

La révision constitutionnelle et l'intangibilité de l'article 220 de la Constitution congolaise

À la question "Peut-on réviser la Constitution de la République Démocratique du Congo (RDC) ?", le juriste répondra: il faut interroger cette Constitution. D'après celle-ci, on peut réviser les dispositions constitutionnelles, à l'exception de celles qui sont intangibles, en vertu de l'article 220. La critique de leur intangibilité et la proposition de leur révisabilité sous prétexte de leur prétendue inutilité et pour laisser libres les générations à venir relèvent des considérations philosophiques, politiques, voire idéologiques. Le juriste ne peut faire siennes cette critique et cette proposition sans trahir, quelque part la science juridique.

Le Titre VII de la Constitution congolaise consacre trois articles à la révision constitutionnelle. L'article 218, tel que modifié par l'art. 1^{er} de la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de La Constitution de la République Démocratique du Congo, traite de l'initiative et de la procédure de la révision; les articles 219 et 220 fixent respectivement les limites conjoncturelles et matérielles de la révision constitutionnelle. L'article 220, qui concerne notre propos, prévoit l'intangibilité de certaines matières qui sont des fondamentaux de la III^e République. La question que doit se poser le juriste n'est pas de savoir s'il est bon ou pas de prévoir des matières intangibles; elle relèverait d'une certaine morale juridique. La question juridique est celle de savoir si l'article 220 est, lui-même, susceptible de révision. Autrement dit, la norme instituant l'irrévisabilité peut-elle être révisée sans porter atteinte à l'intangibilité et, donc, sans verser dans l'inconstitutionnalité? Cette question juridique sera étudiée selon le plan suivant: I. La procédure de révision constitutionnelle; II. Les limites autonomes de la révision constitutionnelle; III. La souveraineté nationale et l'intangibilité constitutionnelle.

I. La procédure de révision constitutionnelle

La procédure de révision constitutionnelle a été conçue en fonction des spécificités congolaises et doit être lue à leur lumière. Le souci pour la stabilité des institutions démocratiques explique les choix fondamentaux qui sont opérés quant à l'initiative, la période propice et l'objet de la révision ainsi que quant au rôle du Législateur et du Peuple dans la procédure de révision.

1. L'initiative de la révision constitutionnelle

L'initiative de la révision constitutionnelle est réglée à l'article 218 alinéa premier. Elle appartient concurremment au Président de la République, au Gouvernement après délibération en Conseil des ministres, à chacune des Chambres du Parlement à l'initiative de la moitié de ses membres, à une fraction du peuple congolais constituée de 100.000 personnes, s'exprimant par une pétition adressée à l'une des deux Chambres. L'initiative de révision constitutionnelle porte plusieurs dénominations selon les auteurs. Il s'agit d'une pétition si elle émane d'une portion du peuple congolais, d'un projet si elle est issue de l'Exécutif et d'une proposition, si elle provient d'une Chambre du Parlement.

Cette disposition établit un certain équilibre entre l'Exécutif et le Législatif sur l'initiative de la révision, sans perdre de vue le peuple lui-même. Néanmoins, elle favorise le pouvoir exécutif au détriment d'autres initiateurs. Comment, en effet, l'initiative peut-elle appartenir concurremment au Président de la République et au Gouvernement qu'il préside ? ¹

En dépit du silence constitutionnel sur la question, la révision constitutionnelle doit être fondée sur des motifs solides. Cette exigence découle de la nature même de la constitution qui se veut un texte stable et rigide, excluant tout arbitraire dans la procédure de sa révision. Des situations doivent donc justifier une révision de la Constitution. C'est notamment: lorsque le juge constitutionnel a déclaré qu'un traité ou un accord international, à ratifier ou à approuver, comporte une clause contraire à la Constitution (article 216²) ; lorsque les normes transitoires concernant la continuité des institutions sont devenues caduques du moment que les nouvelles

¹ L'article 89 alinéa 1^{er} de la Constitution française a évité cette faveur qui révèle le présidentielisme caractérisant la philosophie politique africaine dans sa majorité, en prévoyant cette formule: "L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement".

² « Si la Cour constitutionnelle consultée par le Président de la République, par le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale ou le Président du Sénat, par un dixième des députés ou un dixième des sénateurs, déclare qu'un traité ou accord international comporte une clause contraire à la Constitution, la ratification ou l'approbation ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution. »

institutions sont mises en place (article 222)³ ; lorsque perdent de leur vigueur les dispositions fixant des délais qui sont arrivés ou sur le point d'arriver à échéance, à l'instar de l'ancien article 226 alinéa 1^{er} sur les entités territoriales décentralisées⁴; ou lorsque il existe une nécessité de combler des lacunes par rapport à l'évolution de la société.

Lorsqu'une de ces situations se produit, on peut alors initier une révision constitutionnelle en suivant la procédure prévue à cet effet.

2. La procédure d'approbation de la révision constitutionnelle

Après l'examen du bien-fondé de l'initiative par le Parlement, deux voies sont possibles pour l'approbation de la révision constitutionnelle: la voie référendaire et la voie législative⁵.

2.1. L'examen du bien fondé de l'initiative

D'après l'article 218, alinéa 2, toute initiative de révision constitutionnelle est soumise à l'Assemblée nationale et au Sénat qui en décident du bien fondé, à la majorité absolue de chaque Chambre. Le bien fondé, en tant que conformité au droit, de l'initiative de révision constitutionnelle doit s'examiner d'abord à l'aune des règles constitutionnelles. Le Parlement doit vérifier si l'initiative est conforme à la Constitution (initiateur, matière, période, etc.). Il peut toujours demander un avis technique à la juridiction constitutionnelle, sur la conformité de l'initiative à la Constitution. Ce n'est que lorsque ce bien fondé est établi que l'initiative peut alors être soumise à l'approbation du Peuple ou du Congrès, afin que la révision soit définitive.

³ Sur les fonctions des normes transitoires et leur caractère temporaire, voir Évariste BOSCHAB, «Les dispositions constitutionnelles transitoires relatives à la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo », *Fédéralisme Régionalisme*, Volume 7 : 2007 Numéro 1 - Premiers scrutins et contrôle de constitutionnalité en RDC : la mise en œuvre d'une constitution "régionaliste" <http://popups.ulg.ac.be/federalisme/document.php?id=561>, consulté le 22 septembre 2013.

⁴ Cet alinéa disposait : « Les dispositions de l'alinéa premier de l'article 2 de la présente Constitution entreront en vigueur endéans six mois qui suivront l'installation effective des institutions politiques prévues par la présente Constitution. » L'article 1^{er} de la Loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo a modifié cet alinéa de la manière suivante: "Une loi de programmation détermine les modalités d'installation de nouvelles provinces citées à l'article 2 de la présente Constitution."

⁵ D'aucuns parlent de la voie parlementaire (Simon-Louis FORMERY, *La Constitution commentée. Article par article*, 16e éd., Hachette, Paris 2013/2014, ad art. 89, p. 169 et Evariste BOSCHAB, *Entre la révision de la Constitution et l'inanition de la Nation*, Larcier, Bruxelles 2013, p. 319 et 322): avec raison pour la France où il est fait mention de la soumission "au Parlement convoqué en Congrès" (art. 89 al. 2 Cst Fr), mais pas pour la RDC qui ne cite pas l'institution "Parlement", mais ses deux Chambres et le Congrès). Je me distancie de cette expression, car il ne s'agit pas du parlement, les deux Chambres n'étant pas appelées à siéger pas séparément, mais du Congrès réunissant les deux organes du Pouvoir législatif. C'est pourquoi, j'utilise plutôt l'épithète "législative". C'est la révision ainsi approuvée qui devrait s'appeler loi constitutionnelle et non celle qui est adoptée par le peuple convoquée en référendum.

2.2. L'approbation de la révision par la voie référendaire

La voie référendaire est prévue par l'alinéa 3 de l'article 218 suivant lequel la révision n'est définitive que si l'initiative est approuvée par référendum sur convocation du Président de la République. D'après cette disposition, le référendum est la voie ordinaire pour approuver une révision constitutionnelle. Cela est conforme au principe du parallélisme des formes. C'est par référendum que la Constitution a été adoptée, c'est aussi par référendum que sa révision doit être approuvée. Cette révision peut également être approuvée par la voie législative.

2.3. L'approbation de la révision par la voie législative

D'après l'article 218, alinéa 3, la révision constitutionnelle par la voie législative (ou parlementaire) est approuvée par le Congrès à la majorité des trois cinquièmes des membres composant l'Assemblée nationale et le Sénat, et non seulement les membres présents. Mais cette disposition ne précise pas l'autorité qui doit convoquer le Congrès.

Selon la Constitution française dont la Constitution congolaise est la "petite sœur"⁶, c'est le Président de la République qui convoque le Congrès⁷. Cela arrive lorsque ce dernier, fort de sa majorité au Parlement, entend mettre rapidement en œuvre, au cours de son mandat, les réformes qu'il estime nécessaires.

2.4. La relation entre la voie référendaire et la voie législative

La voie référendaire est le principe et la voie législative l'exception. Cette exception est introduite par le terme "toutefois". Si la voie ordinaire, n'est pas empruntée, on peut alors se rabattre exceptionnellement sur la voie législative.

Contrairement à l'Honorable Boshab qui se fonde sur l'article 218 alinéa 4 et prétend que la "voie parlementaire" est le principe et la voie référendaire l'exception⁸, on ne doit pas partir du seul alinéa 4 pour établir la relation entre les deux voies. Il faut prendre en considération l'alinéa 4 et le début de l'alinéa 3. En effet, après avoir posé le principe de la voie référendaire, le Constituant a prévu une exception de voie législative, introduite par le vocable "toutefois". Et en cas d'échec de l'exception, on peut alors retourner au principe, comme exception de

⁶ Delphine POLLET-PANOUISSIS, "La Constitution congolaise de 2006: petite sœur africaine de la Constitution française", *RFDC*, 75, 2008, p. 451-498.

⁷ Cf. art. 89 al. 3 de la Constitution française.

⁸ BOS HAB 2013, p. 322-323. À noter que, contrairement à ce que pense Evariste Boshab, l'art. 119 de la Constitution n'a pas pour but de fonder l'automatisme de la voie parlementaire, et donc la subsidiarité de la voie référendaire en cas de révision constitutionnelle. Il définit simplement les cas pour lesquels les deux Chambres se réunissent en Congrès, parmi lesquels celui de la révision constitutionnelle et alors dans le respect de l'article 218 qui en règle la procédure.

l'exception. Telle est, me semble-t-il, l'économie des alinéas 3 et 4 de l'article 218, car la procédure d'adoption de la Constitution ne saurait être une procédure exceptionnelle d'approbation de la révision constitutionnelle.

Néanmoins, quelle que soit la procédure suivie, la révision constitutionnelle est subordonnée à des limites fixées par le Constituant originaire et qui ne doivent, en aucun cas, être outrepassées par le Constituant dérivé qui tient sa compétence du premier.

II. Les limites autonomes à la révision constitutionnelle

Il existe deux sortes de limites au pouvoir de réviser la Constitution. Elles sont conjoncturelles et matérielles.

1. Les limites conjoncturelles

Les limites conjoncturelles sont prévues par l'article 219. D'après cette norme, certaines circonstances empêchent toute révision constitutionnelle. Il s'agit de l'état de guerre, d'urgence ou de siège, de la période de l'intérim à la présidence de la république et lorsque les deux Chambres du Parlement se trouvent empêchées de se réunir librement.

On peut déduire de l'article 219 que c'est en temps normal que l'on peut procéder à la révision constitutionnelle et non en période de troubles. Aussi, en tant que « rempart des libertés et de la démocratie », la Constitution prévoit des normes régulant l'action de certaines autorités constituées dans des situations exceptionnelles menaçant l'intégrité du territoire ou mettant en danger les institutions de la République. Pendant ces périodes, qui requièrent l'unité et la cohésion nationales, il convient d'éviter des débats à même d'y porter atteinte. C'est pourquoi toute révision constitutionnelle est exclue dans ces moments⁹.

2. Les limites matérielles

Toutes les dispositions constitutionnelles peuvent être révisées, à l'exception de celles voulues intangibles par la Constitution, elle-même. Celle-ci a érigé des limites matérielles à sa révision, optant par ce fait pour la révision partielle et excluant toute révision totale.

⁹Nicolas BANNEUX, Évariste BOSHAB, Marc BOSSUYT, Bob KABAMBA et Pierre VERJANS, «République Démocratique du Congo : une Constitution pour une Troisième République équilibrée», *Fédéralisme Régionalisme*, Volume 5 : 2004-2005 - La III^e République Démocratique du Congo, <http://popups.ulg.ac.be/federalisme/document.php?id=209>, consulté le 29 janvier 2010. Les auteurs justifient l'irrévisibilité de la Constitution pendant la vacance de la présidence de République et lorsque celle-ci est exercée *ad interim* par le Président du Sénat par le rôle éminent du Président de la République dans la procédure de révision, lequel rôle se justifie à son tour par la confiance que le peuple tout entier lui a témoignée (*Ibidem*).

2.1. Les dispositions absolument intangibles

L'article 220 de la Constitution énonce sept interdictions de fond faites à la révision constitutionnelle, en prévoyant des matières intangibles. Il s'agit de la forme républicaine de l'État, du principe du suffrage universel (article 5 al. 4), de la forme représentative du Gouvernement (article 90 al. 3), du nombre et de la durée des mandats du Président de la République (article 70), de l'indépendance du pouvoir judiciaire (article 149), du pluralisme politique et syndical (article 6). En outre, la norme interdit formellement toute révision constitutionnelle ayant pour objet ou pour effet de réduire les droits et libertés de la personne (Titre II et article 61) ou de réduire les prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées¹⁰.

L'organisation du pouvoir et la garantie des droits fondamentaux sont deux composantes principales de la Constitution qui doivent être protégées dans un État qui se veut de droit. Aussi, le régime choisi par le constituant et qui établit un équilibre entre les pouvoirs et entre les institutions de la République ne doit être modifié, car on sortirait ainsi de l'idéal démocratique qui a d'ailleurs du mal à se concrétiser au Congo-Kinshasa. La modification doit viser au meilleur.

À propos de la garantie des droits et libertés de la personne (Titre II et article 61), elle doit être sauvegardée pour ne pas laisser le blanc seing à leurs violations arbitraires. D'autant plus que notre pays est lié dans ce domaine par des instruments internationaux auxquels il est partie.

Quant aux prérogatives des provinces et entités territoriales décentralisées, les réduire équivaldrait à porter atteinte à l'essence même de l'État congolais qui se veut unitaire et fortement décentralisé. C'est à juste titre qu'elles sont intangibles.

Le nombre et la durée des mandats du Président de la République intéressent la majorité des congolais, étant donné la place éminente de ce dernier dans l'architecture institutionnelle. Aussi, faut-il rappeler avec insistance qu'en vertu de l'article 220 alinéa 1^{er}, l'article 70 alinéa 1^{er} ne peut être révisé sans violer la Constitution. Cette règle pose le principe du suffrage universel direct, la limite de la durée du mandat présidentiel à cinq ans et le nombre des

¹⁰ Sur les sources matérielles (raisons historiques, idéologiques, philosophiques, politiques et sociologiques) de toutes ces dispositions intangibles, lire BOSHAB 2013, p. 336-371. Néanmoins, il faut lire avec prudence ses considérations et critiques dont la juridicité a du mal à s'imposer aux juristes, peu réalistes peut-être, mais, en tous cas, non politiciens. À noter, toutefois que, même s'il est violé impunément par ceux qui doivent l'appliquer, le droit est normatif et non factuel. Il ne doit pas être tributaire de l'opportunisme politique, sous couvert du réalisme.

mandats présidentiels à deux. L'intangibilité de ce principe et cette double limite sont absolues et ne souffrent d'aucune exception.

Les normes instituant l'intangibilité de certaines matières ne sont pas la spécificité des États d'Afrique subsaharienne, comme semble en donner l'impression Évariste Boshab¹¹. On les retrouve dans les constitutions de certains États européens qui ne veulent pas revivre les erreurs du passé, ni les léguer à leurs citoyens de demain. Ainsi l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne (*Grundgesetz*) du 23 mai 1949 déclare intangibles le principe démocratique, le fédéralisme, la séparation des pouvoirs et les principes énoncés aux articles 1 et 20 de la même loi. De même, l'article 89 alinéa 5 de la Constitution française de 1958 et l'article 139 de la Constitution italienne de 1947 disposent que "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision". Quant à l'article 290 de la Constitution portugaise de 1876, il ne contient pas moins de 15 principes matériels que toute révision de la Constitution doit respecter. Ces règles font implicitement référence aux "ennemis" de la Constitution: le régime hitlérien pour la Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, la monarchie pour la Constitution française et italienne, le règne de Salazar pour la Constitution portugaise de 1976.

Il est regrettable de constater que l'Honorable Boshab qui préconise la prise en compte des réalités de la société dans la production du droit rejette le principe d'intangibilité qui résulte des leçons tirées de la réalité vécue par son pays¹², à l'instar des exemples ci-dessus tirés du droit comparé.

En tout état de cause, les règles intangibles lient le constituant lui-même qui ne doit pas les modifier. En fixant des limites matérielles à la révision de la Constitution, ces dispositions instituent, au sein de celle-ci, une hiérarchie entre les dispositions ordinaires que le constituant, moyennant le respect de certaines formes, peut réviser, et les dispositions intangibles, qui échappent à son emprise. Une initiative de révision constitutionnelle qui les violerait devrait donc être déclarée inconstitutionnelle¹³.

2.2. L'intangibilité relative de l'article 220

Il s'agit, ici, de l'article 220 en tant qu'instituant l'intangibilité et non pas des dispositions qu'il protège et dont l'intangibilité est absolue.

¹¹ BOSHAB 2013, p. 117 et 120.

¹² BOSHAB 2013, p. 71 ss, 113, 327ss *et passim*.

¹³ Cf. Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I: L'Etat, 2^e éd., Stämpfli, Berne 2006, p. 484, n°1359 (cité dans la suite: AUER I).

En effet, la limite que pose cet article à la révision constitutionnelle laisse une petite brèche qui pourrait conduire à justifier une certaine révision. Cette norme constitutionnelle ne protège pas sa propre intangibilité. On pourrait donc la modifier sans toucher aux matières irrévissables.

D'aucuns ont soutenu que pour préserver l'irrévisabilité qu'il institue, l'article 220 ne doit pas lui-même être révisable ; sinon, il ne poursuivrait plus son but et entraînerait la fragilisation de l'irrévisabilité¹⁴. Toutefois, le fait que son irrévisabilité ne soit pas envisagée expressément par la Constitution peut faire penser à une lacune, sans doute involontaire, liée au fait que les rédacteurs ont voulu s'inspirer de l'article 89 de la Constitution française de la V^e République, mais sans tenir compte de la controverse doctrinale au sujet de cette disposition¹⁵. Il est donc nécessaire que l'article 220 prévoie aussi sa propre irrévisabilité, à l'instar de l'article 197 de la Constitution belge (Texte coordonné du 17 février 1994) qui énumère les matières ne pouvant pas faire l'objet d'une révision et qui se protège aussi lui-même contre toute révision¹⁶.

L'article 220 ne peut donc être révisé, ni dans le sens de modifier le contenu des dispositions intangibles, ni dans celui d'en diminuer le nombre. Il ne peut être touché que pour s'intangibiliser" ou "intangibiliser" d'autres dispositions constitutionnelles. C'est pourquoi son intangibilité est relative.

2.3. L'option exclusive pour la révision partielle de la Constitution

La révision partielle de la Constitution s'oppose à la révision totale. La première porte sur certaines dispositions déterminées de la Constitution, celle-ci restant inchangée. La seconde touche l'ensemble ou la grande majorité des dispositions constitutionnelles, ou encore aux fondements et aux principes structurels de la Constitution¹⁷.

En prévoyant, en son article 220, l'irrévisabilité de certaines matières, la Constitution congolaise a exclu toute révision totale et a, de ce fait, fait l'option exclusive pour la révision partielle. Partant, si le Constituant veut changer de constitution et non la constitution, il recourra à une procédure dont le point de départ est extrajuridique, voire parajuridique.

¹⁴ Cf. Nicolas BANNEUX / Évariste BOSHAB / Marc BOSSUYT / Bob KABAMBA / Pierre VERJANS, <http://popups.ulg.ac.be/federalisme/document.php?id=209>, consulté le 22 septembre 2013.

¹⁵ *Ibidem*, note 115.

¹⁶ Voici le libellé de cet article : « Pendant une régence, aucun changement ne peut être apporté à la Constitution en ce qui concerne les pouvoirs constitutionnels du Roi et les articles 85 à 88, 91 à 95, 106 et 197 de la Constitution. »

¹⁷ AUER I, p. 497, n^{os} 1406-1407. En dehors des critères quantitatif et qualitatif, les auteurs citent le critère organique et procédurale pour différencier la révision partielle et la révision totale (*ibidem*, n^{os} 1408ss).

Cependant, on peut invoquer le principe du parallélisme des formes d'après lequel l'autorité qui a édicté un acte soit la même qui soit compétente pour l'abroger. Selon ce principe, l'article 220 ne pourrait pas faire obstacle à une révision totale, en cas de nécessité éprouvée par le Constituant, puisqu'il s'agit d'une autolimitation de ce dernier qui peut être levée par lui-même. Celui-ci ne peut agir qu'en tant qu'investi du pouvoir original ; s'il est détenteur d'un pouvoir dérivé, il doit être mandaté par le Constituant original. En l'absence d'un tel mandat, on verserait dans la fraude à la Constitution qui ne serait autre chose, en l'occurrence, qu'une usurpation de compétence et une violation de la Constitution.

Il en résulte que la Constitution congolaise ne prévoit que sa révision partielle. La possibilité d'une révision totale est écartée constitutionnellement par l'article 220. Cette révision serait un changement de constitution et constituerait une transmutation de régime dépourvu de tout fondement constitutionnel. On ne peut pas invoquer, ici, la pratique helvétique de la révision totale de la Constitution fédérale qui est prévue par cette dernière¹⁸ et qui est l'œuvre du peuple et des cantons¹⁹. La Constitution fédérale suisse ne prévoit pas de limites matérielles autonomes à sa révisibilité. C'est pourquoi, la révision constitutionnelle peut être partielle ou totale. Dans le deux cas, l'organe investi du pouvoir constituant est le corps électoral fédéral. Pour que ce pouvoir soit exercé valablement, il faut une double majorité du peuple et des cantons.

D'après Auer, Malinverni et Hottelier, une raison qui peut expliquer et justifier l'absence de limites matérielles à la révisibilité de la Constitution suisse est que "la légitimité du constituant dérivé, à savoir du peuple et des cantons, est jugée supérieure à celle non seulement de tous les organes de l'Etat, mais aussi du constituant original." Cette légitimité, précisent les auteurs, résulte, "d'une part, du caractère démocratique du processus de révision constitutionnelle et, d'autre part, du fait que les cantons, qui participent à ce processus, ont préexisté à la Confédération et ne doivent donc pas leur existence à la Constitution de 1948. On ne voit donc pas quel organe de l'Etat, au nom de quel principe, pourrait valablement

¹⁸ L'art.192 al.1 Cst. féd. dispose: "La Constitution peut être révisée en tout temps, totalement ou partiellement ". Cet article ne peut être une référence pour fonder une révision de l'irrévisable dans le système congolais qui prévoit la possibilité de réviser la Constitution par la voie législative. En Suisse, il n'existe de révision constitutionnelle que par la voie référendaire, à la suite d'une procédure rigide qui s'impose à tous les organes étatiques qui y interviennent. Pour le droit congolais, on doit se référer aux constitutions belge et française dont il s'inspire et qui prévoient bien les matières intangibles.

¹⁹ Art. 140 al. 1 let. a Cst. féd; 142 al. 2 Cst. féd; 195 Cst. féd.

empêcher le constituant souverain de modifier les bases mêmes du régime politique et constitutionnel de la Suisse."²⁰

Ces raisons, quel que soit leur solidité, ne valent pas pour la RDC où la solution contraire est clairement retenue dans la Constitution. Celle-ci a, à l'instar des Constitutions belge et française, opté exclusivement pour la révision partielle, en prévoyant l'intangibilité de certaines dispositions constitutionnelles. Ce choix de la révision partielle porte-t-il atteinte à la souveraineté nationale du peuple congolais?

III. La souveraineté nationale et l'intangibilité constitutionnelle

L'intangibilité de certaines dispositions constitutionnelles peut-elle limiter le pouvoir de révision du souverain primaire? Autrement dit, a-t-elle le pas sur la souveraineté du peuple? Avant d'y répondre, il faut préciser que la souveraineté du pouvoir constituant varie selon que ce dernier est originaire ou dérivé.

1. La souveraineté du pouvoir constituant

Le pouvoir constituant est souverain. Mais cette souveraineté est absolue ou relative selon que le pouvoir est originaire ou dérivé. Le pouvoir constituant est originaire lorsqu'il s'exerce à la fondation d'un régime, avec une nouvelle Constitution; il est dérivé lorsqu'il est exercé pour modifier la Constitution sans en bouleverser les fondements. En RDC, le pouvoir constituant originaire de la Troisième République appartient au Peuple. Tandis que le pouvoir constituant dérivé appartient aussi bien au peuple qu'au Congrès. La question qui pourrait se poser est la suivante: Les deux pouvoirs constituants, originaire et dérivé, sont-ils égaux et ont-ils la même souveraineté? Sans entrer dans le débat doctrinal français, il faut considérer qu'en principe le pouvoir originaire n'est pas soumis aux règles de la Constitution qu'il produit, tandis que le pouvoir dérivé est institué par la Constitution qui en régle l'exercice.

Le titulaire du pouvoir constituant originaire est le créateur d'une Constitution et celui du pouvoir constituant dérivé en est le réviseur. Le premier est un organe constituant qui tient sa compétence de lui-même, s'il n'est pas prévu par la Constitution en vigueur. Au regard de la

²⁰ AUER I, p. 496, n° 1403. À noter que l'unique limite matérielle à la révisibilité de la Constitution helvétique est hétéronome. C'est le *jus cogens*. En effet, d'après les art. 193 al. 4 et 194 al. 2 Cst. féd, les révisions de la Constitution doivent respecter les règles impératives du droit international. Il faut préciser que ces dispositions, combinées avec les art. 139 al. 2 et 139a al. 2 Cst. féd, ont codifié une pratique inaugurée par l'Assemblée fédérale en 1995 (FF 1994 III 1471, 1487; 1996 I 1305) (AUER I, p. 495, n° 1400).

Constitution à produire, il est préconstitutionnel. Le second, en revanche, est un organe constitué tenant de la Constitution sa compétence exclusive de révision de celle-ci²¹.

Déjà en 1962, le Conseil constitutionnel français avait abondé dans le même sens à propos du pouvoir constituant dérivé. Tout en lui reconnaissant une certaine souveraineté, il précise que celle-ci s'exerce sous réserve des limites constitutionnelles quant à la période et à l'objet²².

Ainsi donc, le Constituant originaire est au-dessus de la Constitution qu'il produit, tandis que le Constituant dérivé, fût-il le Peuple, est soumis aux règles constitutionnelles.

2. La souveraineté nationale et le pouvoir de révision constitutionnelle

Ce titre développe les points ci-après: La base constitutionnelle de la souveraineté nationale (2.1); La souveraineté nationale et la constitutionnalité (2.2); L'intangibilité constitutionnelle et les générations futures (2.3); Le changement de régime et l'intangibilité constitutionnelle (2.4).

2.1. La base constitutionnelle de la souveraineté nationale

Le principe de la souveraineté nationale a pour base constitutionnelle l'article 5, alinéa 1^{er} qui a la teneur suivante : "La souveraineté nationale appartient au peuple. Tout pouvoir émane du peuple qui l'exerce directement ou indirectement par voie de référendum ou d'élections et indirectement par ses représentants".

D'après cette disposition, en vertu de la souveraineté nationale qui lui appartient, le peuple congolais est la source de tout pouvoir. L'exercice de ce pouvoir est direct s'il est l'œuvre du peuple convoqué par le biais du référendum ou des élections; il est indirect, lorsqu'il est l'œuvre des représentants du peuple. Au sujet de l'exercice direct du pouvoir, il faut relever qu'en cas de référendum, une question est posée au peuple qui y répond. L'objet de la question et la procédure doivent être conformes à la Constitution et à la loi. Lors d'une élection, on lui propose des candidats qui sont idoines et il se prononce selon la procédure prévue à ce sujet. Le peuple ne se pose donc pas la question à lui-même, ni ne présente ses candidats à lui.

La souveraineté nationale est à distinguer de la souveraineté de l'État dont il s'agit à l'article 1^{er} alinéa 1^{er} et de celle que l'État exerce et qui est prévue par l'article 9 alinéa 1^{er}²³. La

²¹ Sur d'autres détails concernant la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé, cf. BOSHAB 2013, p. 28-34. Mais l'auteur n'établit pas de différence entre le pouvoir-compétence du pouvoir-organe.

²² Décis. n° 92-312 DC du 2 sept. 1992, citée par Pierre PACTET / Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le droit constitutionnel*, 27^e édition mise à jour, Dalloz, Paris 2008, p. 542.

souveraineté qu'exerce l'État comme puissance publique²⁴ est une portion de souveraineté nationale. L'État agit comme représentant de la Nation.

2.2. La souveraineté nationale et la constitutionnalité

Deux points seront développés sous cette section: La souveraineté comme compétence constitutionnelle et la souveraineté et la révision constitutionnelle par la voie référendaire.

2.2.1. La souveraineté comme compétence constitutionnelle

La souveraineté est une compétence attribuée au peuple par la Constitution, en son article 5, et qui doit s'exercer dans le respect de cette dernière. Elle ne peut pas s'exercer en marge de la Constitution. Il suit de là qu'on ne doit pas se fonder sur la souveraineté pour violer la Constitution. Ce serait un abus de souveraineté.

La souveraineté étant constitutionnelle et la Constitution étant un acte de souveraineté, l'inconstitutionnalité est une atteinte à la souveraineté, et l'abus de souveraineté est une inconstitutionnalité. C'est pourquoi, une révision constitutionnelle ayant pour objet une des matières irrévissables doit être considérée comme nulle. Néanmoins, pour éviter d'être court-circuité par le référendum dont le résultat n'est attaquant auprès d'aucune juridiction, l'acte du peuple étant opposable à tous, il faudrait que le procureur près la Cour constitutionnelle attaque l'initiative et/ou la décision du bien-fondé de l'initiative ou de celle de la soumission au référendum. Cette attaque devrait être assortie d'un effet suspensif. Ainsi, on éviterait d'induire en erreur le Peuple congolais, en lui faisant violer sa souveraineté sous prétexte qu'on la lui fait exercer.

2.2.2. La souveraineté et la révision constitutionnelle par la voie référendaire

On le sait déjà, le souverain ne prend jamais l'initiative de la révision constitutionnelle, ce sont ses représentants ou une portion du peuple. Il ne peut que répondre à la question qui lui est posée lors du référendum. La procédure pré-référendaire peut, en conséquence, être soumise au juge qui en examinera la constitutionnalité.

²³ La souveraineté de l'État, en tant que personne morale de droit public, signifie que celui-ci n'est soumis à aucune puissance, sauf au droit, si c'est un État de droit, comme la RDC (art.1 al. 1^{er}). "L'État exerce une souveraineté permanente notamment sur le sol, le sous-sol, les eaux et les forêts, sur les espaces aérien, fluvial, lacustre et maritime congolais ainsi que la mer territoriale congolaise et sur le plateau continental."

²⁴ L'État n'est pas à prendre au sens du droit international public qui le décrit comme constitué d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement au sens d'autorité politique. Si non, on ne prévoirait pas qu'il exerce une souveraineté sur le territoire qui le constitue et sans lequel il ne serait pas. Il s'agit ici du pouvoir politique comme composante de l'État, au sens du droit international, et exerçant une souveraineté au nom de la nation sur une autre composante qu'est le territoire.

2.2.2.1. La question référendaire et le respect de la Constitution

En vertu du principe de la souveraineté ou de la démocratie, on peut théoriquement dans la procédure référendaire poser toute question non réglée par la Constitution au Souverain primaire. Cependant, dès lors que la Constitution a déjà clairement réglé une question, on doit s'y tenir, car la solution est opposable *erga omnes*.

En matière de droit public, précisément au sujet des compétences des pouvoirs publics fondées essentiellement sur la légalité, on devrait se défier de cet adage populaire auquel se réfèrent, parfois, certains particuliers, voire certains juristes, pour justifier l'injustifiable: "Ce qui n'est pas interdit est permis". Cet adage résulterait d'une fiction libéro-individualiste prônant l'antériorité de l'individu à la société et de la liberté individuelle à la loi. Il n'a pas de place en droit public basé essentiellement sur le principe de légalité.

Les organes étatiques doivent agir en vertu d'un mandat clair, précis et encadré juridiquement. Réserve sera faite de la clause générale de police et de la gestion d'affaires sans mandat, laquelle gestion doit toujours s'effectuer dans l'intérêt du mandant, en l'espèce le peuple. Ce d'autant plus que la Constitution prévoit elle-même des pouvoirs d'exception.

L'objet de la question à poser en référendum ne doit pas être contraire à la volonté clairement exprimée dans la Constitution. On ne doit pas compter sur la fraude ou sur l'éventualité d'une rétractation ou d'une amnésie populaires, le peuple n'ayant pas d'archives. Ce serait un abus de mandat que de vouloir, sans mandat clair, pousser le mandant à se prononcer contre ses intérêts propres. Il s'agirait d'une atteinte grave à la souveraineté nationale, laquelle atteinte devrait être sanctionnée sévèrement.

À supposer que le Président de la République décide de poser au peuple une question portant sur une matière non référendaire, quid? La décision est anticonstitutionnelle et peut être contestée devant la Cour constitutionnelle. Il existe, en effet, toute une procédure à respecter et une limite à ne pas franchir visant à protéger les fondements de la République, notamment le non-retour pernicieux ou vicieux à la dictature et le principe de l'alternance qui est substantiel en démocratie représentative.

Par ailleurs, on ne perdra pas de vue que, pour interroger le Souverain, il faut en avoir la compétence. En l'espèce, aucune instance n'est habilitée constitutionnellement pour soumettre au Souverain une question relative à une matière qu'il a lui-même voulue intangible. À moins que le peuple congolais, et non une portion de celui-ci, prenne lui-même l'initiative, en vertu

de sa souveraineté. Mais, comment et par quel mécanisme? La réponse à cette question ne relève pas du droit. Elle est extrajuridique, voire parajuridique.

En définitive, au regard du droit, il ne faut même pas poser au peuple congolais la question de la révision des dispositions intangibles. Ce serait une manifestation de la volonté de violer la Constitution. L'initiative ou la décision de poser cette question est inconstitutionnelle, car elle n'a aucune base, aucun fondement. Un organe étatique ne peut agir sans base légale. Un acte étatique sans fondement juridique est un acte arbitraire, et donc nul.

Certes, de la souveraineté nationale peut découler la compétence du peuple pour mettre en place une Assemblée constituante pour la rédaction de la Constitution. Ce texte lui sera ensuite soumis par référendum pour approbation. Néanmoins, cette assemblée doit être prévue par la Constitution elle-même. Ce n'est pas le cas en RDC, à moins de procéder à une révision constitutionnelle prévoyant cette possibilité.

2.2.2.2. La nécessité de l'intervention du juge dans la procédure de révision constitutionnelle

Prendre l'initiative de réviser une disposition voulue irrévocable par la Constitution est un acte non conforme à cette dernière et qui devrait être soumis à la Juridiction compétente pour le déclarer tel. Et un acte ainsi déclaré est nul de plein droit (art. 168, al. 2). Mais pour être déférée à la juridiction constitutionnelle, l'initiative doit être un acte législatif, en l'espèce une proposition. Un projet ou une pétition doivent avoir été examinés par le Parlement. C'est la décision de ce dernier sur le bien-fondé de l'initiative qui est un acte législatif. Il en est de même d'une proposition qui a été soumise au Parlement sans avoir été attaquée avant cette soumission.

Lorsque l'initiative a été prise par le président de la République, celui-ci, qui doit veiller au respect de la Constitution (art. 69 al. 2), peut être traduit devant la Cour constitutionnelle pour tentative de crime de haute trahison (art. 164-165). Seulement la procédure des poursuites et la mise en accusation sont très lourdes: vote "à la majorité des deux tiers des membres du Parlement composant le Congrès" (art. 166). Que peut alors faire tout congolais, en vertu de l'article 64 alinéa premier²⁵? C'est obtenir la déclaration de nullité de l'acte d'initiative par le biais de l'annulation de la décision du Parlement qui admettrait son bien-fondé.

²⁵ L'article 64 alinéa premier a la teneur suivante: "Tout Congolais a le devoir de faire échec à tout individu ou groupe d'individus qui prend le pouvoir par la force ou qui l'exerce en violation des dispositions de la présente Constitution."

Dès lors, faut-il soutenir, à l'instar d'une partie de la doctrine que l'intangibilité constitutionnelle lie éternellement les générations futures et les prive de la possibilité de mettre en place un système juridique répondant à leur situation sociopolitique?

2.3. L'intangibilité constitutionnelle et les générations futures

Un des arguments contre l'intangibilité constitutionnelle²⁶ est que l'on ne peut pas lier définitivement les générations futures, le souverain et la réalité sociale étant dynamiques et mutables. Aussi, un texte constitutionnel actuel ne doit pas lier de manière définitive toutes les générations futures d'un État. Celles-ci doivent demeurer libres de chercher à améliorer le système actuel. Elles peuvent, par exemple, vouloir instituer la « ratiocratie » en lieu et place de la démocratie. La souveraineté ne peut donc être une propriété exclusive d'une génération²⁷. Partant, le principe de révisabilité de toutes les matières constitutionnelles doit être gardé dans le respect des conditions qu'impose le constituant pour sa génération et que lui seul peut modifier en cas de nécessité.

Cette thèse ne justifie pas juridiquement la possibilité de réviser l'irrévisable constitutionnel. Elle est, dans le cas de la RDC, une supercherie, une manifestation de la volonté habituelle de violer le droit au nom d'un certain éthos politique dicté par des visées oligarchiques.

On ne perdra pas de vue que toute loi est adoptée, en principe, pour régir le futur. C'est pourquoi, elle est assortie d'un effet immédiat, sauf si elle-même prévoit un effet rétroactif. Ainsi, qu'on le veuille ou non, la loi lie les générations futures, en attendant son abrogation. De plus, c'est la législation objectivement meilleure qu'on devrait léguer à la postérité et non des turpitudes juridiques au regard des fondements même de l'État et du système démocratique choisi. En l'espèce, auto-définie comme démocratique, la III^e République est-elle en droit de léguer, entre autres, la possibilité d'une présidence à vie et sans alternance? La réponse objectivement rationnelle ne peut qu'être négative.

Par ailleurs, cette Constitution qui n'a pas dix ans, et qui n'a donc pas encore changé de génération en termes d'années, doit-elle être modifiée dans ce qui fonde l'État congolais? Celui-ci est sorti d'une longue dictature de 32 ans. On en a tiré la leçon en limitant définitivement le nombre de mandats présidentiels à deux pour garantir l'alternance, et éviter la monopolisation par une seule personne de la représentation nationale. Envisager le

²⁶ J'entends par « intangibilité constitutionnelle », non celle de toute la Constitution, mais celle prévue par la Constitution.

²⁷ Cf. Marcel GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs*, Gallimard, Paris 1995, p. 280.

contraire serait une usurpation de la souveraineté, une violation de la constitution, un coup d'État constitutionnel et donc une para-constitutionnalité tendant à légitimer l'illégitime.

Enfin, au regard du droit congolais, une génération n'est pas un sujet de droit, ni un organe pouvant être auteur d'un texte normatif. C'est une catégorie sociologique utilisée en droit, fautive, peut-être, d'arguments juridiques solides.

2.4. Le changement de régime et l'intangibilité constitutionnelle

En principe, le changement de régime doit s'opérer dans la légalité, et donc dans le respect des clauses intangibles. Mais en fait, on assiste à des fins tragiques de régime, soit par coup d'État²⁸, soit par révolution populaire. Si tout le monde peut s'accorder sur l'illégalité d'un coup d'État, une partie de la doctrine, sous l'influence des discours politiques, semble soutenir la révolution comme œuvre du peuple souverain. L'une et l'autre situation peuvent être à la base d'un nouveau régime régi par une nouvelle constitution adoptée au mépris du droit en vigueur. Seule la révolution intéresse notre propos.

2.4.1. Le passage d'un régime à l'autre et la constitutionnalité

L'histoire nous apprend que le passage d'un régime à l'autre ne s'est pas toujours effectué en conformité aux règles en vigueur. Ce ne peut-être une référence pour le droit ne l'ayant pas prévu, même si l'objectif invoqué est l'instauration de la démocratie et de l'état de droit. On se trouve tout simplement devant un acte politique, extincteur de l'ancien régime et générateur d'un nouveau régime, sans fondements juridiques. Donc, un acte inconstitutionnel. Est également dépourvu de tout fondement juridique le réalisme subséquent qui oblige à se résigner devant une factualité et à se consoler avec la théorie de "nécessité fait loi"²⁹.

2.4.2. Le changement de régime par la révolution et l'intangibilité constitutionnelle

La révolution est un « brusque mouvement social réalisé par la force populaire, sans observer les formes légales, ayant pour but et pour résultat la substitution d'un régime légal à un autre »³⁰. Elle se distingue du coup d'État en ce qu'elle a pour auteur la masse populaire et non l'une des autorités constituées.

²⁸ Un coup d'État est « l'acte d'une autorité constituée portant une atteinte illégale et brutale à l'ordre qui la constitue, pour s'emparer du pouvoir ou s'y maintenir. » (Pierre AVRIL / Jean GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., PUF, Paris 2012, *verbis* « Coup d'État »).

²⁹ cf. Félix VUNDWAVE te PEMAKO, *Traité de droit administratif*, Larcier, Bruxelles 2007, p. 193. Sur le changement de régimes dans l'histoire de la RDC, de 1885 à nos jours, *ibidem*, p. 183-208.

³⁰ AVRIL / GICQUEL, *verbo* « Révolution ».

Soutenir, à l'instar d'Évariste Boshab, que la révolution est un échec des clauses irréfornables et que, donc, celles-ci relèvent de la politique et non du droit³¹, a des conséquences catastrophiques. Puisque tout l'ordre juridique, surtout le droit public, ne serait que de la politique. Dans ce cas, à quoi bon alors légiférer, si la révolution reste toujours possible dans un État? À quoi sert d'édicter le droit puisqu'il ne peut pas arrêter pas la révolution?

La révolution est une rupture de l'ordre juridique et non seulement des clauses d'éternité. Prétendre qu'elle est un échec des clauses d'éternité est juridiquement insoutenable. Il s'agit plutôt d'une violation de ces clauses. Cette violation équivaut-elle à un échec? Alors, combien de règles juridiques échouent et sont vouées à l'échec!

Par ailleurs, Évariste Boshab ne démontre pas que la révolution peut échouer devant les règles de droit sans clauses d'éternité. Ensuite, la révolution n'interrompt pas que les clauses irréfornables, mais tout l'ordre juridique, à l'exception des règles qu'elle laisse perdurer ou qu'elle n'abroge pas formellement. Ainsi, selon la vision du constitutionnaliste congolais Boshab, il ne se justifierait pas de maintenir, par exemple, les dispositions pénales qui incriminent la corruption au Congo³², alors que c'est une pratique bien ancrée dans le mental des congolais, au point de se muer en une certaine coutume *contra legem*, voire *praeter legem*.

Suivie jusqu'au bout, cette vision conduirait à la suppression de toutes les règles du droit qui sont violées. Et Dieu seul sait combien de règles ne sont jamais enfreintes. Ne sommes-nous pas là en présence d'une tentative de légitimation du factuel et du parajuridique qui se trouveraient ainsi en juridicisés, au détriment du droit?

Par ailleurs, on notera que, du point juridique, si la révolution n'est pas prévue par une règle de droit, elle est une exception dérogeant au droit. Elle crée une situation d'inconstitutionnalité et de non-droit. Invoquer la révolution pour justifier l'inefficacité des règles irréfornables relève d'une discipline autre que le droit.

On me rétorquera que, avec l'intervention du peuple souverain, il y a redressement de l'inconstitutionnalité et de la situation de non-droit. Cependant, il faudra démontrer que la révolution est effectivement l'affaire du peuple, en tant que souverain, et non d'une portion de la population.

³¹ BOSHAB 2013, p. 110-112.

³² Art. 147-150 du Code pénal congolais. Décret du 30 janvier 1940 tel que modifié et complété à ce jour. Mis à jour au 30 novembre 2004, *JORDC*, n° spécial, 30 novembre 2004, p. 37-38.

Il est à retenir que l'acte d'interruption du régime précédent non prévu par la Constitution est incontestablement inconstitutionnel et que le passage de ce régime à un autre est une période de non-droit et d'illégitimité.

3. Le débat doctrinal et l'intangibilité des dispositions constitutionnelles

Le débat doctrinal n'est pas interdit sur la valeur juridique de l'intangibilité des dispositions constitutionnelles³³. Mais il faudrait s'appuyer sur des références juridiques claires et solides. Toutefois, si la question est déjà expressément réglée par la Constitution, on ne peut pas se fonder sur une opinion doctrinale pour procéder à la révision d'une disposition irrévocable. Ce serait une violation de la Constitution.

De plus, préconiser sciemment la violation des règles juridiques ou y inciter serait une façon de cautionner l'idéologie selon laquelle les Africains au Sud du Sahara ont des séquelles de l'état de nature dont la norme est la loi du plus fort.

En définitive, une opinion doctrinale critiquant l'irrévisibilité prévue constitutionnellement ne fonde pas la possibilité de réviser l'irrévisable. En d'autres termes, tout en n'étant pas à l'abri des critiques doctrinales, philosophiques, politiques ou sociologiques³⁴, l'article 220 exclut toute révision des dispositions intangibles. Cette exclusion reste indéboulonnable juridiquement.

Faut-il conclure?

Dans un état de droit, tout le monde, y compris le souverain, est soumis au droit. Juridiquement, l'époque est révolue du prince au-dessus de la loi et ne légiférant que pour ses sujets. Ainsi donc, sous le régime de la Constitution actuelle, aucune instance, même pas le Peuple congolais, n'est habilitée à réviser les clauses intangibles énoncées à l'article 220³⁵. En

³³ Pour dénier la valeur juridique aux règles intangibles, notre honorable fait sienne l'expression de Nathalie Droin, « barrières de papiers » (Nathalie DROIN, "Retour sur la loi constitutionnelle de 1884: contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé", *RFDC*, 80, 2009, p. 735-736; BOSHAB 2013, p. 113, note 103), comme si les deux écrivaient sur du marbre ou de l'or pour conférer la scientificité à leurs textes.

³⁴ Cf. BOSHAB 2013.

³⁵ Même les concertateurs ne doivent pas toucher aux clauses intangibles. Il faut préciser que les actes des concertations nationales, ouvertes le 07 septembre 2013 pour, en principe, 15 jours, ne seront que des propositions destinées à celui qui les a convoquées par ordonnance présidentielle. Ils ne peuvent pas toucher aux clauses constitutionnelles intangibles, ni violer une seule disposition constitutionnelle. Sans fondement juridique

revanche, cet article peut être réformé, si l'on veut intangibiliser d'autres dispositions fondamentales³⁶ et non en "tangibilisant" les dispositions irréformables.

Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE
Dr iur

claire, ces concertations ne peuvent prendre aucun acte juridique opposable à quiconque, ni engageant un organe constitué constitutionnellement.

³⁶ Sur ces dispositions, voir Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE, "La fundamentalité dans la Constitution congolaise et l'exigence d'une protection juridique spéciale", <http://droitcongolais.info/files/fondamentalite.pdf>