au maximum¹⁰⁷. Quel que soit la situation sur le plan juridique, la nécessité d'élaborer une Constitution se fit sentir, en raison des tendances centrifuges déclenchées par la sécession, de plus en plus comme un besoin politique de stabilisation.

La sécession du Katanga et celle du Sud Kasai avaient détourné l'attention de l'exécutif vers les structures de l'Etat et du nombre de provinces. Ces deux préoccupations furent au centre des discussions de diverses tables rondes¹⁰⁸. Lors des entretiens de Léopoldville (avril-juin 1962)¹⁰⁹ entre Tshombe et Adoula, c'est la formule fédérale qui fut retenue et fut actée dans le plan Thant de réconciliation nationale.

En application de ce plan, quatre experts constitutionnalistes des Nations Unies élaborèrent un projet de constitution fédérale qui fut déposé par le gouvernement Adoula sur le bureau du parlement en novembre 1962. Les travaux de différentes commissions furent dominés par la préoccupation de concevoir une structure qui devait répondre à une double exigence apparemment contradictoire : accéder aux aspirations autonomistes des provinces et faire réintégrer le Katanga dans l'orbite du Congo.

La fin de la sécession katangaise en janvier 1963 modifia toutes les données du problème constitutionnel. Le gouvernement central étant dans l'impossibilité de faire valoir sur le terrain ses prérogatives théoriques¹¹⁰, les autorités provinciales auréolées du succès dû au bon fonctionnement relatif de nouvelles institutions avaient acquis l'autonomie dans toute une série de domaines réservés théoriquement au pouvoir central. Le relâchement général des liens sociaux et économiques, l'absence des partis politiques efficaces au niveau national et la création des ensembles plus ou moins homogènes renforcèrent le pouvoir provincial. Ces facteurs expliquent largement le renforcement paradoxal du courant en faveur d'une certaine autonomie régionale.

Paralysés par l'absentéisme et par l'incompétence des membres de la commission mixte sénat-chambre des représentants chargée d'étudier le projet constitutionnel, les travaux du projet gouvernemental furent freinés par l'opposition entre unitaristes et fédéralistes.

En vue de débloquer la situation, le président de la République convoqua¹¹¹ les chambres pour le 30 août 1963 en session extraordinaire de cent jours pour se constituer en assemblée constituante. Mais divers problèmes de procédure vinrent ralentir le démarrage de la session. Le climat de tension entre le gouvernement et le parlement décida le chef de l'Etat à clôturer prématurément la session extraordinaire, à dissoudre les chambres, à instituer une commission¹¹² chargée de l'élaboration d'un projet de Constitution à soumettre au référendum et à doter l'exécutif du pouvoir de légiférer par ordonnance-loi jusqu'à la promulgation de la Constitution¹¹³.

¹⁰⁷ Sauf en cas de dissolution, l'article 130 de la Loi fondamentale décide que « la première législature ne peut être inférieure à trois ans, ni supérieure à quatre ».

¹⁰⁸ C'est le cas des tables rondes de Léopoldville (25 janvier 1961), de Tananarive (8-12 mars 1961), de Coquilhatville (23 avril - 28 mai 1961)

¹⁰⁹ Le tout est parti du conclave de réconciliation de Lovanium encouragé par les Nations Unies, dont le conseil de sécurité avait pris une résolution dans ce sens le 21 février 1961.

¹¹⁰ Sur les tentatives en vue de la réintégration du Katanga, voy. « La tentative de réintégration du Katanga dans la République du Congo », *Courrier africain du CRISP*, 14 septembre 1962, 27 p.

¹¹¹ Cette convocation est faite par ordonnance n° 184 du 26 août 1963, *MC*, n° 16, p. 704.

¹¹² Par l'ordonnance n° 226 du 29 septembre 1963, *MC*, n° 17, p. 842, le chef de l'Etat dissout les chambres et transfère la compétence d'élaborer le projet de Constitution à une commission constitutionnelle.

¹¹³ Une deuxième ordonnance n° 227 de la même date, *MC*, n° 17, p. 849 transfère le pouvoir législatif à l'exécutif.

2. Travaux de la commission constitutionnelle

La composition de la commission constitutionnelle prévue par l'ordonnance n° 298 du 27 novembre 1963 (127 membres dont 84 représentaient les provinces)¹¹⁴ contrevenait à la loi du 21 septembre 1963 qui excluait les provinces de toute participation à l'élaboration de la Constitution. La grande majorité des membres de la commission estimaient que le bureau de la commission méritait d'être élu par l'assemblée plutôt que d'être imposé par le gouvernement.

Ce rappel historique montre combien la commission, réunie à Luluabourg du 10 janvier au 11 avril 1964, bénéficiait d'une ample maturation des données du problème constitutionnel congolais. Toutefois, les faiblesses des bases juridiques des assises de la commission devaient affecter le caractère qu'on allait conférer à ces travaux. Les inconstitutionnalités qui avaient entaché autant la création que la composition de la commission constitutionnelle devait sans doute affecter la valeur des travaux qui allaient en résulter¹¹⁵.

Même plus, un conflit avait même éclaté entre le gouvernement et la commission quant à l'interprétation de l'article 13 de l'ordonnance n° 298 du 27 septembre 1963 qui donnait droit du dernier mot au gouvernement en cas de divergence irréductible d'opinions. C'est donc avec raison que les délégués de la commission s'inquiétaient du sort que le gouvernement allait réserver à leur travail si ce dernier ne rencontrait pas sa faveur. Heureusement, à l'ouverture des travaux, le chef de l'Etat apaisa les esprits en qualifiant les membres de la commission comme étant mandatés par le peuple tout entier. La question de savoir si le gouvernement pouvait avoir le droit de remettre en question le fruit du travail élaboré par une commission représentative de l'opinion congolaise prenait ainsi tout son sens.

Ces inquiétudes étaient d'autant plus justifiées que la presse considérait la création de cette commission comme un moyen pour le gouvernement de détourner l'attention de l'opinion publique sur la crise du régime politique. Si l'attitude paradoxale de la presse l'amena à reconnaître le bien-fondé des prétentions juridiques du gouvernement sur son droit d'amendement, elle comprit néanmoins et approuva le point de vue de la commission¹¹⁶.

En soi, le problème juridique ainsi posé ne peut que rendre partiellement compte de l'ampleur du problème qui ne peut être saisi qu'en le situant dans une perspective d'opportunité politique. C'est à niveau que semble l'avoir situé le gouvernement qui, n'ayant pu faire admettre son droit d'amendement, finit par prendre un engagement de ne rien toucher du travail de la commission.

3. Mise en place du texte constitutionnel

Une fois, le projet de la commission constitutionnelle déposé devant au gouvernement, il restait à le soumettre à la censure du peuple pour son approbation comme texte constitutionnel conformément à la volonté du chef de l'Etat exprimé dans son ordonnance n° 226 du 29 septembre 1964.

Le principe même de l'adoption du projet de Constitution par voie de référendum n'était fondé sur aucune disposition de la Loi fondamentale qu'il violait. Il faut noter que ce n'est pas tant la valeur du procédé qui est en cause, mais plutôt le fait qu'il ne faisait pas partie des

¹¹⁴ Outre son président, Iléo et son secrétaire, Lihau, la commission était composée des représentants du gouvernement central, de chaque gouvernement et de chaque assemblée provinciaux, de chaque syndicat reconnu, de chaque association des employeurs reconnue, des coopératives, du conseil national de la jeunesse, de la presse, des organisations estudiantines, de l'église catholique, de l'église protestante et de l'église kimbanguiste.

¹¹⁵ Sur les controverses sur la valeur à accorder aux travaux de la commission constitutionnelle de Luluabourg, voy. DJELO EMPENGE OSAKO, Contribution à l'étude des tendances fédéralistes et unitaristes dans l'évolution politique et constitutionnelle du Zaïre, op. cit., pp. 292-298.

¹¹⁶ Sur ces opinions de la presse, voy. *Le courrier d'Afrique*, 14, 17, 18 et 20 avril 1964 ; *Présence congolaise*, 18 avril 1964 et *Voix du Katanga*, 18 avril 1964.

institutions nationales, lesquelles prévoyaient l'adoption de la Constitution comme devant résultant d'un acte du pouvoir constituant.

Il est vrai que le recours au référendum constitutionnel du 25 juin au 10 juillet 1964 présentait un avantage certain par rapport à la procédure de la Loi fondamentale. En effet, le vote affirmatif du peuple au texte proposé, l'adhésion au projet de la nouvelle société démocratique ne peut être plus expresse. Adopté comme démontré ci-haut, la nouvelle Constitution définitive du Congo fut promulguée par le chef de l'Etat le 1^{er} août 1964.

Le droit étant non seulement le fond, mais surtout la forme, ce vice est bien sûr critiquable. Mais le recours au référendum constitutionnel pouvait remédier au vice dans la mesure où l'intervention du titulaire de la souveraineté dans le processus peut être considérée comme un mécanisme correcteur. Mais il reste à se poser la question de savoir si, en raison du niveau de culture sociopolitique de l'époque, tous les votants avaient pu apprécier dans toute sa dimension la portée du choix opéré. C'est là une autre question, dont l'actualité demeure vivante à ce jour au regard de l'organisation du processus lui-même qui se réduit à répondre par oui ou par non l'acceptation ou le rejet du texte proposé.

B. Les vestiges politiques de la Loi fondamentale du 19 mai 1960

L'ancienne colonie belge héritait ainsi d'un système juridique voisin de celui de son ancienne métropole, tel que le confirme Scheyven :

« Nous avons présenté au Congo un système politique voisin du nôtre, puisqu'ils ont des bases communes. Il y a des assemblées provinciales, un système bicaméral au niveau national, un chef d'État irresponsable, un chef de gouvernement responsable... »¹¹⁷.

La pratique des institutions mises en place par le parlement belge ne consacra pas la concordance nécessaire entre les impératifs du droit constitutionnel et la réalité politique. L'effort d'adaptation des dirigeants pour contourner le texte constitutionnel, devenu obstacle à l'accroissement de l'équation personnelle grâce à la concentration des pouvoirs que semblaient recommander les traditions, les amena à commettre de fréquentes entorses à l'esprit et même à la lettre de la Loi fondamentale. Dans cette perspective, face au régime parlementaire qui lui recommandait de s'effacer, le président Kasavubu affichera l'attitude d'un chef de l'État « actif » et même, en réinterprétant la Constitution selon son propre modèle de gouvernement, il apparaîtra comme un véritable chef de gouvernement. Cette réalité du pouvoir sera consacrée par le constituant de Luluabourg qui, semblant entériner les fréquentes violations de la Loi fondamentale par le chef de l'Etat, constitutionnalise un rôle plus actif du président de la République dans les nouvelles institutions.

Bien que le constituant de 1964 tente d'éviter les pesanteurs qui auront empêché la Loi fondamentale de régir normalement les institutions, il soumet l'entrée en fonction du gouvernement à l'approbation du parlement réuni en congrès national comme si l'ancien système dans lequel le gouvernement répondait de sa responsabilité devant le parlement subsistait encore. Les vestiges du parlementarisme de 1960, qui permettent au parlement d'intervenir dans l'investiture du gouvernement nommé librement par le chef de l'État, ne compensent malheureusement pas la dangereuse immixtion de l'exécutif dans le travail de législation. Celle-ci facilite, par contre, la dépendance du parlement au chef de l'État, qui demeure seul maître à bord.

La tendance à la personnalisation complète de tous les pouvoirs d'État qui avait prévalu la veille de l'élaboration de la nouvelle Constitution semblait avoir la peau dure au point de résister aux dispositions constitutionnelles de limitation les plus ardues. Le chef de l'État n'exerçait-il

¹¹⁷ C'est le résumé qu'en fait Raymond SCHEYVEN, ministre chargé des affaires économiques du Congo dans son discours prononcé le mercredi 27 avril 1960 à la Conférence financière, économique et sociale, cité par BOMANDEKE BONYEKA, *Le parlement congolais sous le régime de la Loi fondamentale*, op. cit., p. 359.

pas déjà des prérogatives législatives que ne lui reconnaissait pas la Loi fondamentale ? Le constituant de Luluabourg ne vient-il pas briser cette stricte « compartimentalisation » des pouvoirs d'État entre les organes en reconnaissant à nouveau quelques prérogatives législatives à l'exécutif ?

Outre des procédés de collaboration organique passagère, une collaboration fonctionnelle permanente réside non seulement dans l'initiative concurrente des lois et des révisions constitutionnelles, dans la promulgation par le chef de l'État des lois votées par le parlement et la participation des ministres aux travaux parlementaires, mais aussi par l'exercice délégué ou exceptionnel du pouvoir législatif par le chef de l'exécutif.

Le pouvoir législatif est certes exercé par la chambre des députés et le sénat, mais l'exécutif intervient dans le travail de législation autant par l'initiative des lois et la participation des ministres aux travaux parlementaires que par la promulgation de ces lois par le chef de l'État¹¹⁸. Le pouvoir législatif peut être cependant exercé par le chef de l'État sur délégation des chambres¹¹⁹ ou d'office dans certains cas¹²⁰.

Dans sa lettre et dans son esprit, la Constitution du 1^{er} août 1964 consacre certes la séparation des principaux pouvoirs de l'État. Au sein de tout pouvoir, elle attribue des compétences précises à chacun des organes. Dans le fonctionnement des institutions, le chef de l'État n'a pas oublié les mauvaises manies du système précédent dans lequel tous les pouvoirs de l'État lui appartenaient.

C'est pourtant éviter à l'avenir pareille situation que le nouveau texte constitutionnel choisit de s'éloigner de la nature du régime de la Loi fondamentale. Cependant, sans projet précis de société, dont la Constitution aurait dû être la mise en œuvre, le régime instauré en 1964 était lui aussi incapable d'imprimer au pays une orientation tendant, grâce aux mécanismes d'équilibre, de dosage entre groupes et régions, entre forces politiques et groupes tribaux et claniques, à contribuer à une stabilité politique nécessaire pour bâtir l'inclusion supra-tribale, gage d'une véritable stabilité et du progrès général.

Après le coup d'État de novembre 1965, bien que le Haut commandement de l'armée nationale congolaise ait proclamé la conformité du fonctionnement des institutions à la Constitution en vigueur, une certaine concentration du pouvoir tant exécutif que législatif entre les mains du chef de l'État a été constatée.

Le glissement des pouvoirs réels en faveur du président de la République se fait sentir chaque jour davantage non seulement dans les actes antérieurs à la transformation de la structure de l'exécutif central, ceux destinés à disputer le pouvoir législatif au parlement, mais bien sûr aussi à travers l'ordonnance n° 66-612 du 27 octobre 1966 conférant au président de la République les pouvoirs du premier ministre¹²¹, qui finit par tordre le cou à l'exercice constitutionnel du pouvoir exécutif.

Nous devons donc chercher à mieux comprendre la tournure que prend le régime régi par la Constitution du 1^{er} août 1964 à travers une lecture attentive des premiers actes du nouveau chef de l'État autant sur le pouvoir législatif que sur le pouvoir exécutif.

À partir de ses premiers actes de pouvoir, comme l'ordonnance-loi n° 65-7 du 30 novembre 1965 accordant des pouvoirs spéciaux au président de la République¹²², l'ordonnance-loi n° 66-

¹¹⁸ Art. 90, 86 et 60, Constitution du 1^{er} août 1964, *MC, op. cit.*, pp. 23 et 24, 23, 16 et 17.

¹¹⁹ Art. 95, Constitution du 1^{er} août 1964, *MC, op. cit.*, p. 25.

¹²⁰ Art. 96, Constitution du 1^{er} août 1964, *idem*.

¹²¹ O n° 66-612 du 27 octobre 1966 conférant au président de la République les pouvoirs du premier ministre, *MC*, 7^{ème} année, n° 21 du 15 novembre 1966, pp. 846-847.

¹²² OL n° 65-7 du 30 novembre 1965 accordant des pouvoirs spéciaux au président de la République, *MC*, 7^{ème} année, n° 1 du 1^{er} janvier 1966, p. 2.

92 du 7 mars 1966 attribuant le pouvoir législatif au président de la République¹²³ et l'ordonnance-loi n° 66-621 du 21 octobre 1966¹²⁴ relative aux pouvoirs du président de la République et au parlement, le nouveau chef de l'État s'accapare sans mesure, au détriment du parlement, du pouvoir législatif.

L'ordonnance-loi n° 65-7 du 30 novembre 1965, bien que se référant à la proclamation du Haut commandement de l'armée nationale congolaise et à la Constitution du 1^{er} août 1964, accorde des pouvoirs spéciaux au président de la République¹²⁵. Le régime des ordonnances-lois à travers lequel le nouveau chef de l'État exerce désormais le pouvoir législatif est une marque évidente de la tendance à la concentration des pouvoirs qui va caractériser le nouveau régime.

Si l'ordonnance-loi n° 65-92 du 30 novembre 1965 laisse subsister un semblant de contrôle du parlement sur l'exercice par le président de la République du pouvoir législatif¹²⁶, l'ordonnance-loi n° 66-92 du 7 mars 1966 attribue carrément tout le pouvoir législatif au chef de l'État¹²⁷. Le président de la République devient ainsi le législateur ordinaire et le parlement n'est plus alors que simplement informé des mesures législatives édictées par le chef de l'État.

Non seulement l'ordonnance-loi susvisée ne fait nullement référence ni à la Constitution du 1^{er} août 1964, ni encore à la proclamation du Haut commandement de l'Armée nationale congolaise, qui semblent maintenant si loin du théâtre de l'exercice du pouvoir politique, mais aussi sa substance ne semble plus tirer de fondement que de la volonté propre du seul président de la République.

La référence de l'ordonnance-loi n° 66-621 du 21 octobre 1966, restituant le pouvoir législatif au parlement, à l'article 90 de la Constitution dans son préambule et aux autres articles de ladite Constitution en son article 2 ne permet nullement de retourner à la conformité de la Constitution du 1^{er} août 1964. Certes l'ordonnance-loi sous examen semble se rapprocher des dispositions de ladite Constitution par la restitution du pouvoir législatif au parlement, le président de la République ne pouvant l'exercer qu'exceptionnellement en cas d'urgence.

La concentration des pouvoirs semble avoir paru insuffisante au président de la République. Aussi, fallait-il, en plus de la compétence législative exercée sans autorisation ni contrôle du parlement, s'adjuger de la plénitude du pouvoir exécutif que semblait diluer la présence d'un premier ministre.

La Constitution de 1964 avait institué le bicéphalisme de l'exécutif même si, ayant le dernier mot, le président de la République était le vrai chef du gouvernement. C'est en sa qualité de chef de l'exécutif que le chef de l'État prit l'ordonnance n° 66-612 du 27 octobre 1966 conférant au président de la République les pouvoirs du premier ministre.

C'est donc par un simple acte réglementaire que le chef de l'État supprima le poste de premier ministre, pourtant prévu par la Constitution. À partir de ce moment, plus rien ne pouvait empêcher le président de la République d'exercer les attributions dévolues au premier

¹²³ OL n° 66-92 du 7 mars 1966 relative aux pouvoirs du président de la République et du parlement, *MC*, 7^{ème} année, n° 7 du 15 avril 1966, p. 158.

¹²⁴ OL n° 66-621 du 21 octobre 1966 relative aux pouvoirs du président de la République et du parlement, *MC*, 8^{ème} année, n° 1 du 1^{er} janvier 1967, p. 601.

¹²⁵ Cette ordonnance-loi confère au président de la République la compétence de prendre, par ordonnance-loi, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

¹²⁶ Non seulement les ordonnances-lois prises sous le régime de l'ordonnance-loi du 30 novembre 1965 devaient être déposées sur le bureau de l'une des chambres dans les deux mois de leur signature, même si l'on ne sait pas trop bien pourquoi faire, mais ladite ordonnance-loi ne déposait pas le parlement de son pouvoir législatif ordinaire.

¹²⁷ Le parlement semble déposséder totalement de son pouvoir législatif même si les ordonnances-lois à prendre par le chef de l'État dans le cadre de ce nouveau pouvoir devaient être « transmises pour information à la chambre des députés et au sénat dans les deux mois qui suivent la date de leur signature ».

ministre, notamment la coordination quotidienne de l'action gouvernementale et des services administratifs, l'autorité plus directe sur chacun des membres du gouvernement¹²⁸.

C. La double forme de l'Etat congolais de 1964

Sur la forme de l'Etat congolais, l'héritage du compromis de la Loi fondamentale entre les fédéralistes et les unitaristes n'a pas cessé de hanter la Constitution définitive du Congo. Comme pour les travaux des autres commissions antérieures, la commission constitutionnelle de Luluabourg semble avoir été aussi préoccupée par le souci de concevoir une structure qui devait répondre à une double exigence apparemment contradictoire : accéder aux aspirations autonomistes des provinces et assurer l'unité et l'intégrité du Congo contre les tentations sécessionnistes. La Constitution du 1^{er} août 1964 semble être la consécration des forces centrifuges.

Cependant, comme contourner des fantômes d'antan, le constituant de 1964 réserva une solution bien originale à ce problème récurrent : non seulement il présenta à la censure du peuple deux textes constitutionnels avec une structure contradictoire, mais surtout il programma l'entrée en vigueur de ces textes aussi méthodiquement possible.

Le premier texte, promulgué le même jour que le deuxième, avec une terminologie unitariste de la République démocratique du Congo, entrainé en vigueur au jour de sa promulgation. L'entrée en vigueur du deuxième texte, avec une terminologie fédéraliste de la République fédérale du Congo, vu pour être annexé à la Constitution du 1^{er} août 1964, est différée, conformément au prescrit de l'article 178 de la Constitution, première version, au début de la troisième législature, soit au plus tôt dans dix ans.

§2. La Constitution du 24 juin 1967

La procédure de la naissance de la Constitution du 24 juin 1967 ne résulta pas non plus de l'application du texte fondamental antérieur. En effet, la Constitution du 1^{er} août 1964 prévoyait une procédure de modification de la norme fondamentale très complexe¹²⁹. La proclamation du haut commandement de l'armée nationale en disposa autrement. En prétendant s'appuyer sur l'intérêt supérieur du peuple et de la nation, la hiérarchie de l'armée nationale congolaise dérogea curieusement¹³⁰ à la procédure constitutionnelle en procédant progressivement à la liquidation des institutions démocratiques¹³¹.

Comme en 1964, le référendum constitutionnel auquel recourut le pouvoir militaire du 4 au 24 juin 1967, lui permit d'utiliser le peuple comme simple sapeur-pompier aux fins de normaliser les situations extraconstitutionnelles produites par le fait accompli¹³².

Dans sa version initiale, la Constitution du 24 juin 1967 consacre la séparation des pouvoirs¹³³ et le bipartisme¹³⁴, mais à travers ses multiples révisions apparaît non seulement la confusion des pouvoirs, mais aussi le monolithisme politique et institutionnel¹³⁵.

¹²⁸ Le président de la République dispose désormais sur chaque membre d'un pouvoir discrétionnaire de nomination (art. 62, al. 1 et 65, al. 2 de la Constitution de 1964) et de révocation (art. 62, al. 3 de la Constitution de 1964) ainsi la répartition sans entrave des portefeuilles ministériels (art. 65, al. 3 de la Constitution de 1964), *MC, op. cit.*, pp. 17 et 18, 17, 18.

¹²⁹ L'initiative de révision, la procédure d'adoption, soumise à une stricte condition de majorité, et celle d'approbation sont prescrites par les dispositions des articles 175 à 177 de la Constitution du 1^{er} août 1964, *MC, op. cit.*, pp. 44-45.

¹³⁰ Selon la proclamation des autorités militaires, les institutions démocratiques de la République, telles qu'elles étaient prévues par la constitution du 1^{er} août 1964, étaient maintenues.

¹³¹ De novembre 1965 à octobre 1966, le nouveau chef de l'Etat avait fini par acquérir le pouvoir législatif ordinaire.

¹³² En ce sens, voy. VUDISA MUGUMBUSHI, J.-N., « Changement de constitutions et déconstitutionnalisation des droits et libertés politiques en République Démocratique du Congo », *Rev. de Dr. Afric.*, n° 3, juillet 1997, p. 43.

¹³³ Art. 56 de la Constitution du 24 juin 1967, *MC, op. cit.*, p. 574.

¹³⁴ L'article 4 de la Constitution du 24 juin 1967, *MC, op. cit.*, p. dispose : « Les partis politiques concourent à l'expression du suffrage. Il ne peut être créé plus de deux partis politiques dans la République. Les partis politiques s'organisent et exercent leurs activités librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale, de la démocratie et des lois de la République ».

¹³⁵ Déjà l'une des premières révisions, la loi n° 70-001 du 23 décembre 1970, *MC, n° 1* du 1^{er} janvier 1971, institue le Mouvement populaire de la révolution comme parti unique et l'érige en une des principales institutions de la République.

Plus lâche que les textes antérieurs, la Constitution du 24 juin 1967 organise un système de révision sans dispositions intangibles. Tout ou partie de la Constitution pouvait être modifiée en dehors de tout référendum, dont la convocation relevait de la volonté discrétionnaire du président de la République¹³⁶. Pareille ouverture a eu comme conséquence la liquidation progressive certes, mais totale des mécanismes de limitation de pouvoir mis en place par la Constitution de 1967 et la confusion de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul individu.

Les principales modifications aux multiples textes constitutionnels, qui suivirent les désirs des dirigeants politiques de renforcer leurs pouvoirs n'ont cessé de rivaliser d'ardeur dans l'imposition aux gouvernés de la volonté des gouvernants.

C'est ainsi que les profondes modifications qui suivirent les perpétuelles tendances à la personnalisation à outrance du pouvoir étatique vont transformer le constituant congolais en une machine inusable de production sans pareil au monde des Constitutions, les unes plus éloignées que les autres des textes de base au point de n'avoir plus en commun que la seule référence à la date du 24 juin 1967¹³⁷.

Si, au niveau des options politiques, le nouveau constituant ne s'éloigne pas trop de l'esprit de la Constitution de 1964, il s'en démarque pourtant suffisamment des fantômes des confrontations fédéralistes et unitaristes : la Constitution du 24 juin 1967 se prononce sans tergiverser pour la forme unitaire de l'Etat. Centralisé au départ, elle n'adoptera, beaucoup plus tard, la forme décentralisée que par pur style¹³⁸.

Le changement de système de gouvernement, qui résulta de ces diverses révisions les unes plus amples que les autres - mais toutes destinées à asseoir le pouvoir sans limites du président fondateur du MPR et, de droit, président d'une République simplement symbolique -, aboutit à une telle métamorphose que, finalement, rien ne pouvait plus indiquer qu'il s'agissait d'un même système en vigueur en 1967 amélioré éventuellement par modification jusqu'à la suppression de la Constitution du 24 juin 1967. Le fonctionnement effectif des institutions nous éclairera davantage quant à ce.

§3. La Constitution du 18 février 2006

Parmi les principaux objectifs poursuivis par la transition régie par la Constitution du 4 avril 2003, il y avait non seulement l'organisation d'élections libres et transparentes à tous les niveaux permettant la mise en place d'un régime constitutionnel démocratique, mais aussi la mise en place des structures devant aboutir à un nouvel ordre politique¹³⁹.

Source de légitimité pour les institutions politiques congolaises actuelles, la Constitution du 18 février 2006 apparaît comme un texte de compromis multiples. Cette tendance à faire des compromis est visible non seulement dans le processus de sa mise en place (1), mais aussi dans son contenu (2) et dans ses principales options (3).

¹³⁶ Aux termes de l'article 28 de la Constitution du 24 juin 1967, *MC, op. cit.*, p. 568. « Le président de la République peut, après en avoir informé l'Assemblée nationale par un message et après avoir pris avis du bureau de celle-ci, soumettre « au référendum tout texte qui lui paraît devoir exiger la consultation directe du peuple.

« Lorsque le référendum a conclu à l'adoption du projet, le président de la République le promulgue dans les « délais prévus à l'article 51.

« La loi ainsi adoptée ne pourra au cours de la législature durant laquelle le référendum a été organisé, être modifiée que moyennant accord du président de la République ».

¹³⁷ Avec l'OL n° 70-025 du 17 avril 1970, les Loi n° 70-001 du 23 décembre 1970, Loi n° 71-006 du 29 octobre 1971, Loi n° 71-007 du 19 novembre 1971, Loi n° 71-008 du 31 décembre 1971, Loi n° 72-003 du 5 janvier 1972, Loi n° 72-008 du 3 juillet 1972, Loi n° 73-014 du 5 janvier 1973, Loi n° 74-020 du 15 août 1974, Loi n° 78-010 du 15 février 1978, Loi n° 80-007 du 19 février 1980, Loi n° 80-012 du 5 novembre 1980, Loi n° 82-004 du 31 décembre 1982, Loi n° 88-004 du 27 janvier 1988, Loi n° 88-009 du 27 juin 1988, Loi n° 90-002 du 5 juillet 1990 et Loi n° 90-008 du 25 novembre 1990, dont les sources sont déjà citées dans l'introduction de ce travail, p. 10, la Constitution du 24 juin 1967 aura en effet été modifiée et complétée dix-sept fois en vingt-trois ans. Toutes ces modifications les unes plus importantes que les autres ont en commun d'avoir tenu le peuple à l'écart tant de leur élaboration que de leur approbation.

¹³⁸ OL n° 82-006 du 25 février 1982 portant organisation territoriale, politique et administrative de la République du Zaïre.

¹³⁹ Ce sont les objectifs de la transition prescrits par l'Accord global et inclusif signé à Pretoria le 17 décembre 2002 et adopté à Sun City le 1^{er} avril 2003, *JO*, 44^{ème} année, Kinshasa, numéro spécial, 5 avril 2003, p. 52.

A. La mise en place du texte constitutionnel¹⁴⁰

L'élaboration de la Constitution du 18 février 2006 devait permettre la tenue des élections libres et transparentes et la mise en place d'un régime constitutionnel démocratique¹⁴¹. La Constitution de la transition du 4 avril 2003, qui avait coulé sous forme des normes constitutionnelles les résolutions de l'Accord global et inclusif, avait chargé le sénat d'élaborer l'avant-projet de Constitution¹⁴² et l'assemblée nationale, d'en adopter le projet à soumettre au référendum¹⁴³.

L'œuvre constituante amorcée au lendemain de la mise en place des institutions du compromis trouvé en terre sud-africaine par les leaders politiques et sociaux congolais a constitué un enjeu politique majeur pour les acteurs politiques nationaux et la communauté internationale. Les intérêts politiques en présence semblent avoir recommandé aux rédacteurs du texte de négocier constamment avec les principaux acteurs politiques et de contenter les plus nuisibles d'entre eux¹⁴⁴.

Dans cet intervalle, en effet, les acteurs politiques se sont donnés à cœur joie à agiter, s'appuyant sur l'émergence des idées sécessionnistes, la prolifération des rébellions et des guerres civiles à peine maîtrisées, le spectre de la partition du pays au lendemain d'un processus constitutionnel mal négocié. Le compromis devait donc logiquement être pris en compte en vue de maintenir la stabilité politique et l'équilibre nécessaire entre les forces politiques et sociales en présence.

La communauté internationale, elle-même, qui semblait tenir le bon bout à cause du financement de la paix et de l'organisation des élections qui conduiraient à la bonne fin du processus de mise en place d'un nouvel ordre politique, avait régulièrement suggéré le besoin de compromis entre les espérances des uns et celles des autres. Elle est même allée jusqu'à s'impliquer, elle-même, dans la formulation de certaines dispositions constitutionnelles. C'est ainsi que les experts chargés par elle de suivre la rédaction du projet n'ont pas hésité à insister sur l'adoption de telle forme de l'Etat, de tel régime politique qui ne porteraient pas de germe d'exclusion.

Le contexte de l'élaboration de la Constitution du 18 février 2006 aura été un exemple type d'un texte qui s'est trouvé au centre des compromis non seulement entre les acteurs congolais eux-mêmes, mais surtout entre ceux-ci et la communauté internationale, dont les experts ont mis la main à la pâte pour couler en moule juridique parfois les pensées les plus cachées de leurs maîtres.

Les interventions de la communauté internationale ne se sont pas limitées aux simples conseils et suggestions, elles sont allées jusqu'à des pressions exercées sur le constituant congolais et même des injonctions au point de faire considérer, par certains chercheurs, ladite Constitution comme « un texte octroyé au Congo par la communauté internationale et ses experts »¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Sur le processus d'élaboration et d'adoption de la Constitution du 18 février 2006, voy. ESAMBO KANGASHE, J.-L., *La Constitution du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, Louvain-La-Neuve, Academia-Bruylant, 2010, pp. 39-99.

¹⁴¹ C'est parmi les principaux objectifs assignés à la transition par l'Accord global et inclusif sur la transition de la République Démocratique du Congo.

¹⁴² Art. 104, al. 2 de la Constitution du 4 avril 2003, *JO*, op. cit., p. 26.

¹⁴³ Art. 98, al.1 de la Constitution du 4 avril 2003, *JO*, op. cit., p. 24.

¹⁴⁴ Aucun acteur politique majeur n'était disposé à offrir au concurrent le pouvoir politique à travers un texte qui semblait taillé sur mesure. Il fallait donc, à travers ce texte, fondement de l'organisation prochaine des élections, gérer les ambitions des uns et des autres.

¹⁴⁵ Voy. BASUE BABU KAZADI, G., « Relecture de certaines conditions d'existence de l'Etat », in BULA-BULA SAYEMAN (dir.), *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise, Liber Amicorum Marcel Antoine LIHAU*, Kinshasa, PUK et Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 113.

Bien que le concours de la communauté internationale ait aidé le processus d'élaboration du texte constitutionnel à aboutir, ses interventions incessantes fait penser à Jean Louis Esambo¹⁴⁶ que le processus constitutionnel congolais a conduit à une certaine internationalisation de l'exercice du pouvoir constituant national.

Malgré ces interventions qui servent l'argument à l'extranéité du texte constitutionnel congolais du 18 février 2006, l'adoption de son projet par le parlement congolais, même non élu, et surtout son approbation par référendum populaire du 18 au 19 décembre 2005 semblent avoir apporté à ce texte un grand correctif qui fait de la Constitution du 18 février 2006 un texte constitutionnel légitime. Il faut surtout rappeler que dans la finalisation de l'avant-projet de Constitution, le sénat congolais eut même à recourir à des consultations populaires préliminaires sur les différentes options à être levées par le constituant.

Mais auparavant, le projet du texte constitutionnel adopté à l'assemblée nationale a déclenché une grande controverse dès son adoption. Ses défenseurs et ses pourfendeurs se recrutent tant dans les milieux du pouvoir en place, de la communauté internationale que des intellectuels proches de l'opposition politique.

Pour les uns, avec Joseph Kabila en tête, l'adoption de ce texte constituait « une étape décisive dans le processus de la transition conduisant à l'organisation des élections libres, démocratiques et indépendantes »¹⁴⁷. La satisfaction du chef de l'Etat est partagée par la communauté internationale, qui juge le texte « équilibré, ouvrant au Congo et aux Congolais des nouvelles perspectives »¹⁴⁸.

D'autres voix se sont élevées pour dénoncer la manière dont le texte a été rédigé et adopté. Alors que Mukadi Bonyi y voit une copie à refaire¹⁴⁹, Auguste Mampuya trouve qu'il faut réécrire le texte tant il contient d'innombrables imperfections et incohérences¹⁵⁰. « Essentiellement tourné vers l'extérieur pour assouvir les appétits gloutons des Occidentaux aux dépens des intérêts vitaux des Congolais et des patriotes nationalistes », Victor Mboyo Empenge qualifie ce texte « d'extériste »¹⁵¹. Jacques Djoli Eseng'ekeli lui reproche de manquer d'identité¹⁵².

Les divergences constatées tant au niveau de l'avant-projet qu'à celui du projet de Constitution aussi bien dans les conditions d'éligibilité à la présidence de la République et celles d'érection d'une entité en province que dans la promotion et la protection des droits de la femme, la forme de l'Etat et le régime politique ont nécessité un consensus constitutionnel sans lequel la Constitution n'aurait pu être ce fondement des institutions politiques du pays.

B. Le contenu de la Constitution du 18 février 2006

Le consensus constitutionnel se retrouve dans le contenu-même de la Constitution du 18 février 2006 tant au niveau des rapports institutionnels établis qu'à celui des questions dites sensibles (a), de la séparation des pouvoirs (b), de la promotion et de la protection des droits fondamentaux (c) et de la protection de la démocratie (d).

¹⁴⁶ ESAMBO KANGASHE, J.-L., *La Constitution du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, op. cit., p. 83.

¹⁴⁷ C'est ce que Joseph Kabila soutient dans son message à la nation transmis par son discours devant les deux chambres du parlement réuni en congrès le 16 mai 2006, dont l'extrait est publié dans *Congo-Afrique*, n° 397, Kinshasa, septembre 2005, p. 2.

¹⁴⁸ Commentaire repris par ESAMBO KANGASHE, J.-L., *La Constitution du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, op. cit., p. 70.

¹⁴⁹ MUKADI BONYI, *Projet de Constitution de la République Démocratique du Congo. Plaidoyer pour une relecture*, Kinshasa, CRDS, 2005, pp. 7-35.

¹⁵⁰ MAMPUYA KAN'UNKA TSHIABU, A., *Espoirs et déception de la quête constitutionnelle congolaise. Clés pour comprendre le processus constitutionnel du Congo-Kinshasa*, Nancy-Kinshasa, AMA-BNC, 2005, pp. 99-112.

¹⁵¹ Voy. Lettre ouverte adressée le 15 décembre 2005 à la nation congolaise et à la communauté internationale, notamment à partir de laq page 152, citée par ESAMBO KANGASHE, J.-L., *La Constitution du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, op. cit., p. 71.

¹⁵² DJOLI ESENG'EKELI, J., « Problématique de l'identité du projet constitutionnel », *Congo-Afrique*, n° 397, op. cit., pp. 23-26.

1. *Des questions sensibles*

Au moment de la rédaction du texte constitutionnel, les auteurs doivent garder à l'esprit les aspirations, les préoccupations exprimées ou non, des habitudes, des usages, des expériences vécues par les destinataires du texte constitutionnel. Le constituant doit s'efforcer de tirer les éléments positifs de l'héritage constitutionnel du pays et garder l'œil rivé sur l'avenir en vue de baliser, par des dispositions pertinentes, la voie vers un nouvel ordre politique de stabilité et de prospérité.

La rédaction du texte constitutionnel de 2006 s'est certainement inspiré de l'héritage immédiat de l'Accord global et inclusif pour garantir la paix et la stabilité indispensables à l'organisation des élections apaisées. Le texte s'est inscrit dans une démarche tendant à assurer un certain équilibre entre les forces politiques en présence dans ce que Jean Louis Esambo appelle une sorte de « mathématisation constitutionnelle »¹⁵³ des exigences politiques des uns et des autres.

En vue de régler certaines questions de taille visiblement liées à la survie politique de certains acteurs politiques, le constituant a pu prendre certaines dispositions par consensus pour démontrer le caractère consensuel, inclusif et non conflictuel de la transition : c'est le cas des conditions d'éligibilité à la présidence de la République, qui abaissent l'âge du candidat président de la République et mettent la sourdine sur le niveau d'études et l'expérience professionnelle dudit candidat.

Il en est de même de la nationalité congolaise d'origine, dont le débat est toujours très sensible en raison de la charge émotive qui l'accompagne, qui s'est ouverte à « toute personne appartenant aux groupes ethniques dont les personnes et le territoire constituaient ce qui est devenu le Congo à l'indépendance »¹⁵⁴.

D'autres préoccupations, comme la forme de l'Etat et le régime politique ont fait l'objet des débats houleux. S'agissant de la forme de l'Etat, les tendances unitaristes et les tendances fédéralistes n'ont pas manqué de s'opposer à nouveau. Aux uns et aux autres, le constituant semble avoir apporté des solutions à travers le compromis du silence destiné à donner à chacune l'impression d'avoir été satisfait.

La même attitude de compromis a été avoir prévalu dans la voie médiane suivie par le constituant de 2006 sur la nature du régime politique.

L'on ne peut passer sous silence la longueur du texte constitutionnel qui démontre à suffisance que le constituant aura voulu, certainement pour apaiser et rassurer les uns et les autres, sacrifier la précision et la concision précieuses à un texte constitutionnel par le recours presque abusif à d'abondants détails. En effet, certaines questions qui relèvent en principe du législateur ordinaire ont été considérées comme sensibles pour qu'un traitement particulier leur soit réservé.

2. *De la séparation des pouvoirs*

La séparation des pouvoirs procède de la distinction entre les trois fonctions traditionnelles de l'Etat (législative, exécutive et juridictionnelle). Elle part de l'idée que tout homme qui a le pouvoir est toujours porté à en abuser et il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». La théorie incite à penser au gouvernement libéral dans lequel il n'est admis ni toléré aucun abus du pouvoir ou aucun empiètement d'un pouvoir sur les attributions de l'autre¹⁵⁵.

¹⁵³ ESAMBO KANGASHE, J.-L., *La Constitution du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, op. cit., p. 89.

¹⁵⁴ Art. 10, al. 3, de la Constitution du 18 février 2006, JO, op. cit., p. 13.

¹⁵⁵ ROUVILLOIS, F., *Droit constitutionnel. Fondements et pratiques*, Paris, Flammarion, 2002, p. 167.

C'est en référence avec le passé constitutionnel que le constituant congolais devait prendre position. Entre les tenants d'une séparation rigide des pouvoirs qui redonnerait une puissance suffisante à l'Etat afin de décourager les apôtres de la partition du pays et ceux d'une collaboration des pouvoirs qui contribuerait à la mise en place d'une culture de la bonne gouvernance, le constituant a dû faire des arrangements pour un compromis entre divers éléments provenant de ces deux tendances. Il s'agissait de mettre en place un régime médian, mixte, qui assurerait l'équilibre des pouvoirs et ferait l'économie d'un glissement déjà vécu vers le présidentielisme de la deuxième République ou le parlementarisme non contrôlé qui avait failli prendre corps en début de la première République.

Un pouvoir exécutif bicéphale, présidé par le chef de l'Etat à côté d'un premier ministre, chef d'un gouvernement responsable devant l'Assemblée nationale, détient en outre, en commun avec le parlement, en commun avec le parlement, l'initiative législative¹⁵⁶ et même de révision constitutionnelle¹⁵⁷. Le gouvernement, avoir défini, en concertation avec le président la République, la politique de la nation, en assume seul la responsabilité et la conduit en tenant compte des domaines de collaboration avec le chef de l'Etat que sont la défense, la sécurité et les affaires étrangères¹⁵⁸.

Le pouvoir législatif est exercé par un parlement composé de deux chambres, l'Assemblée nationale et le Sénat. Le parlement vote les lois et contrôle le gouvernement, les entreprises publiques ainsi que les établissements et les services publics¹⁵⁹. Le gouvernement répond de sa responsabilité devant lui. A ce sujet, l'Assemblée nationale peut mettre en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure et chacun de ses membres, par motion de déchéance¹⁶⁰.

Le pouvoir judiciaire est naturellement indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. La séparation des pouvoirs vise, de nos jours, l'indépendance du juge. Conscient des réalités congolaises dans lesquels le pouvoir judiciaire a toujours paru affilié aux autres pouvoirs, le constituant congolais semble avoir opté pour doter le pays d'un pouvoir judiciaire affranchi des interférences politiques. Il a même prévu une disposition spéciale chargée d'exorciser le démon de la domination du pouvoir judiciaire et d'éloigner les autres pouvoirs de leur prise sur lui.

A l'article 151 de la Constitution, il est prescrit que :

« Le pouvoir exécutif ne peut donner d'injonction au juge dans l'exercice de sa juridiction, ni statuer sur les différends, ni entraver le cours de la justice, ni s'opposer à l'exécution d'une décision de justice.

« La pouvoir législatif ne peut ni statuer sur les différends juridictionnels, ni modifier une décision de justice, ni s'opposer à son exécution.

« Toute loi dont l'objectif est manifestement de fournir une solution à un procès en cours est nulle et de nul effet. »

Mais dans la pratique, l'application de ces dispositions pertinentes de la Constitution a failli être mise en mal par les autres pouvoirs. C'est le cas de la tentative de contestation subie par l'arrêt RE 007 du 5 mai 2007 de la Cour suprême de justice, agissant comme Coir constitutionnelle et proclamant les résultats définitifs des élections législatives du 31 juillet 2006 en République Démocratique du Congo. Dans la suite, l'Assemblée nationale a tenté de donner

¹⁵⁶ Art. 130, al. 1 et 2, de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 46.

¹⁵⁷ Art. 218, al. 1, point 1 et 2, de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 74.

¹⁵⁸ Art. 91, al. 1 et 2 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 32.

¹⁵⁹ Art. 100, al. 1 et 2 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 35.

¹⁶⁰ Art. 146 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 50.

sa propre interprétation de la Constitution sur la validation des mandats des députés nationaux et ainsi faire échec à l'exécution de l'arrêt contesté.

Dans son arrêt R. const. 050/TSR du 23 mai 2007, la Cour suprême de justice siégeant, comme Cour constitutionnelle, en matière d'interprétation de la Constitution a décidé que :

« La validation des pouvoirs confiés au parlement par la Constitution concerne la vérification des faits tels que l'identité des députés nationaux ou des sénateurs proclamés provisoirement élus. Elle ne vise pas les mandats des personnes dont la régularité de l'élection a été constatée par les instances judiciaires dont les décisions s'imposent à tous. »

Malgré cette décision juridictionnelle, l'Assemblée nationale décida de débattre le rapport de la commission spéciale qu'elle avait créée à cet effet accusant les magistrats de violer intentionnellement la Constitution. Craignant que l'indépendance effective de la magistrature ne conduise à l'instauration d'un gouvernement des juges, les députés nationaux qui se sont érigés eux-mêmes en une sorte de « juridiction d'exception » non prévue par la Constitution, prirent la résolution inconstitutionnelle de constituer une commission interinstitutionnelle¹⁶¹ chargée notamment de procéder à la réforme, en profondeur, du système judiciaire congolais et la révocation de quelques magistrats de la Cour suprême de justice impliqués dans la corruption.

Devant un tel déploiement des forces, les dispositions destinées à assurer l'indépendance du juge sont aussitôt confrontées à la loi du plus fort et semblent consacrer l'impunité des gouvernants, qui se serviraient de n'importe quel prétexte pour remettre en cause l'indépendance consacrée du pouvoir judiciaire.

En outre les rapports institutionnels horizontaux sont organisés de telle sorte que la prépondérance du chef de l'Etat apparait tout de suite dans ses rapports non seulement au sein du pouvoir exécutif, mais aussi vis-à-vis du pouvoir législatif dans le fonctionnement duquel, surtout en période de coïncidence de majorités, sa touche transparait en tout moment. De même avec la dernière révision constitutionnelle des articles 197¹⁶² et 198¹⁶³ de la Constitution du 18 février 2006, les rapports verticaux soumettent davantage les animateurs des institutions politiques provinciales à la volonté politique du chef de l'Etat et du gouvernement central.

Le bien-fondé de la révision de ces dispositions constitutionnelles réside certes dans la volonté du constituant congolais de tempérer les ardeurs belliqueuses des animateurs des institutions politiques provinciales, dont l'agitation permanente jette le discrédit sur la régionalisation constitutionnelle des provinces et rend celles-ci ingouvernables. Sous cet objectif apparent qui se cache derrière l'arbitraire qui pourrait guider la définition de l'expression « une crise grave et persistante » qui peut constituer un prétexte tout trouvé par le chef de l'Etat pour dissoudre une assemblée provinciale non majoritairement acquise à sa cause ou révoquer un gouverneur qui lui est hostile. Au-delà de cette crainte de l'arbitraire, il faut remarquer qu'en cas « d'une crise grave et persistante », l'organisation des élections provinciales étant logiquement

¹⁶¹ Composée du président de la République, du premier ministre, du président de l'assemblée nationale, du président du sénat, du ministre de la justice, du premier président de la cour suprême de justice, du procureur général de la République, du premier président de la haute cour militaire et de l'auditeur général des forces armées de la République Démocratique du Congo.

¹⁶² Dans son alinéa 7, l'article 197 de la Constitution telle que modifiée par la loi n° 11/022 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo, JO, 52^{ème} année, n° 3 du 1^{er} février 2011, p.5, prévoit que « lorsqu'une crise politique grave et persistante menace d'interrompre le fonctionnement régulier des institutions provinciales, le président de la République peut, par une ordonnance délibérée en conseil des ministres et après concertation avec les bureaux de l'assemblée nationale et du sénat, dissoudre l'assemblée provinciale. Dans ce cas, la commission électorale nationale indépendante organise les élections provinciales dans un délai de soixante jours à compter de la dissolution ».

¹⁶³ L'alinéa 10 du nouvel article 198 de la Constitution telle que modifiée par la loi n° 11/022 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo, JO, op. cit., p. 6, dispose que « lorsqu'une crise politique grave et persistante menace d'interrompre le fonctionnement régulier des institutions provinciales, le président de la République peut, par une ordonnance délibérée en conseil des ministres et après concertation avec les bureaux de l'assemblée nationale et du sénat, relever de ses fonctions de gouverneur d'une province. Dans ce cas, la commission électorale nationale indépendante organise l'élection du nouveau gouverneur dans un délai de trente jours ».

plus coûteuses, le gouvernement central puisse être tenté de sacrifier le gouverneur de province, maillon faible sur l'autel d'une éventuelle crise institutionnelle provinciale.

3. *De la promotion et de la protection des droits fondamentaux*

Parmi les spécialités les plus visibles, la richesse et la variété des droits fondamentaux de l'homme sont à l'avantage de la Constitution du 18 février 2006. D'après Marcel Wetsh'okonda Senga Koso, la Constitution congolaise du 18 février 2006 contient une gamme importante d'outils de promotion et de protection des droits de l'homme¹⁶⁴.

Cette richesse des droits pris en compte par le constituant de 2006 peut être recherchée et finalement découverte non seulement dans une énumération presque exhaustive des droits civils et politiques¹⁶⁵ dits de la première génération, des droits économiques, sociaux et culturels¹⁶⁶ dits de la deuxième génération et des droits collectifs¹⁶⁷ dits de la troisième génération, mais aussi dans l'apparition des droits nouveaux. Ces droits sont nouveaux par rapport non seulement à l'histoire constitutionnelle de la République Démocratique du Congo, mais aussi des instruments traditionnels relatifs à la protection des droits de l'homme.

Parmi les droits nouveaux, il y a lieu d'épingler la parité homme-femme¹⁶⁸, l'existence d'une opposition politique¹⁶⁹, le droit de manifester pacifiquement et publiquement en plein air sans aucune autorisation politique ou administrative¹⁷⁰ ou l'assistance d'un défenseur à tous les niveaux de la procédure pénale, y compris l'enquête policière et l'instruction préjuridictionnelle et devant les services de sécurité¹⁷¹, la jouissance d'un droit au logement décent, de l'accès à l'eau potable ou à l'énergie électrique¹⁷² et à la sécurité alimentaire¹⁷³. Il en est de même de la protection et la promotion des groupes vulnérables et de toutes les minorités¹⁷⁴.

Indépendamment de cette énumération, le constituant ne s'est sans doute pas douté des conditions de la jouissance effective de ces droits par leurs bénéficiaires. C'est certainement pourquoi, sur le plan politique, il a fait obligation à tous les pouvoirs publics et à toute personne de respecter les droits de l'homme et les libertés fondamentales constitutionnellement consacrés¹⁷⁵. Ici, le pouvoir constituant lui-même ne peut pas envisager une révision constitutionnelle destinée à réduire les droits et libertés de la personne humaine¹⁷⁶. Au niveau juridictionnel, le constituant a fait du pouvoir judiciaire le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux du citoyen¹⁷⁷.

4. *De la protection de la démocratie*

La préoccupation du constituant du 18 février 2006 semble avoir été axée sur la protection de la démocratie. C'est pourquoi bien qu'à défaut d'être immutables des dispositions constitutionnelles peuvent être révisées pour répondre aux besoins de leur adaptation aux réalités sans cesse changeantes de la vie en société. Toutefois, la stabilité de la Constitution étant un gage de sécurité juridique, sa révision doit être soumise à des conditions très strictes.

¹⁶⁴ WETSH'OKONDA SENGAKOSO, M., *Les perspectives des droits de l'homme dans la Constitution congolaise du 18 février 2006*, Kinshasa, CDHC, 2006, p. 68.

¹⁶⁵ De l'article 16 à l'article 33 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., pp. 13-19.

¹⁶⁶ De l'article 34 à l'article 49 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., pp. 19-23.

¹⁶⁷ De l'article 50 à l'article 61 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., pp. 23-25.

¹⁶⁸ Art. 14 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., pp. 13-14.

¹⁶⁹ Art. 8 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 12.

¹⁷⁰ Art. 26 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 17.

¹⁷¹ Art. 19, al. 3 et 4 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 16.

¹⁷² Art. 48 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 23.

¹⁷³ Art. 47 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 23.

¹⁷⁴ Art. 51 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 23.

¹⁷⁵ Art. 60 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 25.

¹⁷⁶ Art. 220, al. 2 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 75.

¹⁷⁷ Art. 150, al. 1 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 52.

La procédure y attachée part de l'initiative de révision par le président de la République, le gouvernement après délibération au conseil des ministres, chacune des chambres et une fraction du peuple congolais¹⁷⁸ à son approbation définitive par référendum populaire¹⁷⁹ ou néanmoins les deux chambres du parlement réunies en congrès¹⁸⁰ en passant par le vote du bien-fondé de l'initiative par chacune des chambres¹⁸¹.

La protection de la démocratie a amené le constituant congolais à rendre certaines dispositions, en regard avec des précédents fâcheux de l'héritage politique et constitutionnel congolais, intangibles. C'est l'œuvre des dispositions de l'article 220, appelé par certains chercheurs « verrou constitutionnel », qui écarte toute révision portant sur la forme républicaine de l'Etat, 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 ainsi que toute révision 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 décentralisées¹⁸².

Bien qu'il s'agisse d'une Constitution définitive qui donne naissance à la troisième République, la Constitution du 18 février 2006 semble poursuivie par les pesanteurs de la transition dite de Sun City. Si les compromis qui ont jalonné son élaboration et son adoption par le parlement de transition ainsi que son approbation par le peuple ont constitué un grand atout pour le parachèvement du processus constitutionnel difficile à mettre en place, le nouvel ordre politique qu'elle était censé mettre en place manifeste des signes de personnalisation qui résultent d'un texte taillé sur la mesure des principaux acteurs de la transition.

¹⁷⁸ Art. 218, al. 1 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p. 74.

¹⁷⁹ Art. 218, al. 3 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, idem

¹⁸⁰ Art. 218, al. 4 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, idem.

¹⁸¹ Art. 218, al. 2 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., ibidem

¹⁸² Art. 220, al. 1 et 2 de la Constitution du 18 février 2006, *JO*, op. cit., p.74.

CHAPITRE DEUXIEME :

LA PRODUCTION PAR LE POUVOIR DE REVISION

La distinction entre établissement et révision de la constitution est brouillée en pratique, au point où certains auteurs doutent de sa pertinence.

Le constat selon lequel la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé est une fiction revêt tout son sens dans le constitutionnalisme africain. Dichotomie établie par l'abbé Sieyès, la distinction visait, comme on le sait, à soumettre le pouvoir de révision de la constitution aux règles fixées par ceux qui l'avaient établie *ex nihilo*, à savoir le peuple souverain. Cette distinction donne lieu à controverse de nos jours. D'aucuns estiment que si le peuple détient la souveraineté, tel que le postule le constitutionnalisme des Etats de démocratie libérale, auxquels s'identifient les Etats africains, soumettre l'exercice de cette souveraineté et à des contraintes « draconiennes » relèverait du non-sens.

Entre autre rôles, la Constitution sert à institutionnaliser le pouvoir politique. Cette institutionnalisation exige que les règles constitutionnelles qui constituent le statut du pouvoir une garantie contre l'arbitraire, soient stables. Cependant à travers l'évolution et le dynamisme du fonctionnement des institutions, la Constitution ne peut fixer le statut du pouvoir définitivement, de manière irrévocable. C'est pourquoi, certaines atteintes à la suprématie de la Constitution sont possibles. C'est en vue de les adapter à ladite évolution que la Constitution elle-même prévoit la possibilité de la révision de ses propres dispositions. Elle détermine les pouvoirs de l'autorité chargée de la révision ainsi que des règles particulières de procédure permettant d'y parvenir.

Elaborée par le pouvoir constituant originaire, la Constitution n'est pas faite pour l'éternité, elle est appelée à s'adapter à l'évolution, sans cesse, changeante, de la société. La révision de la Constitution vise, donc, à la conformer à l'évolution de la société, mieux du temps.

Le temps joue un rôle capital dans la pérennisation ou non des règles sur la dévolution et l'exercice du pouvoir dans l'État. Par son usure, le temps peut se révéler contreproductif et donc destructeur édifice constitutionnel. Bien géré, le temps est susceptible de servir de gage à la protection de la Constitution et à la prémunir de toute modification intempestive. L'exercice permet de se faire une idée la pérennité de la Loi fondamentale considérée, à juste titre, comme un patrimoine commun pour les générations présentes et avenir.

Aménagée par le constituant lui-même, la révision est assurée par un organe spécifiquement désigné à cette fin : c'est le pouvoir constituant dérivé dont la mission ne porte que sur les matières qu'exigent les nécessaires adaptations de la Constitution.

En République démocratique du Congo, la révision constitutionnelle pose un triple problème de son fondement, sa procédure et la pratique qui en est souvent faite.

Section 1. Le fondement de la révision constitutionnelle

Pour assurer sa suprématie sur toute autre norme de conduite sociale, la Constitution organise elle-même la procédure de sa révision ; celle-ci étant conduite par un organe revêtu des compétences particulières et agissant conformément à une procédure spécialement aménagée à cette fin.

On cherchera à identifier cet organe avant de s'intéresser la question de l'immutabilité que couvrent bien souvent certaines dispositions constitutionnelles.

§1. La nature du pouvoir de révision

Chargé par la Constitution d'adapter le statut de l'État à l'évolution de la société, le pouvoir constituant dérivé, constitué ou institué poursuit également la mission de stabilisation des

institutions politiques. Sans se livrer à l'écriture de la Constitution, il la modifie suivant la procédure préalablement définie.

Le pouvoir de révision est par essence limité ; ces limitations étant explicites ou découlant de la pratique même de la Constitution. S'exprimant clairement, la Constitution interdit la révision de certaines de ses dispositions en raison soit de la matière traitée, soit du temps, soit des circonstances particulières.

Les Constitutions française et italienne interdisent toute révision qui porte atteinte à la forme républicaine du gouvernement. La République démocratique du Congo prohibe toute modification constitutionnelle qui poursuit le changement de la forme républicaine de l'État, celle représentative du gouvernement, porte atteinte au principe du suffrage universel, au nombre et à la durée des mandats du président de la République, à l'indépendance du pouvoir judiciaire, au pluralisme politique et syndical, à la réduction des droits et libertés de la personne, aux pouvoirs des provinces et des entités territoriales décentralisées .

En vue de prémunir la Constitution de toute vulnérabilité à souhait, le Portugal n'a autorisé sa révision que chaque dix ans ; l'Assemblée nationale pouvant, toute fois, décider de le faire anticipativement tous les cinq ans .

Certaines circonstances peuvent limiter le pouvoir de révision constitutionnelle. Il s'agit de l'occupation du territoire national par des puissances étrangères, de l'atteinte à l'intégrité du territoire , l'état de guerre, d'urgence ou de siège, pendant l'intérim à la présidence de la République ou lorsque le parlement se trouve empêcher de se réunir .

Créé par le Constitution, le pouvoir constituant dérivé ne peut, au risque de tomber dans la fraude, modifier la totalité de la Constitution ni changer la procédure de révision ; il ne peut donc pas détruire son fondement ni scier l'arbre sur le quel il est assis.

Dans la pratique, c'est au sein du parlement que s'exerce le pouvoir de révision ; celle-ci ne devenant définitive qu'à la suite de l'acceptation populaire de la loi de modification ou, à tout le moins, de son adoption par le parlement.

§2. La question des dispositions constitutionnelles intangibles

En vue d'assurer la protection des dispositions essentielles de la Constitution, bon nombre de constituants se sont résolus d'encadrer la procédure de leur révision et notamment des dispositions intangibles.

Le droit comparé offre une gamme de recettes en faveur de l'immutabilité constitutionnelle. Les Constitutions française et italienne interdisent toute révision qui porte atteinte à la forme républicaine du gouvernement. Dans le même temps, la Constitution bulgare du 20 septembre 2004 prohibe toute modification de la Constitution ayant pour but de réduire les prérogatives de la grande assemblée nationale, celle La marocaine du 18 juin 2011 protégeant la religion musulmane et la forme monarchique de l'État de toute modification. Sauf si elle ne porte pas atteinte à la forme républicaine de l'État, la Constitution tunisienne de 2004 est modifiable. La Constitution ivoirienne du 23 juillet 2000 assure l'immutabilité des dispositions ayant trait à la forme républicaine des institutions et laïcité de l'État.

La Constitution de la République démocratique du Congo soustrait de sa révision la forme républicaine de l'État, le principe de 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. Elle interdite toute modification ayant pour objet de réduire les droits et libertés de la personne, ou de réduire les prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées.

De cet enrage constitutionnel, se pose la question du degré d'immutabilité, mieux ses relations avec la règle de révision constitutionnelle. On admet, l'absence d'uniformité des

modèles au point que certains la considère d'absolue pendant que d'autres en relativisent la portée. L'observation incite à reconnaître une certaine limite à l'immutabilité absolue des dispositions constitutionnelles ; celles-ci ne pouvant éternellement échapper à la nécessité de leur adaptation à l'évolution de la société et donc à leur révision.

Pour ne pas énerver la Constitution, la modification de ses dispositions intangibles doit être conforme à la procédure prévue à cette fin et emporter, ensuite, l'adhésion de la majorité de citoyens intéressés.

Vient également à l'esprit la question du contrôle de constitutionnalité d'une loi de révision. Sauf volonté expresse du constituant, la loi de révision échappe au contrôle de constitutionnalité.

Selon les pays et les régimes, cette question subit un traitement différencié. Certains pays comme l'Autriche, l'Allemagne, la Finlande ou l'Espagne autorisent la vérification de la constitutionnalité d'une loi de révision constitutionnelle. A l'instar de la France et du Sénégal, la République démocratique du Congo semble encore dubitative.

De l'analyse des prérogatives de la Cour constitutionnelle, il est autorisé d'ouvrir cette juridiction les portes du contrôle de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle. On signale que par la volonté du constituant, la Cour constitutionnelle assure la protection de la Loi fondamentale et notamment la procédure de sa révision par le pouvoir constituant dérivé.

Gardienne de la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires, cette juridiction se voit également investie du pouvoir d'assurer la protection des droits de l'homme et libertés constitutionnellement garanties pour que toute violation justifie amplement son intervention. Une loi de révision de constitutionnelle qui porterait atteinte à ces droits et libertés doit naturellement être déférée devant le juge de la constitutionnalité.

Section 2. La procédure de la révision constitutionnelle

La procédure de la révision constitutionnelle couvre plusieurs étapes susceptibles d'être ramenées à trois, à savoir l'initiative de la révision, la rédaction du texte modificatif de la Constitution et son adoption.

§1. L'initiative de la révision

L'initiative de la révision constitutionnelle commence par le constat de l'inadéquation d'une ou de plusieurs dispositions de la Constitution avec l'évolution de la société. Elle est souvent l'œuvre d'une personne ou d'un groupe de personnes qui la soumettent à un organe constitué chargé d'enclencher la procédure de révision prévue par la Constitution. Dans la pratique, les recettes sont diverses et dépendent d'un système à un autre.

Le Cuba et le Portugal ont réservé le droit d'initiative au seul pouvoir exécutif dont l'autorité, en la matière, a été, du reste, renforcée.

L'Argentine, le Chili, la Colombie, l'Éthiopie, le Japon ou le Venezuela ont, dans l'histoire, consacré le principe de l'initiative exclusive au pouvoir législatif.

La France, l'Italie, la Norvège, la République démocratique du Congo ou la Suède assurent le partage de l'initiative entre les pouvoirs exécutif et législatif.

La Corée du Sud, l'Italie, la République démocratique du Congo, l'Uruguay ou la Suisse organisent le système de partage d'initiative entre le peuple et les organes constitués.

§2. La rédaction du texte modificatif de la Constitution

Une fois prise, l'initiative doit être acceptée pour déclencher le processus de rédaction du nouveau texte appelé à modifier la Constitution en vigueur.

La décision acceptant l'initiative de révision constitutionnelle n'est pas facile à prendre. Dans la plupart de cas, on admet qu'elle émane soit d'un organe constitué (le pouvoir exécutif au Danemark ou au Pakistan), soit des assemblées législatives qui sont, généralement, mieux qualifiées pour apprécier l'opportunité et, éventuellement, les risques.

En tout état de cause, pour assurer la stabilité constitutionnelle, le constituant peut décider d'épargner son texte des révisions intempestives en exigeant, par exemple, plusieurs lectures, un quorum élevé ou une majorité qualifiée.

Une fois adopté le principe de la révision, on doit le traduire dans les faits par la rédaction d'un projet de texte à soumettre aux discussions de l'organe constitué compétent. Là encore, les solutions sont diverses.

L'idée de parallélisme des formes a été longtemps développée en faveur d'un organe symétrique à celui dont émane la Constitution à modifier. Une autre solution a consisté à confier l'élaboration du nouveau texte à une Assemblée spécialement élue à cet effet. On a, également, pensé au renouvellement des assemblées avant l'élaboration du nouveau texte (la Belgique, la Bolivie, le Danemark, l'Espagne, le Luxembourg, le Pays-Bas et la Suisse).

La technique la plus répandue est celle qui laisse aux assemblées législatives en fonction le soin de procéder aux modifications utiles à la Constitution en vigueur (la France, la Hongrie, la République Démocratique du Congo et la Russie).

§3. L'adoption définitive de la révision

L'adoption définitive de la révision n'est pas uniforme. Certains pays reconnaissent à l'organe qui a discuté de la réforme la compétence de lui en conférer toute valeur obligatoire pendant que d'autres exigent l'adoption obligatoire ou sous certaines conditions préalables du texte par le peuple.

En droit positif congolais, l'adoption définitive de la loi de révision constitutionnelle n'a lieu que par voie de referendum ou, à défaut, après son adoption par les deux chambres du parlement réunies en Congrès.

L'histoire antérieure n'a pas permis de se faire une idée suffisante du respect par le pouvoir constituant dérivé de la procédure de révision telle que prévue dans la Constitution.

Section 3. La pratique congolaise des révisions constitutionnelles

La révision constitutionnelle poursuit l'adaptation de la loi fondamentale à l'évolution de la vie politique, à condition qu'elle soit conforme à la procédure prévue par la Constitution elle-même. Dans la pratique, cependant, on assiste bien souvent au contraire.

L'histoire politique de la République démocratique du Congo renseigne que plusieurs actes à valeur constitutionnelle ont été pris en violation de la procédure prévue par la Constitution. Il s'agit notamment :

- du décret-loi constitutionnel du 29 septembre 1960 relatif à l'exercice des pouvoirs législatif et exécutif à l'échelon central ;
- du décret-loi constitutionnel du 7 janvier 1961 relatif au pouvoir judiciaire ;
- du décret-loi constitutionnel du 9 septembre 1961 relatif à l'exercice des pouvoirs législatif et exécutif à l'échelon central ;
- de l'ordonnance-loi n° 7 du 30 novembre 1965 accordant des pouvoirs spéciaux au président de la République ;
- de l'ordonnance-loi n° 66/ 92 bis du 7 mars 1966 attribuant le pouvoir législatif au président de la République ;
- de l'ordonnance-loi n° 66/621 du 21 octobre 1966 relative aux pouvoirs du président de la République et du parlement ;

- de l'ordonnance-loi n°70-025 du 17 avril 1970 portant modification de l'alinéa 1er de l'article 1 du titre IX de la Constitution du 24 juin 1967 ;
- de la loi n° 70-001 du 23 décembre 1970 portant révision de la Constitution ;
- de la loi n° 71-006 du 29 octobre 1971 portant révision de la Constitution ;
- de la loi n° 71-007 du 19 novembre 1971 modifiant l'emblème de la République ;
- de la loi n° 71-008 du 31 décembre 1971 faisant du sol, du sous-sol ainsi que leurs produits naturels la propriété de l'État ;
- de la loi n° 72-003 du 5 janvier 1972 portant révision de la Constitution ;
- de la loi n° 72-008 du 3 juillet 1972 portant révision de l'article 60 de la Constitution ;
- de la loi n° 73-014 du 5 janvier 1973 portant harmonisation de la Constitution et de tous les textes législatifs et réglementaires en rapport avec les nouvelles appellations intervenues dans les structures politico-administratives du pays et notamment l'article 45 de la Constitution ;
- de la loi n° 74-020 du 15 août 1974 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967 ;
- de la loi n° 78-010 du 15 février 1978 portant révision de la Constitution ;
- de la loi n° 80-007 du 19 février 1980 modifiant et complétant quelques dispositions de la Constitution ;
- de la loi n° 80-012 du 15 novembre 1980 modifiant et complétant quelques dispositions de la Constitution ;
- de la loi n° 82-004 du 31 décembre 1982 portant modification de certaines dispositions de la Constitution ;
- de la loi n° 88-004 du 27 janvier 1988 portant révision de certaines dispositions de la Constitution ;
- de la loi n° 88-009 du 27 juin 1988 portant révision de l'article 2 de la Constitution ;
- de la loi n° 90-002 du 5 juillet 1990 portant révision de certaines dispositions de la Constitution ;
- de la loi n° 90-008 du 25 novembre 1990 portant révision d'une disposition de la Constitution ;
- du décret-loi constitutionnel n° 074 du 25 mai 1998 portant révision des dispositions du chapitre 2 du décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo et ;
- de la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006.

Aux termes de la Loi fondamentale du 19 mai 1960, le pouvoir constituant est exercé par le chef de l'État et les chambres parlementaires. Le pouvoir législatif est collectivement assuré, au niveau national, par le chef de l'État et les chambres parlementaires et, au niveau provincial, par chacune des Assemblées provinciales.

La Constitution n'organise pas la procédure de sa révision. Aussi, pris en l'absence du parlement déjà mis en congé, le décret-loi constitutionnel relatif à l'exercice des pouvoirs législatif et exécutif à l'échelon central, ceux en rapport au pouvoir judiciaire et à l'exercice des pouvoirs législatif et exécutif à l'échelon central, sont-ils inconstitutionnels.

Pour se convaincre également de l'inconstitutionnalité des actes législatifs intervenus entre le 24 novembre 1965 et le 24 juin 1967, il suffit d'admettre que le vide constitutionnel créé par la prise de pouvoir par le Haut commandement de l'Armée nationale congolaise a créé un vide constitutionnel avait entraîné la suspension de la Constitution du 1er août 1964 et, conséquemment, de ses institutions.

En l'absence de tout autre texte constitutionnel, fut-il provisoire, organisant la dévolution et l'exercice du pouvoir, c'est en vain que l'on cherchera à justifier la constitutionnalité des

ordonnances-lois prises dans le cadre de l'organisation et l'exercice du pouvoir exécutif et législatif pendant la période antérieure à l'élaboration de la Constitution du 24 juin 1967.

Créé le 20 mai 1967, le Mouvement populaire de la révolution n'avait pas, au moment de l'adoption de la Constitution du 24 juin 1967, d'existence juridique ; mais, c'est sur les recommandations issues de sa première session extraordinaire que fut initiée, le 23 décembre 1970, la modification de la Constitution, laquelle supprime le bipartisme constitutionnel au profit du Mouvement populaire de la révolution devenu le seul parti politique en République démocratique du Congo.

Le même parti sera reconnu comme première institution constitutionnelle de la République ; ouvrant ainsi la voie à une série d'inconstitutionnalités contenues dans des lois du 29 octobre 1971, du 19 novembre 1971, du 31 décembre 1971, du 5 janvier 1972, du 3 juillet 1972, du 5 janvier 1973, du 15 août 1974, du 15 février 1978, du 19 février 1980, du 15 novembre 1980, du 31 décembre 1982, du 27 janvier 1988 ainsi que de la loi du 27 juin 1988.

En raison de l'importance des réformes engagées, deux lois de révision constitutionnelle méritent un commentaire particulier. S'agissant de la loi n° 74-020 du 15 août 1974, elle introduit une idée de droit différente de celle contenue dans la Constitution qu'elle prétend révisée. Ainsi, plutôt que parler du changement de la Constitution, elle opère un véritable changement de Constitution pour que l'intervention du pouvoir constituant dérivé soit évitée.

Au sujet de la loi n° 88-004 du 27 janvier 1988 qui a opéré le transfert du contentieux électoral de la Cour suprême de justice au Comité central du Mouvement populaire de la révolution, on observe qu'assurée par président de la République, l'initiative de révision n'a pas, comme veut la Constitution, bénéficié de l'avis préalable du Congrès ou du Bureau politique.

S'agissant de l'inconstitutionnalité de la révision constitutionnelle du 5 juillet 1990, il importe de relever qu'aux termes de la Constitution alors en vigueur, l'initiative de la révision appartient concurremment au président du Mouvement populaire de la révolution, président de la République et à la moitié des membres du Conseil législatif après avis du Congrès ou du Comité central.

Dans la pratique, le projet de loi de révision était préparé par les experts de la présidence de la République sans le moindre avis du Congrès ni du Comité central qui n'existaient plus juridiquement. Il a, d'ailleurs, été transmis au bureau du parlement par le Cabinet du président de la République en dehors du gouvernement.

Même si cet avis aurait été donné, l'inconstitutionnalité de la révision était réelle et la fraude avérée car, tout en prétendant traduire la nouvelle idée de droit découlant du renouveau politique annoncé en avril 1990, la loi sous examen conservait la philosophie politique de l'ancien régime, à savoir le mobutisme.

Dès lors, procéder à un simple replâtrage de quelques dispositions constitutionnelles n'ayant aucun lien avec la nouvelle idée de droit sensée s'y retrouver, on n'est pas loin de la fraude à la Constitution.

La procédure utilisée pour l'élaboration de la loi n° 90-008 du 25 novembre 1990 portant révision d'une disposition de la Constitution est sujet à caution. Accédant à la demande de quelques partis politiques qui réclamaient l'instauration d'un multipartisme intégral, cette loi introduisait une nouvelle idée de droit qui logiquement sollicitait l'intervention du pouvoir constituant originaire au lieu de celui dérivé assuré par l'Assemblée nationale.

Le décret-loi constitutionnel n° 074 du 25 mai 1998 portant révision du chapitre II du décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo est inconstitutionnel en ceci que le texte qu'il prétend modifier n'avait nullement prévu la procédure de sa révision.

L'adoption de la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution du 18 février 2006 pose le problème de sa constitutionnalité. Pour cette loi, en effet, l'initiative a été parlementaire (elle émanait de quelques députés nationaux de la majorité au pouvoir) pour qu'il soit admis sa transmission au gouvernement en vue d'obtenir ses observations éventuelles dans le délai de quinze jours .

À l'analyse, on note qu'avant son examen et adoption par le parlement, la proposition de loi de révision n'aurait pas été notifiée pour information au gouvernement qui était dans l'impossibilité juridique d'émettre ses observations éventuelles.

L'inobservance de cette exigence aurait suffi pour que l'Assemblée nationale, première chambre parlementaire à être saisie décréta l'irrecevabilité de l'initiative de la révision constitutionnelle et donc, son inopportunité.

Sur le fond, la révision constitutionnelle du 20 janvier 2011 comporte des germes de fraude, lorsqu'elle porte notamment atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire dont la composition est désormais amputée du parquet.