

La pérennité de l'identité de l'ordre constitutionnel congolais : réflexions sur les dispositions intangibles de la Constitution du 18 février 2006

*Balingene Kahombo**

Résumé

Cette étude analyse les dispositions de l'article 220 de la Constitution du 18 février 2006 en tant qu'elles incarnent l'identité de l'ordre constitutionnel actuel en République Démocratique du Congo (RDC). Les matières protégées peuvent être regroupées en deux grands principes, à savoir, le principe de l'immuabilité de certaines dispositions de la Constitution – partant absolument non-révisables – et celui de non-réduction du minimum de standards juridiques imposés par celle-ci en matière des droits de l'homme et des prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées (ETD). Cette étude vise à en préciser la justification, le sens et la portée. Elle démontre dans quelle mesure les dispositions intangibles sont mises à l'épreuve par la pratique constitutionnelle. Et pourtant, le constituant originaire a voulu protéger le régime démocratique mis en place contre le retour à l'autocratie, à la confiscation et à la personnalisation du pouvoir, à la dictature, au moyen des révisions intempestives de la Constitution. Plusieurs défis se posent ainsi au respect de cet ordre constitutionnel, notamment la violation de l'indépendance du pouvoir judiciaire et des prérogatives des provinces et des ETD par la révision constitutionnelle de 2011, ainsi que la question tant débattue du retour au pouvoir en 2023 d'un ancien Président de la République qui a déjà accompli deux mandats autorisés et verrouillés par la Constitution. Ce genre de dérive dans la pratique constitutionnelle peut tout de même être maîtrisé grâce à la vigilance de la Cour constitutionnelle.

Introduction

L'article 220 est l'un des trois articles du titre VII de la Constitution congolaise du 18 février 2006 relatif à la révision constitutionnelle. Il comprend deux alinéas dont l'objet établit des limites matérielles à la sphère de la compétence du pouvoir constituant dérivé. Cette étude vise à en préciser la justification, le sens et la portée. A cet égard, on constate que l'article 220 impose au constituant dérivé deux principes qui s'avèrent être, à vrai dire, une interdiction absolue de modifier certaines matières constitutionnelles protégées ou de réduire le minimum de standards juridiques imposés par le constituant originaire. L'enjeu

* Professeur associé, Université de Goma/RDC ; chercheur au Centre de Recherches et d'Etudes sur l'Etat de Droit en Afrique (CREEDA). E-mail: balingene82@gmail.com; balingenek@creeda-rdc.org

de cet article c'est la protection de l'identité de l'ordre constitutionnel congolais qui doit demeurer pérenne, durable, dans l'intérêt de la démocratie et de la prévention contre toute dérive dictatoriale. Pourtant, il existe d'importants défis, passés et à venir, qui se posent au respect de deux principes susvisés dans la pratique. Ainsi, il convient d'analyser, d'abord, les principes consacrés (I) avant de voir, ensuite, la manière dont leur caractère absolu est ou peut être mis à l'épreuve de la pratique constitutionnelle (II).

I. La portée des principes consacrés

L'alinéa 1 de l'article 220 de la Constitution pose le principe de l'immuabilité de certaines dispositions constitutionnelles. Ce principe est totalement différent de celui qui est consacré à l'alinéa 2, c'est-à-dire le principe de non-réduction du minimum de standards juridiques imposés par la Constitution.

A. L'immuabilité de certaines dispositions constitutionnelles

Il y a lieu de préciser la base juridique, l'origine et la justification de cette disposition en droit congolais. Ce n'est que par la suite qu'on essayera de clarifier la portée de chaque matière verrouillée, intangible ou immuable.

1. L'origine et la justification du principe en droit congolais

L'alinéa 1 de l'article 220 de la Constitution dispose :

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, ne peuvent faire l'objet d'aucune révision constitutionnelle.

C'est exactement la même disposition que celle qui figurait dans l'avant-projet de la Constitution élaboré par la Sénat.¹ Toutefois, la Commission politique, administrative et judiciaire (PAJ) de l'Assemblée nationale avait légèrement modifié le texte en expurgeant le nombre de mandats présidentiels parmi les matières intangibles. Cela était la conséquence logique de la reformulation de la disposition sur le mode d'élection du Président de la République pour « un mandat de cinq ans renouvelable ».² Il semble qu'on voulait encourager chaque Président de la République à bien travailler et à avoir la chance de recevoir la confiance du peuple régulièrement au lieu de limiter le nombre de mandats avec le risque d'instabilité politique dû à la modification cavalière de la Constitution.³ Mais la phrase

1 Rapport de la Commission constitutionnelle du Sénat sur l'avant-projet de la Constitution de la République Démocratique du Congo, 2005, p. 20 (inédit).

2 Rapport de la Commission PAJ de l'Assemblée nationale avril 2005, article 71 ancien 70.

3 *Ibid.*

« renouvelable une seule fois » fut réintroduite dans le texte final du projet de Constitution voté par l’Assemblée nationale.

La raison fondamentale de cette disposition c'est de protéger le régime démocratique mis en place contre le retour à l'autocratie, à la confiscation et à la personnalisation du pouvoir, au moyen des révisions intempestives de la Constitution. L'article 2020 de la Constitution constitue, à cet égard, la garantie de la pérennité et du respect de l'ordre constitutionnel congolais en vigueur. Y toucher c'est modifier fondamentalement l'identité constitutionnelle du pays, c'est pratiquement changer de Constitution.

Historiquement, cela se justifie valablement. En effet, on se souvient bien que *Joseph-Désiré Mobutu* s'empara du pouvoir par coup d'Etat le 24 novembre 1965 et imposa l'arrêt des premières expériences électorales congolaises de 1957–1958, de 1960 et de 1965.⁴ Il essaya de se racheter en faisant voter par référendum la Constitution du 24 juin 1967 qui remit en place un régime démocratique. Mais, les vieux démons le rattraperont rapidement. Il organisera une série de fraudes à la constitution par pas moins de 17 révisions constitutionnelles, à telle enseigne que les fondamentaux du régime politique mis en place en 1967 en furent complètement changés.⁵ On est parti d'un régime présidentiel, pluraliste et démocratique, en passant par la confusion des pouvoirs entre les mains du Chef de l'Etat, à la dictature et à son renforcement. Depuis lors, les congolais n'ont plus eu l'occasion de choisir librement leurs dirigeants politiques. Au bout de ses 32 ans de pouvoirs sans partage, *Mobutu* fut lui-même renversé par *Laurent-Désiré Kabila*, à la suite d'un conflit armé meurtrier, en mai 1997. Tué dans son palais présidentiel en janvier 2001, *Kabila* père fut remplacé par son fils, *Joseph Kabila*, comme si la République était devenue une monarchie, sous l'empire d'un texte constitutionnel imposé qui n'avait pas été voté par le peuple.⁶ D'où la poursuite de la contestation de la légitimité du pouvoir au sommet de l'Etat de 1997 à 2003, peu avant la transition consensuelle issue du dialogue inter-congolais, tenu en Afrique en Sud en 2002.⁷

Il semble bien que tout cela a beaucoup influencé les rédacteurs de la Constitution de 2006. A cet égard, dans son exposé des motifs, celle-ci spécifie que le constituant originaire

4 Célestin Kabuya-Lumuna Sando, *Manuel de sociologie politique*, Kinshasa, Presses universitaires de Kinshasa, 2011, p. 163.

5 Marcel Wetsh'okonda Koso Senga, *Les textes constitutionnels congolais annotés*, Kinshasa, Editions de la Campagne pour les Droits de l'Homme au Congo (CDHC-ASBL), 2010, p.7. Voir aussi Ambroise Kamukuni Mukinay, *Contribution à l'étude de la fraude en droit constitutionnel congolais*, Louvain-la-Neuve, L'Harmattan/Académia, 2011.

6 Voir Décret-loi constitutionnel n°003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo; Décret-loi constitutionnel n°074 du 25 mai 1998 portant révision des dispositions du chapitre II du Décret-loi constitutionnel N°003; Décret-loi constitutionnel n° 003 du 27 mai 1997 relatif à l'organisation et à l'exercice du pouvoir en République démocratique du Congo, tel que modifié, complété et mis à jour au 01 juillet 2000.

7 Voir Balingene Kahombo, « Le processus de création de la MONUC : regards croisés sur une histoire controversée du maintien de la paix en République Démocratique du Congo », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Goma*, n°2, 2017, pp. 31–68.

a voulu, entre autres, éviter les conflits, assurer l'alternance démocratique au pouvoir et contrer toute tentative de dérive dictatoriale.⁸

C'est pour la première fois que le principe d'immutabilité de certaines dispositions constitutionnelles est consacré en droit congolais. Mais il ne s'agit pas d'une particularité congolaise. Un peu partout, en Afrique, ledit principe s'est généralisé avec les constitutions adoptées après la fin de la guerre froide et l'avènement d'un nouveau souffle de démocratisation à l'aube des années 1990. C'est le cas de la Constitution béninoise de 1990,⁹ de la Constitution malienne de 1992,¹⁰ de la Constitution sénégalaise de 2001,¹¹ de la Constitution nigérienne de 2010,¹² et de la Constitution ivoirienne de 2016.¹³ Cependant, les matières verrouillées peuvent varier d'un pays à l'autre. La liste qui est donnée à l'article 220 alinéa 1 de la Constitution congolaise de 2006 est une parfaite illustration par rapport au droit constitutionnel comparé africain.

2. La portée des matières verrouillées

L'article 220 alinéa 1 de la Constitution de 2006 prévoit huit matières qui ne peuvent faire l'objet d'aucune révision. Ces matières sont régies par des dispositions constitutionnelles

- 8 Exposé des motifs de la Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), *JORDC*, numéro spécial, 52^{ème} année, 5 février 2011, p. 80.
- 9 Constitution de la République du Bénin (11 décembre 1990), article 156. Cet article prévoit : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ne peuvent faire l'objet d'une révision ».
- 10 Constitution de la République du Mali (25 février 1992), article 144. Cet article dispose ce qui suit : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La laïcité et la forme républicaine de l'État ainsi que le multipartisme ne peuvent faire l'objet d'une révision ».
- 11 Constitution du Sénégal (22 janvier 2001), article 103 (7) et (8). Elle y dispose : « La forme républicaine de l'Etat, le mode d'élection, la durée et le nombre de mandats consécutifs du Président de la République ne peuvent faire l'objet de révision. L'alinéa 7 du présent article ne peut être l'objet de révision ». Il faut noter que cette reformulation résulte de la Loi constitutionnelle n°2016-10 du 05 avril 2016 car la version initiale de la Constitution sénégalaise de 2001 prévoyait uniquement que « La forme républicaine de l'Etat ne peut faire l'objet d'une révision » (article 103 (7)).
- 12 Constitution de la République du Niger (25 novembre 2010), article 175. Celui-ci dispose : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine de l'Etat, le multipartisme, le principe de la séparation de l'Etat et de la religion et les dispositions des alinéas 1 et 2 de l'article 47 et de l'article 185 de la présente Constitution ne peuvent faire l'objet d'aucune révision. Aucune procédure de révision du présent article n'est recevable ».
- 13 Constitution de la République de Côte d'Ivoire (8 novembre 2016), article 178. Cet article prévoit : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du Gouvernement et la laïcité de l'Etat ne peuvent faire l'objet d'une révision ».

spécifiques. Par conséquent, on ne peut bien saisir leur portée sans les recouper avec ces dernières. On se limitera à faire quelques rappels à ce niveau, sachant que ces dispositions font l'objet de commentaires et d'interprétations séparés.

Premièrement, il y a la forme républicaine de l'Etat. En fait, il existe plusieurs formes de gouvernement, dont la monarchie et la théocratie. D'une part, la RDC est une République parce qu'elle doit être gouvernée par des dirigeants politiques élus. Cela la distingue d'une monarchie où le pouvoir politique se transmet par filiation héréditaire au sommet de l'Etat. Le roi est ce qu'est normalement le président dans une République, sauf dans un régime parlementaire moniste dans lequel le Chef d'Etat (qu'il soit monarque ou pas) joue un rôle non-actif politiquement, quasi symbolique.

L'interdiction du pouvoir monarchique en RDC contraste avec l'expérience de plusieurs autres pays africains, dont le Maroc (monarchie constitutionnelle), l'Eswatini (monarchie absolue) et le Lesotho (monarchie constitutionnelle). Au Burundi, en revanche, la monarchie fut abolie en 1966, soit quatre ans seulement après la proclamation de l'indépendance en juillet 1962. Toutefois, la Constitution burundaise du 7 juin 2018 n'exclut pas le retour à la royauté en prévoyant que la monarchie peut être rétablie par voie référendaire.¹⁴

Une allusion claire est faite à la République dans la Constitution congolaise au titre des institutions de la République : le Président de la République, le Parlement, le Gouvernement, les Cours et Tribunaux.¹⁵ Cette forme déterminée par la Constitution ne peut pas être changée. Et cela se justifie amplement sur le plan historique. En effet, on a connu, sous le régime du Président *Mobutu*, des révisions constitutionnelles qui ont altéré le caractère républicain de l'Etat. Cela a conduit à l'institution du parti unique en 1970,¹⁶ en abolition du bipartisme institué par la Constitution du 24 juin 1967,¹⁷ pour finir par en faire un parti-Etat dès 1974.¹⁸ Le parti fut confondu à l'Etat, dont les organes étaient devenus des services de ce parti,¹⁹ tandis que le Président de celui-ci était de droit Président de la République et recevait la plénitude de l'exercice du pouvoir : législatif, exécutif et judiciaire.²⁰ On dirait la consécration d'une monarchie absolue au profit du Chef de l'Etat. Plus tard, en 2001, on a assisté à une succession monarchique à la Présidence de la République entre *Kabila* père et *Kabila* fils.

Le constituant de 2006 semble avoir bien compris que ce genre d'atteintes à la forme républicaine de l'Etat est souvent dicté par la tendance à la personnalisation du pouvoir

14 Constitution de la République du Burundi (7 juin 2018), article 4.

15 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 68.

16 Loi n° 70-001 du 23 décembre 1970 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967, article 1.

17 Constitution de la République Démocratique du Congo (24 juin 1967), article 4(2).

18 Loi n° 74-020 du 15 août 1974 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967, articles 28 et 29.

19 *Ibid.*, article 43.

20 *Ibid.*, article 30.

ou le détournement des moyens d'action du gouvernement au profit d'un individu. C'est pourquoi il a assorti le dispositif constitutionnel de plusieurs interdictions collatérales qui sont, de ce fait, rendues indirectement intangibles. Il s'agit notamment du caractère républicain des forces armées, de la police nationale et de l'administration publique, ainsi que de l'interdiction d'organiser ou d'entretenir une milice privée.²¹

D'autre part, la RDC est une République qui doit être distinguée d'une théocratie. Celle-ci peut se définir comme étant une forme de gouvernement où le pouvoir politique est censé être l'émanation de Dieu et exercé par les représentants de celui-ci ou le clergé, où la religion se confond à l'Etat, où l'Etat est religieux, où la religion d'Etat est consacrée. L'alinéa 1 de l'article 1 de la Constitution prévoit que la RDC est un Etat laïc. Autrement dit, il y a une séparation nette entre le pouvoir politique et le droit qui l'organise et la religion. On ne saurait donc admettre qu'un chef religieux soit, de ce fait, chef politique, sans être passé par l'élection par le peuple. Toutes les religions et leurs réglementations internes doivent respecter la Constitution et l'autorité de l'Etat établie.

Deuxièmement, l'article 220 alinéa 1 de la Constitution prévoit le principe du suffrage universel. Il est régi par l'article 5 alinéa 4 de la Constitution. Le suffrage universel implique que le droit de vote est reconnu et garanti à tous les citoyens de la RDC (en cas de scrutin direct), sous réserve des cas d'exclusion prévus par la loi électorale,²² ou à l'ensemble de leurs représentants (en cas de scrutin indirect). Il s'oppose au suffrage restreint qui, lui, n'est garanti, suivant certains critères, qu'à une partie des citoyens seulement ou de leurs représentants. Il peut s'agir du critère de l'éducation conférant la faculté de lire et d'écrire (suffrage capacitaire) ou de celui du payement établi des impôts (suffrage censitaire). En 1964, la Constitution de Luluabourg avait aussi imposé le suffrage restreint masculin. Elle excluait les femmes des élections qui allaient se tenir pour la première fois

21 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), articles 183, 188, 190 et 193. L'article 183 dispose : « La Police nationale est apolitique. Elle est au service de la Nation congolaise. Nul ne peut la détourner à ses fins propres. La Police nationale exerce son action sur l'ensemble du territoire national dans le respect de la présente Constitution et des lois de la République ». L'article 188 prévoit que « Les Forces armées sont républicaines. Elles sont au service de la Nation toute entière. Nul ne peut, sous peine de haute trahison, les détourner à ses fins propres. Elles sont apolitiques et soumises à l'autorité civile ». L'article 190 prescrit que « Nul ne peut, sous peine de haute trahison, organiser des formations militaires, paramilitaires ou des milices privées, ni entretenir une jeunesse armée ». Et l'article 193 dispose : « L'Administration publique est apolitique, neutre et impartiale. Nul ne peut la détourner à des fins personnelles ou partisanes. Elle comprend la fonction publique ainsi que tous les organismes et services assimilés ».

22 *Ibid.*, article 5(5). Cette disposition dispose : « Sans préjudice des dispositions des articles 72, 102 et 106 de la présente Constitution, sont électeurs et éligibles, dans les conditions déterminées par la loi, tous les Congolais de deux sexes, âgés de dix-huit ans révolus et jouissant de leurs droits civils et politiques ».

après la date de son entrée en vigueur.²³ Toute révision qui ramènerait la république à ces vieilles recettes du passé est prohibée.

Troisièmement, il y a la forme représentative du gouvernement ou démocratie représentative.²⁴ Par définition, la forme du gouvernement fait référence aux modalités d'exercice du pouvoir politique dans l'Etat. A cet égard, on distingue la démocratie d'autres formes de gouvernement comme l'autoritarisme et le totalitarisme. La démocratie est fondée sur la liberté du peuple à s'autogouverner et à réaliser l'épanouissement de tout un chacun par la jouissance des droits humains plus ou moins étendus. Par contre, l'autoritarisme dénie aux citoyens les libertés publiques, se fonde sur la répression et l'intolérance politique, au profit d'un homme fort qui concentre les pouvoirs d'Etat dans ses mains. C'est une forme aigüe de la dictature. Le totalitarisme n'est pas très loin d'elle. Mais il se singularise par la tendance pour l'Etat de prendre le contrôle de toutes les activités dans la société, sans laisser aux citoyens une marge de liberté, soit pour se choisir librement leurs gouvernants, soit pour prendre des initiatives ou disposer de la propriété privées aux fins de leur épanouissement personnel. Ce fut le cas dans le système communiste de l'ex Union des Républiques socialistes et soviétiques (URSS).

Dans le cas de la RDC, la Constitution prévoit que tout pouvoir émane du peuple, qui l'exerce directement par voie de référendum ou d'élection.²⁵ Le droit de pétition et celui d'initiative de révision constitutionnelle sont également reconnus aux congolais.²⁶ Tout cela correspond à ce qu'on appelle la démocratie directe. L'article 5 alinéa 1 de la Constitution prévoit également que le peuple peut exercer son pouvoir par l'entremise de ses représentants. Evidemment, le critère démocratique exige que ces derniers, qui doivent renouveler régulièrement leurs mandats non-impératifs, soient élus par le peuple, directement ou indirectement. D'où la qualification de démocratie représentative ou indirecte. C'est cette forme représentative du gouvernement qui ne peut faire l'objet de révision constitutionnelle en RDC.

Il faut noter que la forme représentative du gouvernement ne doit pas être confondue avec la représentativité nationale de la composition du Gouvernement qu'exige l'article 90 alinéa 3 de la Constitution. Une telle représentativité nationale vise à s'assurer que toutes les provinces du pays soient prises en considération dans la nomination des membres du Gouvernement, qui ne doit pas être l'apanage des congolais d'un seul coin, d'une province ou de quelques provinces seulement. Une exigence analogue est consacrée au niveau des provinces et des entités de base. S'agissant des provinces, la composition de chaque Gouvernement provincial doit tenir compte de la représentativité provinciale, alors que

23 Constitution de la République Démocratique du Congo (1^{er} août 1964), article 190.

24 Bernard Manin, *The principles of representative government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 5.

25 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 5(1).

26 *Ibid.*, articles 27 et 218.

celle des organes exécutifs des entités de base est soumise au principe de la représentativité communautaire.²⁷ Ce qui revient, en pratique, à s'assurer que toutes les tribus en province ou dans une entité de base sont prises en compte dans les nominations des membres des organes exécutifs provinciaux ou locaux.²⁸

Quatrièmement, il y a le nombre de mandats présidentiels. Et cinquièmement, la durée des mandats présidentiels. Ces deux matières sont régies par l'alinéa 1 de l'article 70 de la Constitution qui prévoit que « Le Président de la République est élu (...) pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois ». La limite du nombre de mandats présidentiels est donc fixée à deux, tandis la durée de chaque mandat est de cinq ans maximum. Aucun Président de la République ne peut briguer un troisième mandat.

La sixième matière verrouillée c'est l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui est visée à l'alinéa 1 de l'article 149 de la Constitution. Il est précisément indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Grossso modo, cela implique non seulement une autonomie institutionnelle et de gestion par rapport aux autres pouvoirs, mais aussi une autonomie fonctionnelle qui interdit à ces derniers d'influencer le pouvoir judiciaire ou de lui dicter leur volonté dans sa mission d'administrer la justice au sein de l'Etat.²⁹

Septièmement, il y a le principe du pluralisme politique. Ce principe est prévu à l'article 6 alinéas 1 et 2 de la Constitution. Il implique la liberté de tout congolais de créer un parti politique ou de s'affilier à un parti de son choix. Aussi l'institution d'un parti unique, sur une partie ou l'ensemble du territoire national, est-elle strictement interdite.³⁰

La huitième et dernière matière immuable c'est le pluralisme syndical, qui est prévu à l'article 38 de la Constitution. Autrement dit, tous les congolais ont la liberté de créer des syndicats ou de s'affilier à un syndicat de leur choix. Les syndicats peuvent être entendus ici comme des associations des travailleurs qui ont pour objet la défense des intérêts de ces derniers face à leurs employeurs, privés ou publics, y compris l'Etat lui-même. A la différence d'un parti politique, dont l'objectif est la conquête, l'exercice et la conservation du pouvoir politique, le syndicat est une organisation à objectifs professionnels. Il n'est

27 *Ibid.*, article 198 (4); Loi n° 08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, telle que modifiée et complétée par la Loi n° 13/008 du 22 janvier 2013, article 23 (4); Loi organique n°08/016 du 07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités Territoriales Décentralisées et leur rapport avec l'Etat et les provinces, telle que modifiée et complétée par la Loi organique n°18/036 du 29 décembre 2018, articles 31, 57 et 79.

28 Balingene Kahombo, « La protection des minorités ethniques en République Démocratique du Congo entre rupture et continuité des ordres constitutionnels antérieurs », *Librairie africaine d'études juridiques*, vol. 2, avril 2010, pp. 18–19.

29 Voir Balingene Kahombo, Jean-Marc Mutonwa Kalombe et Pacifique Muhindo Magadju, « Rapport initial sur la gouvernance judiciaire et le progrès vers l'instauration de l'Etat de droit en République Démocratique du Congo », *Recht in Afrika – Law in Africa -Droit en Afrique*, vol. 18, 2015, pp. 114–127.

30 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 7.

pas cependant exclu qu'un syndicat soit un tremplin pour un de ses membres pour briguer ou obtenir un poste politique. Des alliances stratégiques avec des partis politiques ou des soutiens à ceux-ci sont aussi possibles au cours d'une compétition électorale.

Toutes ces matières sont ainsi verrouillées. Encore faut-il distinguer le principe d'immutabilité des dispositions constitutionnelles avec celui d'interdiction de réduction des standards juridiques fixés par la Constitution.

B. La non-réduction du minimum de standards juridiques fixés par la Constitution

Ce principe est prévu à l'alinéa 2 de l'article 220 de la Constitution qui dispose :

Est formellement interdite toute révision constitutionnelle ayant pour objet ou pour effet de réduire les droits et libertés de la personne, ou de réduire les prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées.

Il faut noter que cette disposition diffère légèrement des versions qui avaient été retenues par le Sénat et la Commission PAJ de l'Assemblée nationale. Ces versions employaient plutôt le concept « autonomie »³¹ des provinces et des « collectivités locales »,³² à la place des « prérogatives » des provinces et des entités territoriales décentralisées (ETD). Entre ETD et collectivités locales, il n'y a vraiment pas de différence importante. C'est une question de choix terminologique et de qualification territoriale, mais aussi d'harmonisation des termes constitutionnels puisque l'article 3 du texte retenu par la Commission PAJ de l'Assemblée nationale faisait déjà référence aux ETD.³³

Par contre, la raison pour laquelle le mot « autonomie » a été remplacé par le concept « prérogatives » dans le texte final adopté par l'Assemblée nationale n'a pas été spécifiée. On peut, cependant, supposer que l'autonomie est une partie intégrante des prérogatives garanties aux provinces et aux ETD. Par ailleurs, c'est le plein exercice des prérogatives qui traduit l'étendue réelle de l'autonomie. En évoquant les prérogatives, le constituant est plus concret que s'il se limitait à parler de l'autonomie théorique. En tout état de cause, l'autonomie peut s'exercer même dans un nombre très réduit des matières. De ce point de vue, la Constitution a élargi le champ d'application de l'interdiction prévue à son article 220 alinéa 2. Deux éléments importants sont couverts par cette interdiction.

1. Les droits et libertés de la personne

L'une des caractéristiques de la Constitution de 2006 c'est la constitutionnalisation très détaillée « des droits humains, des libertés fondamentales, des devoirs du citoyen et de

31 Rapport de la Commission constitutionnelle du Sénat sur l'avant-projet de la Constitution de la République Démocratique du Congo, 2005, p. 21 (inédit); Rapport de la Commission PAJ de l'Assemblée nationale avril 2005, article 216, ancien article 210.

32 *Ibid.*

33 Rapport de la Commission PAJ de l'Assemblée nationale avril 2005, article 3.

l'Etat ».³⁴ Il va sans dire que le principe de non-réduction ne concerne pas les devoirs du citoyen ni de l'Etat. Il ne s'applique qu'aux « droits et libertés de la personne ». Ces droits et libertés sont ceux consacrés par la Constitution, lesquels s'imposent à toute personne et à tous les pouvoirs publics.³⁵ L'interdiction de les réviser dans le sens de les réduire implique qu'ils s'imposent aussi au constituant dérivé. Bien que la polysémie des mots soit reconnue dans ce domaine,³⁶ on peut affirmer que l'article 220 alinéa 2 de la Constitution fait donc référence aux droits humains et aux libertés fondamentaux prévus au titre II du texte constitutionnel.

Il y a deux types de révision constitutionnelle qui sont dès lors prohibés. D'une part, c'est toute révision ayant pour objet de réduire les droits et libertés de la personne. En quelque sorte, le texte de révision doit viser directement le droit affecté par la modification. Par exemple, enlever de la liste l'un des droits intangibles, tel que le droit au recours, visés à l'article 61 de la Constitution.³⁷ Il ne figure pas, par exemple, sur la liste des droits insusceptibles de dérogation prévue par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine des droits de l'homme, la Charte arabe des droits de l'homme.³⁸ On sait que le droit au recours n'est pas impératif dans tous les domaines en droit international des droits de l'homme,³⁹ sauf évidemment en matière pénale.⁴⁰ En reconnaissant son caractère intangible en RDC, sans distinction des domaines d'application, la Constitution de 2006 a prescrit un régime

³⁴ Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), titre II.

³⁵ *Ibid.*, article 60.

³⁶ Marcel Wetsh'okonda Koso Senga, *La protection des droits de l'homme par le juge constitutionnel congolais : Essai d'analyse critique de la juridiction et de sa jurisprudence (2003–2013)*, mémoire d'études supérieures en droit, Université de Kinshasa, 2015, p. 11.

³⁷ Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 61. Celui-ci dispose : « En aucun cas, et même lorsque l'état de siège ou l'état d'urgence aura été proclamé conformément aux articles 85 et 86 de la présente Constitution, il ne peut être dérogé aux droits et principes fondamentaux énumérés ci-après : 1. le droit à la vie; 2. l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; 3. l'interdiction de l'esclavage et de la servitude; 4. le principe de la légalité des infractions et des peines; 5. les droits de la défense et le droit de recours; 6. l'interdiction de l'emprisonnement pour dettes; 7. la liberté de pensée, de conscience et de religion ».

³⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), article 4 (2); Convention européenne des droits de l'homme (4 novembre 1950), article 15 (2); Convention américaine des droits de l'homme (22 novembre 1969), article 27 (2); la Charte arabe des droits de l'homme (15 septembre 1994), article 4 (c).

³⁹ Voir Pacte international relatif aux droits civils et politiques (16 décembre 1966), articles 4 et 14.

⁴⁰ *Tadić* (IT-94-1-A-AR77), Arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, Chambre d'appel, 27 février 2001, p. 3. Voir aussi Balingene Kahombo, « Les modalités d'exercice du recours individuel en constitutionnalité en droit positif

de protection supérieur à celui qu'offre le droit international.⁴¹ Comme tel, le constituant dérivé ne doit pas y toucher.

D'autre part, même si un droit ou une liberté n'est pas directement visé par le texte de révision, celle-ci reste interdite pour autant qu'elle a « pour effet » la réduction prohibée du minimum de standard juridique fixé par la Constitution. Il s'agit là d'une question d'interprétation qui doit être considérée cas par cas. Le juge constitutionnel a un très grand rôle à jouer ici. Ainsi, ne sera admise que la révision qui améliore ou renforce les droits et libertés de la personne par rapport à ce que prévoit déjà la Constitution. C'est la consécration d'une sorte d'effet cliquet, dans la mesure où la garantie des droits et libertés ne doit jamais aller dans le sens du recul, du retour en arrière, par rapport au régime juridique actuellement en vigueur. Il en est de même en ce qui concerne les prérogatives des provinces et des ETD.

2. Les prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées

La RDC comprend 25 provinces plus la capitale, Kinshasa, qui a le statut de province.⁴² Il existe, cependant, quatre types d'ETD : ville, commune, secteur et chefferie.⁴³ Cette organisation territoriale de la RDC procède de la séparation verticale des pouvoirs qui vise à promouvoir la gestion et la démocratie à partir de la base. Cela contraste avec les anciens régimes unitaristes qui ont marqué le pays entre 1965 et 2006,⁴⁴ caractérisés par la centralisation des pouvoirs d'Etat, avec pour conséquence l'impossibilité de promouvoir les initiatives locales autonomes pour le développement à la base.⁴⁵

congolais entre ambiguïté et nécessité de réforme juridiques », *Recht in Afrika – Law in Africa – Droit en Afrique*, vol. 20, 2017, p. 132.

41 Balingene Kahombo, ‘La Cour Suprême de Justice, Cour Constitutionnelle Transitoire’ (2 février 2011) <<http://www.la-constitution-en-afrique.org/article-la-cour-supreme-de-justice-a-t-elle-demerite-66284374.html>> 18 novembre 2019.

42 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 2 (2) et (3). Aux termes de cet article, ces provinces sont : Bas-Uele, Equateur, Haut-Lomami, Haut-Katanga, Haut-Uele, Ituri, Kasaï, Kasaï Oriental, Kongo central, Kwango, Kwilu, Lomami, Lualaba, Kasaï Central, Mai-Ndombe, Maniema, Mongala, Nord-Kivu, Nord-Ubangi, Sankuru, Sud-Kivu, Sud-Ubangi, Tanganyika, Tshopo, Tshuapa. Kinshasa est la capitale du pays et le siège des institutions nationales. Elle a le statut de province. (...).

43 *Ibid.*, article 3(2).

44 Balingene Kahombo, ‘Regionalism under the Congolese Constitution of 18 February 2006: Progress and Challenges’, in Charles M. Fombad and Nico Steytler (éds.), *Decentralization and Constitutionalism in Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 183–211.

45 Benjamin Bakadisula Kangoma, ‘La décentralisation et la gouvernance démocratique des entités territoriales décentralisées sous la Constitution du 18 février 2006’, in Jean-Michel Kumbu Ki Ngimbi (éd.), *La décentralisation territoriale en République démocratique du Congo sous le*

La Constitution de 2006 a prévu un régime de séparation verticale des pouvoirs très renforcé. Les provinces et les ETD sont dotées de la personnalité juridique qui leur confère le statut de personnes morales distinctes du pouvoir central de l'Etat.⁴⁶ Dès lors, la question de l'identification de leurs prérogatives, entendues comme droits, pouvoirs ou compétences, se pose. On peut affirmer qu'il y a normalement trois types de prérogatives des provinces et des ETD.

Premièrement, les provinces et les ETD ont droit à la libre administration et à l'autonomie de leur gestion économique, financière, humaine et technique.⁴⁷ Cela devrait les faire accéder à tous les attributs de la personnalité juridique, y compris le droit à la propriété, la domanialité publique et la capacité d'ester en justice.

Deuxièmement, la répartition des compétences est prévue entre le pouvoir central et les provinces.⁴⁸ A côté des compétences exclusives pour le pouvoir central, il existe des compétences exclusives pour les provinces et des compétences partagées ou concurrentes.⁴⁹ C'est l'objet des articles 203 et 204 de la Constitution.

Troisièmement, les prérogatives des provinces sont tous les pouvoirs qui sont reconnus à leurs organes ou à leurs autorités dans le cadre constitutionnel établi. Il s'agit du pouvoir de protéger leurs propres compétences, en cas de conflit d'attribution, en saisissant la Cour constitutionnelle,⁵⁰ celui de demander à celle-ci l'interprétation de la Constitution,⁵¹ et le droit d'une assemblée provinciale de légiférer sur les matières relevant de la compétence exclusive du pouvoir central sur habilitation du Parlement.⁵²

Il faut noter la similarité des mots sur le type de révision constitutionnelle qui est interdite ici, comparativement à la réduction des droits et libertés de la personne. La révision prohibée est celle qui a pour objet ou pour effet de réduire les prérogatives des provinces et des ETD. Même si les mots « pour objet ou pour effet » n'apparaissent pas explicitement dans la deuxième partie de l'article 220 alinéa 2, ils sont sous-entendus, par ellipse, après la disjonction « ou », précisément pour éviter la répétition. Ce n'est qu'une règle grammaticale.

régime de la Constitution du 18 février 2006 : bilan et perspectives, Kinshasa, édition de la Campagne pour les droits de l'homme au Congo, 2014, p. 66.

46 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 3 (1).

47 *Ibid.*, article 3(3).

48 *Ibid.*, article 2(4).

49 *Ibid.*, article 201.

50 *Ibid.*, article 161 (3). Voir aussi Loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, articles 61 à 64.

51 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 161 (1).

52 *Ibid.*, article 205.

Ainsi, toute la distinction précédente que l'on a faite à propos des droits et libertés de la personne s'applique. La révision prohibée est celle qui vise directement la réduction des prérogatives des provinces et des ETD. C'est le cas du retrait de la personnalité juridique ou de l'attribution au pouvoir central d'une matière qui relève aujourd'hui de la compétence exclusive des provinces. Est également interdite toute révision qui, sans viser directement l'une des prérogatives reconnues à ces entités, a pour effet de les réduire. C'est le cas, par exemple, du placement des provinces sous la tutelle du pouvoir central, de la reconnaissance au profit de celui-ci du pouvoir de révocation de leurs autorités ou de dissolution de leurs organes, ou de la réduction de la part de 40 % de recettes à caractère national qui doivent être retenus à la source par les provinces. Tout ce que le constituant dérivé peut faire c'est d'accroître les prérogatives des provinces et des ETD, c'est-à-dire renforcer la gouvernance provinciale et locale. Ceci constitue, ni plus ni moins, une protection importante en faveur d'une sorte de présomption absolue et irréversible de la gestion du pays à partir de la base et non de la capitale, Kinshasa.

II. Le caractère absolu des principes consacrés à l'épreuve des faits

L'immutabilité de certaines dispositions constitutionnelles et la non-réduction du minimum de standards juridiques fixés par la Constitution constituent des interdictions absolues de révision constitutionnelle. Il n'existe aucune possibilité de modifier la Constitution dans le sens prohibé par le constituant originaire. Mais, si l'on préfère, on peut changer de texte constitutionnel. De ce point de vue, l'article 220 de la Constitution de 2006 ne consacre pas des dispositions constitutionnelles d'éternité. On est loin de la conception allemande de l'*Ewigkeitsklausel* (clause d'éternité) fondée sur l'article 79(3) de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne) qui verrouille la forme fédérale du pays, son caractère démocratique et social, la participation des entités fédérées (*Länder*) à l'élaboration des lois, le principe de la protection de la dignité humaine et le droit des allemands à la résistance contre tout celui qui entreprend de renverser l'ordre constitutionnel établi. Ces matières peuvent être considérées comme étant intergénérationnelles.⁵³ Mais une nouvelle génération du peuple congolais peut toujours décider de changer une vieille constitution en adoptant une nouvelle sans consacrer la même portée actuelle des matières verrouillées.

Quoiqu'il en soit, les deux interdictions constitutionnelles peuvent poser d'autres problèmes en pratique au point de remettre en cause leur caractère absolu. On peut notamment

53 Voir BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 30. Juni 2009 – 2 BvE 2/08, Rn. (1–421) <http://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html> 30 octobre 2020. Au paragraphe 216 de cet Arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, la notion de clause d'éternité est invoquée comme étant la garantie du respect de l'identité de l'ordre constitutionnel allemand. Aux paragraphes 217 et 218, l'Arrêt souligne que la clause d'éternité de la Constitution allemande repose sur une base universelle qui ne peut pas être changée par le droit positif. L'identité de l'ordre constitutionnel allemand est, pour ainsi dire, intergénérationnelle.

mentionner l'existence de quelques stratégies de contournement du dispositif constitutionnel ainsi que des défis passés et futurs posés par la méconnaissance pure et simple desdites interdictions.

A. Les stratégies de contournement juridique

Alors que la Constitution prévoit des interdictions absolues, les juristes et les politiciens ne manquent pas d'imagination pour tenter de les contourner. Il y aurait alors des tentatives de justification des révisions constitutionnelles qui iraient à l'encontre même de la Constitution. On peut distinguer, à cet égard, deux grandes stratégies : celle du détournement du pouvoir constituant dérivé et l'intervention législative.

1. Le détournement du constituant dérivé

Le concept de détournement du pouvoir constituant dérivé implique le recours à la compétence de révision constitutionnelle non pas pour améliorer le cadre de la gouvernance de l'Etat, mais souvent pour procéder au renforcement des prérogatives d'un Chef d'Etat ou l'autoriser à demeurer au pouvoir en déverrouillant le dispositif constitutionnel.⁵⁴ *Evariste Boshab* a, par exemple, soutenu que la limitation du nombre de mandats présidentiels n'est pas politiquement indispensable.⁵⁵ Elle devrait être élaguée de la Constitution puisqu'elle est discriminatoire à l'égard du Président de la République par rapport à d'autres mandats politiques qui ne sont pas limités, comme ceux des députés et des sénateurs.⁵⁶ En outre, elle priverait le peuple de son droit souverain de se choisir qui il veut dans une démocratie.⁵⁷

Des théories ont été mises en relief pour souligner que les principes de l'immunité et de non-réduction du minimum de standards juridiques fixés par la Constitution ne sont pas absous. *Jean-Louis Esambo*, par exemple, a enseigné que « l'immunité des dispositions constitutionnelles n'est pas d'application absolue ».⁵⁸ Elles peuvent être modifiées, à condition que la révision « se fasse dans le strict but d'assurer l'intérêt général et respecte la procédure prévue par la Constitution »⁵⁹

Ce point de vue n'est pas persuasif parce que précisément lorsqu'on résiste contre le respect de la Constitution, on sort des limites de l'Etat de droit, on viole les interdictions

54 Balingene Kahombo, « Les fondements de la révision de la Constitution congolaise du 18 février 2006 », *KAS African Law Study Library*, vol. 1, 2014, p. 431.

55 Evariste Boshab, *Entre la révision de la constitution et l'inanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 332.

56 *Ibid.*, pp. 347–348.

57 *Ibid.*, p.351.

58 Jean-Louis Esambo Kangashe, *Le droit constitutionnel*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2013, p. 103; Jean-Louis Esambo Kangashe, *La Constitution du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, Louvain-la-Neuve, Editions Académia Bruylant, 2010, p. 97.

59 *Ibid.*

prévues. Cela ne peut pas être perçu comme étant une manifestation de la promotion de l'intérêt général quand les fondamentaux d'un régime constitutionnel sont ainsi mis en échec. Deux techniques peuvent être employées à cet égard.

En premier lieu, c'est la technique de la double révision constitutionnelle. En fait, « lorsque la constitution interdit une modification, on amende d'abord l'interdiction et dans un deuxième temps, on procède à la modification visée ».⁶⁰ Cette technique a permis de modifier la Constitution du Togo, en février 2005, pour permettre la succession monarchique au pouvoir du fils *Eyadema* à son feu père, *Gnassingbé Eyadema*.⁶¹ Ce genre de risque de détournement du pouvoir constituant dérivé a conduit certains Etats africains, tels que le Sénégal et le Niger, à interdire la révision de la disposition qui verrouille même certaines matières constitutionnelles, rendant ainsi impossible le recours à la technique de la double révision.⁶² D'après la décision du Conseil constitutionnel sénégalais du 12 février 2016, cette interdiction a une fonction additionnelle, à savoir, empêcher l'ajout de nouvelles dispositions intangibles à la liste déjà fixée des matières verrouillées.⁶³ Quoi qu'il en soit, à en croire *Jean-Louis Esambo*, la technique de la double révision doit être déconseillée parce qu'elle porte les germes de la fraude au texte constitutionnel.⁶⁴

En second lieu, le détournement du pouvoir du constituant dérivé peut passer par le recours au souverain primaire, le peuple. On invoque assez souvent la souveraineté de celui-ci, qui serait non-subordonnée et partant illimitée sur le plan constitutionnel. Selon cette perception, le peuple peut donc se doter, à sa guise, d'une constitution, l'amender, l'abolir ou adopter un nouveau texte constitutionnel. C'est dans ce cadre que *Jean-Louis Esambo* a soutenu que c'est puisqu'il est interdit au constituant dérivé de modifier certaines dispositions constitutionnelles que la révision voulue de celles-ci n'est plutôt possible que par l'expression de la volonté du peuple en tant que constituant originaire.⁶⁵

Cependant, d'un point de vue positiviste, cette position est techniquement inexacte. Certes, les procédures de révision constitutionnelle prévues à l'article 218 de la Constitution de 2006 font appel au peuple, sous certaines conditions.⁶⁶ Mais, le recours au

60 Kahombo, note 54, p. 445.

61 *Ibid.*

62 Constitution du Sénégal (22 janvier 2001), article 103 (8); Constitution de la République du Niger (25 novembre 2010), article 175 (3).

63 Conseil constitutionnel, Décision n°1/C/2016, 12 février 2016, p. 7.

64 Jean-Louis Esambo, *Traité de droit constitutionnel congolais*, Paris, L'Harmattan, 2017, p. 78.

65 Esambo, note 58 (2013), p. 203.

66 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 218. Cet article dispose : « L'initiative de la révision constitutionnelle appartient concurremment : 1. au Président de la République; 2. au Gouvernement après délibération en Conseil des ministres; 3. à chacune des Chambres du Parlement à l'initiative de la moitié de ses membres; 4. à une fraction du peuple congolais, en l'occurrence 100.000 personnes, s'exprimant par une pétition adressée à l'une des deux Chambres. Chacune de ces initiatives est soumise à l'Assemblée nationale et au Sénat qui décident, à la

référendum ne doit pas être mal compris à ce niveau, « car le peuple intervient ici à un autre titre que celui du constituant originaire, dans le cadre et en respect de la Constitution. Il est ici constituant dérivé ».⁶⁷ Aucune autre procédure de révision ne peut passer concernant les principes consacrés à l'article 220 de la Constitution. Il n'y a pas matière à la théorie d'autolimitation du constituant puisque, par définition, il existe deux autorités différentes en l'espèce, à savoir, le constituant originaire et le constituant dérivé qui lui est organiquement subordonné. La seule possibilité de contourner valablement les obstacles de la procédure de révision constitutionnelle serait de procéder carrément à l'adoption d'une nouvelle constitution.

En droit comparé africain, la CC du Bénin a été aussi catégorique à ce sujet dans sa décision du 20 octobre 2011, par laquelle elle a rappelé l'interdiction absolue de modifier une disposition intangible par le recours au référendum de révision constitutionnelle.⁶⁸ Elle est même allée plus loin dans sa décision du 19 août 2014, en déclarant l'inconstitutionnalité des propos d'un ministre béninois ayant simplement invoqué, lors d'une émission à la télévision, la possibilité pour le Président de la République sortant, *Boni Yaya*, de briguer un troisième mandat si le peuple le voulait.⁶⁹ La CC béninoise argua que si tout citoyen jouissait de la liberté d'opinion et d'expression, cette liberté d'opinion consacrée par la Constitution n'exonérait pas le citoyen du respect de la Constitution. Cette exigence, dit-elle, est même plus grande pour un ministre par rapport à un citoyen ordinaire, en raison de l'impact plus fort de son opinion sur la conscience collective.⁷⁰

Le constituant originaire c'est celui qui adopte une nouvelle constitution et non celui qui procède à une révision constitutionnelle. Si l'interdiction de réviser certaines dispositions constitutionnelles est absolue à l'égard du constituant dérivé, elle devrait l'être également à l'égard du législateur.

2. L'intervention législative

Il n'est pas exclu que l'article 220 de la Constitution soit affecté par une intervention législative. Le législateur a le pouvoir d'adopter les lois dans les matières limitativement énumérées par la Constitution qu'on appelle domaine de la loi. Il peut aussi habiliter l'exécutif à adopter, dans ce domaine, une ordonnance-loi, qui, subordonnée à sa ratification ultérieure, a une valeur législative.

majorité absolue de chaque Chambre, du bien-fondé du projet, de la proposition ou de la pétition de révision. La révision n'est définitive que si le projet, la proposition ou la pétition est approuvée par référendum sur convocation du Président de la République. Toutefois, le projet, la proposition ou la pétition n'est pas soumis au référendum lorsque l'Assemblée nationale et le Sénat réunis en Congrès l'approuvent à la majorité des trois cinquième des membres les composant ».

67 Kahombo, note 54, p. 445.

68 Cour constitutionnelle, Décision DCC 11–067 du 20 octobre 2011, p. 4.

69 Cour constitutionnelle, Décision DCC 14–156 du 19 août 2014, p. 12.

70 *Ibid.*, p. 11.

Un exemple d'une atteinte législative à l'article 220 alinéa 2 de la Constitution est la loi de 2008 sur la libre administration des provinces.⁷¹ Cette loi a consacré le statut de dédoublement fonctionnel des gouverneurs de provinces, qui est un emprunt de la Constitution de 1964.⁷² En fait, chaque gouverneur est devenu à la fois chef de l'exécutif provincial et représentant du pouvoir central (Président de la République, Gouvernement et Parlement) en province.⁷³ De ce fait, cette loi a eu pour effet de réduire l'autonomie des provinces en rendant les gouverneurs de provinces dépendants du gouvernement central en ce qui concerne la coordination des services publics déconcentrés en provinces et les actes qu'ils posent en cette qualité.⁷⁴ La loi de 2008 n'a pas voulu reprendre l'expérience de la Loi fondamentale de 1960, en exhument l'institution de Commissaire d'Etat qui était chargé de représenter le pouvoir central en province.⁷⁵ Cela aurait certes permis de garder intacte l'autonomie des provinces. Mais, en même temps, cette expérience aurait créé une brèche à un conflit éventuel d'autorité entre les commissaires d'Etat et les gouverneurs de province. Dans tous les cas, ce n'est pas tant le dédoublement fonctionnel qui pose problème comme tel, mais le fait qu'il a été instauré par voie législative, à l'opposé de la Constitution de 1964, en violation de l'article 220 alinéa 2 de la Constitution de 2006.

On ne peut que s'étonner que le juge constitutionnel n'ait pas eu l'occasion de sanctionner cette inconstitutionnalité s'il était saisi.⁷⁶ Toutefois, on a prétendu que le statut du dédoublement fonctionnel était valable au motif que ce qui n'est pas interdit est permis.⁷⁷ Une telle affirmation n'est pas persuasive pour autant. D'abord, les compétences sont d'attribution en droit public. Ensuite, une interdiction juridique à l'égard du législateur n'a pas besoin d'être expresse. Tout est question d'interprétation. Aussi peut-on affirmer que ce qui est interdit au constituant dérivé l'est, a fortiori, au législateur, qui est hiérarchiquement inférieur. Le législateur doit respecter non seulement la sphère du domaine ou de la compétence de la loi, mais aussi le reste du dispositif constitutionnel, en s'abstenant de réduire le régime que celui-ci a prévu. Sinon, il commettrait une double violation : celle de la disposition constitutionnelle qui verrouille la matière protégée et spécialement celle de l'article 220 de la Constitution. D'autres défis se posent encore quant au respect de celui-ci.

71 Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces.

72 Constitution de la République Démocratique du Congo (1^{er} août 1964), article 103. Cet article dispose : « Le gouverneur de province est le chef de l'exécutif provincial; il représente le Président de la République dans la province ».

73 Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, articles 28 (1) et 63.

74 *Ibid.*, article 65.

75 Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo, articles 180 à 184.

76 Kahombo, note 54, p. 438.

77 *Ibid.*, p. 436.

B. Les défis additionnels passés et futurs

En observant correctement le système politique congolais, il y a lieu de constater que la consécration de quelques principes juridiques ne suffit pas à faire triompher la primauté du droit. Les habitudes politiques font encore largement ménage avec l'inconscience, l'antipatriotisme, la corruption et la loi de la jungle. C'est souvent le plus fort qui fait passer sa volonté. Au besoin, il écrasera, politiquement, financièrement ou par la force, toute tentative de dissidence, de contestation ou d'opposition. Dans ce contexte, deux défis importants se posent quant au respect de l'article 220 de la Constitution. Il s'agit de la révision constitutionnelle du 20 janvier 2011 et de la question du troisième mandat présidentiel.

1. Le passage en force de la révision constitutionnelle du 20 janvier 2011

La révision constitutionnelle de 2011 a eu lieu avec le boycott de l'opposition, qui protestait notamment contre le passage en force de la modification du mode de l'élection présidentielle, passant du suffrage universel directe à deux tours à un tour.⁷⁸ La procédure devant le Congrès n'a pris que cinq jours, soit un temps record plus court que celui que prend le vote des lois ordinaires et organiques.⁷⁹ Pourtant, des matières importantes, qui auraient pu échapper à cette révision, en application de l'article 220 de la Constitution, ont été affectées. On peut se limiter à deux questions à ce stade.

Tout d'abord, l'indépendance du pouvoir judiciaire. Le texte initial de la Constitution de 2006, en consacrant cette indépendance, définissait également ce qu'il entendait par pouvoir judiciaire, à savoir, les cours et tribunaux ainsi que les parquets qui leur sont attachés.⁸⁰ La révision constitutionnelle de 2011 a porté atteinte à l'article 220 de la Constitution en retirant ces derniers de la composition du pouvoir judiciaire.⁸¹ Cela ne signifie pas pour autant que les parquets sont devenus des services à la solde de l'exécutif.⁸² Les magistrats

⁷⁸ Voir 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.

⁷⁹ Kahombo, note 54, pp. 433–434.

⁸⁰ Aux termes de l'ancien article 149 (2) de la Constitution congolaise du 18 février 2006, « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il est dévolu aux Cours et Tribunaux qui sont : la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Haute Cour militaire, les cours et tribunaux civils et militaires ainsi que les parquets rattachés à ces juridictions ».

⁸¹ Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 149 (2). Aux termes de cette disposition, le pouvoir judiciaire « est dévolu aux cours et tribunaux qui sont : la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Haute Cour militaire ainsi que les Cours et Tribunaux civils et militaires ».

⁸² Marcel Wetsh'okonda Koso Senga, « Nature juridique et garanties d'indépendance des officiers du ministère public sous l'empire de la Constitution congolaise du 18 février 2006 telle que

du parquet gardent théoriquement leur liberté dans la prise des décisions à caractère judiciaire, mais ils peuvent recevoir de la part du Ministre de la justice des injonctions pour ouvrir une enquête ou introduire un pourvoi en cassation en matière pénale.⁸³ La révision constitutionnelle de 2011 a simplement réduit, pour ainsi dire, la portée de l'indépendance du pouvoir judiciaire telle qu'originialement consacrée par la Constitution.

Dans la même optique, il faut noter que le constituant dérivé n'a pas poussé sa logique jusqu'au bout. Alors qu'il a retiré les parquets et, par voie de conséquence, tous les Officiers du ministère public (OMP), du pouvoir judiciaire, il s'est abstenu de définir leur nouveau statut. Gardent-ils encore leur statut de magistrat, à côté des juges, tout en étant des agents dépendants de l'exécutif? En réalité, la révision constitutionnelle de 2011 aurait dû s'accompagner de la modification de l'article 151 de la Constitution pour enlever tous les OMP de la composition du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), l'organe de gestion du pouvoir judiciaire. Celui-ci devrait désormais être l'apanage de seuls juges. Comme au Rwanda, où les parquets dépendent également de l'exécutif, il existe, pour eux, le Conseil supérieur de l'autorité nationale du parquet,⁸⁴ distinct du Conseil supérieur de la magistrature.⁸⁵ Il ne s'agit pas pour autant d'un modèle idéal d'organisation judiciaire à pouvoir copier, parce que, vu les fonctions du parquet, on arrive à conclure que, dans ce système, l'exécutif devient capable de dire qui dans l'Etat doit ou non faire l'objet de poursuites pénales. Sans une véritable réforme du parquet le soumettant à un contrôle renforcé du juge pour toutes les décisions qu'il prend, ce modèle impliquera inéluctablement une violation flagrante du principe juridique de la séparation des pouvoirs.

Cette volonté de violer l'indépendance du pouvoir judiciaire s'est, à nouveau, manifestée avec le dépôt par deux députés membres de la majorité à l'Assemblée nationale, en juin 2020, de trois propositions de lois organiques sur la réforme de la justice.⁸⁶ Ces propositions ont pour inconvénient commun de renforcer l'emprise du Ministre de la justice sur l'appareil judiciaire. Leur examen a été finalement renvoyé sine die après qu'une frange importante de la classe politique et de la société civile les ait dénoncées comme étant une tentative de mise de la justice sous la tutelle de l'exécutif et une violation flagrante du principe de l'Etat de droit. Le Conseil d'Etat lui-même avait déjà donné le ton dans son

révisée par la loi de révision constitutionnelle du 20 janvier 2011 », *Librairie Africaine d'Etudes Juridiques*, vol. 4, 2017, pp. 532–551.

83 Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, articles 72 et 35(5).

84 Constitution du Rwanda du 4 juin 2003 (rév.2015), article 146.

85 *Ibid.*, article 149.

86 Voir Proposition de Loi organique n°..... du modifiant et complétant la Loi organique n°08/013 du 05 aout 2008 portant organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature; Proposition de Loi organique n° du modifiant et complétant la Loi organique n°13/011 du 13 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire; Proposition de Loi organique n° du modifiant et complétant la Loi organique n°06/20 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats telle que modifiée et complétée par la Loi organique n°15/014 du 1^{er} aout 2015 [disponible chez l'auteur].

avis R.I.T.E.015 – 2020 du 18 mai 2020 en s'opposant à une interprétation extensive de l'autorité du Ministre de la justice sur les parquets.⁸⁷ L'avis écarte notamment la possibilité pour le Ministre de la justice de prendre des sanctions disciplinaires contre les officiers du ministère public défaillants, dans la mesure où cela va au-delà de son pouvoir susvisé d'injonction tel qu'encastré par les textes.⁸⁸

Ensuite, il y a la question de la non-réduction des prérogatives des provinces. On sait que le constituant dérivé a renforcé les pouvoirs personnels du Président de la République sur celles-ci en vue, dit-il, de mettre fin au dysfonctionnement de leurs institutions politiques, à savoir, les assemblées provinciales et les gouvernements provinciaux.⁸⁹ Il a conféré au Président de la République le pouvoir de révoquer le gouverneur de province ou de dissoudre l'Assemblée provinciale « lorsqu'une crise politique grave et persistante menace d'interrompre le fonctionnement régulier des institutions provinciales ».⁹⁰ Evidemment, le Président de la République choisit discrétionnairement laquelle des deux mesures lui paraît bien devoir répondre à la crise de façon appropriée. Avant cette révision constitutionnelle de 2011, la loi de 2008 ne lui reconnaissait que le pouvoir de prendre acte, par ordonnance contresignée par le Premier ministre,⁹¹ de la dissolution de plein droit d'une assemblée provinciale, telle que constatée par le Président du Sénat et celui de l'Assemblée nationale.⁹²

Joseph Kazadi Mpiana a argué que les nouvelles compétences présidentielles ne portaient pas atteinte aux prérogatives des provinces comme telles.⁹³ Mais, il s'agit là d'une conception très formaliste qui ne prend pas en compte le concept « prérogatives », pouvoirs

87 Conseil d'Etat, 18 mai 2020, Interprétation des articles 70 et 72 de la Loi organique n°13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'article 15 de la Loi organique n°06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats, telle que modifiée et complétée par la Loi organique n° 15/014 du 1e août 2015, Avis-R.I.T.E. 015 -2020, point 7.

88 *Ibid.*

89 Kahombo, note 54, p. 436.

90 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, article 1 : articles 197 (7) et 198 (10). Aux termes du nouveau article 28 bis de la Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces dispose : « 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 le Gouverneur d'une province. Il y a crise politique grave susceptible de provoquer la fin des fonctions du Gouverneur de province lorsque celui-ci pose des actes contraires aux Lois et règlements de la République lesquels menacent ou interrompent le fonctionnement régulier des institutions politiques provinciales ».

91 Loi n°08/012 du 31 juillet 2008 portant principes fondamentaux relatifs à la libre administration des provinces, ancien article 20(2).

92 *Ibid.*, ancien article 20(1).

93 Joseph Kazadi Mpiana, « La révision constitutionnelle congolaise du 20 janvier 2011 : considérations critiques d'un citoyen (juriste) » (1 mars 2011)<<http://www.la-constitution-en-afric.org/article-revision-express-65606242.html>> 18 novembre 2019.

ou compétences, dans toute sa dimension. En réalité, on ne peut pas séparer les prérogatives des provinces des institutions qui sont chargées de les exercer, si bien que mettre ces institutions dans une dépendance directe vis-à-vis du pouvoir central revient toujours à impliquer la réduction de l'autonomie des provinces dans l'exercice de leurs prérogatives et à limiter celles-ci, ne serait-ce que par voie de conséquence.⁹⁴ C'est aussi la position qui fut défendue par *Auguste Mampuya*.⁹⁵ L'article 220 alinéa 2 de la Constitution a été violé. Les provinces ont été placées sous la tutelle déguisée du pouvoir central.⁹⁶

Notons cependant que le Président de la République a eu rarement recours, depuis 2011, à ses nouvelles prérogatives constitutionnelles. On peut juste relever le cas de la révocation du Gouverneur de province de l'Equateur le 13 mars 2013.⁹⁷ Apparemment, l'épée de Damoclès – le renvoi au chômage – qui pèse désormais sur les institutions politiques provinciales les amène à éviter de s'engluer dans des crises politiques persistantes.

En tout état de cause, il faut déplorer que les violations de la Constitution par la révision constitutionnelle de janvier 2011 n'aient pas été censurées par le juge constitutionnel. Pourtant, il avait été saisi par plusieurs requêtes.⁹⁸ La Cour suprême de Justice (CSJ), qui faisait office de CC transitoire, les avaient congelées en violation additionnelle de la Constitution.⁹⁹

2. La question du troisième mandat présidentiel

Cette question peut se poser de deux manières par rapport à l'application de l'article 220 alinéa 1 de la Constitution. D'une part, la durée et le nombre de mandats, fixé à deux, peuvent être défiés par la prolongation du mandat du Président de la République en fonc-

⁹⁴ Balingene Kahombo, « L'expérience congolaise de l'Etat régional. Le contrôle politique du pouvoir central sur les provinces : vers une tutelle déguisée », in Jean-Michel Kumbu Ki Ngimbi (éd.), *La décentralisation territoriale en République démocratique du Congo sous le régime de la Constitution du 18 février 2006 : bilan et perspectives*, Kinshasa, édition de la Campagne pour les droits de l'homme au Congo, 2014, p. 124.

⁹⁵ Auguste Mampuya Kanunk'a Tshiabo, « Au feu! L'article 220 violé », *Le Phare*, 13 janvier 2011 <<http://new.lephareonline.net/au-feu-larticle-220-viole/>> 18 novembre 2020.

⁹⁶ Kahombo, note 94, p. 126.

⁹⁷ Radio Okapi, « RDC: Joseph Kabila révoque le gouverneur de l'Equateur, Jean-Claude Baende » (16 mars 2013) <<https://www.radiookapi.net/actualite/2013/03/16/rdc-joseph-kabila-revoque-le-gouverneur-de-lequateur-jean-claude-baende>> 28 octobre 2020.

⁹⁸ Kahombo, note 54, p. 438. Voir aussi Radio Okapi, « Révision de la constitution: Lisanga Bonganga saisit la Cour suprême » (18 mars 2011) <<https://www.radiookapi.net/emissions-2/invite-du-jour/2011/03/18/revision-de-la-constitution-lisanga-bonganga-saisit-la-cour-supreme>> 28 octobre 2020.

⁹⁹ Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 160(4). Aux termes de cette disposition, « la Cour constitutionnelle statue dans le délai de trente jours. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours ».

tion. C'est ce qu'on a vu entre 2016 et 2019 avec le glissement du mandat du Président Joseph Kabila durant plus de deux ans. Une telle stratégie, surtout puisqu'elle a été entérinée par la CC dans son arrêt du 11 mai 2016,¹⁰⁰ en application contestée du principe de la continuité de l'Etat,¹⁰¹ présentait le risque de consommer un troisième mandat de facto, sans le vote du peuple. Mais, il faut noter qu'elle n'est pas singulière à la RDC. Aux Comores, en 2010, la Loi n°10–003/CAUCI du 1^{er} mars 2010 déterminant la date des élections du Président de l'Union et des Gouverneurs des Iles fut adoptée par le Congrès. Elle prorogeait le mandat du Président de l'Union de plus d'une année jusqu'au 27 novembre 2011. Mais, à la différence de la CC congolaise, la CC comorienne déclara cette prolongation anticonstitutionnelle, le mandat présidentiel devant arriver à son terme le 26 mai 2010.¹⁰² Par conséquent, elle autorisa l'ouverture de l'intérim à la Présidence de l'Union.¹⁰³

Dans le même ordre d'idées, en République Centrafricaine (RCA), en 2010, le constituant dérivé a révisé la Constitution de 2004,¹⁰⁴ contenant une disposition analogue à l'article 220 alinéa 1 de la Constitution congolaise,¹⁰⁵ pour ouvrir la voie à la prolongation du mandat du Président de la République sortant, François Bozizé. Le motif avancé était lié à l'impossibilité de tenir les élections en raison de la survenance d'un cas de force majeure. En RDC, on invoquait précisément le manque des moyens financiers. Pourtant, en RCA, grâce aux contestations, les élections furent tenues rapidement en janvier 2011.

Le meilleur moyen de contrer ce genre de stratégies du glissement de mandat présidentiel en RDC c'est d'insérer dans la Constitution de 2006 une disposition qui oblige le Président de la République sortant à passer le pouvoir à un intérimaire qui fera organiser les élections sans lui. Le refus de le faire serait une violation intentionnelle de la Constitution

100 Cour constitutionnelle, 11 mai 2016, Recours en interprétation de l'article 70 de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 en relation avec les articles 75, 76, 103, 105 et 197 de la même Constitution, R. Const.262, *JORDC*, première partie, numéro spécial, première partie, 57^e année, 5 juillet 2016, p.16. Voir aussi Joseph Cihunda Hengelela, « La Cour constitutionnelle et l'interprétation de la durée des mandats politiques sous la constitution du 18 février 2006 – Une étude de l'Arrêt R.Const. 262 du 11 mai 2016 », *Annuaire Congolais de Justice Constitutionnelle*, vol. 2, 2017, pp. 421-474.

101 Voir Gislain Mabanga Monga Mabanga, *Le principe de la continuité de l'Etat : issue de secours à la prohibition du troisième mandat? Analyse critique de l'arrêt de la Cour constitutionnelle congolaise du 11 mai 2016*, Paris, L'Harmattan, 2017.

102 Cour Constitutionnelle, Arrêt n°10–005/CC, 8 mai 2010, article 3.

103 *Ibid.*, article 4.

104 Loi constitutionnelle n°10.005, modifiant et complétant certaines dispositions de la Constitution du 27 décembre 2004, article 24 nouveau. L'alinéa 6 de cette disposition prescrivait : « lorsque le processus électoral, déclenché dans les délais prévus par la Constitution n'aboutit pas, pour cause d'événements imprévisibles et irrésistibles, à la tenue des élections avant la fin des mandats du Président de la République et de l'Assemblée nationale, le Président de la République saisit la Cour constitutionnelle aux fins, d'une part, de constater le risque d'expiration des mandats présidentiel et législatif, et d'autre part, d'autoriser le Président sortant à conserver ses prérogatives afin de faire organiser les élections ».

105 Constitution de la République Centrafricaine (27 décembre 2004), article 108.

possible de la peine prévue pour haute trahison. Ça serait surtout le cas si le Président de la République sortant est parmi ceux qui bloquent l'organisation des élections.

D'autre part, la question du troisième mandat est revenue au-devant de la scène politique congolaise lorsque les partisans de l'ancien Président de la République, *Joseph Kabila*, ont annoncé qu'ils voulaient son retour au pouvoir en 2023.¹⁰⁶ La question qui a fait l'objet des débats politiques et parfois juridiques est celle de savoir si un ancien Président de la République qui a déjà fait deux mandats peut briguer un autre, sans porter atteinte à l'intangibilité du nombre de mandats présidentiels fixés par la Constitution de 2006.

Il est vrai que les interprétations peuvent varier. Certains ont suggéré qu'un tel mandat n'est pas possible puisqu'un ancien Président de la République ayant le statut de sénateur à vie, qui est soumis au régime d'incompatibilités des autres sénateurs, prévu par la Constitution,¹⁰⁷ est, de ce fait, inéligible.¹⁰⁸

On ne peut pas s'attarder beaucoup sur cette position pour plusieurs raisons. D'abord, l'incompatibilité n'est pas une cause d'inéligibilité et ne peut pas se confondre avec celle-ci. L'incompatibilité est un régime qui s'applique post facto et vise, selon l'avis du Conseil d'Etat du 1 mars 2019, à résoudre le problème de cumul des fonctions obtenues pour éviter la confusion des rôles, les dédoublements des paiements à charge du trésor public et les conflits d'intérêts, et à faire respecter l'équilibre des pouvoirs contenus dans la Constitution et les lois de la République.¹⁰⁹ La personne concernée doit alors choisir l'une des fonctions qu'elle préfère exercer. Ensuite, ce point de vue ne fait pas la part des choses entre un

- 106 Radio Okapi, « Le PPRD veut revenir au pouvoir avec Joseph Kabila en 2023 » (28 octobre 2019) <<https://www.radiookapi.net/2019/10/28/emissions/parole-aux-auditeurs/le-pprd-veut-revenir-au-pouvoir-avec-joseph-kabila-en-2023>> 18 novembre 2019.
- 107 Constitution de la République Démocratique du Congo modifiée par la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés), article 108. Cet article dispose : « Le mandat de député national est incompatible avec le mandat de sénateur et vice-versa. Le mandat de député ou de sénateur est incompatible avec les fonctions ou mandats suivants : 1. membre du Gouvernement; 2. membre d'une institution d'appui à la démocratie; 3. membre des Forces armées, de la Police nationale et des services de sécurité; 4. Magistrat; 5. agent de carrière des services publics de l'Etat; 6. cadre politico-administratif de la territoriale, à l'exception des chefs de collectivité-chefferie et de groupement; 7. mandataire public actif; 8. membre des cabinets du Président de la République, du Premier ministre, du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat, des membres du Gouvernement, et généralement d'une autorité politique ou administrative de l'Etat, employé dans une entreprise publique ou dans une société d'économie mixte; 9. tout autre mandat électif. Le mandat de député national ou de sénateur est incompatible avec l'exercice des fonctions rémunérées conférées par un Etat étranger ou un organisme international ».
- 108 Paulin Pungu, « Les anciens Présidents de la République élus sont de droit sénateurs à vie. Essai d'interprétation juridique à l'aune de l'actualité », Conférence de presse, Kinshasa, inédit CREEDA, 6 novembre 2019.
- 109 Conseil d'Etat, 1 mars 2019, Requête du Premier ministre en interprétation des dispositions des articles 77 et 78 de la loi électorale, avis, inédit.

Président de la République qui a fait deux mandats et celui qui en a fait un seul. Enfin, la loi sur le statut des anciens Présidents de la République, qui a élargi ces incompatibilités à un sénateur à vie,¹¹⁰ est manifestement inconstitutionnelle, du simple fait qu'elle ne se rattache à aucune matière relevant du domaine de la loi. Elle n'a pas été soumise au contrôle préalable de constitutionnalité, qui est facultatif pour toute loi ordinaire, mais le juge constitutionnel ne tarderait pas à la censurer si la question lui est posée, même par voie de l'exception d'inconstitutionnalité, le délai de six mois pour pouvoir introduire un recours postérieur en inconstitutionnalité étant largement dépassé.¹¹¹ Par conséquent, cette loi ne peut pas faire avancer le débat sur la question du troisième mandat présidentiel. Et si on tentait de l'appliquer, on aboutirait à une conséquence déraisonnable, au-delà de la fonction présidentielle. En fait, cette loi priverait un ancien Président de la République de ses droits civils et politiques d'occuper tout emploi ou toute autre charge publique et participer à la gouvernance du pays durant tout le reste de sa vie. Pourtant, la loi ne saurait avoir un tel effet, la privation des droits étant de la compétence exclusive de la justice. Elle est toujours limitée dans le temps.

En revanche, la manière efficace de résoudre cette question c'est d'interpréter la Constitution de 2006 telle qu'elle est. Mais, c'est un débat qui ne tombe pas vraiment sous le coup de l'article 220 alinéa 1 de la Constitution. L'objet de celui-ci ne consiste pas à interdire un troisième mandat présidentiel. Il se limite à fixer l'immuabilité d'une matière qui est régie par une autre disposition constitutionnelle, en l'occurrence l'article 70 alinéa 1 de la Constitution. C'est vers celui-ci qu'il faut regarder. La question du décompte du nombre de mandats présidentiels, verrouillé par l'article 220 alinéa 1 de la Constitution, dépendra de la façon dont il est interprété. Selon les méthodes d'interprétation qu'on utilise, plusieurs résultats sont possibles.

Une première approche est qu'un ancien Président de la République n'est pas un Président de la République pour pouvoir être soumis à la limite de l'article 70 alinéa 1 de la Constitution qui est clair : « Le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois ». Il se présenterait comme un nouveau citoyen avec un compteur remis à zéro. Ceci est une interprétation littérale, qui fait ménage avec l'idée selon laquelle la limite constitutionnelle est fixée à deux mandats successifs. Rien de plus ne serait interdit.¹¹² Cependant, le mot *successif* n'existe pas dans les termes de la limitation des mandats présidentiels contenue dans la Constitution.

Une deuxième approche consisterait à opposer à la première approche une autre interprétation littérale de l'article 70 alinéa 1 de la Constitution. On constatera, dès lors,

110 Loi n°18/021 du 26 juillet 2018 portant statut des anciens Présidents de la République élus et fixant les avantages accordés aux anciens chefs de corps constitués, article 6.

111 Loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, article 50 (1).

112 Nyabiringu Mwene Songa, « L'avenir politique d'un ancien Président de la République élu », conférence de presse, Kinshasa, doc. Inédit, 11 novembre 2019, p. 4.

que l'article 70 alinéa 1 de la Constitution ne fait pas de distinction quand il limite le nombre de mandats présidentiels à deux, qu'ils soient immédiatement successifs ou non. On pourrait en déduire que puisque la Constitution n'opère pas cette distinction, quand un Président de la République a déjà fait deux mandats, il est forclos jusqu'à la fin de sa vie, à moins de changer de Constitution ou, comme le souligne *Joseph Kazadi Mpiana*, de consommer une fraude à la Constitution en recourant à la technique de la double révision constitutionnelle.¹¹³

En revanche, un ancien Président de la République qui a fait un seul mandat pourrait revenir et briguer un second mandat qui lui est resté disponible. La question du statut de sénateur à vie qu'il aura acquis, dans l'entre-temps, n'est pas un empêchement diriment. S'il est élu et prête serment, l'article 96 de la Constitution prévoit que la fonction présidentielle est incompatible avec « l'exercice » de toute autre mandat ou emploi. Il va de soi que la fonction de sénateur à vie entrera, de facto, dans un régime de suspension jusqu'à la fin du nouveau mandat. Le nouveau Président de la République n'a pas besoin de renoncer à ce statut parce que, de toute évidence, il pourra le recouvrer à la fin de celui-ci. C'est une question de logique normative. Une telle renonciation ne servirait pratiquement à rien.

C'est le même régime de suspension qui devrait être appliqué à un ancien Président de la République lorsqu'il décide d'exercer tout autre emploi ou charge publique, dans la mesure où le statut de sénateur à vie constitue un droit constitutionnel qu'aucun autre texte juridique ne peut lui enlever ou le forcer à y renoncer. Il ne s'agira que de la suspension de l'exercice de la fonction et des avantages y relatifs. Cette règle s'appliquerait en tant que principe général du droit à valeur constitutionnelle, en harmonie avec la raison d'être de l'interdiction du cumul des fonctions telle que dégagée, on l'a vu, par le Conseil d'Etat.¹¹⁴

Cette deuxième approche peut être combinée, d'abord, avec une perspective téléologique de l'interdiction constitutionnelle du troisième mandat. En effet, la finalité de la limitation du nombre de mandats présidentiels c'est de favoriser l'alternance démocratique au pouvoir au sommet de l'Etat. C'est ce que renseigne l'exposé des motifs de la Constitution de 2006.¹¹⁵ L'alternance démocratique ne signifie pas simplement, si tant est que l'on s'oppose à la conception de *Joseph Cihunda*,¹¹⁶ une interchangeabilité des personnes qui se succèdent à la Présidence de la République ou à d'autres fonctions électives à l'issue des élections, tenues régulièrement. La fonction présidentielle a surtout sa particularité d'être au cœur de l'appareil de l'Etat dans les régimes présidentiels et semi-présidentiels. Dans le contexte de la RDC, elle peut créer, à elle seule, tout un système politique corrompu. C'est pourquoi il est question que l'alternance démocratique au pouvoir permette de s'as-

113 Joseph Kazadi Mpiana, « L'interdiction absolue de l'exercice du mandat présidentiel par un sénateur à vie ayant exercé deux mandats présidentiels : Quelques brèves réflexions », *Annuaire Congolais de Justice Constitutionnelle*, vol.4, 2019, pp. 53–55.

114 Conseil d'Etat, note 109.

115 Exposé des motifs, note 8, p. 80.

116 Joseph Cihunda Hengelela, « Les garanties juridiques de l'alternance politique en République démocratique du Congo », *Librairie africaine d'études juridiques*, vol. 2, 2015, pp. 42–43.

surer qu'une même personne ne tienne pas la fonction présidentielle plus longtemps que nécessaire, même à intervalle varié, puisque cela peut être une source d'abus, d'usure, de confiscation et de personnalisation du pouvoir, au point d'empêcher le renouvellement régulier de la classe politique. Un ancien Président de la République qui a fait deux mandats, soit dix ans au pouvoir, est aux antipodes de cette finalité s'il désire revenir se présenter à l'élection.

Ensuite, cette deuxième approche peut se combiner avec une perspective liée au contexte historique de la RDC. Quand la Constitution de 2006 a été adoptée, il n'y avait jamais eu d'alternance démocratique au sommet de l'Etat depuis 1960. Comme on l'a vu, *Joseph-Désiré Mobutu* renversa *Joseph Kasavubu* en 1965. Il confisqua le pouvoir pendant 32 ans jusqu'en 1997. Il fut renversé, à son tour, par *Laurent-Désiré Kabila*, qui, lui, a été succédé par son fils, *Joseph Kabila*, en 2001. La première alternance démocratique n'est intervenue qu'en janvier 2019, entre *Kabila* fils et le nouveau Chef de l'Etat, *Félix-Antoine Tshisekedi Tshilombo*. A vrai dire, la longévité au pouvoir et le changement de régime par la force ou par la voie quasi monarchique constituent des causes de frustrations politiques qui peuvent déboucher sur des conflits. Or, précisément, c'est ce que la Constitution de 2006 a voulu éviter.¹¹⁷ A cet égard, l'exposé des motifs précise :

*Depuis son indépendance, le 30 juin 1960, la République Démocratique du Congo est confrontée à des crises politiques récurrentes dont l'une des causes fondamentales est la contestation de la légitimité des institutions et de leurs animateurs. Cette contestation a pris un relief particulier avec les guerres qui ont déchiré le pays de 1996 à 2003.*¹¹⁸

Ainsi, un ancien Président de la République qui a fait deux mandats, mais qui souhaite revenir au pouvoir, serait en contradiction avec ce contexte historique qui a inspiré l'interdiction contenue dans l'article 70 alinéa 1 de la Constitution de 2006. Se présenter aux élections dans ces conditions violerait l'esprit de cette disposition.

En somme, on voit bien que c'est un débat qui déborde le cadre de l'article 220 alinéa 1 de la Constitution. Selon l'approche prise quant à l'interprétation de l'article 70 alinéa 1 de la Constitution, il est possible d'arriver à la conclusion sur le point de savoir dans quelle mesure le nombre de mandats présidentiels est ou non respecté.

Conclusion

L'article 220 de la Constitution congolaise de 2006 consacre l'intangibilité de certaines matières constitutionnelles qu'on peut regrouper en deux grands principes, à savoir, le principe de l'immuabilité de certaines dispositions de la Constitution – partant absolument non-révisables – et celui de non-réduction du minimum de standards juridiques imposés

117 Exposé des motifs, note 8, p. 80.

118 *Ibid.*, p. 79.

par celle-ci. Chaque principe a une portée juridique propre. On a vu que l'immuabilité constitutionnelle couvre la forme républicaine de l'Etat, le principe du suffrage universel, la forme représentative du Gouvernement, le nombre et la durée de mandats du Président de la République, l'indépendance du pouvoir judiciaire et le pluralisme politique et syndical. En revanche, le principe de non-réduction s'applique aussi bien aux droits de l'homme consacrés par la Constitution qu'aux prérogatives qu'elle reconnaît aux provinces et aux ETD suivant la logique de la présomption irréfragable de la gouvernance de l'Etat à partir de la base et non de la capitale, Kinshasa.

Toutefois, l'article 220 ne mentionne pas l'ensemble des matières protégées. D'autres dispositions peuvent lui être indirectement rattachées à la suite de l'interprétation de la Constitution. Il en est ainsi du caractère républicain des forces armées, de la police nationale et de l'Administration publique qu'implique l'interdiction de porter atteinte à la forme républicaine de l'Etat. Bien évidemment, les droits humains insusceptibles de dérogation, visés à l'article 61 de la Constitution, sont également immuables dans la mesure où, pour nuancer, ils font partie du droit international impératif (*jus cogens*) qui s'impose à tous les Etats membres de la communauté internationale au sens de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.¹¹⁹

Par les dispositions de l'article 220 le constituant originaire a voulu protéger le régime démocratique mis en place contre le retour à l'autocratie, à la confiscation et à la personnalisation du pouvoir, à la dictature, au moyen des révisions intempestives de la Constitution. Y toucher c'est modifier fondamentalement l'identité de l'ordre constitutionnel du pays, c'est pratiquement changer de Constitution.

Il n'en demeure pas moins vrai qu'en pratique, cet ordre constitutionnel est mis à l'épreuve des faits. Il a d'abord été secoué par la révision constitutionnelle de janvier 2011 qui a porté atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire et aux prérogatives des provinces en faveur de l'accroissement des pouvoirs de l'exécutif national. Ensuite, la question tant débattue du retour au pouvoir d'un sénateur à vie, ancien Président de la République, qui a déjà fait deux mandats, est perçue, en perspective des élections générales de 2023, comme pouvant éventuellement affecter le verrouillage du nombre de mandats présidentiels qu'autorise la Constitution.

Ce genre de dérive dans la pratique constitutionnelle peut tout de même être maîtrisé grâce à la vigilance de la Cour constitutionnelle. C'est celle-ci qui, si elle est saisie, doit assurer la suprématie de la Constitution. Elle le fait notamment à travers le traitement du contentieux de l'élection présidentielle et le contrôle de constitutionnalité des lois.¹²⁰ Mais il convient de faire observer qu'il n'existe pas actuellement de contrôle obligatoire de constitutionnalité des lois de révision constitutionnelle en RDC.¹²¹ Si l'on veut rendre

119 Convention de Vienne sur le droit des traités (23 mai 1969), articles 53 et 64.

120 Balingene Kahombo, « L'originalité de la Cour constitutionnelle congolaise : son organisation et ses compétences », *Librairie africaine d'études juridiques*, vol. 6, août 2011, pp. 15–18.

121 Kahombo, note 54, pp. 451–452.

la mission de la Cour constitutionnelle plus efficace, on ferait mieux de modifier la Constitution pour l'instaurer. On pourrait même prévoir la procédure de l'auto-saisine de la Cour constitutionnelle en cette matière étant donné l'importance fondamentale de l'ordre constitutionnel à préserver.