

Cahiers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie

Numéro spécial

Avril - Juin

2024

Volume 2

*Revue du Centre de Recherche Interdisciplinaire pour la
Promotion et la Protection des Droits de l'Homme en
Afrique Centrale (CRIDHAC)*

CAHIERS AFRICAINS DES DROITS DE L'HOMME ET DE LA DEMOCRATIE

Les cahiers africains des droits de l'Homme et de la démocratie, publiés sous la responsabilité du directeur adjoint en charge de la recherche, offrent un accès à des informations et analyses juridiques dédiées à la question des droits de l'Homme et libertés fondamentaux en République Démocratique du Congo, en Afrique et dans le monde.

Les archives des cahiers sont consultables sur le site du CRIDHAC (Université de Kinshasa) : <https://revdh.cridhac.com>.

Présentation des cahiers africains des droits de l'Homme et de la démocratie.

Sous la responsabilité du directeur adjoint en charge de la recherche et la supervision de la Directrice.

Éditeur : Centre de recherches interdisciplinaire pour la promotion et la protection des droits de l'Homme en Afrique Central (CRIDHAC) crée par décision rectorale n°169/UNIKIN/R/2003/ du 12 novembre 2003.

Les cahiers africains des droits de l'Homme et de la démocratie *est une Revue des Droits de l'Homme rattachée au centre de recherche interdisciplinaire pour la promotion et la protection des droits de l'Homme en Afrique central (CRIDHAC)*. Cette Revue offre un accès à des informations et analyses juridiques dédiées à l'actualité des droits de l'Homme et libertés fondamentaux en République démocratique du Congo, en Afrique et dans le monde.

La revue est placée depuis sa création sous l'égide du Centre de recherche interdisciplinaire pour la promotion et la protection des droits de l'Homme en Afrique central (CRIDHAC) dirigé actuellement par Madame la Professeure Sita Muila Akele Angelique Directrice du centre, secondée par Monsieur le

Professeur Samutondi Ikomba Samy Directeur adjoint chargé de la recherche.

Les publications sont faites en considération du thème central retenu par le comité scientifique, moyennant validation des contributions par les acteurs (experts) regroupés en pôle (unité) des compétences :

- Pôle « Institutions administratives et organisations non gouvernementales »
- Pôle « Contentieux public et judiciaire congolais »
- Pôle « Conseil de l’Afrique centrale »
- Pôle « Union africaine »
- Pôle Droit international et régional des droits de l’homme
- Pôle Droit international humanitaire et droit international pénal
- Pôle Droit comparé et droits étrangers
- Pôle Famille et Droit international privé
- Pôle Migration, Genre et Droits Humains
- Pôle Ethique et droits de l’Homme
- Pôle Budgets publics et Droits de l’Homme
- Pôle Droit du Travail et droits humains
- Pôle Santé publique et droits de l’homme

Chacun de ces pôles est axé sur un champ particulier d’observation de l’actualité des droits de l’Homme et libertés fondamentaux.

La revue est diffusée par un cahier en format A5, par courriel et sur les réseaux sociaux. Elle est accessible en ligne sur le site de la Revue du Centre de Recherche Interdisciplinaire pour la promotion et la protection des Droits de l’Homme en Afrique Central_(CRIDHAC).

Responsables de la publication est le Directeur adjoint en charge de la recherche du CRIDHAC), **Courriel de contact** : samikomba@yahoo.fr , WhatsApp : +243856442560.

Pour s'abonner librement et gratuitement à la diffusion par courriel, il suffit d'entrer son adresse e-mail ici (<https://revdh.cridhac.com>). Et pour se désabonner, une possibilité est prévue sur le site.

Il est également possible de suivre la Revue *via* la page Facebook sur <https://www.facebook.com/revdhcridhac> et le compte Twitter <https://twitter.com/revdhcridhac>. Mais aussi de recevoir l'exemplaire de la revue à l'adresse renseignée lors de l'abonnement et ce, moyennant paiement du prix indiqué au dos du numéro.

Regroupement en pôles et auteurs de la Revue

1. Pôle Institutions administratives et organisations non gouvernementales

Autorités administratives indépendantes : Défenseur des droits de l'Homme, Commission nationale des droits de l'Homme (CNDH), etc. ; Organisations consultatives ; Rapports et travaux d'ONG liées à la protection des droits de l'homme ; Législation.

- **Coordinatrices et coordonnateurs du pôle** : Ntumba bwathia nicole et Mingashang Ivon
- **Membres** :
 - **Mulumba Tshitoka Martin** – Professeur en droit public interne et administratif.
 - **Amisi Herady** – Professeur en droit privé, droit des obligations et responsabilité civile
 - **Kuyu Camile** – Professeur, Docteur en droit, diplômé en philosophie, en science politique, en théorie du droit et en études africaines.
 - **Kapiamba Georges** – Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe et défenseur des droits de l'Homme (Président de l'ACAJ).
 - **Omeonga Tongomo Barthelemi** – Professeur en droit public et administratif.
 - **Kalindye Byanjira Dieudonné** – Professeur en droit de l'Homme.

- **Paul Nsapu Mukulu** – Défenseur des Droits de l’Homme et Président de la Commission nationale de droit de l’Homme.
- **Mvioki Babutana** – Professeur en droit de l’Homme.
- **Tshiey a Tshiey Darius** – Doctorant en droit, Avocat et doyen de l’ordre Barreau de Kinshasa/Gombe.
- **Patrice Ntumba Kapita** – Professeur en droit public international.
- **Jean Claude Katende,** – Défenseur des droits de l’Homme et Président de l’ASADHO.
- **Angelesi Fils** – Professeur en droit privé et Avocat au Barreau de Kinshasa/Gombe.
- **Oscar Mubiayi** – Avocate aux Barreaux de l’Ille et de Kinshasa/Gombe, défenseur des droits de l’Homme.
- Mabaka Placide, - Professeur en droit public et Avocat

2. Pôle Contentieux juridictionnel Congolais

Dans le domaine des droits et libertés : Cour Constitutionnelle – dont Questions d’actualité et prioritaires de constitutionnalité – ; Conseil d’État et autres juridictions administratives ; Cour de cassation et autres juridictions judiciaires...

Coordinateurs du pôle : Professeurs José Tasoki Manzele et Raoul Kienge kienge Intudi

Membres :

Mbata Mangu betukumesu andré, Esambo kangashe Jean Louis, Ngondankoy Paul gaspard, Raymond Manasi Nkusu Kalema, Elie Ndomba Kabeya, Sylvain Lumu Mbaya, Bokona wipa Bondjali, Kaluba Dibwa Dieudonné, Mavungu Mvumbi Jean pière, Emanuel Koura Mfumankie, Bokona wipa bondjali, Bienvenue Wane Bameme, wetshokonda Marcel, Mukolo Nkokesha Jean Paul, Tabala Kitene Faustin, Noël Botakile, Munene yamba yamba, Aimé zangisi mupele, Amede Ibula tshatshila, Joseph Ngwabika Funda, Odiko lokangaka Charles, Mende Patrick, Kalala Mupinganyi Félicien, Mulumba bululu bobo.

- **Contentieux public**

- Mbata Mangu betekumesu andré, Professeur en droit public et Premier vice-président de l'assemblée nationale.
- Esambo Kangashe Jean Louis, Professeur en droit public et Président au Conseil d'état.
- **Kaluba Dibwa Dieudonné** – Professeur en droit publique interne (droit constitutionnel) et Avocat
- **Djoli eseng'ekeli** – Professeur en droit public interne.
- **Ndomba Kabeya Elie-Léon** – Professeur en droit Privé et Président au Conseil d'Etat.
- **Lumu Mbaya Sylvain** – Professeur en droit public international et juge à la Cour constitutionnelle.
- Mavungu Mvumbi Jean pière, Professeur de droit public international et juge à la Cour constitutionnelle.
- Ngondankoy Paul gaspard – Professeur en droit public et Avocat au barreau de Kinshasa/Gombe
- **Koura M'fumankie Emmanuel** – Professeur en droit pénal et criminologie et Conseiller au Conseil d'Etat.
- **Wane bameme Bienvenue** – Professeur en droit pénal et criminologie et Conseiller au Conseil d'état.
- **Mukolo Nkokesha Jean Paul** – Doctorant en droit public (UNIKIN) et Procureur Général près la Cour constitutionnelle.
- **Bokona wipa Bondjali** – Professeur en droit public international et juge à la Cour constitutionnelle.
- **Wetshokonda Marcel** – Professeur en droit public et Avocat.
- **Ntumba musuka** – Professeur en droit public interne et Conseiller au Conseil d'état.
- **Odimula lofunguso Léon** – Professeur en droit public et Conseiller au Conseil d'état.
- **Kabange Nkongolo Christian,** - Professeur en Public Interne et Avocat.
- **Botakile Batonga Noël** – Professeur en droit public et Conseiller au Conseil d'état.
- **Kabanda Matanda Boniface**– Professeur de science politique et Avocat à la Cour de cassation

- **Bekoma Prospère** – Attaché de Recherche au Centre Interdisciplinaire des droits de l’Homme en Afrique (UNIKIN).
- **Mbau sukisa Danniël** – Professeur en droit Public et Avocat.
- **Odiko Lokangaka Charles** – Professeur en droit public.
- **Mende Patrick** – Professeur en droit public et avocat.
- **Kalala Mupinganyi félicien** – Professeur de droit.
- Mulumba bululu bobo – Docteur en droit public.
- Abozo Jeremie – Doctorant en droit de l’Université de Kinshasa

- **Contentieux judiciaire**

- Luzolo Bambi Lessa – Professeur en droit pénal et avocat.
- Kenge Ngomba Marie thérèse – Professeur en droit privé, avocate à la Cour de cassation et au Conseil d’état.
- Kangulumba Mbambi Vincent, Professeur en droit privé et avocat aux barreaux de Bruxelles et Kinshasa/Gombe.
- Manasi Nkusu Kaleba Raymond, – Professeur en droit pénal Conseiller à la Cour de Cassation.
- **Munene yamba Yamba** – Professeur en droit privé et Avocat général.
- **Lutumba wa lutumba Guy octave** – Professeur en droit privé et Avocat.
- **Zangisi Mupele Aimé** – Professeur de droit et Avocat général.
- **Mpoyi tshela Patrice** – Professeur en droit privé et Avocat.
- **Nzundu Nzalalemba Jules** – Professeur en droit pénal et avocat.
- **Mushi bonane** – professeur en droit pénal et avocat.
- **Ibula tshatshila amede** – Professeur en droit privé et Substitut du Procureur Général.
- **Telomono bisangamani Mathieu** – Professeur en droit privé et avocat.
- **Ngwabika Funda Joseph, - Professeur en droit privé et Substitut du Procureur Général.**

- **Mwaba Kazadi Tony**, - Professeur en droit privé et Avocat.
- Muteba tshimanga Pascal – Professeur en droit privé et Avocat.
- Makaya kiela Serges – Professeur en droit pénal et Avocat.
- Aloni Mukoko Yves – Professeur en droit privé et avocat.
- Tupa meli mateso – Professeur en droit pénal et Conseiller à la Cour d'Appel
- Tshibangu mwamba – Professeur en droit privé
- Tshizubu Claver- Professeur en droit privé
- Ntumba kabeya sylvie – Doctorant en droit/ Université de Kinshasa.
- Masamanki Espoire – Doctorant en droit/ Université de Kinshasa.

3. Pôle droit international et régional des droits de l'homme, Union africaine

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Comité des droits de l'homme de l'ONU, Cour internationale de justice, autres organes et comités de l'ONU, Cour de justice de l'Union européenne, Tribunal de première instance de l'Union européenne, Commission européenne, Parlement européen, Conseil de l'Union européenne, Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Coordinateurs du pôle : Ngoy Lumbu Malengela Rémy et Kirongozi Ishalanga Jean Claude

Membres :

- Ntumba Bwatshia Nicole – Professeure en droit public international
- Segihobe bigira – Professeur en droit public international et avocat
- Nsaka kabunda Anne-Marie – Professeure en droit public International

- Lukunda Vakala Mfumu Richard – Professeur en droit public international et Avocat
- Kalume beya – Professeur en droit public international et avocat
- Tshiamala Christian – Professeur en droit public international et Consultant
- Ntirumenyerwa Mihigo Blaise – Professeur en droit international
- Mwilanya Wilondja – Professeur en droit public international et Avocat
- Kayumba nkudi sultan – Professeur en droit international et Magistrat

4. Pôle Droit international humanitaire et droit international pénal

Droit de la guerre, Mouvement de la Croix Rouge et CICR, Droits de l'homme dans les conflits armés, Crimes internationaux (agression, crimes contre l'humanité, génocide, crimes de guerre), droits apatrides, Juridictions pénales internationales (TPIY, TPIR, CPI), Juridictions pénales hybrides, Commissions vérité et réconciliation, Justice transitionnelle.

Coordinatrices du pôle : Mazyambo Makengo André et Tshiamala Christian

Membres :

- Bokolombe Batuli – Professeur en droit pénal et avocat
- Tshibangu Kalala – Professeur en droit international
- Tshilombo kalolo – Professeur en droit international et Avocat
- Zegbe zegs Fidèle – Professeur en droit public international
- Vaka Ngumbu – Professeur en droit pénal
- Yakusu bokawenyama Sam – Professeur en droit public international
- Samba Mukiranfi – Professeur en droit public international et juge

5. Pôle Droit comparé et droits étrangers

Dans le domaine des droits et libertés : Juridictions étatiques d’Afrique, d’Europe, d’Amérique du Nord, d’Amérique latine... Actualités juridiques et autres éléments de droit comparé.

Coordinateurs du pôle : Bakandeja wa mpungu Gregoire et Beya Siku Gustave

Membres :

- Nsumbu Kabamba Georges, Professeur à l’Université de Kinshasa
- Kumbu ki Ngimbi Jean Michel – Professeur en droit économique
- Mwanzo idin aminye Eddy – Professeur en droit privé et judiciaire
- Samutondi Ikomba Samy- Professeur en droit privé et judiciaire
- Lubanga Mwambi Taylor – Professeur en droit économique
- Nyembo Tampakanya Jean-Paul – Professeur en droit économique
- Jean Claude Tshilumbayi – Professeur en droit international et relation international
- Diumi Shutsha Dieudonné – Professeur en droit économique
- Nkole Nkole Constantin, - Professeur en droit privé
- Ntirumenyerwa Gakuru Géorgine - Professeure en droit privé de l’université de Kinshasa
- Ngueji Ngueji Elie Professeur en droit économique et avocat
- Mulungu lungu Nachinda Cim’s– Professeur en droit privé

6. Pôle droit de la Famille et Droit international Privé

Droit de la nationalité, identité et établissement, liberté individuelles et contractuelles, la protection des apatrides, protection de la personnalité et des droits individuels,

mariage, Régimes matrimoniaux successions et libéralité, divorce...

Coordinateur du pôle : **Samutondi Ikomba, Professeur à l'Université de Kinshasa.**

Membres :

- Mwanzo idin Aminye, Professeur à l'université de Kinshasa
- Mukwala Muzama Richard, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Tshibangu mwamba, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Kalombo lukusa Carlos, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Nkole Nkole constantin, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Kangulumba Zola Lerois, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Mpoyi Tshela Patrice, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Ilunga lubumbashi, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Mbuyi, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Masaba yamba delphun, Docteur en droit de l'université de Kinshasa
- Pombo kapikanya Patrice, Doctorant en droit privé et judiciaire, UNIKIN

7. Pôle Migration, Genre et Droits Humains

Droit d'établissement, circulation des personnes et de les biens, égalité de traitement des personnes physiques, protection des droits civils et politiques, sauvegarde des droits économiques, sociaux et culturels...

Coordinatrice du pôle : Lukunda Mvaka Richard,
Professeur à l'Université de Kinshasa

Membres :

- Nicole Ntumba Bwatsha, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Kinshasa
- Mvaka Ngumbu Iréné, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Nsaka kabunda Anne marie, Professeur à l'université de Kinshasa
- Lukunda Mvakala Richard, Professeur à l'université de Kinshasa
- Samba mukiranfi, Professeur à l'Université de Kinshasa

8. Pôle éthique et Droit de l'Homme

Vieillesse, éthique et droits ; Ethique économique et éthique de l'environnement ; droits humains et normes dans l'histoire, accès à l'information et le droit de savoir, droit à la vie privée et à l'intimité, le droit à la liberté d'expression...

Coordinatrice du pôle : Omeonga Tongomo Barthélemie, Professeur à l'Université de Kinshasa

Membres :

- Munday Mulopo Félicien, Professeur d'éthique et de bioéthique à l'Université de Kinshasa
- Mutunda Mwembo Pierre, Professeur à l'Université de Kinshasa et philosophe
- Segihobe bigira Jean Paul, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Kwete Mbul, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Kabasele Kabasele Nicolas, Professeur à l'Université de Kinshasa

- Nzundu Nzalalemba Jules, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Ngumbi amuri Augustin, Professeur à l'Université de Kinshasa

9. Pôle Budgets publics et Droits de l'Homme

Finances publiques, question de l'identité des finances publiques, sciences et législations financières, sciences économiques et politiques, fiscalité et droits de l'Homme, règles juridique et non juridiques des finances publiques, finances publiques discipline régulatrice des droits de l'Homme, Deniers privés au service des finances publiques et droits de l'Homme...

- **Coordinatrice du pôle** : Kola Gonze, Professeur de droit fiscal à l'Université de Kinshasa
- **Membres** :
 - Ndjoli Bompe Georges, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Bakandeja wa mpungu Gregoire, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Kumbu ki Ngimbi, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Lwaba Nkuna Dieudonné, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Mbuyu Liongola Jean, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Degossako Kpalawe, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Kabange Nkongolo Christian, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Ngueji Ngueji Elie, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Bolitenge Lopoka Benjamin, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Nzege Deborah, Professeur à l'Université de Kinshasa
 - Makamba Mbalanda, Professeur à l'université de Kinshasa

- Kabamba mamba Champion, Professeur à l'Université de Kinshasa

10. Pôle droit du Travail et droits de l'Homme

Droit de la sécurité sociale ; conditions de travail sûres et salubres ; droit à un salaire équitable et à une rémunération égale pour un travail égal; droit au repos, aux loisirs et à une limitation raisonnable des heures de travail ainsi que le droit aux congés payés périodiques; droit à la protection de la maternité.

Coordinatrice du pôle : Beya Siku Gustave, Professeur à l'université de Kinshasa

- **Membres :**

- Kumbu ki Ngimbi Jean Michel, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Mpiana Musumba, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Loko omadikindju, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Makaba Ngoma Michel, Professeur à l'université de Kinshasa
- Ngueji ngueji Elie, Professeur à l'université de Kinshasa

11. Pôle santé publique et droits de l'homme

Droit au bénéfice du meilleur état de santé possible, droit à la prévention et au traitement ainsi qu'à la lutte contre les maladies, droit à l'accès aux médicaments essentiels, droit à la santé maternelle, infantile et procréative, Infrastructures et éthique médicale, santé publique et différences culturelles, santé publique et respect des obligations en matière des droits de l'Homme, consentement mutuel et traitement médicale, stérilisation forcée et droits de l'homme...

- Coordonnateur du pôle : Angelesi Bayenga Fils, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Ibula tshatshila Amédé, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Tshizubu Kazadi Claver, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Ngwabika Funda Joseph, Professeur à l'Université de Kinshasa
- Mulumba kanyuka jean claude, Professeur à l'Université de Kinshasa

12. Comité scientifique

- Directeur de la Rédaction, responsable de la Revue

Samutondi Ikomba Samy, professeur et directeur adjoint chargé de la recherche du CRIDHAC.

- **Secrétaire de Rédaction**

Secrétaire attachée du centre recherche interdisciplinaire des droits de l'Homme en Afrique central.

- **Comité scientifique**

ESAMBO KANGASHE JEAN-LOUIS, professeure, Université de Kinshasa faculté de droit

SITA MUILA AKELE ANGELIQUE, professeure, Université de Kinshasa

Mingashang Ivon, Professeur, Université de Kinshasa

Beya Siku Gustave, Professeur, Université de Kinshasa

SAMUTONDI IKOMBA, professeur, Université de Kinshasa

BAKANDEJA WA MPUNGU GREGOIRE, professeur, Université de Kinshasa

Mulumba Katchy, professeur émérite, Université de Kinshasa

Kenge Ngomba Tshilombayi, Professeure émérite, Université de Kinshasa

Nyabirungu mwene Songa, Professeur, Université de Kinshasa

Ntumba luaba Alphonse Daniel, Professeur Université de Kinshasa

Kuyu Camile – Professeur et maîtresse de conférences,
Université de Paris Panthéon-Sorbonne

KALAMBAYI LUMPUNGU, professeur émérite, Université de
Kinshasa

BEYA SIKU GUSTAVE, professeure, Université de Kinshasa

MUNENE YAMBA YAMBA Marie-Anne, professeure, Université de
Paris Panthéon-Sorbonne

Balanda mikuin leliel Gérard, professeur émérite, Université de
Kinshasa

- **Correspondants du Comité**

André Miroire, professeure Emérite, Université (Belgique),
Camil Kuyu, professeur Panthéon Sorbonne.

- **Fonctionnement du Comité**

Le Comité est réuni six fois par an, par le rédacteur (directeur adjoint en charge de la recherche), responsable de la Revue. Des réunions exceptionnelles à la demande de la moitié des membres du Comité ou le rédacteur en chef, responsable de la Revue sont possibles.

Il discute et arrête les modalités de travail de la Revue, les lignes éditoriales de la revue, des projets de publication qui lui sont soumis, des dossiers thématiques publiés annuellement.

Les décisions sont prises à la majorité, avec voix prépondérante du rédacteur en chef, responsable de la Revue en cas de partage des voix.

La secrétaire de rédaction assiste aux réunions

13. Soumettre une contribution

La Revue accueille toute proposition de publication en matière de droits de l'Homme, libertés publiques, droits fondamentaux : entretiens, dossiers (pouvant, par exemple, consister en la publication d'actes, de séminaires ou de rapports de recherches

collectives), contributions sur thématique libre, commentaires des décisions judiciaires ou d'informations récentes.

Vous pouvez aussi nous signaler la parution de vos ouvrages ou articles. Ces contributions seront soumises à une évaluation anonymisée de deux rapporteurs membres du Conseil scientifique (ou, si besoin, extérieurs) désignés par le directeur adjoint en charge de la recherche.

14. Consignes aux auteurs pour la rédaction des articles

Afin de faciliter le travail de mise en forme éditoriale de la revue, et de permettre ainsi une publication dans les délais rapprochés, nous serions reconnaissants aux auteurs de suivre les directives de rédaction suivantes :

- Le texte final de votre contribution doit être soumis en **format Word**.
- Le format du document est le format standard (marges de 2,5 cm en haut et bas et à droite et à gauche), **sans en-tête ou pied de page**. Le document ne doit pas être paginé.
- La **mise en page** du texte doit être **la plus simple possible** : pas d'encadré, pas de soulignement, pas de gras, pas d'utilisation d'autres polices que la police standard.
- Le **corps du texte**, doit être rédigé en **Times New Roman 12**, interligne 1,15. Les **notes de bas de page** doivent être rédigées en **Times New Roman 10**, interligne simple.
- Éliminer les notes de bas de page dans les résumés (elles ne pourront pas figurer dans la publication).
- Sous l'intitulé du texte, doivent figurer vos prénom et nom, et vos qualités officielles.
- En outre, le texte doit impérativement comporter un résumé en français et en anglais, des mots-clés en français et en anglais mis de préférence en début de texte.
- Les **mots-clés** seront séparés par des **virgules**.
- Les textes sont structurés de la manière suivante : I - ; A - ; 1 - . Les titres et sous titres doivent apparaître clairement dans le texte (soit en augmentant la taille de la police soit en utilisant les caractères gras). Pour faciliter la lecture des articles, il est recommandé de ne pas utiliser

plus de 3 niveaux de subdivision. Il est préférable **d'éviter d'utiliser la numérotation automatique.**

- Les différents **paragraphes** de votre contribution **ne doivent pas être numérotés.**
- Les sigles ne doivent pas contenir de points (CIJ, CSJ, TGI, et pas C.I.J., C.S.J., AJIL et pas A.J.I.L. ; etc.).
- Les citations doivent être entre guillemets « ... ».
- On met en italique les mots en langue étrangère, ainsi que certaines expressions d'origine étrangère (par exemple, *de facto*, *honoris causa*, *ipso facto*, *sine die* etc..) ainsi que les parenthèses les entourant.
- Les majuscules doivent être accentuées (ex : État...).

Contact :

Samutondi Ikomba samy Professeur de Droit Privé à l'Université de Kinshasa, Directeur adjoint du CRIDHAC et Rédacteur en chef de *La Revue des Droits de l'Homme*

Adresse postale Centre de recherche interdisciplinaire pour la promotion et la protection des droits de l'Homme en Afrique central (CRIDHAC) Université de Kinshasa/ Faculté de droit/ Kinshasa XI, BP. 253, RDC.

Téléphone : +243 (0)856442460

Crédits :

Responsable de l'édition électronique

Secrétaire administratif du Centre de recherche interdisciplinaire des droits de l'Homme en Afrique central (CRIDHAC).

Conception graphique

ABCPrint

Intégration de la maquette

Alex Mukadi, Impr/ABCPrint

Suivi éditorial

Service d'accompagnement éditorial, 2023, Impr/ABCPrint

15. Politiques de publication

- **Définition éditoriale**

Titre : Cahiers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie

Sous-titre : Revue du Centre de recherches interdisciplinaire pour la promotion et la protection des droits de l'Homme en Afrique Central (CRIDHAC)

ISSN format électronique : 2264-119X

Périodicité : Trimestrielle (six fois par an)

Année de création : 2003

Éditeur : Revue du Centre de recherches interdisciplinaire pour la promotion et la protection des droits de l'Homme en Afrique Central (CRIDHAC).

16. Politique de droits d'auteur et de diffusion

Publication en accès payant.

- **Politique sur les frais de publication**

Frais de publication en soft : oui

Frais de publication en dure : oui

Frais de soumission en soft : non

Frais de soumission en dure : oui

Fait à Kinshasa, le 16 mai 2023

SAMUTONDI IKOMBA Samy,

Professeur aux Facultés de Droit et des lettres de l'Université de Kinshasa et Directeur Adjoint en charge de la Recherche du Centre de recherche interdisciplinaire pour la promotion et la protection des droits de l'Homme en Afrique centrale (CRIDHAC).

SOMMAIRE**I. FAMILLE ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE**

- 1. LA PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT A PERE JURIDIQUE EN DROIT CONGOLAIS.** *Par Constantin NKOLE NKOLE, professeur Associé à la Faculté de Droit/UNIKIN* **29-44**
- 2. LE CONCEPT MENAGE EN DROIT CONGOLAIS DE LA FAMILLE** *Par NKOLE NKOLE, Professeur associé à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa & LUKUSA KABWE, Chef de travaux à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa* **45-65**
- 3. LE RESPECT DE LA RESERVE SUCCESSORALE A L'EPREUVE DE LA PLEINE PROPRIETE : ANALYSE DES PRATIQUES ABUSIVES DES LEGATAIRES CONGOLAIS,** *Par Nathalie LWENDELA KHADY, Chef de Travaux à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa, Département de Droit Privé et Judiciaire* **67-93**
- 4. LE STATUT JURIDIQUE DE L'ETRE PRENATAL EN DROIT CONGOLAIS,** *Par IKOMBA IKOMBA Fortunat, Assistant à la faculté de Droit de l'Université de Kinshasa, Substitut du procureur de la République* **95-115**
- 5. LA BINATIONALITE COMME REMEDE AU PROBLEME DE LA NATIONALITE EN DROIT POSITIF CONGOLAIS,** *Par POMBO KAPIKANYA Patrice patricepombo@gmail.com* **117-136**

- 6. LE PHENOMENE KULUNA EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.** *Par KALAMBAYI MUSAKAYI Lato, Chef de Travaux à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa, Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete* **137-158**

II. CONTENTIEUX PUBLIC ET JUDICIAIRE CONGOLAIS

- 7. LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE A LA LUMIERE DES ARRETS RENDUS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA CÔTE D'IVOIRE PROCLAMANT SUCCESSIVEMENT LAURENT GBAGBO & ALASSANE OUATARA.** *Par MWAKO SUKEZA Willy, Chef de Travaux & MPONGO BOTSA Achille, Assistant* **161-187**
- 8. LES LIMITES A L'IRREVOCABILITE DES ARRETS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO.** *Par Jules BUSHAKE NGUASHO, Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa et doctorant en Droit* **189-208**
- 9. LA JUSTICIABILITE DES ACTES DETACHABLES DES CONTRATS ADMINISTRATIFS EN DROIT FRANÇAIS.** *Par MAMBUKU TSUMBU Nixon Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa et Avocat au Barreau près la Cour* **209-230**

III.DROIT DES SOCIETES ET DROIT DE L'OHADA

- 10. LA REASSURANCE : CLE DE VOUTE DU SYSTEME ASSURANTIEL POUR LA SECURITE DES SOCIETES D'ASSURANCE CONCERNANT LES TRANSPORTEURS (AERIEN, MARITIME, FLUVIAL) EN RDC.** *Par Prof. POTO MACREAM RAOUL, Professeur Associé à la Faculté de Droit* **233-250**

IV.DROIT CONSTITUTIONNEL

- 11. LES COMPETENCES DU BUREAU PROVISoire DE L'ASSEMBLEE NATIONALE EN DROIT CONGOLAIS : ANALYSES POSITIVE ET PROSPECTIVE, Retour sur quelques questions de fond dans les affaires enrôlées sous R. Const. 1438 et 1453.** *Par Benoit KENGA BULOBA, Chef de Travaux, Doctorant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa* **253-283**
- 12. LE CONSTITUTIONNALISME ET REVISIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE. Cas du Bénin, du Burkina-Faso et du Sénégal.** *Par MWAKO SUKEZA Willy, Chef de Travaux & MPONGO BOTSA Achille Assistant* **285-307**
- 13. LE CONSTITUTIONNALISME MODERNE ET LE CONSTITUTIONNALISME AFRICAIN POST-AUTORITAIRE.** *Par MWAKO SUKEZA Willy Chef de Travaux & MWAKO MO DJWAMBE Guy-Junior Assistant* **309-339**

**14. LE BILAN DE 30 ANS DES TENDANCES DU
CONSTITUTIONNALISME ET DE LA
DEMOCRATIE EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE
DU CONGO. Par MWAKO SUKEZA Willy, Chef de
Travaux, Avocat près la Cour d'Appel de
Kinshasa/Matete 341-374**

**FAMILLE ET DROIT
INTERNATIONAL PRIVE**

LA PROTECTION DES DROITS DE L'ENFANT A PERE JURIDIQUE EN DROIT CONGOLAIS

Par

Constantin NKOLE NKOLE

Professeur Associé à la Faculté de Droit/UNIKIN

INTRODUCTION

Nonobstant soit contraire la tendance actuelle, il est important de rappeler que le rattachement d'un enfant à ses parents n'est pas uniquement d'ordre biologique¹. Une paternité n'est pas seulement une insémination (naturelle ou artificielle). Une maternité n'est pas seulement une conception, une grossesse et un accouchement. Une filiation n'est non plus un patrimoine génétique. Elle relève aussi bien des facteurs qui sont parfois exclusivement indépendants de la réalité biologique. Il n'y a pas que le sang qui puisse expliquer qu'un enfant soit lié à tel ou tel parent. Une fois que la filiation est établie, elle crée un lien familial entre l'enfant et ses parents; ce qui est autre chose que la filiation biologique². C'est dans ce sens que s'inscrit cette étude sur l'analyse de la protection des droits de l'enfant à père juridique en droit congolais. Ainsi, nous procéderons d'abord par la définition des Concepts (I), ensuite nous parlerons des droits de l'enfant à père juridique (II) et enfin, nous allons aborder la notion relative à la discrimination dans les traitements des enfants (III).

¹TERRE (F) et FENOUILLET (D),*Droit Civil: les personnes, la famille et les incapacités*, 6eme éd., Paris, Dalloz, 1996,p.749.

² RAYNAUD (P.), *Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement de la filiation*, in *droit de la famille et de progrès scientifique*, Paris, Économica, 1982, P.82.

I. Définitions des Concepts

Il est impérieux avant d'examiner le fond du présent article, de définir les principaux concepts qui constituent l'intitulé, dont la protection(A), l'enfant (B), l'égalité (C), et le père juridique (D).

A. Protection

Dans le contexte qui est le nôtre, nous parlons de la protection de l'enfant. Cependant, Par mesures de protection, il faut entendre les mesures de portée générale et spéciale traduisant la bienveillance et l'attention spéciale devant être accordées à l'enfant dans ses rapports aussi bien avec sa famille qu'avec l'État ainsi qu'avec les autres membres de la société, en raison de la particularité complexe de la personne d'un enfant sur le plan physique ou de sa santé, sur le plan psychologique et sur le plan social³.

B. Enfant

En droit positif congolais, la Constitution du 18 février 2006 en son article 41⁴, alinéa 1er ainsi que la loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, en son article 2.1., définissent l'enfant comme «toute personne âgée de moins de dix-huit ans». Signalons que l'expression «enfant mineur» employée par le Constituant de 2006 à l'article 41 est à opposer à la définition de l'enfant en droit civil (particulièrement dans le Code de la famille en ce qui concerne la filiation, où on distingue l'enfant mineur de l'enfant majeur)⁵. Il est à noter que dans l'ensemble des règles

³ KIENGE-KIENGE INTUDI (R), *Droit de la protection de l'enfant*, Notes de cours à l'intention des étudiants de troisième graduat, UNIKIN, 2016-2017, p.7.,Inédit.

⁴ Art. 41 de la Constitution du 18 Février 2006, telle que 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, In JORDC, 52^{ème} année, Kinshasa, 2011.

⁵ Article 219 de la Loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n° 87-010 du 1eraoût 1987 portant Code de la famille, définit le mineur comme «l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de dix-huit ans accomplis.» En matière de filiation, on distingue les enfants mineurs

minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs, le mineur est défini comme «un enfant [...], qui, au regard du système juridique considéré, peut avoir à répondre d'un délit selon des modalités différentes de celles qui sont appliquées dans le cas d'un adulte» (article 2.2.a). Cela revient à dire qu'au sens du droit pénal et du droit de la protection de l'enfant, l'expression «enfant mineur» peut paraître comme une tautologie⁶. Cependant, au regard de la filiation, critère hybride, à la fois biologique et social, lié à la descendance, on peut relever que tout être humain semble perpétuellement un « enfant ». On est toujours l'« enfant» de ses parents en n'importe quel âge. Les enfants mineurs ne peuvent pas laisser une descendance à leur décès; il ne peut s'agir que des enfants majeurs ayant déjà procréé. En définitive, nous utiliserons le terme enfant, à la suite de Gérard CORNU, sans considération d'âge, pour désigner «tout descendant au premier degré, fille ou garçons».

C. Égalité

Dans son sens général, le terme "égalité" signifie la qualité de ce qui est égal, de ce qui est semblable en nature, en quantité, en qualité, en valeur; identique, pareil, constitué de mêmes éléments⁷; il provient du latin «*aequalitas*».

En droit, la plupart des auteurs qui parlent du principe d'égalité ne définissent pas ce concept⁸; certains l'utilisent comme

(enfants âgés de moins de 18 ans) et les enfants majeurs comme à l'article 610, point 2, du Code de la famille (enfants âgés d'au moins 18 ans).

⁶KIENGE-KIENGE INTUDI (R), *Op.Cit.*, p.7.

⁷*Le petit Larousse illustré*, Paris, HER 2000, p.364.

⁸ A titre d'exemple: Ferdinand MELIN-SOUCRAIVIANIEN, "*Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires*". *Revue française de droit administratif*, 13(5) sept.-oct.1997,p.906; François RIGAUX, "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", in *Ann. dr.* 1987, pp.379; VANDENEYNDE. P, "Réforme du droit de la filiation en droit belge", in *Rev. Gén. dr.* 1987, p.345, cités par NDOMBA KABEYA (E-L), *Thèse de doctorat, "DE L'EGALITE DES ENFANTS EN DROIT CIVIL CONGOLAIS"*, Université catholique de Louvain, faculté de Droit, département de Droit Privé et Judiciaire, novembre 2005, p.33.

synonyme de la non-discrimination⁹, d'autres comme principe duquel découle celui de la non-discrimination¹⁰.

Pour G. Cornu, l'égalité est un principe (fixé dès 1789 à l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme), d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de classe, de race ou de naissance, ni, aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit¹¹.

D. Père juridique

Au terme de l'article 649 du code de la famille, nous comprenons que le " Père juridique" est toute personne adulte désignée par le tribunal à la demande de l'enfant, de sa mère ou du ministère public, parmi les membres de la famille de la mère de l'enfant ou à défaut de ceux-ci, une personne proposée par la mère de l'enfant pour exercer vis-à-vis de l'enfant toutes les prérogatives résultant de la filiation et assume les résultant de la filiation et en assume les devoirs. Ceci est donc une innovation dans l'actuel code de la famille.

II. Les droits de l'enfant à père juridique

En règle générale, selon les prescrits de l'article 645 du Code de la famille, l'enfant a des droits, et des devoirs dans ses rapports avec ses père et mère (A) ; cependant, ses droits ne peuvent être parfois limités le même Code de la famille à son article 649 (B).

⁹ VANDERNOOT. P, "Le Principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage",

Revue du droit public et des sciences administratives, 1997, p.93.

¹⁰.SUDRE. F, "La portée du droit à la non-discrimination de l'avis d'Assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, Mme DOUKOURE, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, GAYGUSUS c/Autriche", in *Revue française de droit administratif*, 13(5) sept. oct. 1997 p.967; BRUNEL. R, *La garantie internationale des droits de l'homme d'après la Charte de San Francisco*, Ch.Grasset, 1947, p.239, cité par NDOMBA KABEYA (E-L), *Thèse de doctorat...*, Op. Cit., P.34.

¹¹CORNU (G), *Vocabulaire juridique*", Quadriges PUF, Paris, 2001, p.333.

A. De l'article 645 du code de la famille

L'article 645 du code de la famille dispose : *Tous les enfants ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère.* De cette disposition, l'on comprend que le législateur Congolais consacre l'égalité de tous les enfants en droit congolais dans la jouissance de leurs droits et l'accomplissement de leurs devoirs dans leurs rapports avec les père et mère. Ici, le législateur congolais s'inspire du législateur international notamment dans la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, ignore les catégories d'enfants et évite toute sorte de discrimination entre enfants basée sur les circonstances dans lesquelles leurs filiations ont été établies. Non seulement l'établissement de la filiation, mais aussi le mauvais traitement leur est infligé par la justice en complicité avec leurs parents, leurs tuteurs ou toute personne qui a la charge de l'enfant. L'article 3 alinéa 2 de la convention exige des États parties leur engagement d'assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. Et l'alinéa 3 du même article prend en compte l'intérêt supérieur de l'enfant qui devra être une considération primordiale à toutes les décisions qui seront prises à son endroit par les autorités tant judiciaires, politiques, administratives ainsi que privées.

En République Démocratique du Congo, le législateur est intervenu pour la première fois en 1987- après l'indépendance dans le domaine familial; il s'est aligné sur cette logique de la protection égalitaire des enfants et a voulu mettre fin à la discrimination en matière de filiation¹². Affirmant l'égalité des

¹²Art.593 du Code de la famille interdit toute discrimination, quelles que soient les circonstances dans les quelles la filiation acété établie, alors que l'article 646 dumême Code fait produire à la filiation ses effets, quelque soit son mode d'établissement, dès la conception de l'enfant.

droits et devoirs de tous les enfants dans leurs rapports avec leurs père et mère¹³.

Pour C. NKOLE NKOLE NGALAMULUME¹⁴ le principe d'égalité consacré par le droit congolais entre enfants nécessite beaucoup d'interrogations. Dans la même logique, NDOMBA KABEYA¹⁵, estime qu'il convient de noter que la mise en vigueur de cette égalité n'est pas totalement effective, dans les prescrits même de la loi congolaise comme dans la pratique; cette affirmation semble parfois n'être qu'une simple déclaration d'intention. Cette effectivité relative de l'égalité des enfants laisse courir certaines discriminations.

B. Limitation à l'article 649 du code de la famille

Nous nous sommes focalisés sur le sort de l'enfant à père juridique au niveau des droits alimentaires parce que la loi n'a institué les effets de la filiation juridique qu'entre l'enfant et son père juridique (Cfr. article 649 du code de la famille). Cette disposition citée, a limité les droits de l'enfant à père juridique à l'éducation et à l'entretien de la part de son père juridique en précisant que « la paternité juridique ne crée pas d'autres effets ».

La commission de réforme¹⁶ s'est réservée de définir la nature du lien juridique entre cet enfant et les autres membres de la famille de son père juridique; néanmoins, elle a proposé les dispositions de l'article 649 et autres du Code de la famille qui limitent ses effets juridiques. Les discussions parlementaires¹⁷, elles, ont

¹³Exposé des motifs de la loi n°87-010 du 1er août 1987 portant code de la famille «C.F.», p.20.

¹⁴ NKOLE NKOLE NGALAMULUME, *La Paternité juridique : Remède ou Malaise aux droits de l'enfant en République démocratique du Congo, Essai et perspectives d'avenir*, Mémoire de D.E.S., Faculté de Droit, UNIKIN, 2011-2012, p.104.

¹⁵ NDOMBA KABEYA (E-L), *Thèse de doctorat... Op.Cit., P.7.*

¹⁶ Exposés généraux et commentaires analytiques des articles du Code de la famille (E.G.CAC.F.), p. 319.

¹⁷Compte rendu analytique du Conseil législatif (C.R.A.C.L.), n° 107, séance du 13 mai 1985,p. 24,

démontré clairement que le lien de la filiation juridique ne permet pas à l'enfant de venir à la succession de son père juridique.

Selon l'alinéa 3 de l'article 649, la parenté juridique ne crée pas d'autres effets. Les prescrits de cet alinéa doivent être bien compris : d'abord il signifie d'une part qu'il n'existe pas de lien juridique entre l'enfant et les descendants, descendants et collatéraux du père juridique, sauf si père juridique est issu de la famille de sa mère et d'autre part que l'enfant à père juridique ne concourt pas en principe à la succession de son père juridique en qualité d'héritier de la première catégorie; ensuite il signifie qu'il n'existe entre le père juridique et l'enfant à père juridique que des devoirs d'entretien et d'éducation¹⁸.

III. Discrimination dans les traitements des enfants

Il sied de constater avec amertume que l'article 758 du Code de la famille est la principale disposition légale discriminatoire dans les traitements à l'égard de l'enfant à père juridique (A). cependant, nous constatons une ressemblance ou une similitude sur base de certains critères entre l'adopté qui est l'un des héritiers de la première catégorie de la succession, et l'enfant à père juridique qui ne l'est pas (B).

A. Situation légale : Cas de l'article 758 du code de la famille

L'article 593 du code de la famille dispose " Toute discrimination entre congolais, basée sur les circonstances dans lesquelles leur filiation a été établie, est interdite". De ce qui précède, les droits prévus par la présente loi doivent être reconnus à tous les enfants congolais, sans distinction aucune. Cependant, le législateur congolais toujours dans le même code de la famille à son article 758 prend soin d'énumérer les différents types des héritiers suivant un ordre de classification. De cette énumération, il place les enfants en première catégorie. Les enfants concernés sont

¹⁸Mwanzo idin' Aminye (E), *Que dit le Code de la famille de la République Démocratique du Congo ? Commentaire article par article*, L' Harmattan, Paris, 2019, p.405.

ceux nés dans le mariage, hors mariage mais affiliés du vivant de leur père y compris les enfants adoptifs (Cfr article 758 alinéa 1^{er}, du Code de la famille).

En énumérant les héritiers de la première catégorie qui sont les enfants, le législateur congolais en cet article susmentionné à oublier de mentionner les enfants à père juridique. Pour lui, ces enfants sont d'office écartés de la succession alors qu'il reconnaît entre autre l'enfant adoptif. La discrimination bat son record quand on sait qu'un enfant à père juridique peut être désigné parmi les membres de la famille de la mère mais sans que ce dernier vienne à la succession.

Le père juridique est certes considéré comme père de " l'enfant à père juridique". Cependant, la question qui attire notre attention est celle de se demander le pourquoi ce dernier ne peut pas venir à la succession de son père juridique ? N'est-il pas enfant au même rang que les autres enfants nés dans le mariage, hors mariage mais affiliés du vivant de leur père et les enfants adoptifs ?

En effet, suivant les prescrits de l'article 649 du code de la famille, " lorsque la filiation paternelle d'un enfant né hors mariage n'a pas pu être établie, le tribunal, à la demande de l'enfant, de sa mère ou du ministère Public, désigne un père juridique parmi les membres de la famille de la mère de l'enfant ou à défaut de ceux-ci, une personne proposée par la mère de l'enfant. En pareil cas, le père juridique exerce vis-à-vis de l'enfant toutes les prérogatives résultant de la filiation et en assume les devoirs. Partant de ce premier alinéa dudit article, l'on peut conclure que tout enfant à père juridique peut venir à la succession de son père juridique. Curieusement, l'alinéa deuxième ajoute "la paternité juridique ne crée pas d'autres effets". Chose qui choque car, les prérogatives et devoirs résultant de la filiation jusque-là demeurent des notions vagues et ne donne pas assurances à l'enfant à père juridique de bénéficier des mêmes droits que les autres enfants¹⁹. Le pire est de constater que le législateur n'est-

¹⁹NKOLE NKOLE NGALAMULUME, *Op. Cit.*, p.74.

ce pas conformé à son désir d'interdire tout traitement inégalitaire des enfants au niveau des effets patrimoniaux de la filiation. Face à la nouvelle conception de la famille, nous sommes de ceux qui pensent, que l'ensemble de la réforme congolaise de 1987, se trouve dominer, à l'instar du droit civil belge, par le principe d'égalité de filiation non seulement au niveau de l'établissement, mais aussi au niveau des effets de la filiation que celle-ci établie. Ainsi donc, force est de constater que l'enfant à père juridique n'est pas pris en considération que soit en qualité de héritier légal ou un héritier réservataire.

Ce comportement du législateur congolais va jusqu'à violer la Constitution congolaise en vigueur à son article 12; les instruments internationaux entre autres la convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant, laquelle consacre l'égalité des droits entre enfants envers leurs père et mère.

B. Élément commun entre l'enfant à père juridique et l'enfant adoptif y compris la nature du lien juridique entre l'enfant à père juridique et les autres membres de la famille de son père juridique

L'article 758 du Code de la famille sus évoqué dispose ce qui suit en son premier alinéa "*Les enfants du de cujus nés dans le mariage et ceux nés hors mariage mais affiliés de son vivant ainsi que les enfants adoptifs forment la première catégorie des héritiers de la succession. Si les enfants ou l'un des enfants du de cujus sont morts avant lui et qu'ils ont laissé des descendants, ils sont représentés par ces derniers dans la succession*". De cette lecture, l'on comprend que cet article corrobore cette exclusion analysée ci-dessus en ce qu'elle n'inclut pas l'enfant à père juridique dans la première catégorie des héritiers. La différenciation de traitement ainsi instituée par rapport à d'autres enfants du père juridique nous amène à poser encore une fois la question de savoir s'il ne s'agit pas d'une discrimination ? Outre la contradiction entre l'option d'exclusion prise par la loi et le principe fondamental du Code de la famille selon lequel « tous les enfants ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère » (article 645 du Code de la

famille) dont il a été question au cours des discussions parlementaires²⁰.

Selon MUPILA NDIKE KAWENDE²¹ la situation de l'enfant à père juridique peut être comparée à celle de l'enfant adoptif parce que « l'élément commun qui caractérise ces deux enfants respectifs avec l'adoptant d'une part, et de l'autre, avec le père juridique, c'est l'absence du lien biologique considéré comme fondement de droit de l'héritier dans la succession ». Cette comparaison ne devient adéquate que lorsque le père juridique n'est pas membre de la famille de sa mère.

Dans le cas contraire, le lien de sang indirect existe entre l'enfant à père juridique et l'oncle ou le grand-père maternel désigné à cette fin. Toutefois, dans l'optique de MUPILA, le Code de la famille aurait soit accordé le cumul des relations familiales à l'enfant à père juridique comme il l'a fait pour l'enfant adoptif, soit privé les deux enfants (adoptifs et à père juridique) des droits successoraux dans leurs familles d'accueil.

Il paraît évident que les solutions instituées par le législateur en ce qui concerne les filiations artificielles ainsi que les critères sur lesquels elles sont fondées sont disparates. Une harmonisation serait nécessaire afin de supprimer les discriminations et mieux protéger tous les enfants. Par ailleurs, devant les différenciations injustifiées de traitement réservées par la loi aux enfants dans le cadre des successions ab intestat, il y a lieu de se demander si le de cujus n'a pas, de son vivant, une possibilité d'apporter des modifications aux droits héréditaires de ses enfants par testament.

La paternité juridique est une institution protectrice et pourquoi pas consolatrice dans la vie de l'enfant. Car, au moment où l'enfant né hors mariage désespérait de trouver un père, le code de la famille à son article 649 susmentionné, vient apaiser la tension en lui attribuant un père. Le code de la famille exerce

²⁰ Compte rendu analytique du Conseil législatif (C.G.CAC.F), Op.Cit., pp. 24, 27.

²¹MUPILA NDIKE KAWENDE, *Les successions en droit congolais*, éd.Pax-Congo, Kinshasa, 2000, p. 55.

son article 591 qui voudrait qu'au Congo, tout enfant ait un père et tienne au respect scrupuleux de ceux-ci²². Tout enfant devant avoir dans l'avenir un père, il faudrait ainsi trouver une forme de paternité dans le cas où il serait impossible d'établir la filiation. L'attribution par le tribunal d'un père juridique à un enfant né hors mariage et dont la filiation n'a pas pu être établie n'équivaut pas à une adoption.

En droit coutumier Congolais, l'enfant issu d'une union de fait est membre de la famille de sa mère. Il est élevé et éduqué par cette famille. C'est l'ayant droit coutumier de cette famille qui est son père de fait. Pour MANZILA LUDUM, le statut juridique des enfants nés hors mariage est lié à la conception philosophique que la société congolaise se fait de l'enfant. L'enfant paraît donc le centre et le devenir même de la société²³. L'enfant fait l'objet d'une attention particulière. Les droits traditionnels n'établissent pas une différence entre la filiation fondée sur le mariage et la filiation hors mariage car, les enfants constituaient une richesse.

Le père juridique est considéré comme le père de l'enfant à père juridique. Ainsi la question fondamentale est de connaître si les enfants biologiques du père juridique sont-ils oui ou non frères et sœurs de l'enfant à père juridique ?

Déjà les discussions parlementaires sur l'article 695 n'ont pas répondu à cette question²⁴. En revenant même sur la mentalité africaine, un enfant africain peut-il concevoir que celui qui a grandi grâce aux efforts de son père et avec qui il a partagé des joies et des souffrances quotidiennes ne soit pas tenu à son égard ? Voilà pourquoi pour nous, cette disposition est inadéquate à l'objectif poursuivi par le législateur en attribuant un père juridique à l'enfant né hors mariage dont la filiation paternelle n'a pas pu être établie. Tout ceci parce que le but poursuivi est de traduire en termes juridiques l'option politique selon laquelle tout enfant congolais doit avoir un père. Pour ce faire, il faut envisager

²² MUPILA NDJIKE KAWENDE, *op.cit.*, p.65.

²³ MANZILA LUDUM SAL A SAL, Le statut juridique des enfants nés hors, *in Zaïre-Afrique*, Kinshasa, 1973, p.423.

²⁴ Exposés généraux et commentaires analytiques des articles du code de la famille, p.319.

nouer des relations entre enfants biologiques du père avec ses enfants juridiques. Donc, le législateur congolais comme sous d'autres cieux, organise l'adoption dans un but de permettre à chaque enfant (orphelin ou abandonné) de trouver une famille d'accueil dans laquelle il va recevoir une éducation appropriée afin de s'insérer dans la société. Nous sommes d'avis avec C. NKOLE NKOLE NGALAMULUME pour dire que l'adoption s'inscrit donc dans le cadre de la solidarité et de la cohésion du groupe ethnique²⁵; tout en rappelant que l'absence du lien biologique considéré comme fondement de droit de l'héritier dans la succession demeure l'élément commun caractérisant l'enfant adoptif et celui à père juridique.

²⁵NKOLE NKOLE NGALAMULUME, *Op.cit.*, p.28.

CONCLUSION

En vue de prendre la distance avec les aspects discriminatoires du droit colonial à l'égard de certains enfants et d'insérer les droits traditionnels dans la législation moderne tout en les perfectionnant²⁶ le Code congolais de la famille a affirmé le principe fondamental d'égalité de tous les enfants. Il interdit ainsi toute discrimination ou toute différenciation de traitement non justifiée ou arbitraire entre les enfants. En matière de solidarité familiale, le Code de la famille a voulu accorder à tous les enfants les mêmes droits et leur imposer les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leurs père et mère (article 645 du Code de la famille). Ainsi, il a placé les descendants, frères et sœurs et les autres parents (Cfr. article 728 du code de la famille) parmi les débiteurs de l'obligation alimentaire et précisé que la parenté résulte non seulement de la filiation d'origine-biologique-dans et hors mariage, mais aussi, de la filiation civile, c'est-à-dire juridique et adoptive (Code de la famille, article 695).

En matière successorale, le législateur congolais a placé tous les enfants du de cujus dans la première catégorie des héritiers (article 758a du code de la famille) et imposé le partage de l'hérédité entre eux par portions égales (Cfr. article 759 du code de la famille). Cependant, des lots de discriminations persistent particulièrement à l'égard de l'enfant à père juridique nonobstant ces efforts considérables du législateur; il s'agit de:

- La limitation des effets alimentaires de la filiation juridique au seul droit, non réciproque, d'entretien et d'éducation (CF. Art.649);
- L'exclusion de l'enfant à père juridique de la succession de son père (Art.758 alinéa 1^{er} du Code de la famille).

Pour palier à cette situation, nous estimons qu'il faut envisager la révision des articles 649 et 758 du Code de la famille qui mettent

²⁶Exposés généraux et commentaires analytiques des articles du Code de la famille (E.G.C.A.C.F.), p.332.

en mal l'égalité entre enfants. Cela étant nous proposons non seulement l'intégration de l'enfant à père juridique sur la liste des héritiers de la première catégorie du de cujus, mais aussi la suppression du dernier alinéa de l'article 649 du Code de la famille pour rendre effective cette égalité entre enfants.

Pour notre part, nous proposons les formulations ci – dessus :

- Article 649 : lorsque la filiation d'un enfant né hors mariage n'a pu être établie, à la demande de l'enfant, de sa mère ou du ministère public, désigne un père juridique parmi les membres de la famille de la mère de l'enfant ou à défaut de ceux-ci, une personne proposée par la mère de l'enfant.
- Dans ce cas, le père juridique exerce vis-à-vis de l'enfant toutes les prérogatives résultant de la filiation et en assume les résultant et en assume les devoirs.
- Article 758 alinéa 1^{er} : Les enfants du de cujus nés dans le mariage et ceux nés hors mariage mais affiliés de son vivant ainsi que les enfants adoptifs et ceux a père juridique forment la première catégorie des héritiers de la succession.

BIBLIOGRAPHIE.**I. TEXTES OFFICIELS**

1. Constitution du 18 Février 2006, telle que 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, In JORDC, 52^{ème} année, Kinshasa, n° spécial 2011.
2. loi n° 87-010 du 1eraoût 1987 portant Code de la famille, telle que modifiée par la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant le code de la famille, In JORDC, 2016.

II. DOCTRINE

1. CORNU (G), *Vocabulaire juridique*", Quadrigé/PUF, Paris, 2001
2. KIENGE-KIENGE INTUDI (R), *Droit de la protection de l'enfant, Notes de cours à l'intention des étudiants de troisième graduat*, UNIKIN, 2016-2017, Inédit.
3. MANZILA LUDUM SAL A SAL, *Le statut juridique des enfants nés hors mariage, in zaïre-Afrique*, Kinshasa, 1973.
4. MUPILA NDJIKE KAWENDE, *Les successions en droit congolais*, éd. Pax-Congo, Kinshasa, 2000.
5. MWANZO IDIN'AMINYE (E), *Que dit le Code de la famille de la République Démocratique du Congo ? Commentaire article par article*, L' Harmattan, Paris, 2019
6. RAYNAUD (P.), *Le rôle de la volonté individuelle dans l'établissement de la filiation, in droit de la famille et de progrès scientifique*, Paris, *Économica*, 1982.
7. TERRE (F) et FENOUILLET (D), *Droit Civil: les personnes, la famille et les incapacités*, 6eme éd., Paris, Dalloz, 1996.
8. 1.MELIN-SOUCRAIVIANIEN (F.), *"Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires"*. *Revue française de droit administratif*, 13(5) sept.-oct.1997

9. RIGAUX (F.), "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", *in Ann. dr.* 1987.
10. SUDRE (F.), «*La portée du droit à la non-discrimination de l'avis d'Assemblée du Conseil d'État du 15 avril 1996, Mme DOUKOURE, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996.*
11. VANDERNOOT, "Le Principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage", *Revue du droit public et des sciences administratives*, 1997.

III. AUTRES

1. Exposés généraux et commentaires analytiques des articles du Code de la famille (E.G.CAC.F.).

LE CONCEPT MENAGE EN DROIT CONGOLAIS DE LA FAMILLE

Par

NKOLE NKOLE

*Professeur associé à la Faculté de Droit de l'Université de
Kinshasa*

&

LUKUSA KABWE

*Chef de travaux à la Faculté de Droit de l'Université de
Kinshasa*

INTRODUCTION

Le droit de la famille est l'ensemble des règles qui régissent les rapports de famille. Il intéresse en réalité deux types des rapports familiaux, patrimoniaux et extra patrimoniaux²⁷. L'intérêt du droit de la famille est que les liens qui se nouent entre ses membres et les nombreuses relations quotidiennes que la vie en commun postule, requièrent, en raison des divergences d'intérêts inhérents à la nature humaine, que la vie familiale soit régie par des règles juridiques précises.

Le droit de la famille est dépendant de l'état des mœurs. Il a comme source principale le Code de la famille²⁸, c'est-à-dire la loi n° 87/010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille, telle que modifiée et complétée par la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016²⁹.

²⁷ GRANET-LAMBRECHTS (F.) et HULT (R.), *Droit de la famille*, 4^{ème} édition, PUG, Gand, 2014, p.9.

²⁸ BOMPAKA NKEYI, *Evolution du droit de la famille*, cours polycopié, 3^{ème} graduat, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, Kinshasa, 2006-2007, inédit, p. 16.

²⁹ La loi du 15 juillet 2016, In *JORDC*, numéro spécial, Kinshasa, juillet 2016.

Le Code de la famille a pour but d'unifier et d'adapter les règles qui touchent aux droits de la personne et de la famille à la mentalité congolaise. Le législateur a tenu à mettre sur pied des règles qui régissent la famille, en conformité non seulement avec l'authenticité congolaise mais aussi avec les exigences d'une société moderne³⁰.

S'agissant de l'authenticité³¹, le Code, en ce qui concerne l'organisation de la famille, a institué la notion du « ménage ». Celui-ci désigne, conformément aux articles 443 et 700 du Code de la famille, *les époux, leurs enfants non mariés à charge ainsi que tous ceux envers qui les époux sont tenus à une obligation alimentaire, pourvu que ces derniers demeurent régulièrement dans la maison conjugale et soient inscrits au livret de ménage*. Il est rapporté que le terme « livret de ménage » a été préféré par les rédacteurs du Code de la famille au terme « Livret de famille » au motif que ce livret intéresse les personnes constituant le ménage tel que défini aux articles 443 et 700 du Code de la famille³².

La définition du ménage tel que donné par le Code de la famille paraît unique, au regard des autres définitions donné à ce concept :

- le ménage est considéré comme l'ensemble des personnes (apparentés ou non) qui partagent de manière habituelle un même logement (que celui-ci soit ou non leur résidence principale) et qui ont un budget en commun³³ ;
- le ménage c'est aussi le couple, la famille, le foyer, selon le dictionnaire des synonymes Larousse³⁴ ;

³⁰ Exposé des motifs du Code de la famille de 1987.

³¹ Le mot « authenticité » vient de l'adjectif « authentique », d'origine grecque « authentikos » et désigne « qui agit de sa propre autorité et responsabilité ». En d'autres termes, « l'authenticité c'est la qualité de l'homme qui pense et agit par soi-même. Cfr SENGHOR (L.S.), « Authenticité et négritude », in *Zaire-Afrique*, février 1976, p.81.

³² Comptes analytiques du Code de la famille, inédits, p. 44.

³³ www.insee.fr/definitionmenage, consulté le 09 mars 2023 à 17h03'.

³⁴ Larousse, Dictionnaire des synonymes, *ménage*.

- le ménage est considéré comme le couple vivant en commun et constituant une communauté domestique : un ménage sans enfants³⁵. Il est synonyme de « foyer »³⁶.
- Dans le célèbre lexique des termes juridiques de Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD³⁷, on n'y trouve que le groupe des mots « *ménage de fait* » dont les auteurs renvoient au mot « *concubinage* » pour ce qui est de sa définition.

Comme nous pouvons nous en rendre compte, le concept ménage n'est pas facile à cerner ou à définir, le ménage a une acception différente selon les sociétés³⁸. Hérité en fait de la tradition statistique européenne, où la famille nucléaire (couple avec ou sans enfants) a longtemps correspondu au foyer-logement, considéré par l'Etat comme l'unité et habitat de base pour ses besoins d'informations et d'administration de la société, le concept ménage s'est répandu à travers le monde, devenant l'unité de collecte de base pour les recensements de la population et la plupart des enquêtes démographiques et socio-économiques³⁹. Mais comme la famille, le ménage ne fait pas l'objet d'une définition unique, comme nous l'avons remarqué. Le ménage n'est donc pas forcément la famille, et réciproquement. Quelle que soit la société, la famille et le ménage traduisent des réalités certes souvent différentes, mais complémentaires⁴⁰.

En droit congolais de la famille, c'est le mariage qui crée le ménage⁴¹. Aussitôt créé, le ménage se développe par le nombre des gens qui vont le composer : enfants non mariés à charge et

³⁵ www.Larousse.fr, consulté le 09 mars 2023 à 17h15'.

³⁶ *Idem*.

³⁷ GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017, p. 1324.

³⁸ AMISI HERADY, *Droit civil, la personnalité, la famille*, Editions Universitaires Africaines, Kinshasa, mars 2022, p.420.

³⁹ PILON (M.) et VIGNIKIN (R.), *Ménages et familles en Afrique subsaharienne*, éditions des Archives contemporaines et Agence Universitaires Francophone, Paris, 2006, p.234.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Article 442 du Code de la famille.

toute autre personne envers qui les époux sont tenus d'une obligation alimentaire...

Plusieurs autres concepts voisins sont utilisés en droit congolais de la famille et peuvent créer des confusions avec le concept « ménage ». Il peut s'agir des concepts comme « parents », « alliance », « famille », « fiançailles » et, « union libre ou concubinage ». En regardant la composition du ménage, nous avons l'impression d'y trouver tantôt la parenté, l'alliance, ou la famille. Tantôt, dans une union libre où il y a des enfants, nous avons l'impression d'avoir affaire à une famille, à la parenté, à l'alliance. Mais au fond au regard du droit congolais de la famille, c'est quoi le concept « ménage » ? En quoi se distingue-t-il des autres concepts voisins ?

La présente étude est faite dans l'intérêt de fixer le sens qui doit être donné au concept « ménage », sa portée, sa composition par rapport aux autres concepts qui peuvent lui ressembler.

Nous l'avons divisé en deux volets dont le premier analyse « *les rapports entre le ménage, l'alliance et la famille* ». Le second est intitulé « *les rapports entre ménage, fiançailles et union libre ou concubinage* ».

I. Les rapports entre le ménage, la parenté, la famille et l'alliance

1. Rapport entre le ménage et la parenté

Le Code de la famille ne consacre ni la famille nucléaire basée sur l'individualisme et l'égoïsme, ni la famille traditionnelle qui favorise le parasitisme⁴². Il s'agit selon l'exposé des motifs du Code de la famille, d'une conception authentique.

Le ménage paraît comme le moyen de détermination parfaite du degré de parenté. En effet, « *la parenté résulte de la filiation d'origine* ».

⁴² MABIKA KALANDA, *Code de la famille à l'épreuve de l'authenticité*, Laboratoire d'analyses sociales de Kinshasa, Kinshasa, 1990, p. 60.

Elle résulte en outre de la parenté juridique et de la filiation adoptive dans la mesure déterminée par les dispositions relatives à la filiation et à l'adoption »⁴³.

En organisant la filiation, le législateur du Code de la famille donne beaucoup d'importance à l'union sexuelle fondée sur le mariage, même s'il tient à ce que tout enfant ait droit à un père et à une mère. Comme illustration de l'intérêt accordé au ménage créé par le mariage, législateur établit la présomption de paternité en cas de mariage⁴⁴. Et lorsque les parents de l'enfant ne sont pas mariés, il organise l'affiliation de l'enfant, c'est-à-dire la reconnaissance obligatoire de l'enfant né hors mariage⁴⁵. Le législateur du Code de la famille autorise une convention qu'il ne désigne par aucun autre nom entre le père et la famille maternelle de l'enfant⁴⁶. Dans le même sens, le législateur du Code de la famille reconnaît aux membres de la famille maternelle de l'enfant le droit d'exiger les indemnités et présents dus par le père en vertu de la coutume⁴⁷. En pratique, ces modernités sont en fait le coût à payer à titre de reconnaissance du droit de paternité selon la Convention.

La parenté est liée beaucoup plus par le sang, malgré la gentillesse du législateur d'organiser également une filiation artificielle comme l'adoption⁴⁸, ou dans certains cas la paternité juridique⁴⁹. Le ménage créé par le mariage est le lien le plus aisé qui permet de déterminer le degré de parenté. C'est sans doute pour ça, que le législateur du Code de la famille définit à nouveau et de la même manière le ménage à l'article 700, alors que cette définition est déjà donnée à l'article 443 du Code de la famille. Du commentaire de l'article 443, nous pouvons retenir qu'en définissant la notion du ménage, les rédacteurs du Code de la famille ont voulu insister notamment sur le fait qu'il n'est pas

⁴³ Article 695 du Code de la famille.

⁴⁴ Lire les articles 601 à 613 du Code de la famille.

⁴⁵ Lire les articles 614 à 629 du Code de la famille.

⁴⁶ Lire les articles 618 à 620 du Code de la famille.

⁴⁷ Lire les articles 628 et 629 du Code de la famille.

⁴⁸ Article 653 et 691 bis et 923 bis du Code de la famille.

⁴⁹ Article 649 du Code de la famille.

nécessaire qu'il y ait des enfants pour qu'il y ait ménage, sur le fait que le ménage peut compter des personnes autres que le père et mère des enfants, sur le fait que les textes concernant le ménage sont applicables même en cas de séparation de fait⁵⁰. Ce qui est avant tout plus important comme élément caractéristique du ménage, c'est le mariage qui le crée, tel que défini à l'article 330 du Code de la famille.

La redéfinition ou reproduction du ménage à l'article 700 du Code de la famille vient à notre sens donner plus de précision sur la distinction qui doit être faite entre le ménage et la parenté. Le nombre des membres du ménage est strictement déterminé par le livret du ménage. Certains enfants peuvent être exclus du ménage sans risque de perdre le lien de parenté. Le plus important, répétons-le, c'est l'existence d'un mariage. Cependant pour la parenté, le plus important c'est le lien de filiation, le lien de maternité ou paternité qui lient les enfants à leurs père et mère, et vice versa, qu'il y ait mariage ou non, qu'ils habitent avec leurs parents ou non, que lesdits parents soient vivants ou non. Dans le ménage, on trouve des alliés contrairement à la parenté où il n'y a pas d'alliés.

1. Rapport entre le ménage et la famille

Les rédacteurs du Code de la famille admettent que des problèmes qui peuvent se poser en matière de famille concernent avant tout le ménage (la petite famille et la famille élargie). S'ils concernent toute la grande famille traditionnelle, leur solution ne rend pas nécessaire la distinction entre parenté patrilinéaire ou matrilinéaire. En d'autres termes, c'est moins le fait que ces structures parentales deviendront à l'avenir probablement moins importantes dans la vie des congolais, qui ont à leur égard une grande réserve, que la conviction qu'il serait possible de prévoir des solutions à la fois suffisamment précises et uniformes, en vue de régler les litiges se produisant dans ce domaine⁵¹. Par conséquent, *on ne trouve pas dans le Code de la famille des*

⁵⁰ Comptes analytiques du Code de la famille, inédit, p. 175.

⁵¹ Comptes analytiques du Code de la famille, inédit, p. 294.

*définitions ni des règles de fonctionnement vis-à-vis des groupes de parenté traditionnelle quelques règles générales sur les devoirs qui incombent aux membres d'une famille sont établies de même que certaines règles qui permettent aux tribunaux appelés à intervenir dans des disputes concernant les groupes de parenté traditionnels en vue de maintenir ou de rétablir l'entente familiale*⁵².

Selon l'article 701 du Code de la famille, « *on entend par famille l'ensemble des parents et alliés d'un individu* ».

En droit congolais, la notion de la famille paraît plus large que celle de la parenté et du ménage. Si pour la parenté allusion est faite au lien de filiation, de paternité ou de maternité, la famille, elle comprend tous les parents et ceux avec qui ils se sont unis par l'alliance, c'est-à-dire le lien du mariage⁵³. Commentant cet article, MWANZO Idin'AMINYE estime que le concubinage ne peut créer l'alliance⁵⁴. Les membres des deux familles respectives, celle du concubin et de celle de la concubine, sont considérés comme n'ayant aucun lien. De ce point de vue, personne parmi eux n'a droit à la pension alimentaire ni à la succession dans l'autre famille. On trouve dans la famille dès lors, les ascendants et descendants d'une part, comme nous l'avons déjà dit, unis par les liens de filiation, de paternité ou de maternité, et les belles familles d'autre part.

De même si le ménage comprend un nombre déterminé des personnes qui peuvent le composer, la famille tient en compte la parenté jusqu'au 6^{ème} degré et l'alliance jusqu'au quatrième degré. Le ménage ne se fonde que sur le mariage, alors que la famille va au-delà du mariage, en dehors de l'alliance, car elle peut se fonder aussi sur le sang, de simples naissances des enfants. Le ménage est la structure la mieux organisée,

⁵² Comptes analytiques du Code de la famille, inédit, p. 294.

⁵³ Article 704 du Code de la famille : « L'alliance née du mariage », commentaire article par article,

⁵⁴ MWANZO Idin'AMINYE (E.), Que dit le Code de la famille de la République Démocratique du Congo ? Commentaire article par article, l'Harmattan, Paris, 2019, p.431.

contrairement à la parenté et à la famille. Toute réclamation sur le lien de parenté et de famille devra être réglée en veillant à l'existence ou non du ménage. Et si l'on est en face du ménage, tout règlement du problème en rapport avec la parenté ou la famille, devra tenir compte de l'unité et mieux, de la stabilité du ménage, c'est-à-dire la protection des membres du ménage. En organisant les successions par exemple, le législateur congolais semble tenir compte de cet aspect. Les enfants, membres du ménage, biologiques ou adoptés sont héritiers de la première catégorie ; le conjoint survivant héritier de la deuxième catégorie (Il occupe de ce fait la première place du groupe)⁵⁵. Les parents, c'est-à-dire les père et mère du de cujus ainsi que les frères et sœurs germains ou consanguins ou utérins forment respectivement le deuxième et le troisième groupes de la deuxième catégorie. C'est ici que la famille, mieux la parenté trouve sa place, juste après ceux qui paraissent comme acteurs principaux du ménage. Dans la même logique, lorsque les père et mère du de cujus ou l'un d'eux sont décédés avant lui mais que leurs père et mère ou l'un d'eux sont encore en vie, ceux-ci viennent à la succession en leur lieu et place. Lorsque les frères et sœurs du de cujus ou l'un d'eux sont décédés avant lui mais qu'ils ont laissé des descendants, ils sont représentés par ceux-ci dans la succession. Les oncles et tantes paternels ou maternels constituent la troisième catégorie des héritiers de la succession.

Pour ce qui est des alliés, ils viennent également à la succession, à défaut de trois autres catégories⁵⁶. Ils constituent la quatrième catégorie. S'agissant aussi des obligations alimentaires, le législateur du Code de la famille fait peser aux époux l'obligation de contribuer aux charges du ménage dans sa portée plus générale en précisant que « *les époux contribuent aux charges du ménage selon leurs facultés et leur état* »⁵⁷. Et « *les aspects pécuniaires de cette obligation sont régis par les dispositions relatives aux régimes matrimoniaux* ». En dehors du ménage, « *les parents et alliés se doivent mutuellement secours, assistance et respect*

⁵⁵ Article 758 du Code de la famille.

⁵⁶ Article 762 du Code de la famille.

⁵⁷ Article 475 du Code de la famille.

conformément à la loi et à la coutume »⁵⁸. Ils ne peuvent à notre avis réclamer l'existence de ces obligations que lorsqu'il y a défaut au sein du ménage.

Nous pensons pour notre part que le ménage et la parenté, et même l'alliance constituent la famille en droit congolais de la famille, même si nous devons souligner une certaine priorité donnée avant tout au ménage, ensuite à la parenté, et enfin à l'alliance.

2. Rapport entre le ménage et l'alliance

Le mariage crée le ménage⁵⁹ et l'alliance⁶⁰. Un lien d'alliance unit un époux aux parents de son conjoint. Il existe en ligne directe avec les ascendants et descendants de l'autre époux, en ligne collatérale avec les collatéraux du conjoint jusqu'au quatrième degré. Les ascendants et descendants d'un époux sont alliés aux ascendants et descendants de l'autre époux, en ligne collatérale.

L'alliance ne produit aucun effet au-delà du quatrième degré en ligne collatérale⁶¹. Le lien d'alliance subsiste, en ligne directe et en ligne collatérale, malgré la dissolution du mariage par lequel il a été créé, sauf si la loi en dispose autrement. C'est aussi le cas de la parenté qui subsiste malgré la dissolution du ménage. Cependant, le ménage est dissout au même moment que la dissolution du mariage. Quid alors de l'obligation alimentaire ? L'article 724 est clair à ce sujet : « *L'obligation alimentaire n'existe plus entre alliés, dans le cas où le mariage qui créait l'alliance a été dissout* ».

Les alliés ne peuvent pas se marier⁶², de même pour les membres d'une même famille ; les parents⁶³ ou les membres d'un même ménage, ils ne peuvent se marier. Nous pensons aussi que les

⁵⁸ Article 714 du Code de la famille.

⁵⁹ Article 442 du Code de la famille.

⁶⁰ Article 704 du Code de la famille.

⁶¹ Article 710 du Code de la famille.

⁶² Article 353 du Code de la famille.

⁶³ *Idem*.

alliés ne peuvent venir à la succession si le mariage est dissous par la mort de l'un des époux, contrairement aux parents qui peuvent venir à la succession sans que l'on tienne compte de l'état civil (marié ou non) du de cujus. Autrement dit, le Code de la famille range les parents et alliés à la quatrième catégorie des héritiers⁶⁴. Cependant les alliés ne peuvent venir à la succession de leur beau-frère ou belle-sœur que lorsque le mariage est dissout par la mort de l'un des époux. Pour les autres cas de dissolution du mariage, nous estimons que les alliés ne peuvent venir à la succession.

Il sied aussi de noter que les alliés peuvent être membres du ménage, et c'est généralement le cas en Afrique en général, et en RDC en particulier. Après le mariage, chacun des époux a tendance à amener dans le toit conjugal un membre de sa famille, son frère ou sa sœur. Dans l'alliance on trouve en principe deux familles, car le mariage intègre chacun des époux dans la famille de l'autre. En plus, le mariage en Afrique en général et en RDC en particulier est une affaire des familles et non des individus⁶⁵. Le mariage unit deux familles, celle de l'époux et celle de l'épouse. L'alliance se prouve *mutatis mutandis*, conformément aux dispositions de l'article 702 du Code de la famille. Celui-ci dispose : « *La parenté se prouve conformément aux dispositions relatives à l'état civil. Cependant, lorsque l'état des personnes n'est pas en cause, une parenté ancienne, qui ne peut être établie par des preuves régulières impossibles à réunir, peut se prouver par tous moyens* ».

II. Les rapports entre le ménage, les fiançailles et l'union libre ou le concubinage

1. Les rapports entre le ménage et les fiançailles

Nous ne cessons de le répéter, le ménage est créé par le mariage et est défini comme « *l'ensemble composé des époux, leurs enfants non mariés à charge ainsi que tous ceux envers qui les époux sont tenus d'une obligation alimentaire, à condition que ces derniers demeurent régulièrement dans la maison conjugale* ».

⁶⁴ Article 702 du Code de la famille.

⁶⁵ Exposé des motifs du Code de la famille.

et soient inscrits dans le livret de ménage. La séparation de fait ne met pas fin à l'existence du ménage »⁶⁶.

Selon les comptes analytiques, en définissant le ménage, les rédacteurs du Code de la famille ont voulu insister notamment sur le fait qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait des enfants pour qu'il y ait ménage ; sur le fait que le ménage peut comporter des personnes autres que les père et mère des enfants ; sur le fait que les textes concernant le ménage sont applicables même en cas de séparation de fait⁶⁷.

Les fiançailles par contre, sont définies par le Code de la famille comme une promesse de mariage, qui n'oblige pas les fiancés à contracter mariage⁶⁸. La promesse de mariage n'est pas civilement obligatoire, elle est civilement inefficace⁶⁹. En réalité, c'est au moment de la célébration du mariage en famille ou devant l'officier de l'état civil que le consentement est librement donné, il n'est pas libre si les futurs époux sont déjà obligés. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que les conditions de fond des fiançailles sont celles édictées pour le mariage⁷⁰.

Pour qu'un ménage existe, il faut qu'il y ait avant tout formation du mariage. C'est qui nous amène à affirmer que *pas de ménage sans mariage*. Pour exister à son tour, la validité du mariage est soumise aux conditions de fond et de forme prévues par le Code de la famille. Le non-respect des conditions du mariage amène soit à des sanctions civiles notamment la nullité ou à des sanctions pénales dont l'emprisonnement ou même les amendes parfois coutumières. Contrairement au mariage, les fiançailles ne font pas l'objet d'une inscription au registre de l'état civil comme le mariage ; cela a comme conséquence que les fiançailles sont prouvées par toutes voies de droit⁷¹, alors que pour ce qui est du mariage qui crée le ménage, le législateur limite le nombre de

⁶⁶ Article 443 du Code de la famille, il y a aussi l'article 705 du même Code.

⁶⁷ Comptes analytiques du Code de la famille, inédit, p. 175.

⁶⁸ Article 337 du Code de la famille.

⁶⁹ CORNU (G.), *Droit civil : la famille*, éd. LGDJ, Paris, 2006, p. 213.

⁷⁰ Article 339 du Code de la famille tel que modifié et complété.

⁷¹ Article 341 du Code de la famille.

preuves. Les obligations qui pèsent sur les mariés ne sont pas les mêmes pour les fiancés. C'est ce qui fait qu'en réalité, les fiancés ne sont pas obligés d'être fidèles l'un envers l'autre, car les fiançailles n'obligent pas les fiancés à contracter coutumières. L'exécution des obligations incombant aux fiancés et à leurs parents respectifs selon la coutume applicable aux fiançailles, ne peut être poursuivie en justice. Par contre, le mariage fait peser sur les époux des obligations alimentaires, assortie des sanctions. Les fiançailles ne sont en réalité qu'une étape vers le mariage. C'est sûrement dans ce sens qu'elles sont définies comme un engagement qui n'engage pas, mais dont la violation entraîne la responsabilité de l'auteur d'une rupture fautive⁷².

Le législateur du Code de la famille a tenu à donner plus d'importance au mariage qu'à toute autre union. C'est pour cette raison que l'article 331 du Code de la famille dispose : « *Dans l'interprétation et l'application de la présente loi, les cours et tribunaux auront en vue la protection du ménage fondé sur le mariage et la sauvegarde de son unité et sa stabilité* ».

Le mariage est un contrat et une institution à la fois. Comme contrat, il est fondé sur un échange de consentement donné devant l'officier de l'état civil, lors de l'enregistrement ou de la célébration du mariage. Le contrat du mariage est différent de contrat ordinaire organisé par le Décret du 30 juillet 1889 portant Code des contrats et des obligations. Le contrat de mariage est celui du type spécial où les conditions de sa conclusion, ses effets et sa dissolution sont déterminés par la loi. Le contrat de mariage s'oppose au principe de l'autonomie de la volonté, car ce dernier permet à chaque partie au contrat de manifester librement sa volonté, or dans le cas d'espèce, cette volonté est limitée celle de la loi. Le contrat de mariage semble être un contrat d'adhésion. Le contrat du travail est unilatéral, c'est à dire, qu'il dépend de la seule volonté de l'employeur. L'employeur impose à l'employé les d'exécution de travail, ce dernier s'incline. De même pour le contrat de mariage, où les conditions de validité du mariage sont déjà préétablies par le législateur, dans ce cas, les mariés ont la

⁷² MALAURIE (Ph.), *La famille*, 3^{ème} éd., Cujas, Paris, 1993, pp. 63-64.

liberté de dire oui ou non. C'est en cela que le contrat de mariage est d'ordre public, les futurs mariés ne peuvent pas y déroger.

Pour MALAURIE, la nature juridique des fiançailles c'est qu'elles sont un contrat qui n'est pas un contrat. Alors que le contrat par son essence est obligatoire pour les parties, les fiançailles laissent entière liberté matrimoniale, jusqu'au mariage, il n'y a aucun véritable engagement matrimonial. Les fiançailles n'engagent pas tout en constituant un engagement⁷³.

Le ménage protège efficacement les époux et les autres membres qui le composent, ce qui n'est pas le cas pour les fiançailles. L'exécution des obligations incombant aux fiancés et à leurs parents respectifs, selon la coutume applicable aux fiançailles, ne peut être poursuivie en justice. Sauf le cas d'une rupture abusive dont l'auteur sera tenu de tous les frais occasionnés par les fiançailles.

2. Les rapports entre le ménage et l'union libre ou le concubinage

L'union libre est aussi désignée sous le nom de « concubinage » ou de ménage de fait. Le Code de la famille n'organise pas cette union même si on lui reproche d'exiger la reconnaissance des enfants nés hors mariage (l'affiliation)⁷⁴ et les indemnités coutumières au père de l'enfant, à payer à la famille de la mère de l'enfant.

En République démocratique du Congo, particulièrement à Kinshasa, il est désigné sous l'appellation de « *yaka to vanda* » et n'est pas réglementé, et pourtant c'est une réalité non négligeable dans notre société. KIFWABALA TEKILAZAYA rapporte que la législation congolaise nous place ce faisant, au temps de BONAPARTE qui disait « *les concubins se passent de*

⁷³ MALAURIE (Ph.), op. cit, pp. 63-64.

⁷⁴ MABIKA KALANDA, op. cit., pp.37-40.

la loi, la loi se passe d'eux »⁷⁵. L'union libre est un vrai phénomène social.

Pour NGWABIKA FUNDA, la cohabitation des adultes en union libre influe sur le comportement juvénile qui conduit à l'appréhension des enfants en conflit avec la loi quant aux grossesses qui procèdent de telles unions avec des conséquences très néfastes tant pour la personne du jeune aussi bien que pour les parents de l'enfant né ou à naître d'une telle situation⁷⁶.

L'union libre peut être définie comme la situation d'un homme et d'une femme vivant maritalement, alors qu'ils ne remplissent les conditions essentielles du mariage dont la dot. L'union libre à notre sens ne doit pas être confondue avec les fiançailles qui sont d'ailleurs réglementées comme nous venons de le voir. Il n'y a pas dans l'union libre échange des cadeaux ni promesses de mariage entre deux familles. Mais en pratique, il peut se créer une confusion entre une union libre et les fiançailles. Seulement les effets peuvent les distinguer.

Le ménage naît du mariage, alors qu'il y a absence du mariage dans l'union de fait. Ce qui a pour conséquences notamment :

- Le mariage qui crée le ménage est à la fois un contrat et une institution, alors que l'union de fait ou l'union libre ou le concubinage est une société de fait ; les concubins sont considérés comme des Associés, il n'existe pas chez eux un régime matrimonial à choisir ni un régime légal. Lors de la séparation, chacun des concubins reprend des biens dont il est seul propriétaire. Pour les biens dont il ne sait pas prouver la propriété, ils sont considérés comme étant dans la copropriété ou l'indivision. Comme le ménage, l'union libre est aussi caractérisée par la communauté de vie et la stabilité. Seulement, de cette

⁷⁵ KIFWABALA TEKILAZAYA (J.P.), *Droit civil, les personnes, les incapacités, la famille*, 2^{ème} édition, Les analyses juridiques, Kinshasa, 2018, p. 384.

⁷⁶ NGWABIKA FUNDA (J.), *Droit civil les personnes*, 1^{ère} éd., ABC Print, Kinshasa, 2015, p. 254.

union, seuls les enfants peuvent exercer des droits comme les enfants d'un ménage. Il n'y a pas d'alliance entre membres des familles respectives de deux concubins, ce qui signifie qu'il n'y a pas lien entre eux à se réclamer une obligation alimentaire ; c'est aussi le cas des concubins, sauf si la femme est enceinte, sa demande de pension alimentaire peut être exigée par le tribunal de paix à son concubin, présumé auteur de la grossesse. Dans le cas contraire, bien que non organisé par le Code de la famille, il n'est pas illicite.

- Le mariage est dissout par la mort de l'un des époux, le divorce, ou le remariage du conjoint de l'absent. Mais la séparation ou la fin du concubinage est une œuvre soit naturelle, c'est-à-dire la mort de l'un des concubins, soit la libre volonté de l'un des concubins à mettre un terme à leur union libre. Il ne peut être évoqué de rupture abusive, ni des devoirs de secours ou d'assistance, sauf pour la concubine enceinte.
- Il résulte de l'article 849 du Code de la famille que le contenu de la cause de la libéralité se réduit au but poursuivi par le disposant ou au mobile qui a déclenché l'intention libérale. Celle-ci doit être licite ou conforme aux bonnes mœurs à peine de nullité. Dès lors, pour qu'une libéralité entre un homme et une femme qui entretiennent des relations sexuelles hors mariage soit nulle, il faut et il suffit que l'un des mobiles déterminants ait été de faire naître, de maintenir ou de rémunérer les relations illicites. Il en sera de même de :
 - Lorsque la libéralité constituait le prix mis par l'avant pour détacher définitivement la maîtresse de son mari ;
 - Lorsque l'amant inquiet s'efforçait en la comblant de s'attacher une maîtresse qu'il craignait de perdre ;
 - Lorsqu'il y a existence de nombreuses demandes de fond et l'attitude peu affective du bénéficiaire ;
 - Lorsqu'il y a pluralité de maîtresses et l'octroi à chacune d'elles des libéralités ;

- Nul n'est chef de l'union dans le concubinage. Les associés sont considérés comme étant égaux sur tous les plans. Par contre dans le mariage, l'homme (le mari) est le chef du ménage⁷⁷, même s'il doit s'accorder avec son épouse pour tous les actes juridiques dans lesquels ils s'obligent à une prestation qu'ils doivent effectuer en personne⁷⁸. Mais s'il n'y a pas d'accord, celui des époux mécontent du fait que l'autre ait signé le contrat du travail, devra seulement saisir le tribunal de paix. Par contre dans une union libre, chacun des concubins peut signer un contrat de travail, sans chercher à se concerter ou à s'accorder avec l'autre. Celui-ci n'a aucun droit de recours au tribunal de paix ; il n'a aucune qualité pour saisir le tribunal de paix. Sa demande est irrecevable pour défaut de qualité. Sans soute le nombre d'années, c'est-à-dire la durée de l'union libre ne peut la transformer en mariage.
- Si l'un des époux est frappé d'incapacité ou s'il est absent, l'autre exerce seul et assure seul la direction et la gestion financière et matérielle du ménage⁷⁹. Et pourtant en l'absence de l'un des concubins, l'autre n'est tenu à cela que lorsqu'il y a des enfants issus de cette union libre. En réalité, nous pensons que c'est l'article 198 du Code de la famille qui sera appliqué, avec la précision que les conjoints seront dans le cas d'espèce considérés comme père et mère (concubins). S'il n'y a pas d'enfants, alors que l'un des concubins est frappé d'incapacité, la situation sera très différente. L'autre concubin n'a pas à représenter ou à assister celui qui est incapable. Il n'a pas ce droit puisqu'il n'est pas marié. Donc, c'est aux membres de la famille biologique d'organiser la tutelle ou la curatelle du concubin frappé d'incapacité. L'autre concubin sera mis à l'écart tant pour ce qui est de la

⁷⁷ Article 444 du Code de la famille.

⁷⁸ Article 448 du Code de la famille.

⁷⁹ Articles 445 et 446 du Code de la famille.

personne que pour ce qui est du patrimoine du concubin incapable.

- Contrairement au ménage qui est composé des époux eux-mêmes, de leurs enfants et des autres créanciers d'aliments, l'union libre n'est composée que des associés des concubins et de leurs enfants. Cependant, ces derniers jouissent des mêmes droits que des enfants dans un ménage. Il n'y a aucune obligation alimentaire vis-à-vis des autres personnes qui n'ont aucun lien de parenté avec le (la) concubin (e).

Les enfants sont seuls protégés et jouissent des mêmes droits que ceux issus d'un mariage à condition d'être affilié, car la présomption de paternité⁸⁰ n'existe pas pour l'union libre, l'époux concubin ne peut l'invoquer pour réclamer son droit de paternité. En cas de conflit, seul l'acte de naissance dûment établi ou un jugement feront foi pour attester le lien de filiation d'une personne. Et pourtant pour un ménage, les enfants accouchés par une femme mariée sont présumés enfant de son mari. Pour faire échec à cette présomption, il faut soit une action en contestation de paternité ou une action en recherche de paternité. Lorsque les concubins se séparent, celui qui est diligent doit saisir le juge pour enfants, s'il y a eu des mineurs, afin que soit organisée la garde des enfants. Et si l'un des concubins venait à mourir, les enfants affiliés du vivant seront héritiers de la première catégorie, conformément à l'article 758 du Code de la famille. Cependant, le concubin survivant n'aura aucun droit successoral à réclamer. Il n'est ni dans la deuxième, ni la troisième ou la quatrième catégorie. Il n'y a jamais eu d'alliance, puisque pas de mariage. De ce fait, même les membres de la famille du concubin survivant ne peuvent prétendre venir à la succession.

⁸⁰ Selon cette présomption, « *l'enfant a pour père le mari de sa mère* ».

CONCLUSION

Le concept « *ménage* » a toujours eu une acception différente selon les sociétés et même selon les époques. L'acception retenue en droit congolais est très différente de celles retenues dans les autres législations ; elle peut aussi créer des confusions avec certains concepts qui se rapprochent de la constitution du ménage ou de son organisation ; car le droit congolais de la famille a une conception large du ménage. D'où l'importance qu'il y a eu à l'analyser comparativement aux autres concepts.

Par rapport à la parenté, nous pouvons retenir que contrairement au ménage qui peut avoir en son sein d'autres personnes n'ayant pas de lien de sang avec l'un des époux ou les deux, la parenté lie avant tout ou beaucoup plus les personnes unies par le sang par rapport au père ou à la mère, que le mariage existe entre eux (père et mère) ou non.

La famille quant à elle paraît plus vaste que la parenté, car elle a en plus l'alliance. Dans la famille, on trouve les alliés et les personnes liées par le lien de sang. Elle est très large, alors que le ménage ne comprend qu'un nombre des personnes déterminées dans le livret de ménage. Les droits de chacun des membres sont organisés en tenant compte de l'existence du mariage pour ce qui est du ménage, mais de l'existence de lien de sang ou lien judiciairement établi en plus du mariage, lorsqu'il s'agit de la famille.

L'alliance unit les époux et leurs deux familles respectives. C'est une partie de la famille telle que définie par le Code de la famille. Pour qu'il y ait alliance ou ménage, il faut avant tout qu'il y ait mariage. Seulement l'alliance met en présence deux petites familles, celle de l'époux et celle de l'épouse. Le ménage paraît en face de l'alliance comme une petite famille, on y trouve des parents et on peut y trouver des alliés et autres personnes.

Les fiançailles ne sont que des simples promesses de mariage. Il n'y a pas mariage, il n'y a pas ménage, il n'y a pas d'alliance avec les fiançailles. Le mariage est un contrat et une institution qui a

pour effet de créer le ménage. Les fiançailles sont des simples promesses dépourvues des effets dissuasifs.

Le concubinage ou l'union libre n'est pas organisé par le Code de la famille contrairement au ménage, au mariage ou aux fiançailles. C'est le droit civil des obligations qui peut s'y appliquer dans certains cas. Sauf vis-à-vis des enfants, application du droit de la famille mérite d'être faite.

BIBLIOGRAPHIE

I. Texte officiel

- Loi n° 87/010 du 07 août 1987 portant Code de la famille, telle que modifiée et complétée par la loi n° 16/008 du 15 juillet 2016, in *JORDC*, numéro spécial, Kinshasa, juillet 2016.

II. Doctrine

A. Ouvrages

- AMISI HERADY, *Droit civil, la personnalité, la famille*, Editions Universitaires Africaines, Kinshasa, mars 2022.
- CORNU (G.), *Droit civil : la famille*, 9^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2006.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.) et HULT (P.), *Droit de la famille*, 4^{ème} éd., PUG, 2014.
- GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, 25^{ème} éd., 2017-2018, Dalloz, Paris, 2017.
- KIFWABALA TEKILAZAYA (J.P.), *Droit civil, les personnes, les incapacités, la famille*, 2^{ème} éd., Les analyses juridiques et les Presses Universitaires de Lubumbashi, Kinshasa, 2018.
- MABIKA KALANDA, *Code de la famille à l'épreuve de l'authenticité*, laboratoire d'analyses sociales de Kinshasa, Kinshasa, 1990.
- MALAURIE (Ph.), *La famille*, 3^{ème} éd., Cujas, Paris, 1993.
- MWANZO Idin'AMINYE (E.), *Que dit le Code de la famille de la République Démocratique du Congo ?* Commentaire article par article, L'harmattan, Paris, 2019.
- NGWABIKA FUNDA (J.), *Droit civil les personnes*, 1^{ère} éd., ABC Print, Kinshasa, 2015.
- PILON (M.) et VIGNIKIN (R.), *Ménages et familles en Afrique subsaharienne*, Editions des Archives Contemporaines et Agence Universitaire Francophone, Paris, 2006.

B. Notes polycopiées et autres documents

- BOMPAKA NKEYI, Evolution du droit de la famille, cours polycopié, 3^{ème} graduat, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, 2006-2007, inédit.
- Comptes analytiques du Code de la famille.
- Larousse, Dictionnaire des synonymes.

C. Articles

- SENGHOR (L.S.), « Authenticité et négritude », in *Zaire-Afrique*, février 1976.

D. Webographie

- www.insee.fr/définitionménage, consulté le 09 mars 2023 à 17h03'.
- www.larousse.fr, consulté le 09 mars 2023 à 17h15'

**LE RESPECT DE LA RESERVE SUCCESSORALE A
L'EPREUVE DE LA PLEINE PROPRIETE :
ANALYSE DES PRATIQUES ABUSIVES DES
LEGATAIRES CONGOLAIS**

Par

Nathalie LWENDELA KHADY

*Chef de Travaux à la Faculté de Droit de l'Université de
Kinshasa
Département de Droit Privé et Judiciaire*

INTRODUCTION

La réserve successorale est une portion des biens de la succession dont le de cujus ne peut disposer librement au profit des tiers, parce que dévolue exclusivement aux héritiers privilégiés appelés réservataires. Ainsi pour être valable, le testament doit respecter la réserve successorale. Au regard du code la famille congolais, les héritiers réservataires sont ceux de la première catégorie sur les trois et reçoivent dans la répartition de la succession, la plus grande partie, soit les trois quarts de la succession. C'est cette grande part qui est appelée réserve successorale⁸¹. En effet l'article 759 du code la famille dispose que « Les héritiers de la première catégorie reçoivent les trois quarts de l'hérédité. Le partage s'opère par égales portions entre eux et par représentation entre leurs descendants ». De même l'article 782 nous enseigne « qu'en cas de défaut des héritiers de la première catégorie, ceux de la deuxième deviennent réservataires et reçoivent soit la moitié de la succession s'il y a au moins deux groupes, soit les deux tiers s'il n'y en a qu'un seul groupe »⁸².

⁸¹Félicien TSHIBANGU KALALA, *Droit civil, Régimes matrimoniaux Successions Libéralités*, P.174.

⁸² Le respect de la réserve successorale, sur <https://www.africmemoire.com/part.4-4-le-respect-de-la-reserve-successorale-774.html>, consulté le 17 février 2021.

En effet, la réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charge à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent. Elle est considérée comme un des piliers du droit successoral. Le défunt n'est pas libre de disposer de la totalité de son patrimoine à son décès. Ce dernier dispose d'une quotité disponible de son patrimoine par laquelle il peut librement donner de son vivant ou, en testament, à son décès. Cette quotité est définie comme « la part des biens et droits successoraux qui n'est pas réservée par la loi et dont le défunt a pu disposer librement par des libéralités.

Le principe est que chacun est libre de disposer comme il entend de tous les biens composant son patrimoine à titre gratuit ou onéreux. Quant aux dispositions à titre gratuit, la loi limite le droit de faire les transactions. La partie qui est autorisée à être cédée, vendue ou sur laquelle le testateur peut disposer, s'appelle quotité disponible qui est du quart⁸³. Le droit congolais de la succession impose des limites à tout congolais de respecter et constituer la réserve successorale devant revenir à ses héritiers de la première ligne, qui sont les réservataires après son décès. Ceci suppose que la personne n'est pas libre de disposer de tous ses biens.

La quote-part de cette réserve est de trois quarts de la totalité des biens successoraux et la loi frappe de nullité absolue, toute transaction ou disposition de cette portion, sans le consentement des héritiers réservataires⁸⁴. Or, le droit de propriété sur un bien confère à son détenteur ou propriétaire le plein pouvoir sur l'objet, lequel pouvoir se constitue de trois attributs, qui sont l'usus (le droit d'usage), le fructus (le droit de bénéficier des produits du bien) et l'abusus (le droit de disposer du bien ou de d'en transférer la propriété)⁸⁵. C'est ce troisième attribut de la

⁸³ BERRY E., L'ordre successoral, sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02152475/document>, consulté le 20 février 2021

⁸⁴ AMOULOU H-D, Les libéralités et les successions en droit congolais, l'Harmattan, Paris, 2009, P165.

⁸⁵ KANGULUMBA BAMBI V. Précis de droit civil des biens. Théorie générale des biens et théorie spéciale des droits réels fonciers et immobiliers congolais, Tome I, Accadémia, Louvain-la-Neuve, 2007, p.23.

propriété qui nous intéresse dans cette réflexion au regard de la réserve successorale.

L'observation en RDC révèle que certains parents de famille prennent les crédits dans les banques et autres institutions financières et l'entreprise comme le Fonds de Promotion de l'Industrie (FPI), en hypothéquant leurs biens rentrant dans la réserve héréditaire, sans le consentement de leurs héritiers réservataires. Généralement ces biens sont ensuite confisqués à la suite de procédures judiciaires pour non remboursement des crédits et intérêts subséquents et deviennent les propriétés des institutions créancières. C'est le cas notamment du FPI qui est devenu propriétaire de plusieurs immeubles, à Kinshasa et dans d'autres villes de la République, récupérés à ses débiteurs pour non remboursement des crédits.

Dans la plupart des cas, les biens récupérés constituaient la réserve héréditaire protégée par la loi, qui ne devait pas être disposée. De même les héritiers réservataires qui sont des enfants descendants de la personne, sont déguerpis de ces immeubles, en violation du fondement et des principes de la réserve successorale. Car le but de la réserve est d'assurer aux héritiers réservataires une garantie de subsistance et les épargner à la vulnérabilité après le décès de leur responsable. Or, après la perte du bien constitutif de la réserve, il est difficile d'en obtenir un autre de la même importance dans le contexte actuel de la RDC. Comme on peut le constater, la réserve héréditaire vise à protéger la descendance du de cujus. Mais, il se pose le problème du sens de la propriété que détient le propriétaire sur le bien rentrant dans la réserve successorale.

D'où, les questions suivantes : Pourquoi un propriétaire est-il interdit de disposer son bien constituant la réserve successorale ? Quelle est la validité des transactions portées sur la réserve successorale ? Qui est en réalité le propriétaire des biens rentrant dans la réserve successorale ? Les questions méritent d'être posées et nous estimons qu'il est nécessaire d'y répondre dans la suite de cette réflexion. A travers les approches juridique,

sociologique, systémique et d'observation⁸⁶, la présente étude voudrait montrer et démontrer que la réserve successorale est menacée sous prétexte de la pleine propriété.

Il faut rappeler que c'est autour de la réserve que s'articule l'ensemble des stratégies successorales en ingénierie patrimoniale. A la suite de cette réflexion sur l'avenir de la réserve héréditaire, il est intéressant d'analyser les fondements économiques, politiques et sociaux qui ont conduit à l'instauration de cette institution, d'inspiration romaine et germanique⁸⁷. Ceci permettra de se rendre compte de son importance dans les sociétés actuelles et d'analyser les mesures palliatives et d'autres dispositifs favorisant les donations par succession.

I. LA RESERVE SUCCESSORALE ET LA PROPRIETE

I.1. La réserve successorale

La réserve héréditaire est la part des biens successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charge, aux héritiers réservataires qui l'acceptent. La réserve héréditaire constitue la part minimale du patrimoine (biens et droits successoraux) attribuée aux héritiers protégés dans la cadre d'une succession. La valeur de la réserve varie en fonction du nombre d'enfants ainsi que de la volonté ou non du défunt à vouloir gratifier son conjoint de son vivant. La quotité disponible elle, représente la part du patrimoine n'étant pas réservée par la loi et dont le légataire a pu disposer librement de son vivant ou à son décès par des libéralités. L'addition de la réserve héréditaire et de la quotité disponible est donc égale à la totalité de la masse successorale. C'est au jour du décès que sont constatées la quotité disponible

⁸⁶ SHOMBA S., *méthodologie et épistémologie de la recherche scientifique*, PUK, Kinshasa, 2012, p.16.

⁸⁷ PAGUERA M., *Aux origines de la réserve successorale*, presse universitaire d'Aix-Marseille, 2009, p.41.

et la réserve héréditaire prenant en considération les donations antérieures, le cas de la donation-partage étant spécial⁸⁸.

La fonction de la réserve est de protéger les héritiers réservataires contre l'arbitraire de la volonté du légataire, et les libéralités qui en sont la manifestation. En y regardant de plus près, cette fonction se dédouble : Elle protège les réservataires contre les libéralités adressées à des non-réservataires susceptibles de les déshériter (c'est la fonction collective de la réserve). Elle protège également les réservataires contre les libéralités consenties à l'un d'eux qui seraient susceptibles de l'avantager par rapport aux autres au mépris de l'égalité successorale (c'est la fonction individuelle de la réserve).

Il importe de rappeler que les héritiers réservataires sont les descendants du légataire. Il est impossible de déshériter ses enfants, la réserve au profit des enfants en est la preuve. Il n'y a que dans le cas où la succession est inexistante ou déficitaire que les descendants ne reçoivent rien au jour du décès de leur parent. Ainsi, les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du légataire. Tout dépassement de cette réserve par des dons ou des legs expose les bénéficiaires à une action en réduction par les héritiers réservataires. Cette mesure encadre ainsi le déroulement de succession et empêche l'exhérédation⁸⁹.

Par ailleurs, la réserve héréditaire puise ses racines dans l'obligation parentale et joue une fonction sociale forte et garantissait la subsistance de la progéniture. Elle fonde aujourd'hui son utilité dans la survie des descendants et elle permet de disposer des moyens de subsistance nécessaires. La réserve demeure un pilier implorant du droit successoral qui est cependant menacé aujourd'hui. L'individualisme reprend peu à peu des proportions inquiétantes dans la société congolaise au

⁸⁸ Donation-partage : inégalité économique ou orthodoxie juridique ?, sur <https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/donation-partage.pdf>, consulté le 5 février 2021.

⁸⁹ Sandrine Le Chuiton, l'exhérédation, sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01709417/document>, consulté le 5 février 2021.

détriment du collectivisme. L'individu pense plus à sa survie personnelle qu'à celle de sa famille ou collectivité. C'est le sauve-qui-peut généralisé qui s'installe et s'impose avec acuité sur le modèle du mimétisme culturel motivé par l'extraversion de la pensée.

Il sied de souligner que la transmission de la réserve aux héritiers qui en ont le droit n'est pas une résultante de la volonté du légataire, mais plutôt d'ordre public parce qu'instaurée par la loi et elle a un caractère impératif. Elle s'opère même si la volonté du légataire va dans un sens contraire visant à la dissimuler ou l'extirper. La réserve s'impose donc au légataire, la succession de ce dernier la respectant impérativement ainsi que la quotité disponible. En revanche, elle n'a pas de caractère impératif pour l'héritier, qui a le droit de l'accepter ou la refuser ; ce qui veut dire que la force obligatoire de cette institution est unilatérale, à sens unique, car elle s'impose seulement au légataire et non aux bénéficiaires⁹⁰. Les réservataires la reçoivent s'ils le souhaitent et a la possibilité d'exprimer une volonté contraire. Il faut tout de suite préciser qu'une fois acceptée, les réservataires n'ont plus le droit de refuser la réserve et s'obligent à la gérer en bon père de famille.

Ainsi, nous pouvons affirmer comme l'on fait certains auteurs qu'en droit successoral, le caractère impératif est propre à la réserve, ce qui la distingue de la dévolution testamentaire fondée sur la volonté du légataire, et de la dévolution ab intestat⁹¹ fondée sur la volonté du législateur exprimant une volonté implicite de quiconque se place dans la position du légataire⁹². Cette caractéristique met en exergue la nature héréditaire de la réserve. Le seul critère pris en compte pour bénéficier de la réserve est le fait d'avoir la qualité héritier réservataire.

⁹⁰ AMBOULOU H-D, *Le droit des personnes et de la famille au Congo*, l'Harmattan, Paris, 2020, P428-430.

⁹¹ FOREST N, *Succession et libéralités dans l'IRAN MAZDEEN*, l'Harmattan, Paris, 2020, p.9.

⁹² Idem.

Les héritiers réservataires ont droit à une part successorale indépendamment de leur situation économique ou leur propre statut social. Qu'il s'agisse d'un Président de la République, d'un Grand homme d'affaires, un Menuisier, Chômeur ou Professeur, dès lors qu'on a la qualité d'héritier réservataire, on a droit à la réserve. Par ailleurs, il importe de clarifier qu'au regard de son important et son statut socio-économique, la réserve ne se limite pas seulement à une fonction alimentaire, mais aussi et surtout, assurer la continuité du patrimoine familial. C'est dans ce sens que plusieurs personnes ont vu leur fortune ou patrimoine faire subsister leurs noms après leur décès.

C'est le cas par exemple de l'ancien homme d'affaire Bemba SAOLONNA qui, grâce à la réserve successorale, a fait survivre son patrimoine et son nom après sa mort. En outre, étant une institution de droit civil, la réserve héréditaire apporte une réponse à une problématique sociale. Car, lors de la mort du légataire, afin que sa descendance puisse continuer à subvenir à leur besoin, ils doivent être en possession de leurs moyens de subsistance qui leur permettait de vivre ; ce qui a fait conclure à certains que la réserve successorale a un caractère alimentaire, ce qui est un point de vue minimaliste, car la réserve va jouer un rôle plus important que l'assurance alimentaire aux héritiers. Les législateurs, qui l'ont instaurée, ont pris conscience de la nécessité de transmission, et ainsi limiter le droit de propriété du légataire sur le bien, au profit de la paternité.

La réserve telle qu'elle est connue aujourd'hui et codifiée par le législateur du code de la famille, s'inspire du droit français, qui, lui-même est inspiré du droit romain⁹³. Elle met en avant la survie familiale en privant au légataire la pleine propriété sur le bien constitutif de la réserve et ne lui laisse la pleine propriété que sur une quotité disponible susceptible de faire l'objet de transaction. Cependant, la réserve fait aussi parfois, l'objet d'une guerre successorale entre héritiers réservataires, car souvent les

⁹³ BERRYER P., *La réserve héréditaire, une institution dans la tourmente*, sur https://www.igp.dauphine.fr/fileadmin/mediatheque/masters/igp/Documents/Me%CC%81moire_Pierre_Berryer.pdf, consulté le 13 février 2021.

cohéritiers mal intentionnés multiplient les manœuvres pour s'accaparer soit de l'ensemble de la réserve ou se tailler la part du lion dans le partage en violation du principe de l'égalité successorale des héritiers réservataires. Si par exemple, la réserve n'est constituée que d'un seul immeuble ou d'une seule maison, il/elle fait toujours l'objet d'un conflit successoral pouvant être déféré aux instances judiciaires.

I.2. Le droit de propriété

Le droit de propriété est la prérogative détenue par une personne physique morale d'user, de profiter et de disposer d'un bien de toute nature (corporelle ou incorporelle), dans les conditions fixées par la loi. Le propriétaire est celui qui dispose de ce droit qui est officialisé par le titre de propriété. Trois éléments essentiels constituent le droit de propriété, il s'agit de l'Usus (droit d'utilisation et de contrôle de l'utilisation), de Fructus (droit à tous les produits provenant de la propriété) et de l'Abusus (droit de disposer ou transmettre la propriété). En effet, il est un fait que le droit n'a pas vocation à appréhender les choses en tant que telles, indépendamment de l'utilité qu'elles procurent à l'homme ; il les envisage, bien au contraire, dans leur rapport exclusif avec lui⁹⁴. C'est l'appropriation dont les choses sont susceptibles de faire l'objet qui intéresse le droit.

Si cette appropriation s'exprime toujours par l'exercice, par la personne, d'un pouvoir sur le bien, ce pouvoir peut être de deux ordres : il peut s'agir d'un pouvoir de fait : on parle alors de possession de la chose ; ou d'un pouvoir de droit : on parle alors de propriété de la chose. Possession et propriété peuvent, en quelque sorte, être regardées comme les deux faces de la même pièce de monnaie⁹⁵. La possession est le pouvoir physique exercé sur une chose, de sorte qu'elle confère au possesseur une emprise matérielle sur elle. À cet égard, certains ont conclu que « *le possesseur a la maîtrise effective de la chose possédée. Il la*

⁹⁴ BOUDREAU-OUELLET, *Aspect conceptuel et juridique du droit de propriété*, sur <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1990-v21-n1-rgd04470/1058325ar.pdf>, consulté le 13 février 2021.

⁹⁵ KANGULUMBA V., *op.cit.*, p.286.

détient matériellement. Elle est entre ses mains. En sa puissance », alors que le propriétaire peut ou ne pas avoir le bien entre ses mains. Ainsi, la possession est un fait, par opposition à la propriété qui est le droit. D'où, la possession ressemble à l'ombre de la propriété. Elle n'est, toutefois, pas n'importe quel fait, c'est un fait juridique ou un acte auquel les règles juridiques attachent des effets de droit⁹⁶.

À la différence de la possession qui relève du fait, la propriété est le pouvoir de droit exercé sur une chose. Par pouvoir de droit, il faut entendre la faculté pour le propriétaire d'user, de jouir et de disposer de la chose. Ainsi, la propriété confère une plénitude de pouvoirs sur la chose, lesquels pouvoirs s'incarnent dans ce que l'on appelle le droit réel. Ce droit réel dont est titulaire le propriétaire est le plus complet de tous. La raison en est que la propriété, en ce qu'elle procure au propriétaire l'ensemble des utilités de la chose, fonde la souveraineté qu'il exerce sur elle à l'exclusion de toute autre personne.

À la différence de la possession qui est susceptible, à tout instant, d'être remise en cause par le véritable propriétaire de la chose, la propriété confère à son titulaire un droit – réel – dont il ne peut être privé par personne, sauf à faire l'objet d'une procédure d'expropriation, laquelle procédure est strictement encadrée. Le droit de propriété est donc un pouvoir de droit exercé par le propriétaire sur une chose. Plus précisément ce droit relève de la catégorie de ce que l'on appelle les droits réels, par opposition aux droits personnels. Les droits réels se distinguent fondamentalement des droits personnels en ce qu'ils consistent à exercer un droit, non pas contre une personne, mais sur une chose.

Afin de mieux faciliter la compréhension, il importe d'envisager l'analyse du droit personnel et le droit réel qui est mis en exergue dans la réserve successorale, car il s'agit de la relation entre une personne et une chose. Le droit personnel confère à son titulaire

⁹⁶ La possession : éléments constitutifs, caractères, effets et protection, sur <https://aurelienbamde.com/2020/03/16/la-possession-elements-constitutifs-caracteres-effets-et-protection/>, consulté le 22 Janvier 2021.

un pouvoir non pas sur une chose, mais contre une personne. Plus précisément le droit personnel consiste en la prérogative qui échoit à une personne, le créancier, d'exiger d'une autre, le débiteur, l'exécution d'une prestation⁹⁷. À la différence du droit réel, le droit personnel établit une relation, non pas entre une personne et une chose mais entre deux personnes entre-elles. Le droit personnel est celui qui naît de la conclusion d'une convention, d'un contrat.

Par contre, le droit réel confère à son titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose, il suppose un sujet de droit qui est le propriétaire et un objet de droit qui est un bien, la chose sur laquelle s'exerce ce droit. Le droit réel établit, en d'autres termes, une relation entre une personne et une chose et non entre les personnes et s'exerce sans qu'il soit besoin d'actionner une personne. Le droit réel s'exerce sans l'entremise d'un tiers, le propriétaire jouit directement de la chose. Il faut par ailleurs, rappeler que les droits réels peuvent être principaux ou accessoires. Les droits principaux sont ceux qui confèrent au titulaire la pleine propriété⁹⁸, composée de trois attributs pré rappelées, à savoir : l'usus, le fructus et l'abusus. En revanche, on parle de droits réels accessoires, lorsque le droit existe en vertu d'un autre droit sur la chose ; il s'agit des garanties d'un droit.

II. LES HERITIERS RESERVATAIRES

II.1. Catégories des héritiers de la succession en droit congolais

Le droit congolais distingue trois catégories d'héritiers du de cujus au regard de l'article 758 du code de la famille. La première catégorie est constituée des enfants du de cujus nés dans le mariage et ceux nés hors mariage mais affiliés de son vivant, ainsi que les enfants qu'il a adoptés. Si les enfants ou l'un des enfants du de cujus est/sont morts avant le légataire et qu'ils ont laissé des

⁹⁷ Le droit personnel et le droit réel, sur https://www.editions-ellipses.fr/index.php?controller=attachment&id_attachment=43209, consulté le 15 février 2021.

⁹⁸ KANGULUMBA V., op.cit., p.253.

descendants, il/ils est/sont représenté(s) par ces derniers (leurs descendants) dans la succession⁹⁹.

La deuxième catégorie des héritiers est constituée du conjoint survivant, les père et mère, les frères et sœurs germains ou consanguins ou utérins forment la deuxième catégorie et constituent trois groupes distincts. Lorsque les père et mère du de cujus ou l'un d'eux sont décédés avant lui mais que leurs père et mère ou l'un d'eux sont encore en vie, ceux-ci viennent à la succession en leurs lieu et place. Lorsque les frères et sœurs du de cujus ou l'un d'eux sont décédés avant lui mais qu'ils ont laissé des descendants, ils sont représentés par ceux-ci dans la succession¹⁰⁰.

La troisième catégorie est constituée des oncles et les tantes paternels ou maternels. Lorsque les oncles et tantes paternels ou maternels du de cujus ou l'un d'eux sont décédés avant lui mais qu'ils ont laissé des descendants, ils sont représentés par ceux-ci dans la succession¹⁰¹. Ces différentes catégories sont constituées en fonction du degré de parenté et de dépendance. Les enfants dépendent directement de leur parent et ont une priorité sur le conjoint survivant. Ce dernier a priorité et les parents du légataire ont une préférence dans l'ordre de parenté et alliance avec le légataire que les oncles et tantes. Eux aussi, bien que n'étant pas directement liés au légataire, dispose d'un lien plus ou moins étroit avec le légataire, ce qui leur donne droit en dernier lieu à venir à la succession.

Le législateur du code de la famille précise avec raison que les héritiers de la première catégorie reçoivent les trois quarts de l'hérédité et le partage s'opère par égales portions entre eux et par représentation entre leurs descendants selon l'article 759. Les $\frac{3}{4}$

⁹⁹ Article 758 de la loi modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} Aout 1987 portant code de la famille, sur <https://www.leganet.cd/Legislation/Code%20de%20la%20famille/Loi.15.07.2016.html>, consulté le 23 février 2021.

¹⁰⁰ Idem, article 758.

¹⁰¹ PERES C et PONTIER, *La réserve héréditaire (dir)*, édition panthéon Assas, 2020, p.39.

de l'hérédité constituent la réserve successorale que les héritiers de la première catégorie, qui sont en réalité, les héritiers réservataires. Les deux dernières catégories sont non réservataires et la part qu'elles reçoivent n'entre pas dans la réserve, c'est plutôt la quote-part disponible. C'est ainsi que pour leur part, les héritiers de la deuxième catégorie reçoivent le solde de l'hérédité si les héritiers de la première catégorie sont présents et l'hérédité totale s'il n'y en a pas. Les trois groupes qui constituent la deuxième catégorie, reçoivent chacun un douzième de l'hérédité en cas d'absence ou de refus des héritiers réservataires ou à part égale de la quotité disponible. Les héritiers de la troisième catégorie viennent après la première et deuxième catégorie. C'est pour cette raison que le législateur du code de la famille, prévoit que si le de cujus ne laisse pas d'héritiers de la première et de la deuxième catégorie, les oncles et tantes paternels ou maternels sont appelés à la succession conformément aux dispositions de l'article 758, le partage s'opère entre eux par égales portions (Article 761). Par contre, si à la mort du de cujus, deux groupes (première et deuxième catégorie) sont représentés, ils reçoivent chacun un huitième de l'hérédité, le solde étant dévolu aux héritiers de la première catégorie. A l'intérieur de chaque groupe de la deuxième catégorie selon les distinctions précisées ci-dessus, le partage s'opère par égales portions (Article 760).

Au-delà de ces trois premières catégories citées par le législateur, nous pouvons y ajouter deux autres qui ne sont pas citées nommément, mais qui héritent la succession du de cujus. Il s'agit de tout autre parent et de l'État. Ces deux dernières catégories viennent par défaut et en cas d'absence pour éviter le vide. La quatrième catégorie est identifiable dans cette phrase du Législateur du code de la famille qui souligne qu'à défaut d'héritiers de la troisième catégorie, tout autre parent ou allié viendra à la succession, pour autant que son lien de parenté ou d'alliance soit régulièrement constaté par le tribunal de paix qui pourra prendre telles mesures d'instructions qu'il estimera

opportunes, le partage s'opérant à par égal entre les membres composant cette quatrième catégorie¹⁰².

La cinquième catégorie est composée de l'État lui-même, qui est aussi un héritier, mais un héritier spécial, car il n'intervient dans la succession qu'en cas de déshérence successorale. C'est l'article 762 du code de la famille qui confère la qualité d'hériter à l'État lorsqu'il dispose qu'à défaut d'héritiers des quatre catégories, la succession est dévolue à l'État. En pareil cas, l'hérédité sera provisoirement acquise à l'État un an à dater de la publication de l'existence d'une succession en déshérence. Cette publication sera faite par l'État dans deux journaux du pays, dont l'un doit se trouver dans la région de l'ouverture de la succession et précisera l'identité complète du de cujus et le lieu d'ouverture de celle-ci. Si aucun journal ne paraît dans la région de l'ouverture de la succession, la publicité doit être effectuée par voie d'affichage au chef-lieu de la région, des sous régions, aux sièges administratifs des communes et des collectivités¹⁰³.

Le processus d'appropriation de la succession est aussi particulière, car il obéit au prescrit de l'article 763 qui prévoit qu'après ce délai, les héritiers qui se présenteront, recevront l'hérédité dans l'état où elle se trouve, déduction faite des frais de garde, de gestion et d'éventuelles dispositions faites par l'État. Après cinq ans à dater de la publication, la succession est définitivement acquise à l'État. Le législateur enchaîne à l'article 764 que si, par l'effet du concours des héritiers de la première catégorie, la quote-part dévolue à chaque groupe des héritiers de la deuxième catégorie est supérieure à une quote-part d'enfant héritier de la première catégorie, le partage égal de l'hérédité sera calculé en additionnant le nombre d'enfants présents ou représentés et les groupes présents ou représentés.

Il arrive aussi que les héritiers autres que l'État, tombent dans la situation de l'indignité et soient déshérités. En effet, est indigne de succéder et comme tel exclu de l'hérédité, l'héritier légal ou le

¹⁰² Article 761 du code de la famille.

¹⁰³ Article 762 du code la famille.

légataire qui a été condamné pour avoir causé intentionnellement la mort ou voulu attenter à la vie du de cujus; qui a été condamné pour dénonciation calomnieuse ou faux témoignage, lorsque cette dénonciation calomnieuse ou ce faux témoignage aurait pu entraîner à l'encontre du de cujus, une condamnation à une peine de cinq ans de servitude pénale au moins. L'héritier qui, du vivant du de cujus, a volontairement rompu les relations parentales avec ce dernier, cette situation devant être prouvée devant le tribunal de paix, le conseil de famille entendu. L'héritier qui, au cours des soins à devoir apporter au de cujus lors de sa dernière maladie, a délibérément négligé de les donner, alors qu'il y était tenu conformément à la loi ou à la coutume. L'héritier qui, abusant de l'incapacité physique ou mentale du de cujus, a capté dans les trois mois qui ont précédé son décès, tout ou partie de l'héritage. L'héritier qui a intentionnellement détruit, fait disparaître ou altéré le dernier testament du de cujus sans l'assentiment de celui-ci ou qui s'est prévalu, en connaissance de cause, d'un faux testament ou d'un testament devenu sans valeur (Article 765)¹⁰⁴.

Afin d'éviter les injustices et le déséquilibre entre héritiers, les garde-fous sont prévus par le législateur dans le code de la famille. Ainsi, l'article 763 dispose que « lorsqu'en faveur d'un quelconque héritier ab intestat ou testamentaire, venant à la succession, le de cujus a fait des donations entre vifs, celles-ci seront imputées sur le calcul de sa quote-part successorale et éventuellement réduites par retour à la masse successorale de ce qui dépasse la portion que la loi lui permet d'avoir. Toutefois, les donations accordées aux héritiers de la première catégorie seront réputées avoir été faites à titre de legs et ne seront réduites après retour à la masse successorale, que dans la mesure où elles dépassent la part de l'hérédité disponible qui leur a été de la sorte dévolue, soit à titre de seuls bénéficiaires soit en concours avec d'autres légataires. La preuve de ces donations entre vifs incombe à celui des héritiers ab intestat ou à celui des légataires qui l'invoque. Toutefois, ne sont pas pris en considération les dons

¹⁰⁴ Article 765 du code de la famille, DEMBELE M., *l'échec d'une construction légale du droit de succession au Mali*, l'Harmattan, Paris, 2021, p.146.

manuels ne dépassant pas le montant de 125.000 francs congolais pour autant que ceux-ci totalisés ne dépassent pas 620.000 francs congolais. Dans tous les cas de réduction, celle-ci se répartira en proportion de la part successorale initiale attribuée à chaque héritier »¹⁰⁵.

II. 2. Les héritiers réservataires

Pour rappel, les héritiers réservataires sont des héritiers de la première catégorie constituée des descendants ou des enfants du de cujus. Ils bénéficient d'une protection spéciale par le législateur et ne peuvent être déshérités. En effet, l'héritier réservataire est celui qui peut être écarté à la succession, sauf en cas d'indignité résultant d'une faute grave envers le légataire. La qualification même de réservataire lui est attribuée, car une partie importante de la succession lui est réservée. D'où, l'institution du terme réserve héréditaire ou réserve successorale.

Les héritiers réservataires sont déterminés selon la filiation entre le de cujus et les héritiers, seuls les descendants naturels du légataire et les autres, peuvent acquérir la qualité de réservataire par défaut. C'est ainsi que si un des enfants du défunt est mort, et que cet enfant a lui-même laissé des enfants, ce sont alors ses enfants, les petits-enfants du défunt, qui sont héritiers réservataires à sa place, par représentation successorale. Les héritiers réservataires sont égaux, tous les descendants sont réservataires. En application du principe d'égalité des filiations, peu importe leur lien de parenté biologique avec le défunt. Néanmoins, l'enfant adopté simple n'est pas réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant, y compris lorsque l'enfant adopté simple vient par représentation de l'adoptant à leur succession. La raison en est que l'adoptant ne peut imposer à ses père et mère contre leur volonté un héritier qui disposerait d'une réserve dans leur succession et limiterait ainsi leur liberté testamentaire.

¹⁰⁵ Alinéa 3 de l'article 783 du code congolais la famille révisé., FAVIOLA TAPOYO, *Les règles coutumière au Gabon, parenté, mariage et succession*, l'Harmattan, paris, 2016, p.11, 121.

Les héritiers réservataires ou descendants du de cujus sont appelés à la succession en rang utile. Ainsi par exemple, le descendant indigne n'est pas réservataire ainsi que celui qui est devancé par un descendant plus proche en degré (un petit-enfant, si l'enfant dont il est issu, accepte la succession du de cujus). De même, les héritiers réservataires doivent accepter la succession. L'héritier renonçant ne peut réclamer sa part de réserve puisqu'il est réputé n'avoir aucun droit dans la succession. La réserve ne peut nullement être diminuée pour les descendants, si l'un des descendants refuse la succession et qu'il n'a lui-même pas d'enfant, on ne compte alors pas sa part de réserve. Sa part augmente la part des autres enfants. S'il a des enfants, ceux-ci peuvent le représenter et recueillir sa part de succession. S'il y a un conjoint survivant, sa part est imputée sur la quotité disponible et reçoit la quotité disponible spéciale. Le conjoint survivant aura la liberté de choix entre trois options : soit la totalité en usufruit, (la réserve héréditaire se limitant alors à la nue-propriété). Soit $\frac{1}{4}$ en pleine propriété, et $\frac{3}{4}$ en usufruit (la réserve héréditaire se limitant alors à $\frac{3}{4}$ en nue-propriété) ; soit la quotité disponible ordinaire. En l'absence d'enfants et de parents du défunt, le conjoint survivant est héritier réservataire et évince toutes autres personnes de la succession¹⁰⁶.

La part de réserve héréditaire que les enfants devront se partager, et la part de quotité disponible se déterminent selon les proportions suivantes : la moitié de la succession s'il s'agit d'un seul enfant, les deux tiers s'il y a deux enfants et les trois quarts s'il y a trois enfants ou plus. Une fois la part de réserve héréditaire déterminée, le reste compose la quotité disponible dont le défunt peut disposer librement. A noter que la part réservataire est calculée sur le patrimoine laissé au moment du décès, auquel on va rajouter fictivement l'ensemble des legs et donations (objet ou somme d'argent). La valeur des biens donnés ou légués prise en compte dans la masse successorale, est celle des biens au jour du décès. Si le défunt laisse un ou des enfants, et un conjoint, seuls

¹⁰⁶ KEBI-MOUNKALA, *Droit congolais de la famille. Filiation, régime matrimoniaux et libéralités*, l'Harmattan, Paris, 2018, p.183, 225.

les enfants sont réservataires, mais cette réserve prend une forme particulière, plus restreinte¹⁰⁷.

I. LA VALIDITE DE L'ALIENATION DE LA RESERVE SUCCESSORALE

III. 1. L'interdiction légale

Le droit congolais de la succession interdit l'entame de la réserve successorale par le propriétaire de son vivant. Les biens constituant la réserve ne peuvent ni être cédés, ni vendus ou disposer sous quelque motif que ça soit. Ayant l'obligation de constituer une réserve devant servir de subsistance à sa descendance après sa mort, le propriétaire des biens voit sa marge de manœuvre ou son droit de propriété sur le bien être limité par le législateur. Ceci montre que si juridiquement, le responsable est propriétaire de ses biens de son vivant et titulaire de son patrimoine ; il est observable qu'en réalité et du point de vue social, ces biens qui constituent la réserve sont déjà la propriété des héritiers réservataires même de son vivant, mais n'attendent que son décès pour faire le passage de patrimoine, c'est-à-dire, quitter le patrimoine du de cujus pour celui des héritiers réservataires. En réalité, le législateur fait défunt un simple processeur qui garde pour le compte d'autrui, les biens de la réserve.

L'interdiction de disposer la réserve trouve son fondement dans la stabilité familiale et la protection sociale de ceux qui dépendaient directement du de cujus de son vivant. Si l'on a été capable de laisser une descendance, la responsabilité impose de leur assurer le minimum pour la subsistance et l'intégration sociale. Cette prohibition prévient toute dilapidation du patrimoine par le de cujus de son vivant, laissant sa progéniture en errance. Il importe de signaler aussi que l'interdiction de gaspiller les biens de la réserve, est aussi valable pour les héritiers réservataires eux-mêmes et les autres catégories des héritiers ainsi que les tiers. Si

¹⁰⁷ ILOKI A., *Le droit des successions au Congo. Le partage des biens, les droits des héritiers et de l'Etat, l'option des héritiers*, Tome II, l'Harmattan, Paris, 2006, p.94.

un des héritiers réservataires s'arroge le pouvoir de dilapider la réserve, avec ou sans le consentement du de cujus de son vivant, il s'expose à l'indignité et le consentement du propriétaire ne produit pas d'effet, car il s'agit de l'interdiction légale. L'interdiction est aussi faite aux membres des autres catégories héréditaires, ainsi qu'à tout autre tiers d'entreprendre des actes visant la destruction de la réserve. Étant un. Institution historique et sociologique, la réserve héréditaire s'impose à tous sans distance et elle ne peut être détruite. Mieux plus qu'un simple acte d'expression de la solidarité entre membre d'une famille, la réserve successorale est une responsabilité sociologique et sociétale. Elle permet d'assurer l'équilibre entre membre de la famille et éviter les conflits familiaux post-décès du de cujus.

Une personne qui décède sans laisser les biens devant assurer la survie à ses descendants, laisse en réalité un conflit familial¹⁰⁸, car cette descendance constituerait une charge pour les membres des autres membres de sa famille. De ce qui précède, le de cujus ne peut donc pas effectuer des transactions sur les biens rentrant dans la réserve héréditaire, même si celle-ci fait partie de son patrimoine. Mais la pratique observée en RDC semble aller à l'entrée de cette institution successorale, et conduit même à s'interroger sur l'opportunité du maintien de cette réserve, étant donné qu'elle est systématiquement violée par plusieurs parents congolais et est à la base de plusieurs conflits de succession.

III. 2. Les pratiques observées

Il s'observe que certains parents font des transactions destructives de la réserve successorale pourtant interdite par le droit congolais. C'est souvent le cas des biens immobiliser faisant l'objet des hypothèques dans les prêts des crédits dans les institutions financières ou auprès de toute autre personne morale de droit public ou privé ou auprès des personnes physiques. En effet, dans le souci de faire plus des produits à partir de son immeuble et gagner plus des bénéfices, certains parents mettent en jeu leurs seuls et unique immeuble, soit par la vente pour ensuite faire le

¹⁰⁸ AZIZ DIOP A., *Une succession en démocratie. Les sénégalais face à l'inattendu.*, l'Harmattan, Paris, 2009, p.76.

commerce ou faire de placement rentable, soit faire le commerce ou le constitue tout simplement de garanti de paiement¹⁰⁹.

C'est le cas de gens qui ont vendu leur maison pour placer l'argent résultant de la vente dans les plateformes virtuelles de placement d'argent comme « mygoldrev » qui s'est ensuite révélé une escroquerie qui a déstabilisé plusieurs familles congolaises particulièrement à Kinshasa. C'est aussi le cas de ceux qui prennent le crédit dans les banques commerciales installées en RDC ou au Fond de promotion de l'Industrie (FPI) avec la garantie de leurs immeubles constituant la réserve successorale. Pour rappeler, le droit congolais précise que si une personne dispose dans son patrimoine qu'une seule et unique maison ou immeuble, celui- constitue la réserve héréditaire devant passé à ses héritiers réservataires, ceux de la première catégorie.

Pour contourner cette obligation du respect de la réserve, les parents persuadent leurs enfants et le conjoint pour obtenir leur consentement exprès souvent exigé par les tiers co-contractants pour valider la transaction. Les enfants mineurs sont amenés et présentés devant le co-contractant pour manifester leur validation de l'opération sans en maîtriser les conséquences et le sens des actes posés. Lorsque pour manque de remboursement de crédit dans les cas de prêt pris, ces immeubles ou maisons sont récupérés et deviennent les propriétés des créanciers, détruisant ainsi la réserve successorale. De même, en cas d'échec de placement des produits de la vente des immeubles réservataire, comme dans le cas de l'escroquerie de « mygoldrev » comparable à « Bindo » qui avait aussi ruiné plusieurs familles dans les années 90, la maison ou l'immeuble se révèle être détruite inutilement. Les parents se défendent en mettant en avant l'argument selon lequel, le bien constituant la réserve étant leur propriété ils en avaient le plein pouvoir de transaction et de disposition ; ce qui ne se concorde pas avec les principes de la réserve successorale, qui enlève le droit de disposition à la propriété sur un bien rentrant dans la réserve héréditaire.

¹⁰⁹ Le FPI récupère 14 immeubles de ses clients insolubles à Kinshasa, sur <https://digitalcongo.net/article/5d08f18bd17e9c0004886feb/>, consulté le 23 février 2021.

CONCLUSION

Au demeurant, la propriété et le respect de la réserve successorale ne font pas bon ménage dans le contexte actuel de la société congolaise. Nous tendons vers une suppression tacite de cette institution du code de la famille pour assurer la subsistance de la descendance d'une personne, qu'est la réserve héréditaire. Si dans la loi, il est interdit à toute personne de s'abstenir à faire des transactions susceptibles de détruire la réserve successorale surtout lorsqu'il s'agit d'un seul immeuble qui se trouve dans le patrimoine ; dans la pratique par contre c'est le contraire qui est vécu. Plusieurs congolais n'hésitent pas de vendre ou céder leurs biens pouvant constituer la réserve à la progéniture après leur décès, en se servant du prétexte de la pleine propriété qu'ils détiennent sur la chose.

De ce fait, plusieurs conflits de succession naissent à partir de cette entame de la réserve, car les héritiers réservataires n'ayant pas bénéficié de la réserve successorale, deviennent une charge pour la famille de défunt et le conjoint survivant se voit laissé dans la plupart de cas en errance avec les enfants parfois mineurs à élever. Ceci provoque l'instabilité familiale dont le législateur du code de la famille a voulu éviter en instituant la réserve successorale. Ainsi dans cette réflexion nous plaider pour le renforcement de la réserve successorale par les mesures administrative dissuasives. Nous préconisons que du vivant de la personne toute personne responsable d'un ménage disposant des autres personnes dépendantes d'elle, doit être soumis à la rédaction d'un testament écrit dans lequel il respecte la réserve successorale. Il ne faudra pas attendre le dernier moment où sa mort s'approche pour le faire.

Ce testament écrit obligatoire devrait être déposé en une copie à l'officier de l'État civil, afin d'éviter que le testateur empiète sur les biens constituant la réserve successorale. Par contre, tout en ayant fait le partage, le testateur peut avoir la latitude de faire les transactions sur la quotité disponible sans la vider. En plus l'instauration d'un testament écrit obligatoire par arrêté du ministre ayant le genre famille et enfant dans ses attributions, il

devrait fait une obligation à tous les tiers appelé à faire la transaction sur les biens immobiliser avec un responsable d'une famille à s'assurer au préalable qu'il ne s'agit pas d'un bien rentrant dans la réserve successorale, par l'obtention de l'avis express des tous les héritiers réservataires authentifié par l'officier de l'État civil. Il est aussi souhaitable que le législateur ajoute une précision dans la loi sur les biens que sur les bien constituant la réserve successorale, le propriétaire ne dispose pas de la pleine propriété et que celle-ci se limite à la possession et le bénéfice des produits, mais pas le droit de disposer le bien.

BIBLIOGRAPHIE

1. AMBOULOU H-D, *Le droit des personnes et de la famille au Congo*, l'Harmattan, Paris, 2020.
2. AMOULOU H-D, *Les libéralités et les successions en droit congolais*, l'Harmattan, Paris, 2009.
3. AZIZ DIOP A., *Une succession en démocratie. Les sénégalais face à l'inattendu.*, l'Harmattan, Paris, 2009.
4. BERRY E., *L'ordre successoral*, sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02152475/document>,
5. BERRYER P., *La réserve héréditaire, une institution dans la tourmente*, sur https://www.igp.dauphine.fr/fileadmin/mediatheque/masters/igp/Documents/Me%CC%81moire_Pierre_Berryer.pdf.
6. BOUDREAU-OUELLET, *Aspect conceptuel et juridique du droit de propriété*, sur <https://www.erudit.org/fr/revues/rgd/1990-v21-n1-rgd04470/1058325ar.pdf>.
7. DEMBELE M., *l'échec d'une construction légale du droit de succession au Mali*, l'Harmattan, Paris, 2021.
8. *Donnation-partage : inégalité économique ou orthodoxie juridique ?*, sur <https://www.fndp.eu/wp-content/uploads/2017/06/donation-partage.pdf>.
9. FAVIOLA TAPOYO, *Les règles coutumières au Gabon, parenté, mariage et succession*, l'Harmattan, Paris, 2016.
10. Félicien TSHIBANGU KALALA, *Droit civil, Régimes matrimoniaux Successions Libéralités*.
11. FOREST N, *Succession et libéralité dans l'IRAN MAZDEEN*, l'Harmattan, Paris, 2020.
12. ILOKI A., *Le droit des successions au Congo. Le partage des biens, les droits des héritiers et de l'État, l'option des héritiers*, Tome II, l'Harmattan, Paris, 2006, p.94.
13. KANGULUMBA BAMBI V. *Précis de droit civil des biens. Théorie générale des biens et théorie spéciale des droits réels fonciers et immobiliers congolais*, Tome I, Accademia, Louvain-la-Neuve, 2007.

14. KEBI-MOUNKALA, Droit congolais de la famille. Filiation, régime matrimoniaux et libéralités, l'Harmattan, paris, 2018.
15. La loi modifiante et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} Aout 1987 portant code de la famille, sur <https://www.leganet.cd/Legislation/Code%20de%20la%20famille/Loi.15.07.2016.html>.
16. La possession : éléments constitutifs, caractères, effets et protection, sur <https://aurelienbamde.com/2020/03/16/la-possession-elements-constitutifs-caracteres-effets-et-protection/>.
17. Le droit personnel et le droit réel, sur https://www.editions-ellipses.fr/index.php?controller=attachment&id_attachment=43209.
18. Le FPI récupère 14 immeubles de ses clients insolvable à Kinshasa, sur <https://digitalcongo.net/article/5d08f18bd17e9c0004886feb/>.
19. Le respect de la réserve successorale, sur <https://www.africmemoire.com/part.4-4-le-respect-de-la-reserve-successorale-774.html>.
20. PAGUERA M., Aux origines de la réserve successorale, presse universitaire d'Aix-Marseille, 2009.
21. PERES C et PONTIER, La réserve héréditaire (dir), édition panthéon Assas, 2020.
22. Sandrine Le Chuiton, l'exhérédation, sur <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01709417/document>.
23. SHOMBA S., méthodologie et épistémologie de la recherche scientifique, PUK, Kinshasa, 2012.

LE STATUT JURIDIQUE DE L'ETRE PRENATAL EN DROIT CONGOLAIS

Par

IKOMBA IKOMBA Fortunat

*Assistant à la faculté de Droit de l'Université de Kinshasa
Substitut du procureur de la République*

INTRODUCTION

De la conception à la mort, la vie d'un être humain est une évolution continue passant par différents stades : stade embryonnaire, fœtus, nouveau-né, enfant, adolescent, adulte, vieillard. Le passage d'un stade à un autre se fait sans aucune discontinuité pour la personne.

Si le statut juridique de cet être dès sa naissance est bien fixé et ne soulève aucune difficulté, il n'en est pas de même en ce qui concerne l'être dont la naissance n'est pas encore survenue. Bien des questions peuvent être posées quant au statut juridique de l'embryon et du fœtus.

En effet, le fœtus ou l'embryon est-il une personne humaine ? Ont-ils une protection des droits reconnus aux personnes humaines ? Mérite-t-il une protection sociale ou juridique au même titre que les humains ? Il convient dès abord de préciser que dans le langage courant, il est fait une distinction entre l'embryon et le fœtus.

Déprime abord, d'après les perspectives scientifiques, l'embryon provient de la fusion entre le spermatozoïde et l'ovule mûr appelé ovocyte. Il prend naissance dès lors que la fusion est opérée et garde cette identité jusqu'à la huitième semaine. Ce que d'aucun nomme pré-embryon, zygote ou la morula. Une autre catégorie des scientifiques préfère attendre l'apparition des « lignes primitives » préfiguratrices du système cérébral qu'ils nomment

non plus embryon, mais le fœtus. Cette identification s'observe à partir du deuxième mois jusqu'à la naissance, d'où la confusion entre le fœtus, le nourrisson et le bébé.¹¹⁰

Eu égard à ce qui précède, en droit congolais l'avortement est une situation qui est déterminée par la loi pénale c'est-à-dire le décret du 30 janvier 1940 tel que modifié jusqu'au 31 décembre 2009 et ses dispositions complémentaires. Il est classé parmi les infractions contre l'ordre des familles sanctionnées par le décret précité dans ses articles 165, 166 et 178.¹¹¹

En plus la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant dans ses articles 143, 144,145 et 146 martel aussi sur l'avortement, elle insiste sur la protection du fœtus et de la femme enceinte.¹¹² Pour nous faire voir que l'embryon et le fœtus sont les être à devenir qui méritent une protection appropriée et particulière.

Il est évident d'affirmer que la protection de l'enfant à naître se heurte à plusieurs concepts et considération qui divisent juristes, bio-éthiciens, religieux et professionnels de santé.

En définitif, pour rencontrer la préoccupation soulevée ou évoquée ci-haut sur le statut juridique de l'embryon et du fœtus, il nous est impérieux de préciser que l'embryon et le fœtus appartiennent tous, intégralement à la communauté morale.

A ce titre, ils sont assimilés à la personne humaine et ne peuvent conséquemment être exposés à l'expérimentation scientifique ni aux manipulations de tous ordres, ils ne peuvent être stockés ni emmagasinés, selon le code pénal congolais qui donne de l'importance à cet être à devenir en interdisant l'avortement.

¹¹⁰ KOYORONWA GWALO Christophe, le paradigme du statut et de la filiation des enfants procréés artificiels assistés en droit congolais, 2008, éd., chaire Unesco UNIKIN, page 2.

¹¹¹ Les articles 165,166 et 178 du décret du 30 janvier 1940 tel que modifié jusqu'au 31 décembre 2009 et ses dispositions complémentaires.

¹¹² Les articles 143,144, 145 et 146 de la loi n°09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant.

Si les parents recherchent une conception, une naissance, s'ils font la planification familiale, la naissance désirable, s'ils désirent ardemment avoir un enfant pour une raison ou pour une autre, on dit alors qu'ils ont un projet de leur enfant à naître ou à concevoir, et qu'un enfant bénéficiera de la protection sociale et juridique depuis le sein maternel, depuis la fécondation même in vitro d'où la règle de l'enfant simplement conçu qui bénéficie d'une extension de la personnalité est considéré comme né chaque fois qu'il y va de ses intérêts.¹¹³ L'octroi de la personnalité juridique à l'enfant conçu n'a lieu que dans son intérêt ; Renchérit par les articles 12 al 2 de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi du 20 janvier 2011, qui reconnaît aux personnes le droit à la vie y compris aussi l'embryon et le fœtus.

I. LA PERSONNALITE JURIDIQUE

1.1 Analyse du concept

Le terme « personne » tire son origine du mot latin « persona » qui signifie à l'origine « le masque de théâtre ». Par extension, ce terme fini par signifier « personnage », « rôle » « fonction ».

Dans le langage juridique, une personne est tout être auquel la loi reconnaît des droits pour lui permettre de jouer pleinement son rôle dans sa vie sociale. En d'autres termes, une personne est un être social capable d'avoir des droits et d'être soumis à des obligations.

Dans le même ordre d'idées, au point de vue juridique, on ne distingue entre personnes physiques et personnes morales. Les personnes physiques sont tous les êtres humains pris individuellement. L'homme est une personne physique dès sa naissance ; Le droit considère donc tous les êtres humains, sans distinctions de race ni de sexe, comme des personnes, on déce

¹¹³ MULUMBA KATCHY et MULUMBA KANYUKA, Introduction générale au droit, 2^{ème} éd., CREFIDA, 2018, p.92

alors là l'expression de la primauté de la dignité de la personne humaine sur les autres créatures tels les animaux.

Eu égard à ce qui précède, Tout être humain à la personnalité juridique du seul fait de son existence, la reconnaissance de la personnalité à tout être humain s'opère sans distinction de sexe, de race, de couleur, de religion, de nationalité ou de situation sociale. Ce principe qui nous parait évident n'a pas toujours été admis sans réserve.¹¹⁴

L'existence de la personnalité juridique est assez récente puis encore au 19^{ème} siècle, il y avait des esclaves qui étaient rangé dans la catégorie des biens ou des choses.¹¹⁵

De prime abord, pendant longtemps certains êtres humains se voyaient refuser la personnalité dès lors assimilés aux objets inanimés. C'était bien entendu le cas des esclaves mais aussi des étrangers auxquels certaines sociétés anciennes refusaient de reconnaître cette personnalité mais les personnes étrangères ne jouissant que les droits civils, soulignons que les droits civils sont la faculté d'administrer sa personne et ses biens. Enfin des personnes humaines condamnés à des peines perpétuelles, pouvaient être frappé par sanction de mort civil et perdre ainsi le bénéfice de la personnalité juridique.¹¹⁶

1.1.1 L'acquisition de la personnalité juridique

La personnalité est acquise, écrit le professeur BOMPAKA NKEYI, à tout être doué de vie. Il suffit qu'il soit né vivant et viable pour qu'il soit sujet de droit.¹¹⁷

¹¹⁴ MASSAGER Nathalie, le droit de l'enfant à naître, thèse de doctorat en droit privé judiciaire université de Bruxelles, 1997, p.2

¹¹⁵ DOUCHY Mélina, droit civil, 1^{er} année introduction, personnes, famille, 2^{ème} éd, pari, Dalloz, 2003, p. 137.

¹¹⁶ MASSAGER, op.cit., pp. 2 et 3.

¹¹⁷ BOMPAKA NKEYI, Cours de droit civil : les personnes, Université de Kinshasa, Faculté de droit, 2005-2006, p.2.

- **La naissance**

Pour être doté de la personnalité juridique, l'être humain doit naître. Cette personnalité juridique commence à la naissance de l'homme, de la personne physique. Le nouveau-né doit être vivant, c'est-à-dire qu'il doit avoir respiré à sa sortie ne fût-ce que pendant une seconde et la preuve en incombe aux services médicaux.¹¹⁸ Naître vivant signifie ne pas mourir, car la mort éteint tout droit et toute obligation.

- **La viabilité**

Il ne suffit pas que le nouveau-né soit vivant il doit, en outre, être viable, en ce sens qu'il doit avoir tous les organes nécessaires susceptibles de lui permettre de pouvoir continuer à vivre en d'autres termes tous les organes vitaux sont en parfait état de fonctionnement.¹¹⁹

Quant à nous, nous considérons que la viabilité des organes est souvent en Afrique, appréciée à vue, sans examen clinique approfondi. Si non, que dire des enfants encéphales qui naissent avec une kyste en lieu et place du cerveau et dont la durée de vie ne peut excéder quatre ans ? Une telle appréciation devrait faire l'objet des examens spéciaux de différents organes avant de conclure à la viabilité de ceux-ci du moins en ce qui concerne le droit congolais.

b. durée de la personnalité juridique

Comme soulevé en introduction, la personnalité juridique commence dès la naissance et prend fin avec la mort de la personne, ce qui est le contraire avec la personnalité juridique des personnes morales qui disparaît par la dissolution volontaire ou forcée, judiciaire.¹²⁰

¹¹⁸ MULUMBA KATCHY et MULUMBA KANYUKA, op. cit, p.92

¹¹⁹ MULUMBA KATCHY et MULUMBA KANYUKA, idem

¹²⁰ SAMUTONDI IKOMBA (S), Introduction Générale au droit privé, 1^{er} éd, CREFIDA, 2016, p.115

1.1.2 La protection juridique de droits de l'enfant à naître

S'agissant de cette protection, c'est le code de la famille qui examine avec attention particulière le sort des enfants conçus ou à naître, les articles 840 et 913 stipulent respectivement pour le premier que « la donation ou le testament au profit d'un enfant conçu n'a son effet qu'autant que l'enfant est né viable » et le second, relatif aux substitutions fidéicommissaires sont permises entre le père et mère, entre les frères et sœurs. Les uns et les autres peuvent disposer de leurs biens, en tout ou en partie, soit en faveur des frères et sœurs, par acte entre vifs ou testamentaire, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître... ».

Du point de vue de sa finalité, la substitution fidéicommissaire vise essentiellement un transport de biens entre le grevé et l'appelé mais en transitant par le second. il suffirait que l'appelé naisse simplement viable. C'est-à-dire que le code de la famille considère l'embryon et le fœtus comme pouvant revêtir une personnalité juridique ou ils sont susceptibles de l'avoir.¹²¹

1.2. La règle infans conceptus

Nous avons hérité de la pensée romaine la règle infans conceptus, bien que ne figurant pas telle quelle dans notre code civil, cette règle semble avoir acquis en droit positif, valeur de principe généraux de droit. Cette règle s'inspire d'une donnée naturelle : la vie préexiste à la naissance, la biologie enseigne qu'elle existe dès l'instant de la fécondation, d'où l'importance de la protection de l'embryon et du fœtus.

1.2.1. Contexte philosophique de la règle infans conceptus

Pendant des siècles, les philosophes grecs et romains ont disserté en vue de proposer une acceptation de la vie avant la naissance qui soit la plus crédible et la plus fidèle au modèle biologique dont elle émane.

¹²¹ KOYORONWA GWALO Christophe, op. cit, p.6

Il y a plusieurs philosophes qui ont parlés de cette règle qui a divisée les doctrinaires, nous n'allons pas recourir à tous ses philosophes faute de temps, néanmoins pour **Tertullien**, auteur du célèbre « Homo est, qui futurus est » semblait défendre l'idée que le fœtus n'était pas encore humain tant que cette formation n'était pas complète. Par contre **Saint Jérôme** a avalisé cette approche expliquant dans ses lettres à algésie, que les semences prennent forme graduellement dans l'utérus, et il n'y a pas d'homicides tant que les divers éléments n'ont pas reçu leur apparence et leur membres.¹²²

Dans le même ordre d'idées, **Saint Augustin** quant à lui, n'hésite pas à affirmer que « ce qui n'est pas formé et n'a pas de sensation, n'a pas d'âme » ce qui implique qu'aux premiers stades de la vie prénatale, l'embryon « informe » ne peut pas se voir attribuer la qualité d'être humain.

Mais **saint Thomas d'Aquin** développera plus tard une conception tout à fait originale de l'évolution de la vie prénatale, selon laquelle, après la fécondation de l'ovule par la semence n'émergerait d'abord que la forme substantielle végétale, chassé assez vite par la forme animale, voué à son tour à disparaître devant la forme substantielle humaine du profit de l'âme intellectuelle, immatérielle, incorruptible. Alors que pour **Grégoire de Nysse** au IV^{ème} siècle, l'embryon possède une âme dès le moment de la conception parce qu'il est à la fois chaire et esprit, **Saint Thomas** enseignera au contraire que l'âme n'apparaît qu'après écoulement d'un certain temps gestationnel : quarante jours pour les garçons et vingt jours pour les filles.

1.2.2. L'analyse de la règle infans conceptus en droit coutumier

Selon le professeur MULUMBA KATCHY, il faut noter que dans la société traditionnelle congolaise, on ne peut pas parler de l'individu sans le situer au préalable dans une structure familiale,

¹²² MASSAGER, Nathalie, op.cit., p.10

patrilinéaire ou matrilinéaire. Il conclut pour dire que : il n'y a pas de place pour un individu isolé.¹²³

Eu égard à ce qui précède, dans la plupart des coutumes du Congo, l'on considère que l'homme existe déjà dès sa conception. L'enfant qui vit encore dans le ventre de sa mère est déjà considéré comme un membre à part entière de la société, avec qui il faudra désormais compter.

Cette conception est traduite dans les faits à travers plusieurs manifestations. Il n'est pas rare ; dans les coutumes congolaises, de constater qu'un enfant simplement conçu porte déjà un nom, souvent d'un ancêtre ou d'une personnalité du clan déjà décédé. En Cette occurrence, l'enfant conçu qui porte ce nom est regardé comme l'ancêtre à qui il doit son nom. Il est donc un membre du clan.¹²⁴

Il est compté parmi les héritiers en cas de partage de la succession, il est toujours recommandé à une femme enceinte de prendre la portion de nourriture de deux personnes, pour elle-même et pour l'autre personne qu'elle porte en elle.

De même, il arrive qu'on puisse déjà fiancer une fille qui n'est pas encore née, ici nous faisons allusion à la coutume « **Basala Mpasu de Luiza** ». Bien plus, si une personne à naître venait à mourir, il est observé, dans nombreux coutumes un deuil en sa mémoire, ils considèrent qu'il y a la disparition d'une unité du groupe.

1.3. Droit à la vie de l'enfant à naître

Le droit positif congolais assure le respect des droits fondamentaux. Parmi ces droits, nous avons aussi le droit à la vie qui est non seulement le plus indispensable parce qu'il est la condition d'acquisition des autres droits attachés à la personne. La question qui se pose est celle de savoir si le fœtus faisait partie

¹²³ MULUMBA KATCHY et MULUMBA KANYUKA, Droit coutumier congolais, 3^{ème} éd, CREFIDA, 2018, p.34

¹²⁴ MALAURIE (P) ET Ali, les personnes, les incapables, 3^{ème} éd, paris Cujas 1995, p.

des personnes dont la constitution reconnaît affirmativement le droit à la vie. La réponse à cette question est donnée par la règle soulevée ci-haut c'est-à-dire la règle « **infans conceptus prônât habetur quoties de commodis ejus agitur** » qui veut dire que l'enfant simplement conçu est considéré comme né chaque fois qu'il va de son intérêt.

L'article 211 de la loi n°16/008 du 15 juillet 2016 modifiant et complétant la loi n°87-010 du 1^{er} août 1987 portant code de la famille dispose que : toute personne jouit des droits civils depuis sa conception à condition qu'elle naisse vivante. L'expression « **dès sa conception** » c'est à partir de la conception que la loi reconnaît des droits civils à une personne.¹²⁵

Le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie est un engagement solennel de la société qui contient l'affirmation de trois principes :

- Que l'embryon ou fœtus humain appartient au genre humain. L'être humain, non pas une chose, ni un animal ;
- Qu'il est humain dès sa conception (ab ovo) non à sa naissance laquelle n'ajoute rien à son humanité. L'être est dans l'utérus et en vie (la vie ne commence pas à la naissance, la femme qui a conçu ne porte ni la mort ni le néant : sauf accident, il y a la vie en elle) ;
- Que dès le commencement de la vie, la loi garantit son respect absolu : un respect entamé dans la pensée de l'ensemble des droits et intérêt, dont le droit de la femme enceinte.¹²⁶

1.3.1. Caractère relatif du droit à la vie de l'enfant à naître

Si l'Etat légifère en faveur de l'avortement, il viole le droit à la vie de l'enfant à naître par contre s'il interdit l'avortement même à titre thérapeutique, c'est le droit à la vie de la mère qui est violé,

¹²⁵ Article 211 du code de la famille.

¹²⁶ CORNU GERARD, introduction, les personnes, les biens, paris, 8^{ème} éd, Montchrestien, p.294

encore la loi pénale incriminant l'avortement est une règle générale et impérative qui ne prend pas en considération des individualités.

II. L'ETRE PRENATAL

La catégorie des êtres prénataux renferme les embryons et les fœtus. L'évolution de la vie prénatale va de la conception à la naissance. Dans son livre intitulé « son nom est personne », Claude Sureau, traite la question de savoir si avant de naître, l'enfant est une chose, un amas de cellules ou un patient.¹²⁷

2.1. Définition des concepts

2.1.1. L'embryon et le fœtus

2.1.2. L'embryon

Jean ROSTAND précise que, la période des feuillets durera trois semaines. A ce moment le nouvel être qui ne mesure deux à trois millimètres et pèse quatre centigrammes sera devenu l'embryon. Sa forme est celle d'un petit animal sans pattes, et pourvu d'une queue. Il ne se distingue guère de n'importe quel autre mammifère considéré à ce stade.¹²⁸

Selon Sureau Claude cité ci-haut, on parle de l'embryon pendant la période qui va de la fécondation au début du 3^{ème} mois, cette phase de son développement correspond anatomiquement à la mise en place des ébauches des futurs organes.

D'après les perspectives scientifiques comme soulevé ci-haut, l'embryon provient de la fusion entre le spermatozoïde et l'ovule mûr appelé ovocyte. Il prend naissance dès lors que la fusion est opérée et garde cette identité jusqu'à la huitième semaine. Ce que d'aucuns nomment pré-embryon, zygote ou la morula.

¹²⁷ Sureau Claude, son nom est personne, p.31, paris, 2005.

¹²⁸ ROSTAND Jean, l'homme, p.33 cité par le dictionnaire le grand Robert de la langue française.

2.1.3. Le fœtus

Selon Sureau Claude, le terme fœtus s'applique à la période de différenciation et de développement des organes depuis le 3^{ème} mois jusqu'à la naissance. Mais une autre catégorie des scientifiques préfère attendre l'apparition des « lignes primitives » préfiguratrices du système cérébral qu'ils nomment non plus embryon, mais le fœtus.

Cette identification s'observe à partir du deuxième mois jusqu'à la naissance. D'où la confusion entre le fœtus, le nourrisson et le bébé.¹²⁹

A notre humble avis, il n'existe pas d'unanimité sur le plan conceptuel entre les scientifiques quant à la définition de l'embryon et du fœtus d'une part, et d'autre part, la confusion entretenue entre l'embryon, le fœtus et nourrissons ne se justifie pas dès lors que l'on peut imaginer que l'enfant né, connaît une autonomie de vie par rapport au fœtus ou à l'embryon, qui vit dans un état de totale dépendance. Cependant, cette différenciation ne permet pas d'établir fondamentalement une distinction du point de vue de droit pouvant justifier ou non la protection juridique.

2.2. L'évolution de la vie prénatale

2.2.1. La période pré-implantaire

Elle concerne l'embryon in vitro avant l'implantation de l'œuf dans l'utérus maternel au 7^{ème} jour.

2.2.2. La période entre l'implantation et le début de la viabilité fœtale.

On l'évalue en se fondant sur 22 semaines ou sur 500 grammes, le calcul en semaines prenant pour point de départ le 1^{er} jour des dernières règles.

¹²⁹ KOYORONWA GWALO Christophe. op. cit, p.2

2.2.3. La dernière étape

Elle va de viabilité fœtale à la naissance.

2.3. La protection de l'être prénatal

2.3.1. La protection sur le plan juridique

Dans plusieurs sociétés, la protection légale de l'être prénatal pose problème et appelle un débat et le champ fertile en ces discussions se situe essentiellement dans le domaine pénal et civil (avortement, lésion corporelles, homicide, filiation, dommages affectifs, moraux, etc.).

En somme, on peut retenir que l'être prénatal n'est ni une personne, ni une chose, ni un amas de cellules, il est plutôt un patient qui mérite respect, soin et attention. C'est un être spécifique qui a droit au respect de sa dignité.

Néanmoins, une attitude éthique et responsable peut amener à transgresser la protection qui lui est due. Aussi appartient-il à la société de se référer plus à l'éthique de responsabilité qu'à celle de conviction et de militer pour une organisation équilibrée plutôt qu'imposer par la voie législative les convictions aux personnes qui ne partagent pas.

Nous allons démontrez par un ou deux exemples pour faire voir à l'opinion combien la protection de l'être prénatal est importante et obligatoire :

- Une mère de six enfants a subi deux césariennes et refusé la troisième, rendue nécessaire par une grossesse pathologique et gémellaire. Du fait de son refus, l'un des jumeaux est mort. Elle fut inculpée pour homicide pour décès fœtal.¹³⁰
- Il existe également l'éventualité de poursuite à l'encontre d'une femme enceinte pour comportement irresponsable,

¹³⁰ Sureau Claude, idem.

lorsque son addiction à l'alcool ou à la drogue représente un danger avéré pour son enfant. Il en est de même en suède en cas de refus de traitement antisida en cours de grossesse.

Ceci nous conduit directement à l'analyse du statut juridique des êtres prénataux (embryon et fœtus).

2.3.2. La protection sur le plan médical

Le but de toute médecine est d'épargner aux hommes, les malheurs et les souffrances de la maladie ou handicap donc lutter contre la nature dans ce qu'elle a de nuisible ou de ressentir par les hommes comme. Nos sociétés modernes font aussi obligation aux hommes de se soigner ou de prévenir certaines maladies considérées des fléaux sociaux.

Tout un arsenal des mesures médico-légales est ainsi mis en place au service de la santé considérée comme bien individuel mais aussi collectif.

L'enfant à naître doit bénéficier d'une protection exceptionnelle contre toute sorte des maladies infectieuses

2.3.3. Statut juridique de l'embryon et du fœtus en droit congolais

La législation congolaise ne détermine pas expressis verbis le statut juridique de l'embryon ou du fœtus, si bien que la question peut donner lieu à des controverses dans la doctrine.

Notons que les doctrines de l'éthique ont fortement influencé les législations à travers le monde sur la question d'accorder ou non le statut juridique à l'embryon et au fœtus. Il y a lieu cependant d'analyser certains textes et d'en déduire ce statut, parmi ces lois, on peut retenir d'une part la loi n°87-010 du 1^{ère} août 1987 tel que modifié et complété par la loi n°016/008 du 15 juillet 2016 portant code de la famille et le décret du 30 janvier 1940 tel que modifié jusqu'au 31 décembre 2009 et ses dispositions complémentaires portant code pénal congolais.

2.3.4. Statut juridique du fœtus selon le code de la famille

La loi n°87-010 du 1^{ère} août 1987 tel que modifié et complété par la loi n°016/008 du 15 juillet 2016 portant code de la famille aurait été le texte approprié où, de manière claire, devait être défini le statut juridique du fœtus en droit congolais. Il n'en est cependant rien, quoique ce texte parle dans certaines de ses dispositions de l'enfant conçu.

Dans cette optique, le fœtus est doté de la personnalité juridique dès sa conception, à condition que l'enfant qui en résulte soit né vivant et viable. En d'autres termes, sa personnalité juridique est conditionnelle (condition suspensive) avec effets rétroactifs dès la conception.

Il ne nous semble pas cependant qu'il faille asseoir cette opinion sur l'article 840 du code de la famille. En effet, cette disposition admet qu'une donation ou un testament peut être fait au profit d'un enfant simplement conçu. On peut en déduire qu'il est reconnu la personnalité juridique à ce dernier, car c'est uniquement au profit d'un sujet de droit qu'une donation ou un testament peut être fait. Mais seulement, d'après ce texte, cette donation ou ce testament n'aura des effets que si l'enfant conçu est viable. Cela revient donc à dire que la naissance viable, ne détermine non pas la personnalité juridique de l'enfant conçu. (Car elle est bien affirmée), mais simplement l'effectivité de la donation ou du testament.

Méconnaître la personnalité juridique du fœtus au motif que l'enfant n'aura pas été né vivant et viable entrerait en contradiction flagrante avec les dispositions du code pénal qui répriment l'avortement.

Comme nous parlons de l'avortement, au-delà de nos frontières, précisément aux Etats-Unis d'Amérique, l'embryon et le fœtus sont considérés comme des choses, de « person hood » c'est-à-dire des personnes en plastique. Cette théorie était à l'origine

d'une pratique horrible d'avortement sous l'administration Clinton, « the partial birth absorption ».

Cette pratique consistait pour les avortistes américains de mettre en pièce l'embryon ou le fœtus à partir du sein maternel, et de le retirer pièce par pièce. Ils laissaient à l'intérieur de la mère c'est-à-dire dans l'utérus la tête et la nuque de l'enfant à partir de laquelle ils faisaient une perforation, puis aspiraient toute la substance cérébrale et enfin le sortaient.

Lorsqu'il leur était posé la question de savoir pour quelle raison ils se comportaient ainsi, ils répondaient simplement que c'était pour s'assurer que l'enfant à naître était effectivement mort.

2.3.5. Statut du fœtus selon le code pénal

Plus que le droit civil, le code pénal ne fait aucun ombrage sur le statut juridique du fœtus en droit congolais. En effet, soucieux de sauvegarder le droit sacrés et indéniables de tout être humain, notamment le droit de toute personne à la vie, le code pénal réprime tout acte ou tout fait destiné à la destruction d'un germe de vie humaine comme soulever ci-haut ayant commencé à se développer. Mais il ne s'est pas limité au respect de la vie humaine en gestation, il est allé plus loin en prohibant également toute propagande de nature à empêcher la conception.¹³¹

Dans le même ordre d'idées, la loi pénale ne protège guère l'embryon et le fœtus, du moins *expressis verbis*. Par ailleurs, celle-ci sanctionne et punit l'avortement, qui est un acte interruptif volontaire de grossesse, et son évacuation à l'extérieur. On peut cependant imaginer qu'en sanctionnant l'avortement, il étend la protection indirectement, virtuellement à l'embryon et au fœtus.

Aux termes des articles 165 et 166 du décret du 30 janvier 1940 tel que modifié jusqu'au 31 décembre 2009 et dispositions complémentaires portant code pénal congolais, dans son livre II,

¹³¹ LIKULIA BOLONGO, droit pénal spécial zaïrois, LGDJ, paris, p.177.

l'avortement peut être défini comme l'expulsion prématurée du fœtus volontairement par un procédé artificiel quelconque, quel que soit le stade de son développement et indépendamment de sa viabilité.¹³²

L'élément matériel de cette infraction consiste ainsi dans des pratiques ou manœuvres destinées à interrompre artificiellement la grossesse en provoquant l'expulsion prématurée du produit de la conception.

Le consentement de la femme est inopérant, car on a estimé que le refus de prendre en considération le consentement de celle-ci répond à l'idée que ce consentement ne peut légitimer l'acte qui est criminel, qui menace l'intérêt social et destiné à priver un être le droit de tué. La femme ne peut pas décider de la vie ou de l'existence d'un être humain même en gestation, ce qui est d'ailleurs conforme aux principes généraux du droit tels qu'ils sont appliqués en matière du meurtre et des coups et blessures.¹³³

Il résulte de tout ce qui précède que le fœtus est regardé comme une personne qu'il faut déjà protéger. Cette mentalité heurte cependant la conception de la personnalité juridique du fœtus et de l'embryon en droit comparé.

2.4. Statut juridique de l'embryon et du fœtus en droit comparé

Ici nous allons analyser quelques cas des certains pays vu le temps qui nous est donné.

- **En droit Français**

Si en droit français le statut de l'embryon et du fœtus demeure incertain, ces incertitudes n'ont cependant empêché de lui accorder une protection juridique.

¹³² LIKULIA BOLONGO, op. Cit, p.178

¹³³ Idem.

- **Incertitude de statut**

L'incertitude du statut juridique de l'embryon et du fœtus résulte du fait que d'une part ces derniers ne sont pas considérés comme des personnes juridiques.

2.4.1. L'embryon et le fœtus ne sont pas des personnes juridiques

En droit français, on considère que l'embryon et le fœtus ne sont pas des personnes juridiques. Ce n'est qu'à la naissance, et à condition de naître vivant et viable que la personne acquiert un état civil.¹³⁴

L'acte de naissance est réservé à l'enfant, même décédé au moment de la déclaration, mais dont il est démontré qu'il a vécu. Dans le cas contraire, seul un acte d'enfant sans vie pourra être établi, et encore à condition que la gestation ait duré au moins 180 jours.

2.4.2. L'embryon et le fœtus sont des personnes humaines en devenir

Le statut juridique de l'embryon est souvent présenté comme une alternative entre les deux grandes catégories juridiques que sont les choses et les personnes. Seules les personnes peuvent être sujet de droit, tandis que les choses sont objet de droit. La doctrine estime que la législation a considéré l'embryon comme une chose. Certains juristes estiment qu'un tel statut n'est pas incompatible avec la protection légale que mérite une chose sacrée ou une chose personnifiée. D'autres enfin font valoir que la distinction entre les personnes et les choses est inopérante, et n'a de pertinence que dans un débat sur l'appropriation.

L'absence de droits objectifs n'exclut pas que la personne en devenir bénéficie d'une protection objective, à l'aide des

¹³⁴ Frédérique DREIFUSS-NETTER, statut de l'embryon et du fœtus, in <http://www.droit.univ-paris5.fr>.

instruments que les droits fondamentaux d'inspiration constitutionnelle : respect de l'être humain dès le commencement de la vie, dignité de la personne humaine.

III. Protection de l'embryon et du fœtus

Le régime de protection de l'embryon et du fœtus fait une distinction entre l'embryon in utero et l'embryon in vitro.

3.1. L'embryon in utero

L'embryon ou le fœtus in utero n'a pas n'existence juridique autonome en dehors de la personne de la femme. C'est ainsi que la loi HURIET, modifié par la loi de 2004-806 du 09 août 2004 (J.O. du 11 août 2004) ne connaît que la recherche sur les femmes enceintes ou les parturientes, soumises à des conditions restrictives. De même, une fois expulsés, les fœtus n'ont longtemps été considérés que comme des déchets opératoires.

La loi du 06 août 2004 relative à la bioéthique subordonne le prélèvement de tissus et de cellules embryonnaires ou fœtaux au consentement écrit de la femme, après une information sur les finalités du prélèvement.

La loi ne s'est préoccupée du fœtus en tant que tel qu'à travers la répression de l'avortement puis la loi sur l'interruption de grossesse. La loi Veil en 1975, sans dépénaliser l'avortement, a admis sa justification pendant les six premières semaines de la grossesse tirée de la détresse de la femme, dans le cadre d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

3.2. L'embryon in vitro

Les lois dites de bioéthique du 29 juillet 1994 ont tenté de préserver autant que faire se peut la conservation et le transfert des embryons fécondés in vitro afin de leur donner une chance de naître.

Cependant, après des débats passionnés, le législateur a entériné dans certaines circonstances la fin de leur conservation (embryon fécondé avant 1994, au bout de cinq ans de conservation, sans projet parental et dont il a été vérifié qu'ils ne peuvent être accueillis par un autre couple).

La loi autorise également le tri des embryons grâce au diagnostic pré-implantaire pratiqué afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'une anomalie particulière.

1.2.1 En droit allemand

L'Allemagne protège le fœtus dès la procréation.

En effet, le fœtus naturel est protégé par la loi fondamentale allemande en tant qu'être vivant dès la conception, toutefois à des degrés divers. Cela entraîne certains droits, comme la protection contre le clonage, tout en autorisant par exemple l'avortement, ce qui n'est pas le cas du fœtus non naturel (in vitro) concernant le clonage thérapeutique. Mais la législation allemande ne prévoit pas de poursuites du meurtrier d'une femme enceinte pour un double crime.

3.2.2 En droit danois

Le fœtus n'a pas de statut juridique en droit danois. Toutefois, en cas d'agression contre une femme enceinte, les juges peuvent considérer que le délit a été commis dans des circonstances aggravantes, en raison de l'état de la victime. Mais la loi ne fait pas mention de double délit dans un tel cas.

3.2.3. Statut juridique de l'embryon et du fœtus dans la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

La convention sur les droits de l'homme et la biomédecine contient deux principes concernant l'embryon (article 14 et 18). Elle interdit d'une part d'utiliser des techniques d'assistance médicale à la procréation en vue de sélectionner le sexe de l'enfant à naître (sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire

grave liée au sexe), et d'autre part la constitution d'embryon humains à des fins de recherche. Elle stipule en outre que lorsque la recherche sur l'embryon est admise par la loi, celle-ci doit assurer une protection adéquate de l'embryon.

La cour européenne des droits de l'homme s'était prononcée le jeudi 8 juillet 2004 sur une plainte contre l'Etat Français relative à la protection de l'enfant non né.

La requérante, une ressortissante française, dénonçait le refus des autorités françaises de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de l'enfant à naître qu'elle portait. Considérant que l'enfant doit être regardé comme un être humain dès sa conception, la requérante demandait que le droit à la vie, garantie dans l'article 2 de la convention européenne des droits de l'homme, soit étendu à l'enfant non né.

Tout comme la cour de cassation s'est toujours refusée à considérer le fœtus comme une personne humaine pénalement protégée, la cour européenne a considéré que « c'est la potentialité de cet être et sa capacité à devenir une personne qui doivent être protégés au nom de la dignité humaine sans pour autant en faire une personne qui aurait un droit à la vie au sens de l'article 2 de la convention.

CONCLUSION

Les développements qui précèdent révèlent qu'il plane une grande incertitude sur le statut juridique de l'embryon et du fœtus dans les différents systèmes étatiques.

En l'absence des textes spécifiques définissant clairement le statut juridique de l'embryon et du fœtus, ce statut semble généralement être tiré des lois pénales, en l'occurrence celles relatives à l'incrimination d'homicide involontaire ou parfois même d'avortement.

La question fondamentale à ce sujet est celle de savoir si un embryon ou un fœtus peut être victime d'homicide involontaire au sens du code pénal. En d'autres termes, un embryon ou un fœtus peut-il être regardé comme autrui au sens de la loi pénale ?

Les difficultés surgissent alors parce que la réponse exige que soit précisé le contenu de ce terme « autrui », ce à quoi les législateurs ne se sont employés, ni la jurisprudence fondamentalement étayée. Au sens courant de terme, le dictionnaire **Littré** définit autrui par « les autres, le prochain ». Dès lors, plusieurs acceptions ont pris naissance, deux aux antipodes et une troisième que l'on peut qualifier d'intermédiaire.

En effet, la conception intermédiaire, l'être humain ne devient « autrui » qu'à sa naissance. Quant à la conception large, l'être humain devient autrui dès sa conception. Enfin selon la perception intermédiaire, l'être humain ne devient « autrui » qu'à partir du moment de son développement intra-utérin où il est viable, c'est-à-dire qu'il peut vivre séparé de sa mère.

Comme l'on peut bien s'en rendre compte, à ces trois conceptions correspondent naturellement trois critères juridiques : les critères du vivant, pour la conception large et enfin le critère de la viabilité pour la conception intermédiaire.

L'analyse de la jurisprudence française a laissé voir que les législations de fond oscillent en retenant tantôt le critère du

vivant, excluant, ainsi la qualification d'homicide involontaire lorsque la victime est un fœtus, tantôt le critère de viabilité, en admettant la qualification d'homicide involontaire s'il est démontré que le fœtus est viable.

Quant à la chambre criminelle de la cour de cassation Française, sa position paraît ambiguë. Au-delà de la bataille doctrinale sur la question, il nous semble qu'il faille considérer l'embryon ou le fœtus comme étant « autrui », c'est-à-dire doté de la personnalité juridique.

Dans ce sens, le terme autrui se réfère tout simplement à la vie humaine, laquelle remonte à la fécondation. Grâce aux progrès réalisés dans le domaine de la médecine, il est démontré clairement qu'à quatre semaines, le fœtus a déjà un cœur, un estomac : c'est le début de la mise en place de ses principaux organes.

A deux mois, le fœtus bouge, à trois mois, il va tripler de volume, à quatre mois, il est capable d'ouvrir la bouche et de froncer les sourcils, à cinq mois le sexe du fœtus est visible à l'échographie.

Nous estimons ainsi que l'embryon ou le fœtus est véritablement un être humain qui se développe du moment de la fécondation au stade suivant. Et il n'existe pas de stade pré-embryonnaire, car l'étape qui précède, l'être humain n'existe pas, seules existent deux gamelles (cellules reproductrices). C'est leur fusion au moment de la fécondation qui marquera le début du développement d'un nouvel être humain.

Il est temps que soit close la discussion sur le statut juridique de l'embryon et du fœtus, par la consécration législative claire et nette de la réalité que l'embryon ou le fœtus est bel et bien une personne pleinement humaine.

S'il est vrai que l'enfant à naître vient des parents humains, il est tout aussi indéniable que les parents humains ne peuvent engendrer que des enfants humains. L'environnement ou le lieu où se trouve l'embryon où le fœtus ne peut lui ôter sa personnalité

humaine, car le lieu où l'on se trouve n'a jamais déterminé la personnalité d'une personne. Car lorsqu'une personne se déplace de sa maison, elle ne cesse pas pour autant d'être soi-même, en dépit de ce changement d'endroit.

La médecine humaine apporte un argument de taille à cette thèse, car elle considère un embryon ou un fœtus comme patient, qui mérite respect, soins et attention, c'est un être spécifique qui a droit au respect de sa dignité. Le monde devient de plus en plus humaniste et humanisant, mais cet humanisme et cette humanisation commande que soient reconnus la personnalité humaine des êtres non nés.

Néanmoins, une attitude éthique et responsable peut amener à transgresser la protection qui lui est due. Aussi appartient-il à la société de se référer plus à l'éthique de responsabilité qu'à celle de conviction et de militer pour une organisation équilibrée plutôt qu'imposer par la voie législative les convictions aux personnes qui ne les partagent pas.

Il nous semble que le droit congolais est une avancée significative et satisfaisante sur cette question. Puissent les législateurs des pays qui hésitent encore à consacrer sans ambages la personnalité juridique de l'embryon et du fœtus prendre conscience de cette réalité.

En définitif, on peut retenir que l'être prénatal n'est ni une personne, ni une chose, ni un amas de cellules, il est plutôt un patient qui mérite respect, soin et attention. C'est un être spécifique qui a droit au respect de sa dignité

BIBLIOGRAPHIE

1. Décret-loi du 30 janvier 1940 tel que modifié jusqu'au 31 décembre 2009 et ses dispositions complémentaires portant code pénal congolais et modifié et complété à ce jour par la loi n°09/018 du 20 juillet 2006, J.O.RDC ;
2. La loi n° 010-87 du 1^{er} août 1987 tel que modifié et complété par la loi n°016/008 du 15 juillet 2016 portant code de la famille ;
3. La loi n°09/004 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant ;
4. La constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi du 20 janvier 2011, J.O de la RDC ;
5. Convention relative aux droits de l'enfant, nations unies du 20 décembre 1989.
6. MASSAGER Nathalie, le droit de l'enfant à naître, thèse de doctorat en droit privé et judiciaire, Université Libre de Bruxelles, 1997 ;
7. LIKULIA BOLONGO, Droit pénal spécial zaïrois, LGDJ, paris, 1985 ;
8. SURREAU Claude, son nom est personne, paris, 2005 ;
9. DOUCHY Méline, Droit civil, 1^{er} année introduction, personnes, famille, 2^{ème} éd, paris, Dalloz, 2003.
10. CORNU Gérard, introduction, les personnes, les biens, paris, 8^{ème} éd, Montchrestien, 1995 ;
11. MALAURIE, PHILIPPE et ALI, les personnes, les incapables, 3^{ème} éd, paris, Cujas, 1995 ;
12. ROSTAND Jean, l'homme, cité par le dictionnaire Grand Robert de la langue Française ;
13. IDZUMBUIR ASSOP (J), la loi de la protection de l'enfant en République Démocratique du Congo, analyse et perspective, éd, Cedesarck 2013.
14. BOMPAKA NKEY, droit civil, les personnes, Faculté de droit, Université de Kinshasa, 2005-2006 ;
15. KOYORONWA GWALO Christophe, le paradigme du statut et de la filiation des enfants procréés artificiels assistés en droit congolais, éd. Chaire Unesco UNIKIN 2008 ;

16. KYABOBA KASOBWA Léon, Introduction Générale au droit privé, cours photocopié, 1^{er} année de graduat A, Faculté de droit, UNIKIN 2013 ;
17. SAMUTONDI IKOMBA Samy, Introduction Générale au droit privé, 1^{er} éd, CREFIDA, 2016 ;
18. Frédérique DREIFUS-HETTER, statut de l'embryon et du fœtus, in <http://www.droit.univ-paris5.fr>.
19. MULUMBA KATCHY et MULUMBA KANYUKA, Introduction Générale au droit, 2^{ème} éd, CREFIDA, 2018.
20. MULUMBA KATCHY et MULUMBA KANYUKA, Droit coutumier congolais, 3^{ème} éd, CREFIDA, 2018.

**LA BINATIONALITE COMME REMEDE AU
PROBLEME DE LA NATIONALITE EN DROIT POSITIF
CONGOLAIS**

Par

POMBO KAPIKANYA Patrice
patricepombo@gmail.com

RESUME

Le nombre et surtout la qualité de Congolais concernés par la problématique de la double nationalité rend le débat sur cette question d'autant plus intéressant. Les interrogations liées particulièrement à la « pluri-nationalité » ne peuvent pas être traitées avec légèreté et regardées avec un air dédaigneux. Cette question met en lumière la gravité de la situation, la fracture entre la loi et la réalité sociale, l'hypocrisie et, enfin, l'ambivalence des autorités politiques se cachant derrière toutes sortes d'échappatoires. C'est pour cette raison qu'actuellement ce problème relatif binationalité doit être examiné dans une « construction politique authentique » et non plus par réaction, suite à l'agression de quelques pays voisins sous le fallacieux prétexte de la nationalité, mais par véritable création. Il ressort, de ce qui précède, que le droit congolais sur la nationalité est à réformer. Elle doit prévoir une exception au bénéfice des Congolais d'origine ayant perdu, malgré eux, la nationalité congolaise du fait de l'acquisition d'une autre nationalité, en leur permettant ainsi de conserver leur nationalité congolaise d'origine.

ABSTRACT

The number and especially the quality of Congolese concerned by the problem of dual nationality makes the debate on this issue all the more interesting. Questions particularly linked to “multi-nationality” cannot be treated lightly and looked at with a disdainful air. This question highlights the seriousness of the situation, the divide between the law and social reality, the hypocrisy and, finally, the ambivalence of the political authorities hiding behind all kinds of loopholes. It is for this reason that

currently this problem relating to binationality must be examined in an "authentic political construction" and no longer by reaction, following the aggression of a few neighboring countries under the fallacious pretext of nationality, but by real creation . It appears from the above that Congolese law on nationality needs to be reformed. It must provide for an exception for the benefit of Congolese of origin who have, against their will, lost their Congolese nationality due to the acquisition of another nationality, thus allowing them to retain their original Congolese nationality.

MOTS CLES

Lien, juridique, rattacher, individu, Etat, nationalité et double nationalité.

INTRODUCTION

La nationalité est définie comme le lien juridique qui rattache une personne à un Etat¹³⁵. Elle est donc ce lien juridique et politique, défini par la loi d'un Etat, unissant un individu audit Etat¹³⁶.

Concernant le droit de la nationalité, il a été arrêté, par le droit international, qu'il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux¹³⁷. En outre, pour le droit international, toute question relative au point de savoir si un individu possède la nationalité d'un Etat doit être résolue conformément à la législation de cet Etat¹³⁸.

De la sorte, le principe est que la nationalité est octroyée ou reconnue par un Etat donné, selon sa souveraine appréciation. C'est une démarche qui ne laisse qu'une part limitée aux aspirations des individus ou de groupe d'individus¹³⁹. Cela a été

*Chef de Travaux à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa

¹³⁵ SAMUTONDI IKOMBA, S., Droit international privé, ABCPrint, Kinshasa, 2022, P. 89.

¹³⁶ Idem, P. 88.

¹³⁷ Article 1^{er} in limine Convention de La Haye du 12 avril 1930.

¹³⁸ Article 2 Convention de La Haye du 12 avril 1930.

¹³⁹ SAMUTONDI IKOMBA, Op.cit., P. 95.

affirmé par la jurisprudence internationale en l'affaire *Nottebohm*. Dans cette dernière, la Cour Internationale de Justice avait affirmé que « Le droit international laisse à chaque Etat le soin de déterminer l'attribution de sa propre nationalité. La nationalité n'est pas purement formelle, mais exprime une solidarité d'existence, d'intérêt et de sentiment tendant à une réciprocité des droits et devoirs et qu'il appartient à tout Etat souverain de régler, par sa propre législation, l'acquisition de sa nationalité ainsi que de conférer celle-ci par la naturalisation octroyée par ses propres organes, conformément à cette législation »¹⁴⁰.

La République Démocratique du Congo n'échappe pas à cette règle d'airain en ce que ses dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires en vigueur organisent le droit de la nationalité. Il s'agit de la Constitution de la République Démocratique du Congo 18 février 2006 telles que 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 2006¹⁴¹, de la Loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise et de l'Arrêté ministériel n° 261/CAB/MIN/J/2006 du 04 juillet 2006 portant certaines mesures d'exécution de la Loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise.

Après analyse, il ressort de ces différents documents officiels congolais susmentionnés que la principale caractéristique du droit congolais de la nationalité est l'unicité et l'exclusivité de la nationalité congolaise.

En effet, les dispositions de la Constitution de la République Démocratique du Congo 18 février 2006 telle que révisée à ce jour édictent que « La nationalité congolaise est une et exclusive.

¹⁴⁰ AFFAIRE NOTTEBOHM (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955 in *Recueil de la C.I.J. de 1955*, P. 4.

¹⁴¹ Textes coordonnés JOURNAL OFFICIEL de la République Démocratique du Congo, Numéro Spécial, 52ème année, 5 février 2011.

Elle ne peut être détenue concurremment avec aucune autre »¹⁴². Et à cette même Constitution d'ajouter qu'« Une loi organique détermine les conditions de reconnaissance, d'acquisition, de perte et de recouvrement de la nationalité congolaise »¹⁴³. Il s'agit de la loi n°04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise. Dans cette dernière, le législateur congolais a repris textuellement les dispositions constitutionnelles susmentionnées en disposant que «La nationalité congolaise est une et exclusive. Elle ne peut être détenue concurremment avec une autre nationalité »¹⁴⁴. Cela revient à dire, comme précisé avec clarté toujours par la loi n° 04/024 précitée, « Toute personne de nationalité congolaise qui acquiert une nationalité étrangère perd la nationalité congolaise en vertu des dispositions de l'article 1er de la présente loi »¹⁴⁵. De la sorte, l'acquisition de la nationalité étrangère par un Congolais conduit à la perte de la nationalité congolaise. De même, l'acquisition par un étranger de la nationalité congolaise conduit à la perte par ce dernier de son ancienne nationalité.

Il sied de noter que le constituant du 18 février 2006 n'est pas le premier à avoir utilisé ce principe couplé de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise en ce que ce dernier était déjà édicté par la Constitution de Luluabourg du 1^{er} août 1964 en ce que ce texte constitutionnel arrêtaient qu'«Il existe une seule nationalité congolaise »¹⁴⁶. En sus, pour ce même texte constitutionnel, « Tout Congolais qui acquiert volontairement la nationalité d'un autre Etat perd la nationalité congolaise »¹⁴⁷.

¹⁴² Article 10 alinéa 1^{er} Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que 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.

¹⁴³ Article 10 alinéa 2, Idem.

¹⁴⁴ Article 1^{er} Loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise.

¹⁴⁵ Article 26 Loi n° 04/024 du 12 novembre 2004 relative à la nationalité congolaise.

¹⁴⁶ Article 6 alinéa premier Constitution de Luluabourg du 1^{er} août 1964.

¹⁴⁷ Article 7 alinéa 2 Constitution de Luluabourg du 1^{er} août 1964.

A la suite de la Constitution de Luluabourg susmentionnée, les textes constitutionnels qui ont suivi n'ont fait que mettre à côté l'un de l'autre, dans une seule disposition, les deux principes. Il en est ainsi de la Constitution de la République du Zaïre (article 11 alinéa 1^{er}), de l'Acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de transition du 04 août 1992 (l'article 8) (non promulgué), de la Loi n°93-001 du 02 avril 1993 portant acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de transition, de la Constitution de la Conférence nationale souveraine de Novembre 1992 (article 12) (non promulguée), de l'Acte constitutionnel de la transition du 09 avril 1994 (article 8), de la Constitution de la transition (article 14) et de la Constitution de la RDC du 18 février 2006 (article 10).

De ce qui précède, il y a lieu de se poser quelques questions.

L'une d'elles est celle de connaître les raisons qui ont poussé le législateur congolais à opter pour l'unicité et l'exclusivité de sa nationalité. Cela revient à rechercher le pourquoi de l'attachement du législateur congolais au principe de l'unicité et l'exclusivité de la nationalité congolaise.

Une autre est celle de savoir si ce principe a encore sa raison d'être. Dans la négative, quelle est la direction que doit absolument suivre le législateur congolais (maintenir ou supprimer) et qu'est-ce qui justifierait pareil virage ?

Enfin, faudrait-on envisager dans ce contexte une réforme législative ?

Pour répondre à ces deux questions, nous cernerons, dans un premier temps, le contour de ce double principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise (I), avant de voir, dans un autre temps, ce que doit être désormais, *de lege ferenda*, l'attitude du constituant congolais quant à son maintien ou à sa suppression, lorsque nous savons que, nonobstant cette prohibition de cumul, certains membres du Gouvernement congolais, certains députés et leurs enfants possèdent deux ou plusieurs nationalités pour une raison ou une autre (II).

I. Examen du principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise

Il est fort malaisé de cerner, avec une nette précision, le contour de l'expression « unicité et exclusivité de la nationalité ». Pour tenter d'y arriver dans cette réflexion, nous analyserons successivement la position du problème (1), l'historique du principe (2), les justifications de sa raison d'être (3), avant de donner les critiques contre le principe (4)

I.1. Position du problème

La règle de la nationalité une et exclusive était, à son origine, destinée à pacifier les relations entre les populations surtout de l'Est de la RDC qui comprennent les Ougandais, les Rwandais et les Burundais.

En effet, depuis l'accession de la RDC à l'indépendance, la question de la nationalité s'y pose avec acuité. Les populations étrangères qui ont immigré au Congo-Belge lors de la colonisation ne sont pas toujours considérées comme nationales par les populations autochtones.

L'unité et l'exclusivité de la nationalité constituent deux facettes d'une même règle d'unicité: la première est opposable *ad intra* et la seconde opposable *ad extra*. L'unité de la nationalité congolaise découle de l'unité et de l'indivisibilité de l'État congolais affirmées à l'article 1^{er} de la Constitution. La RDC n'étant pas une mosaïque d'États, on n'y connaît qu'une seule nationalité congolaise et non une nationalité plurielle. En d'autres termes, il n'existe pas plusieurs nationalités congolaises. On pourrait trouver dans cette règle une prévention contre les velléités sécessionnistes. L'exclusivité prohibe la détention par les Congolais d'une autre nationalité¹⁴⁸.

¹⁴⁸ YATALA NSOMWE NTAMBWE, C., "De l'unité et l'exclusivité de la nationalité congolaise à la reconnaissance

Qu'à cela ne tienne, ce principe de l'unicité et l'exclusivité de la nationalité congolaise a toute une histoire, qu'il importe désormais d'étudier dans la section suivante.

I.2. Considérations évolutives du principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise

Le principe de l'unicité et l'exclusivité de la nationalité congolaise se trouve repris dans tous les textes constitutionnels de la République Démocratique du Congo, de la Constitution de Luluabourg du 1er août 1964 à la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, telle que modifiée à ce jour.

Ainsi, la Constitution de Luluabourg avait prévu que la nationalité congolaise « est attribuée, à la date du 30 juin 1960, à toute personne dont un des ascendants est ou a été membre d'une tribu ou d'une partie de tribu établie sur le territoire du Congo avant le 18 octobre 1908 » (art. 6 al. 1er).

Cette condition d'établissement sur le territoire congolais avant le 18 octobre 1908 avait pour but d'assurer la cohésion et le vivre-ensemble des populations se trouvant le territoire de la République Démocratique du Congo. La loi n° 1972-002 du 5 janvier 1972 relative à la nationalité zaïroise poursuivait le même but. L'article 15 de cette loi disposait : "Les personnes originaires du Ruanda-Urundi qui étaient établies dans la province du Kivu avant la 1^{er} janvier 1950 et qui ont continué à résider depuis lors dans la République du Zaïre jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente loi ont acquis la nationalité zaïroise à la date du 30 juin 1960".

Devant son inefficacité au regard, notamment, de la falsification des pièces d'identité, cette loi de 1972 a fini par être abrogée et

de la double nationalité", 2019 en ligne sur <https://www.droitcongolais.info/files/YATALA-NATIONALT-RDC.pdf>, consulté le 20 mai 2023.

remplacée par une autre, celle du 29 juin 1981. Celle-ci rendait plus restrictif encore l'accès à la nationalité zaïroise qui n'est plus reconnue qu'aux originaires du Rwanda-Burundi établis dans la province du Kivu avant le 1er janvier 1950 à la suite d'une décision de l'autorité coloniale. Elle maintient le critère d'une nationalité zaïroise unique et exclusive (art. 1er). Elle précise que pour être reconnu congolais d'origine, la tribu d'appartenance devait être installée à l'intérieur des frontières congolaises au 1er août 1885.

Devant l'impossibilité de déterminer avec précision toutes les tribus installées au Congo à cette période, cette loi a contribué à la dégradation des relations intercommunautaires. Aussi, pour mettre fin à ce désordre sociopolitique et faciliter le vivre-ensemble, la nationalité congolaise a été octroyée à toutes les personnes dont les ascendants font partie des groupes ethniques établies sur le territoire congolais à partir du 30 juin 1960 et les principes de son unité et de son exclusivité ont été repris. Nonobstant le fait qu'ils ne sont pas toujours respectés.

Le principe de l'unicité et l'exclusivité de nationalité congolaise est rappelé au §2 de l'Exposé des motifs de la loi sur la nationalité n°004/020 du 12 novembre 2004. Cette loi a été adoptée en exécution de la résolution n° DCI/CPR/03 du Dialogue inter Congolais, de l'Accord global et inclusif et de la Constitution de la transition. Les délégués au Dialogue inter-congolais avaient décidé de mettre fin à la fracture sociale créée par la question de nationalité, afin d'établir la coexistence pacifique de toutes les couches sociales sur l'ensemble du territoire national.

Enfin, l'article 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

Il s'observe a contrario que nonobstant le principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise, certains hommes politiques congolais ont, au moins une nationalité étrangère en plus de la congolaise. La question avait été débattue à

l'Assemblée nationale et le Bureau de la Chambre basse du Parlement congolais avait, en février 2007, adopté une solution politique en décrétant un moratoire pour des députés binationaux ou plurinationaux, afin qu'ils se mettent en règle. Le délai contenu dans ce moratoire a déjà largement été dépassé, malgré le grand nombre de ses détracteurs. Ce principe a beaucoup de partisans. C'est pour cette raison que nous allons, dans les lignes qui suivent, examiner les arguments qui militent pour son maintien en droit positif congolais.

I.3. Les arguments justifiant le principe l'unicité et l'exclusivité de la nationalité congolaise

Les partisans du principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise invoquent plusieurs raisons, notamment la lutte contre la fracture sociale entre Congolais d'origine et Congolais d'origine étrangère (1) et son effet dissuasif (2).

I.3.1. La lutte contre la fracture sociale

La raison d'être de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise, réside principalement dans la lutte contre la fracture sociale entre autochtones et congolais d'origine étrangère, surtout à l'Est de notre territoire, et dans la garantie d'une coexistence pacifique entre eux, dans le sens de permettre aux étrangers d'alors de s'intégrer, d'être intégrés et de se sentir chez eux en RDC.

Toutefois, en quoi ceux des Congolais d'origine ayant acquis la nationalité étrangère, et ne vivant pas de surcroît toujours sur le territoire de la RDC, menaceraient-ils la coexistence pacifique en conservant leur nationalité d'origine? Non seulement cette raison n'est pas suffisante pour les priver de leur nationalité congolaise, mais elle ne me paraît pas les concerner¹⁴⁹.

¹⁴⁹ YATALA NSOMWE NTAMBWE, C., *Op.cit.*

L'effet dissuasif du principe de l'exclusivité et de la nationalité congolaise est également invoqué pour justifier son maintien en droit positif congolais.

I.3.2. Son effet dissuasif

On pourrait aussi prétendre que les principes d'unité et d'exclusivité de la nationalité congolaise sont dissuasifs pour l'émigration et la fuite de cerveaux.

Certes, lorsqu'on est attaché à sa patrie on peut difficilement renoncer à sa nationalité d'origine. Pourtant, la réalité montre que la nationalité une et exclusive n'a pas arrêté l'émigration. Le problème se situe au niveau des conditions socio-économiques. Les Congolais ayant acquis la nationalité étrangère ne l'ont pas fait de gaieté de cœur. C'est pour des raisons de sécurité existentielle. Si cette sécurité était dignement assurée, le nombre d'émigrés diminuerait sensiblement, car parmi eux on trouve souvent des cas économiques et sociaux. De même, la tendance à chercher la nationalité étrangère n'aurait pas eu autant de proportion aujourd'hui. Les Français, les Suisses, les Canadiens, les Américains ne courent pas après la nationalité étrangère. Leur mobilité n'est pas aussi réduite que celle des Congolais, pourtant leurs États prévoient la possibilité pour leurs ressortissants d'acquérir une nationalité étrangère sans perdre leur nationalité d'origine¹⁵⁰.

Ce principe n'a pas connu que des mérites, mais il importe de noter l'existence d'une série des critiques lui adressées par les doctrinaires à différents niveaux.

Cela étant, il importe désormais d'examiner les arguments à l'étai desquels les pourfendeurs du principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise s'appuient pour exiger sa suppression.

¹⁵⁰ YATALA NSOMWE NTAMBWE, C., *Op.cit.*

I.4. Les attaques contre le principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise

Trois arguments sont habituellement soulevés pour saper le principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise à savoir sa désuétude (1) et sa violation du principe d'égalité de traitement (2).

I.4.1. Le principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise est dépassé ou anachronique

Pour la doctrine, la règle de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité congolaise est désuète. En effet, eu égard à la libre circulation des personnes et à l'augmentation des flux migratoires, la limitation de la double nationalité n'a plus guère de sens dans le contexte actuel. Le vieux principe selon lequel il faut éviter la pluralité de nationalités doit être revu à la lumière de la réalité actuelle, qui est celle de la mondialisation croissante.

La multi-patridie correspond davantage à la réalité de notre époque. De plus en plus des Congolais vivent et travaillent à l'étranger. Pour s'intégrer au mieux dans la société de l'Etat de résidence, il leur est souvent souhaitable qu'acquérir la nationalité de cet État. Pourtant, ils gardent des attaches socioculturelles très fortes avec le Congo. Lorsqu'ils apprennent que la législation congolaise sur la nationalité les empêche de rester Congolais dès l'instant où ils acquièrent la nationalité de l'Etat de résidence, nombre d'entre eux réagissent avec indignation. Le mariage que les Congolais à l'étranger contractent avec leur Etat de résidence est un mariage de raison. En réalité, les Congolais restent émotionnellement très attachés à leur pays et ces sentiments sont encore exacerbés par le fait qu'ils sont contraints par les circonstances à vivre coupés de leur pays d'origine. L'actuelle législation sur la nationalité est très mal acceptée par beaucoup de Congolais résidant à l'étranger.

Il y a en outre une autre raison pratique importante d'accepter la double nationalité pour les Congolais à l'étranger. La personne qui perd la nationalité congolaise peut la recouvrer par le biais de la procédure de la loi relative à la nationalité. Cette procédure est fort longue, elle coûte de l'argent et de l'énergie. Il est important de supprimer cette bureaucratie inutile.

De même, la limitation prive les Congolais qui vivent à l'étranger de droits souvent essentiels ou utiles. Perdre la nationalité congolaise signifie perdre le droit de vote et les droits de premier rang essentiels à la protection diplomatique. Or, bien des gens acquièrent la nationalité étrangère sous la pression de facteurs extérieurs qui peuvent être de nature culturelle, familiale ou économique et ne choisissent dès lors pas délibérément de renoncer à la nationalité congolaise.

Enfin, la limitation entraîne des complications inutiles pour les nombreux Congolais vivant à l'étranger qui ont contracté des mariages mixtes. S'il est vrai que, dans le cadre des mariages mixtes - de plus en plus nombreux - les époux souhaitent acquérir la nationalité de leur conjoint, cela ne signifie pas pour autant qu'ils souhaitent nécessairement perdre leur nationalité d'origine. En effet, l'acquisition volontaire de la nationalité du conjoint ne saurait entraîner automatiquement l'obligation de renoncer aux liens que l'on a avec la communauté dans laquelle on a grandi. En d'autres termes, le fait, pour un époux, d'acquérir une nouvelle nationalité ne saurait signifier nécessairement que l'individu souhaite rompre avec sa nationalité d'origine¹⁵¹.

Un autre argument utilisé brandi par ceux qui critiquent le principe sous examen ici est sa violation du principe de l'égalité de traitement.

¹⁵¹ MWANZO idin'AMINYE, E., Cours de droit international privé, Maison JUSTOU, Kinshasa, 5^{ème} éd., 2017, P. 155.

I.4.2. La violation du principe d'égalité de traitement par le principe de l'unicité et de l'exclusivité de la nationalité

Ici également, la doctrine estime que la limitation de la double nationalité est contraire au principe de l'égalité de traitement. En effet, les règles actuelles, en vertu desquelles une personne perd automatiquement la nationalité congolaise quand elle acquiert volontairement une nationalité étrangère, sont contraires au principe de l'égalité entre Congolais qui s'installe dans un pays étranger, en acquiert la nationalité et perd sa nationalité congolaise, et l'étranger qui s'installe au Congo, acquiert la nationalité congolaise et peut conserver sa nationalité d'origine¹⁵².

De ce qui précède, n'y a-t-il lieu, pour la RDC, d'effectuer un virage vers la double nationalité. C'est la raison pour laquelle nous allons analyser les arguments pouvant justifier l'instauration de la double nationalité dans la législation congolaise¹⁵³.

De la sorte, il y a lieu également pour la RDC d'opter pour la double nationalité.

II. Le bien-fondé de la double nationalité pour les Congolais d'origine

Les arguments en faveur de la double nationalité pour les Congolais sont légion. Dans le cadre de cette réflexion nous en retenons trois, à savoir la nécessité d'ordre économique (1) et celle ayant trait au social et au culturel (2).

II.1. Les raisons d'ordre économique

Après une analyse attentive, il s'avère que la diaspora congolaise constitue une force économique inestimable pour le Congo. Elle représente une réserve indéniable en termes de ressources

¹⁵² MWANZO idin'AMINYE, E., Op,citt, P. 156.

¹⁵³ Idem.

humaines, sans compter le transfert d'importantes sommes d'argent envoyé dans le cadre de l'assistance familiale.

Il serait indécent de ne pas reconnaître que la diaspora investit déjà dans les secteurs d'activité comme le transport, le commerce, les services, l'éducation et la santé. Selon de nombreuses personnes interrogées, la reconnaissance de la double nationalité serait favorable à l'investissement massif et une participation plus accrue des Congolais vivant à l'étranger. Ceci marquerait aussi la fin d'une espèce de discrimination. Pourquoi persiste-t-on pour des raisons purement formalistes à exclure des véritables originaires du Congo, ayant acquis une autre nationalité, alors que nul n'ignore que l'étranger fait la loi au Congo?

Par ailleurs, il existe dans plusieurs pays européens certaines facilités financières et/ou fiscales relatives aux investissements dans des pays en développement, auxquelles ne peuvent accéder que les ressortissants de l'Union européenne. Il nous semble, dans un tel contexte, très peu probable qu'un européen moyen soit tenté de créer une entreprise au Congo en s'excitant des dites facilités.

Inversement, il est plus que probable que le Congolais d'origine, devenu européen, y soit enclin. Ne serait-ce pas là un bénéfice pour le Congo?

Abordée sous cet angle, la question de la double nationalité est un enjeu majeur de développement face aux défis de la mondialisation. L'application aveugle du principe d'unicité et d'exclusivité conduit donc à beaucoup d'inégalités, d'ineptie etc. L'heure a donc sonné de se pencher sur cette épineuse question afin d'y trouver une solution judicieuse¹⁵⁴.

¹⁵⁴ MUTAMBAYI wa NTUMBA KATSHINGA, D., « Pourquoi la double nationalité au Congo » en ligne sur <https://www.congoforum.be/Upldocs/POURQUOI%20UNE%20DOUBLE%20NATIONALITE%20AU%20CONGO.pdf>, consulté le 17 juin 2023.

Il est également la raison d'ordre socio-culturel qui conduit à l'instauration de la double nationalité au profit des Congolais d'origine.

II.2. Du point de vue socio-culturel

La législation sur la nationalité touche au fondement, à l'essence même d'un pays. Il importe donc d'éviter d'édicter une loi qui entrave l'éclosion de la cohésion sociale de bien fonctionné. D'emblée, il importe, à cet effet, de préciser que la quasi-totalité des naturalisés d'origine congolaise tient à conserver la nationalité congolaise à côté de leur nouvelle nationalité. Sur le plan professionnel cette situation leur offrirait une possibilité de jouer sur deux claviers. Sur plan psychologique et social, ce serait une solution aux tensions produites par le choix univoque qu'ils sont obligés d'opérer.

Eu égard au nombre et surtout à la qualité de personnes concernées par la problématique de la double nationalité, on ne saurait davantage esquisser ce débat.

Il est important, dans ce débat sur la double nationalité, de distinguer des notions qui peuvent contribuer à cette « re-fondation congolaise », propre à notre époque. Il s'agit là de distinguer la signification de quelques notions traditionnelles qui font tellement partie du langage courant qu'on oublie le plus souvent d'en préciser le sens: l'identité et la nationalité.

L'identité concerne la manière d'être et de se connaître des individus, une façon de savoir ce que, et qui, nous sommes, par rapport à notre environnement social et culturel, par rapport à l'image que nous construisons de nous-mêmes et finalement par rapport aux « autres ». L'identité se réalise comme un processus dialectique, au sens d'intégrateur des contraires. Elle autorise l'émergence des particularités individuelles donc l'affirmation de la singularité du sujet et la conformité de l'individu avec le groupe (celui auquel il appartient et/ou celui auquel il se réfère) donc l'uniformité sociale ». Notre identité est diversité. S'il y a

une « identité congolaise », elle est, avant tout : la diversité de nos cultures.

Nous ne pouvons donc prétendre, dès lors au Congo, qu'à une identité, mieux dit : des identités « multiculturelles ». On ne peut construire qu'un Congo pluriel, et tout ce qui peut être entrepris pour promouvoir la diversité et la richesse des différences qui nous caractérisent, nous congolais, doit être soutenu. Nous voudrions, dans cette ligne de réflexion, insister sur le fait que « penser double (pluri) nationalité », en fonction de cette diversité multiculturelle et complexe, ne peut donc pas consister en un exercice rationnel de réductionnisme simplificateur qui ramènerait le tout à quelque idée évidente, ou à quelque principe unique. Une seule idée, ou une seule image ne peut exprimer réellement ce qu'est le Congo. Penser double (pluri) nationalité, c'est donc un exercice de renouvellement et d'invention, et c'est finalement proposer aux Congolais contemporains la tâche d'imaginer et de construire en permanence leurs identités partagées.

La nationalité a un fondement plus objectif. Elle exprime le rattachement de l'individu à une entité politique étatique précise, c'est-à-dire, avant tout, à un territoire donné et à l'autorité qui le domine.

La nationalité fait des « ressortissants » des Etats : c'est une sorte de relation d'appartenance que nous ne maîtrisons pas, les individus étant alors considérés comme les objets d'un pouvoir qui leur est extérieur et qu'ils ne maîtrisent pas réellement. Face au Congo qui est en train de se construire, le Congolais a l'impression de ne partager que l'obligation d'obéir. On comprend dès lors tout ce « scepticisme congolais » qui grandit dans nos opinions publiques chaque fois que le Congo tente de faire un pas en avant. C'est par la nationalité que la société politique devient une société civile, une société « citoyenne » de participation. Il n'y a pas de démocratie, en fait, sans citoyenneté pleine et entière comme articulation de la nationalité. De par sa naissance, le Congolais trouve le fondement de son identité et de sa nationalité dont découlent ses droits de citoyen. Cette logique

de l'unité indissoluble de l'identité et de la nationalité sur le territoire du Congo, explique comment le Congolais, qui acquiert la nationalité étrangère, perd les privilèges liés à la nationalité congolaise. C'est là le drame vécu par cette catégorie des congolais.

Les questions concernant son identité, ses valeurs, sa culture et plus particulièrement sa « pluri nationalité » ne peuvent plus, depuis lors, être esquivées. Voilà pourquoi, nous devons aujourd'hui aborder, dans un nouvel esprit, cette question de la double nationalité dans une « construction politique authentique ». Non plus par réaction, suite à l'agression rwando-ougandaise, ni suite à la politique d'autruche des pouvoirs publics, mais par véritable création. Nous vivons ce que les historiens des idées appellent une époque de « fondation », un moment où de nouveaux concepts doivent émerger, où la perception de la réalité doit s'adapter à des réalités jusqu'alors méconnues.

Devant ce Congo émergent qui n'est plus ravagé par des luttes idéologiques, mais qui est devenu immensément plus complexe, culturellement, économiquement et politiquement, et devant un monde exigeant, l'enjeu est la création d'une véritable « entité politique congolaise », qui nous soit propre, qui corresponde à nos aspirations et au désir de participation de nos concitoyens de l'extérieur, qui souhaitent affirmer davantage leurs différences et leurs identités spécifiques. Mais cette exigence implique de revoir certains modes de notre façon de penser la politique. Dans la situation politique nouvelle que nous connaissons aujourd'hui, il s'agit avant tout de penser « congolais », c'est-à-dire de nous penser nous-mêmes comme sujets de la situation historique dans laquelle nous nous trouvons. C'est là un défi d'une autre ampleur¹⁵⁵.

¹⁵⁵ MUTAMBAYI wa NTUMBA KATSHINGA, D., *Op.cit.*

CONCLUSION

Compte tenu des incidences sociales, politiques et juridiques de la nationalité en droit interne et international, sa possession est d'une importance capitale en ce qu'elle permet de bénéficier pleinement d'une sécurité personnelle. Le nombre et surtout la qualité de congolais concernés par la problématique de la double nationalité rend ce débat d'autant plus intéressant. Les questions liées à notre identité, à nos valeurs, à notre culture et plus particulièrement à la « pluri-nationalité » ne peuvent plus désormais être traitées avec légèreté et regardées avec un air dédaigneux. Cette question met en lumière la gravité de la situation, la fracture entre la loi et la réalité sociale, l'hypocrisie et, enfin, l'ambivalence des autorités politiques se cachant derrière toutes sortes d'échappatoires.

C'est pour cette raison que, nous devons actuellement regarder cette question de la bi-nationalité dans une « construction politique authentique » et non plus par réaction, suite à l'agression de quelques pays voisins sous le fallacieux prétexte de la nationalité, mais par véritable création.

Il est temps que la RDC accepte la double nationalité en faveur des Congolais d'origine. Elle doit harmoniser sa législation en matière de nationalité et adopter les bonnes pratiques déjà appliquées dans d'autres pays.

Il est certain que nous sommes en train de traverser ce que les scientifiques qualifient une période de « fondation », une époque où de nouveaux concepts doivent émerger, où la perception de la réalité doit s'adapter à des réalités jusqu'alors méconnues.

Le Congo, qualifié de pays émergent, a plus à gagner qu'à perdre en s'ouvrant à la double nationalité. Cette possibilité d'une double nationalité doit être ouverte uniquement aux Congolais d'origine et pour les ressortissants des Etats dont les lois n'excluent pas cette possibilité et qui sont devenus Congolais par acquisition de la nationalité.

Le droit congolais sur la nationalité est à réformer. Elle doit prévoir une exception au bénéfice des Congolais d'origine ayant perdu, malgré eux, la nationalité congolaise du fait de l'acquisition d'une autre nationalité, en leur permettant de conserver leur nationalité d'origine.

BIBLIOGRAPHIE**A. TEXTES OFFICIELS**

1. Constitution de la République démocratique du Congo telle que 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.
2. Convention de La Haye du 12 avril 1930.
3. Constitution de Luluabourg du 1^{er} août 1964.

B. OUVRAGES

1. MWANZO idin'AMINYE, E., Cours de droit international privé, Maison JUSTOU, Kinshasa, 5^{ème} éd., 2017, P. 155.
2. SAMUTONDI IKOMBA, S., Droit international privé, ABCPrint, Kinshasa, 2022, P. 89.

C. JURISPRUDENCE

1. AFFAIRE NOTTEBOHM (deuxième phase), Arrêt du 6 avril 1955 in *Recueil de la C.I.J. de 1955*.

D. ARTICLES PRIS SUR INTERNET

1. MUTAMBAYI wa NTUMBA KATSHINGA, D., « Pourquoi la double nationalité au Congo » en ligne sur <https://www.congoforum.be/Upldocs/POURQUOI%20UNE%20DOUBLE%20NATIONALITE%20AU%20CONGO.pdf>, consulté le 17 juin 2023.
2. YATALA NSOMWE NTAMBWE, C., "De l'unité et l'exclusivité de la nationalité congolaise à la reconnaissance de la double nationalité", 2019 en ligne sur <https://www.droitcongolais.info/files/YATALA-NATIONALT-RDC.pdf>, consulté le 20 mai 2023.

LE PHENOMENE KULUNA EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Par

KALAMBAYI MUSAKAYI Lato

Chef de Travaux à la Faculté de Droit de l'Université de

Kinshasa

Avocat au Barreau de Kinshasa/Matete

INTRODUCTION

Depuis un certain temps, on a observé à travers la République Démocratique du Congo en général et dans la Ville de Kinshasa en particulier, une recrudescence d'un phénomène que d'aucuns ne cessent de qualifier de « Phénomène Kuluna¹⁵⁶».

En effet, outre les enfants de la rue (appelés communément « chégués ») qui ont apparu au début des années 90 à Kinshasa, les Kuluna sont une catégorie des jeunes délinquants caractérisés par la pratique de la violence à l'arme blanche. Ce phénomène vient d'apparaître au milieu de la dernière décennie à ce jour, il a atteint une ascension très inquiétante.

Actuellement, ce phénomène vient de prendre une autre tournure, car au-delà de l'expression de la violence orchestrée par ces jeunes à Kinshasa, le concept « Kuluna » est aussi utilisé pour désigner une catégorie de certains politiciens ou dirigeants qui se compromettent souvent dans le détournement des deniers publics. Ainsi, on parle de « Kuluna en cravate ».

Partant de ces deux considérations, il ressort que le phénomène « Kuluna » constitue un danger imminent tant pour l'avenir de

¹⁵⁶ MUJINYA BAHATI, H., « Le phénomène Kuluna » ou « la violence des jeunes, un défi pour la gouvernance sécuritaire de la ville de Kinshasa », in *L'Afrique et /es défis du XXIème siècle*, Rabat CODESTRIA, 2011, p. 1 et suivantes.

notre pays, la République Démocratique du Congo, que pour la sécurité de la population congolaise en général, et celle de la Ville de Kinshasa en particulier.

Ainsi, tenant compte de tous ces dangers depuis un certain temps, le gouvernement congolais a fait de l'éradication de ce phénomène son cheval de bataille, sans pour autant atteindre le but et ce, en dépit de toute tentative de réussite.

C'est en ces temps que nous avons assisté à la mise en place de la politique de la « tolérance zéro », décrétée par le Chef de l'Etat¹⁵⁷, qui, d'une part, faisait ressortir la détermination de notre gouvernement de mettre hors d'état de nuire ces jeunes désœuvrés et, d'autre part, la ferme détermination de ce dernier d'en finir avec les détournements fréquents observés dans le milieu des politiciens véreux. C'est d'ailleurs pour cette raison que, par après, le Chef de l'Etat a affirmé que dorénavant les portes des prisons seraient grandement ouvertes pour des cas d'espèce.

Exécutant le message du numéro un de la République, le Ministre de la Justice a pris toute une série de mesures qui, en réalité, n'étaient destinées qu'à réprimer le seul mouvement « Kuluna » pratiqué par les jeunes alors que, celui des politiciens demeure ignoré. Dans cette logique, nous avons assisté aux diverses arrestations des jeunes Kuluna, suivies de diverses condamnations prononcées après des procès publics retransmis à la télévision avant le transfert de nombreux d'entre ces jeunes dans les prisons de l'arrière-pays comme Buluwo (Katanga) et Angenga (Equateur)¹⁵⁸. Cette façon d'agir du gouvernement traduit la mise en place d'une politique de deux poids deux mesures, comme qui dirait, « les loups ne se mangent pas entre-eux ». D'ailleurs, c'est dans la continuité de cette même logique qu'actuellement, nous sommes en train d'assister à une

¹⁵⁷ Cette politique a été lancée par le chef de l'Etat de la République Démocratique du Congo, Joseph Kabila Kabange, devant le Parlement Congolais réuni en Congrès, à l'occasion de son message adressé à la nation, en date du 06 décembre 2009.

¹⁵⁸ MUJINYA BAHATI, H., *Op.cit.*, p. 2.

répression sans précédent baptisée « opération Likofi » sur les enfants considérés comme membres des gangs Kuluna.

Malheureusement, toutes ces mesures appliquées par le gouvernement sont loin d'éradiquer le phénomène ne serait-ce que dans le chef des jeunes Kuluna qui en sont les principaux destinataires car, dans sa politique, le gouvernement ne fait que réprimer sans tenir compte des causes¹⁵⁹, alors qu'il est impossible d'éradiquer un fléau sans s'attaquer aux principales causes, d'autant plus que guérir sans prévenir c'est faire un travail incomplet.

Ainsi, animé par le souci de proposer au gouvernement congolais des mesures à même d'éradiquer durablement le phénomène « Kuluna » sous toutes ses formes, nous avons mené cette étude qui partira de la présentation du phénomène Kuluna sous toutes ses facettes (1), en passant par la description du droit en matière d'infractions (2), tout en démontrant l'insuffisance de ce droit congolais dans la répression du phénomène (3) afin de proposer ou faire des suggestions (4) du contenu juridique (5) sans oublier d'en tirer la conclusion.

1. Présentation du phénomène « Kuluna » sous toutes ses formes

Comme il a été affirmé dans la phase introductive, le phénomène « Kuluna » à l'heure actuelle revêt deux formes.

En premier lieu, dans sa forme la plus connue et la plus répandue, le phénomène « Kuluna » traduit une violence inouïe suivie de toute une série de crimes commis par les jeunes dans la Ville de Kinshasa avec finalité en ravissant des biens aux paisibles citoyens ou en troublant leur quiétude dans les quartiers par des destructions méchantes et effractions fréquentes, d'imposer leur « loi » des marginalisés.

¹⁵⁹ A ce niveau, il sied de rappeler l'adage qui dit : « mieux vaut prévenir que guérir ».

En deuxième lieu, le phénomène « Kuluna », mais en cravate, symbolise ou désigne une catégorie des dirigeants congolais qui ne respectent pas les biens de l'Etat. C'est en ces termes que sous ce point, une analyse sera portée en premier lieu sur le phénomène « Kuluna » chez les jeunes délinquants et que, en second lieu, il sera question du phénomène « Kuluna » chez les politiciens.

1.1. La présentation du phénomène « Kuluna » pratiqué par les jeunes délinquants

Avant toute chose, il sied de signaler que dans presque toutes les langues du monde, il existe maintenant une expression pour désigner les jeunes dont le comportement ou les goûts sont suffisamment différents de la norme pour inspirer la crainte dans la société où ils vivent. Ainsi, on parle à Addis-Abeba de Chifta, à Dakar de Bul faal¹⁶⁰, à Kinshasa, on parle du phénomène « Kuluna », une variante de délinquance impliquant exhaustivement les jeunes de tout âge¹⁶¹.

Ainsi désigné, le concept « Kuluna » connote une déviation sociale et désigne un phénomène criminel impliquant exclusivement les jeunes dont les pratiques ignobles consistent en des atrocités ou en des assauts perpétrés par des bandes d'individus porteurs d'armes blanches contre les personnes physiques, avec objectif de les dépouiller de leurs biens, entraînant ainsi des atteintes physiques néfastes, éventuellement la mort dans le chef des victimes¹⁶².

¹⁶⁰ Lire YAO ASSDGBA, insertion des jeunes exclus en Afrique, Alliance de recherche université-communauté (ARDO-ISDC), Université du Québec en Outalais, 2011, p. 4. Le Chifta d'Addis-Abeba est un groupe des jeunes organisés autour de la consommation du Khat (boisson locale), de la cérémonie du café et dans des pratiques sociales ritualisées rappelant l'identité guerrière et païenne des membres l'expression Bul faal en langue ouls signifie « sois indifférent » ou « ne t'en fais pas ». Elle renvoie à l'attitude adoptée par des jeunes citadins fortement frappés par la crise économique ambiante.

¹⁶¹ MUJINYA BAHATI, H., *Op.cit.*, p. 2.

¹⁶² Idem, p. 3.

De ce qui précède, il ressort que le phénomène « Kuluna » impliquant quelques jeunes dans la Ville de Kinshasa apparaît, au regard de son modus operandi, comme étant une contrebande qui se fait remarquer par une panoplie de crimes perpétrés par les jeunes dont le but est de ravir les biens aux passants. En faisant la ronde de la Ville de Kinshasa, nous sommes en voie de soutenir qu'en pratique, ces jeunes Kuluna se sont constitués en des groupes bien structurés et ayant une organisation connue même du public. Ainsi, c'est en complicité que ces groupes qui sont de véritables milices entraînent ces jeunes à opérer en toute tranquillité¹⁶³.

A l'aide d'armes blanches qu'ils possèdent, à l'instar des machettes, des bouteilles, des cuillères, etc., ils arrivent à semer la terreur dans le chef des passants et des vendeurs ; et dans bien des cas, ces derniers sans défense arrivent toujours à se voir dépouillés de leurs biens en prenant la poudre d'escampette. D'ailleurs, il sied de signaler que la terreur que sèment ces délinquants ne se limite pas seulement à de simples menaces car en réalité, devant toute personne qui tente d'opposer une résistance, ces jeunes passent souvent aux voies des faits en administrant des coups et blessures, en commettant des extorsions et violences de diverses natures allant jusqu'à des homicides pour arriver à leur fin.

Si en réalité, le modus operandi des jeunes Kuluna consiste à attaquer les personnes physiques avec violence dans l'objectif que ces dernières abandonnent leurs biens, nous assistons aussi à un autre type de spectacle.

En effet, lorsque ces jeunes remarquant qu'en face d'eux il y a beaucoup de biens entre les mains des passants et qu'il est impossible d'attaquer chaque personne individuellement, ils simulent une espèce de combat généralisée parfois, ils font semblant de s'attaquer entre eux ou même organisent des

¹⁶³ Les groupes de jeunes Kuluna ont des noms bien connus et leurs chefs sont aussi connus du public c'est ce qui fait que lorsque la personne volée maîtrise la hiérarchie, il suffit de se présenter chef pour recevoir le bien volé.

oppositions en groupe. Dans ce dernier cas, le combat est organisé avec deux objectifs, le premier est celui d'inciter les victimes escomptées à fuir en abandonnant leurs biens, le second est d'asseoir leur leadership, car le groupe qui remporte la bataille assure ainsi sa suprématie sur les perdants¹⁶⁴.

En tout état de cause, il sied de signaler que l'irruption Kuluna est perpétrée à chaque heure par les jeunes qui en sont auteurs. Ceci signifie qu'il n'y a pas d'heures précises pendant lesquelles les jeunes Kuluna opèrent. Ainsi, il appert que ces jeunes agissent avec facilité, tant pendant la journée que pendant la nuit. De même, ce phénomène se déroule dans les milieux publics aussi bien que dans les milieux privés. C'est en ce sens qu'il est fréquent que ce phénomène se déroule aux marchés publics, aux arrêts des bus, dans des avenues et pire encore, dans les parcelles des personnes privées qui en tombent souvent victimes.

A vrai dire, toutes ces exactions se commettent au su et parfois au vu des autorités publiques en général, et policières en particulier. C'est suite à cette inactivité de l'Etat qu'une frange considérable de la population décèle une grande complicité entre ces jeunes Kuluna et certaines autorités de la police. Toutefois, il convient de noter que ce phénomène, traduisant l'impuissance du système politique congolais, ne date pas de longtemps ; car son évolution a été constatée vers les années 2003, 2004 et 2005. Au départ, on voyait les jeunes d'un quartier se liguer contre leurs rivaux d'un autre quartier ou d'une commune voisine avec extrême violence, se blessant mutuellement à la machette, au couteau et avec autres armes blanches. Petit à petit, ce phénomène a pris un autre angle, lorsque ces jeunes délinquants ont commencé à s'attaquer à quiconque tombait dans leur filet, semant ainsi la terreur dans certains quartiers de la Ville de Kinshasa¹⁶⁵. Faute de sanctions, ce phénomène a assis ses racines et la suite nous paraît logiquement compréhensible!

¹⁶⁴ Ce phénomène se déroule souvent sur la route séparant les quartiers Ngaba et Yolo, où les jeunes Kuluna de ces deux quartiers se livrent une véritable guerre à plusieurs conséquences ; souvent ce sont les mamans vendeuses qui paient les pots cassés.

¹⁶⁵ MUJINYA BAHATI, H., *Op.cit.*, p. 1.

A tous égards, le phénomène « Kuluna » observé actuellement résulte de plusieurs causes qu'il convient d'éplucher et d'analyser plus attentivement.

D'emblée, il importe de noter que, invoquer les causes du phénomène Kuluna c'est appeler inéluctablement l'analyse de la personnalité des acteurs de ce phénomène, mais aussi les éléments extérieurs au délinquant qui concourent à la formation ou à la facilitation du passage à l'acte du phénomène criminel. La personnalité étant elle-même définie comme il se doit, par la somme algébrique des tendances réactionnelles du sujet et de l'ensemble des éléments culturels qui constituent l'état de la conception de monde du sujet¹⁶⁶.

Ainsi, dans la perspective de la recherche des causes à la base du phénomène Kuluna chez les jeunes dans la Ville de Kinshasa, il sied de noter que la situation économique du pays constitue le facteur déterminant.

En effet, à cause de la pauvreté galopante qui caractérise la majorité de la population dans l'Etat congolais, la plupart des familles congolaises ne savent plus à quel saint se vouer. Partant de cette conjoncture, il est prouvé que certains parents sont devenus incapables de subvenir, ne serait-ce qu'aux besoins primaires de leurs enfants. Ainsi, cherchant comment se faire nourrir, surtout qu'ils sont dans bien de cas dépourvus du travail, les jeunes démunis ont recouru au phénomène Kuluna pour trouver une réponse positive à leurs besoins¹⁶⁷.

A vrai dire, ces jeunes désœuvrés ont fait du phénomène Kuluna, un vrai moyen de satisfaction de leurs besoins dès lors que, par l'entremise de ce phénomène, ces jeunes entrent en possession de

¹⁶⁶ PINATEL, J., et BUZA, P., *Traité de droit pénal et de criminologie*, éd. Dalloz, Paris, 1963, p. 46.

¹⁶⁷ En observant le déroulement du phénomène dans la ville de Kinshasa, il s'avère que ce phénomène est plus pratiqué dans des quartiers périphériques de la ville où la pauvreté bat son plein comme Mombele, Tchad et autres milieux enclavés tels que Makala, Kisenso, etc.

certains biens comme de l'argent, des habits, des aliments et autres objets de valeur. Pour ces jeunes, ce qui importe, c'est seulement la satisfaction de leurs besoins. Ils sont indifférents quant aux moyens mis en place pour arriver à cette fin. C'est du reste pour cette raison que, d'après eux, le crime ne représente plus rien à leurs yeux et petit à petit, ils ont développé une attitude qui inspire la peur dans le chef de la population. Donc, ces jeunes sont devenus dangereux, en passe de constituer même, si 'on y prend garde, une véritable contre- société.

En plus de la pauvreté, il nous semble aussi légitime de relever que l'influence de l'environnement dans lequel vivent les jeunes à Kinshasa, reste également un facteur très déterminant dans la recrudescence de ce phénomène. C'est dans cette même optique que, reconnaissant le rôle déterminant de l'environnement ou du milieu dans lequel vit une personne, la Professeure IDZUMBUIR ASSOP affirme que le milieu influe sur l'individu et vice versa. Le milieu constitue l'ambiance vécue par l'homme, et ce dernier lui donne une signification subjective ; c'est la loi de l'imitation de ce qui est admis dans son milieu¹⁶⁸.

C'est dans cette même optique que peut s'expliquer l'évolution du phénomène Kuluna à Kinshasa. En ce sens, le Professeur KIENGE KIENGE soutient que, depuis longtemps, les jeunes de différents quartiers de la Ville de Kinshasa, ont toujours cultivé la manie de faire la descente dans d'autres quartiers pour s'affronter mutuellement. Ceci se concrétise par, d'une part, les « Matata » ou situations d'incompréhension entre jeunes suite à des difficultés de vivre ensemble et en l'absence des dispositifs de résolution des conflits internes et d'autre part, la turbulence des jeunes qui consiste à se promener en groupes vers le boulevard à la recherche des groupes adverses des jeunes d'autres quartiers¹⁶⁹. Dans un tel environnement surtout caractérisé par des conflits fréquents d'amitié fille-garçon, l'adversité sportive

¹⁶⁸ IDZUMBUIR ASSOP, Cours de criminologie, 3^e graduat, Faculté de Droit, UNIKIN, Kinshasa, 2009-2010.

¹⁶⁹ KENGE KIENGE NTUDI, R., *Le contrôle policier de la délinquance des jeunes à Kinshasa: une approche ethnographique en criminologie*, Bruyant-Academia, Bruxelles, 2011, pp. 286 et suivantes.

avec la prolifération des clubs d'arts martiaux udo, boxe, karaté, Kung Fu ...) et l'adversité musicale, parce que la Ville de Kinshasa est dominée par les sports et la musique¹⁷⁰ ; il était trop facile qu'avec la pauvreté dont ils sont victimes, ces jeunes délinquants de Kinshasa tombent dans une extrême violence qui, après coup, a été baptisée sous le nom de « Kuluna » dans l'objectif primordial de trouver de quoi vivre. Donc, partant de ces habitudes, la Ville de Kinshasa a servi d'un tremplin à l'évolution du phénomène Kuluna.

En outre, sans mettre de côté la dégradation du tissu familial, le manque de la scolarisation des enfants ainsi que du foisonnement des points de consommation des boissons alcooliques et d'autres stupéfiants qui pullulent, il importe de noter que l'inactivité ou le laxisme de l'Etat congolais a aussi une grande complicité dans la recrudescence du phénomène Kuluna à Kinshasa.

En effet, comme il a été signalé ci-haut, le Kuluna est opéré par les jeunes pendant toutes les heures en n'importe quel milieu, inclus même les milieux publics (marchés, avenues, etc.) et ce, au vu des autorités publiques en général et policières en particulier. D'ailleurs, dans bien des cas, ce phénomène se déroule même à quelques mètres des stations de police.

Ainsi, comme ces dernières (autorités de la police) n'interviennent pas pour arrêter ces jeunes afin de les mettre hors d'état de nuire, les Kuluna se sentent vraiment libres et au-dessus de la loi. C'est ce qui a fait croire à une certaine complicité entre les jeunes Kuluna et la police.

Comme il a été signalé précédemment, à l'heure actuelle, le terme « Kuluna » n'est plus simplement utilisé pour qualifier la violence chez les jeunes, mais il désigne aussi une catégorie de certains dirigeants ou politiciens congolais véreux qui se compromettent dans le détournement des deniers publics.

¹⁷⁰ Lire en ce sens, MUJINYA BAHATI, H., *Op.cit.*, pp. 3 et suivantes.

1.2. La présentation du phénomène Kuluna chez les politiciens

Au fil du temps, on a assisté à une démoralisation grandissante dans le milieu politique congolais. Ce dernier est caractérisé par un niveau excessif de détournement des deniers publics ou des fonds de l'Etat par certains dirigeants politiques ou même certaines personnes qui ont un quelconque pouvoir public. Alors, comme ce phénomène a atteint son paroxysme, la population congolaise en général et celle de la population kinoise en particulier, préfèrent qualifier un tel détournement en véritable Kuluna, d'autant plus que la population a comparé l'envergure et les effets du détournement des deniers publics à ceux du Kuluna observé chez les jeunes à Kinshasa.

C'est en ces termes que, pour opérer une distinction entre le Kuluna des jeunes et celui des politiciens maffieux ou immoraux, la population a préféré utiliser le qualificatif « Kuluna en cravate », pour désigner un groupe de gouvernants véreux qui se compromettent dans de pareils détournements.

Ainsi, lorsque la population parle de « Kuluna en cravate », elle se réfère aux politiciens maffieux ou immoraux, c'est-à-dire, ceux qui ne travaillent que pour leurs propres poches et qui, par conséquent, ne se posent aucune question lorsqu'il s'agit de détourner les deniers publics.

A l'opposé du phénomène Kuluna qui a connu son évolution récemment chez les jeunes, le détournement chez les politiciens date de longtemps. S'agissant des causes de ce phénomène Kuluna, il importe de noter que le principal facteur reste le manque d'un contrôle sérieux par le gouvernement. C'est ce qui justifie même la grande difficulté dans la répression de ce phénomène.

Toutefois, pris dans ce deuxième contexte, le phénomène Kuluna est un phénomène politique dont l'anéantissement dépend de la seule volonté politique qui pourra être concrétisée par la mise en place des personnes sérieuses dans notre gouvernement et de

renforcer l'indépendance du juge. Par ailleurs, comme nous pouvons le constater, à l'instar du phénomène Kuluna chez les jeunes, le phénomène Kuluna en cravate présente aussi plusieurs dangers à l'égard de la société congolaise, car il est prouvé que c'est le détournement des deniers publics qui reste la principale cause de la régression ou du sous-développement de l'Etat congolais. D'où, il faut éradiquer ce fléau.

2. Description du droit en matière de Kuluna

D'emblée, il sied de noter que la question principale sur ce point est de savoir si le phénomène Kuluna constitue une infraction en droit congolais.

A cette question, à première vue, la réponse est négative car en effet, le droit congolais est axé sur le principe de la légalité des délits et des peines se traduisant sur la mesure « *nullum crimen nulla poena sine lege* » qui stipule qu'un fait ne peut être qualifié comme étant une infraction que lorsqu'il est prévu comme tel par une loi qui lui assorti aussi des sanctions¹⁷¹. Partant de cette base, il ressort que la règle en question repose sur le principe qu'en contrepartie du droit de sanctionner, l'Etat a l'obligation d'informer préalablement la population de ce qu'il prohibe. De cette façon, chaque individu pourrait être en mesure de savoir à quelles peines, il est exposé ou s'expose en conséquence de son action, de son omission ou de son imprudence¹⁷².

Eu égard au principe de la légalité qui vient d'être précisé, il s'avère nécessaire de soutenir que, le phénomène Kuluna en soi ne constitue pas une infraction en droit congolais, car aucune loi n'érige le phénomène Kuluna en infraction, c'est-à-dire que le terme Kuluna n'est pas reconnu en droit congolais comme étant une infraction.

¹⁷¹ Lire en ce sens TSHILENGE wa KABAMBA, Cours de droit pénal, 2^{ème} graduat, Faculté de Droit, UNIKIN, Kinshasa, 2008-2009.

¹⁷² CIZUNGU NYANGEZI, B., *Les in fractions de A à Z*, Kinshasa, Laurent Nyangezi, 2011, pp. 13 et suivants.

Toutefois, rester dans cette logique serait méconnaître ou ignorer le fond du phénomène Kuluna et par ricochet, l'encourager pour ainsi dire chez les jeunes.

En effet, comme nous l'avons signalé précédemment, les jeunes qui mènent le Kuluna sont organisés en une structure bien ordonnée avec les chefs bien connus¹⁷³. Ainsi, en mettant en place ces groupes, ces jeunes ont une volonté délibérée de commettre des infractions telles que le vol, l'extorsion, les coups et blessures voire le meurtre, dans le but de s'approprier les biens d'autrui. Partant de l'objectif poursuivi par ces différents groupes des jeunes Kuluna, il ressort qu'en droit congolais, de tels groupes sont constitutifs d'une infraction prévue en droit congolais sous le nom d'association de malfaiteurs, qui existe par le seul fait de l'organisation d'une bande¹⁷⁴ ; car l'association des malfaiteurs qualifiée aussi d'association formée dans le but d'atteinte au droit des personnes et des biens, est définie comme étant une entente entre deux ou plusieurs personnes destinée à commettre des infractions. Une association qui a une certaine permanence dangereuse et fait peser une menace durable sur les personnes ou les biens, sur la société, constitue l'infraction d'association de malfaiteurs¹⁷⁵.

S'agissant du phénomène Kuluna dans le chef de certains dirigeants ou personnes exerçant un mandat public (Kuluna en cravate), il importe de noter qu'il est dans bien des cas, constitutif de l'infraction du détournement des deniers publics¹⁷⁶ aux termes du code pénal.

En dépit de toutes ces qualifications faites au phénomène Kuluna sous toutes ses facettes au regard du droit pénal congolais sur le

¹⁷³ A titre d'exemple, nous pouvons citer certains groupes tels que l'écurie Ngeti-ngeti, Sengazi, Sa anglais, Sa romains, Sana Jaka, Sana Tchad, Sana Bangamoyo.

¹⁷⁴ Lire à cet effet, l'art 156 du code Pénal Livre II, cour d'Appel de Kinshasa/Matete, RPA 11634,31 mai 2010, inédit.

¹⁷⁵ CIZUNGU NYENGEZI, B., *Op.cit*, p. 85.

¹⁷⁶ Lire à cet effet les articles 145, 145 bis et 146 du code Pénal Livre II.

terrain, il reste prouvé que le droit congolais présente certaines failles dans la saisie du phénomène Kuluna.

3. Insuffisance du droit congolais dans la saisie du phénomène Kuluna

Certes, nous référant au précédent point, nous avons démontré qu'il y a des possibilités prévues en droit congolais, par lesquelles le phénomène Kuluna peut être réprimé sous toutes ses facettes devant les instances judiciaires, dès lors que nous avons soutenu que le *modus operandi* de ce phénomène laisse présager l'existence de certaines infractions comme les coups et blessures volontaires, le vol ; le meurtre, l'extorsion et l'association des malfaiteurs voire celle de détournement lorsqu'il s'agit des Kuluna en cravate.

Toutefois dans la pratique, en dépit de fréquentes arrestations orchestrées à l'égard des jeunes Kuluna, en suivant les marches et les exigences d'un procès équitable, il n'y a pas de condamnation, car dans la répression de ce phénomène, le droit congolais connaît une grande faiblesse ou carence de législation explicite.

En effet, il est un principe en droit congolais « *actori incumbit probatio* », qui veut dire que la preuve incombe à celui qui accuse. Ainsi, il est admis qu'en matière pénale, toute personne qui porte une quelconque accusation doit apporter la preuve de l'existence de l'infraction qu'elle reproche à l'autre.

En réalité, l'insuffisance des preuves bloque l'inculpation ou la condamnation des enfants Kuluna tombés dans les filets de la justice, d'autant plus qu'il est prouvé dans la pratique que la plupart des victimes des exactions des jeunes Kuluna qui tentent de porter plainte devant les autorités judiciaires compétentes, arrivent souvent à abdiquer en abandonnant la procédure ou en craignant les représailles de la part des autres Kuluna amis de ceux qui sont poursuivis promettant aux poursuivants la mort ainsi que d'autres violences. Dans de telles circonstances, il est vrai que le Ministère Public ou le juge n'arrivent toujours pas à

bien travailler, car en l'absence des victimes ou même des plaignants, il est difficile de prouver l'existence de ces diverses infractions dans le chef des enfants Kuluna ; c'est ce qui fait que dans bien des cas, ces enfants parviennent à être relaxés par les autorités pour faute de preuves.

Par ailleurs, si les jeunes Kuluna font l'objet de certaines poursuites judiciaires, les Kuluna en cravate se la coulent douce, ils ne sont pas du tout inquiétés car étant hommes forts, ils sont de facto à l'abri des poursuites judiciaires.

Comme nous l'avons déjà signalé, le phénomène Kuluna sous toutes ses formes présente un grand danger tant pour la sécurité des congolais et de leurs biens que pour l'avenir de la société congolaise. Ainsi, l'éradication de ce fléau apparaît comme étant une nécessité extrême. C'est en ces termes que, dans les paragraphes qui suivent, nous proposons des solutions en termes de suggestions qui sont en même temps des alternatives susceptibles de faire parvenir efficacement à cette fin escomptée d'assainissement des mœurs et d'assurance publique de la sécurité citoyenne.

4. Suggestions ou propositions

Le phénomène criminel est une donnée sempiternelle de l'histoire de l'humanité. Et la lutte contre la criminalité en vue d'assurer la paix publique a toujours été l'un des faits primordiaux de l'Etat¹⁷⁷. C'est en ces termes que, tenant compte de l'insécurité que cause le phénomène Kuluna, l'Etat congolais a pris dans le passé toute une série des mesures lancées sous la politique de la « tolérance zéro » pour arriver à bout de ce phénomène. C'est dans cette logique que nous avons assisté dans la Ville de Kinshasa à des arrestation massives, orchestrées contre les jeunes Kuluna qui étaient ensuite condamnés à l'issue des procès publics organisés avec une très grande célérité et puis, transférés à l'intérieur du pays dans certaines prisons, telles que celles d'Angenga et de Buluwo.

¹⁷⁷ CIZUNGU NYANGEZI, B., *Op.cit.*, pp. 14 et suivantes.

Suite à ces mesures draconiennes, nous avons assisté à une diminution éphémère du phénomène Kuluna dans la Ville de Kinshasa, car après un certain temps, ce phénomène vient de reprendre avec une ampleur aussi pire qu'auparavant. Ceci dénote que la répression de l'Etat était une mauvaise réponse à une bonne question posée par les jeunes Kuluna qui, du reste, sont désœuvrés et sont à la recherche de quoi survivre.

Comme si l'Etat congolais n'avait pas tiré les leçons de l'échec de la 1ère série des mesures, il a lancé par l'entremise de l'autorité provinciale de la Police Nationale Congolaise (PNC) à Kinshasa au mois de novembre 2013, une opération baptisée « Opération Likofi », qui signifie opérations coups, c'est-à-dire, opération musclée. Cette dernière consiste à arrêter tous les jeunes Kuluna se trouvant dans la Ville de Kinshasa. C'est suite à cette opération, dirigée par le redoutable Général Célestin KANYAMA, que nous assistons depuis le mois de novembre jusqu'à ce jour aux arrestations massives des jeunes Kuluna dans la ville, sans aucune procédure pénale, par les policiers en cagoule qui, du reste, torturent ces enfants en utilisant une extrême violence c'est cette psychose qui a poussé les clameurs publiques à y dénoncer une sorte de massacres ou assassinats organisés par l'Etat congolais, dans la Ville de Kinshasa, à l'encontre des enfants ou jeunes Kuluna opinion qui n'est pas du tout à rejeter en bloc au regard du modus operandi des policiers cagoulés chargés de l'opération « Likofi ».

A première vue, on pourrait penser que l'opération « Likofi » a anéanti le phénomène Kuluna dans la Ville de Kinshasa. Mais en réalité, ce phénomène existe toujours car ce qui a changé, c'est seulement les heures d'opération, d'autant plus qu'il est prouvé que ce phénomène bat toujours son plein pendant la nuit sur toute l'étendue de la Ville de Kinshasa encore qu'il fasse savoir que cette opération a une durée. Ce qui implique que l'Etat s'est attaqué aux conséquences et non aux causes le jour où l'opération « Likofi » prendra fin ou touchera à son terme, avec toute certitude, le phénomène Kuluna reprendra sa vitesse de croisière pendant la journée. Donc, ce qu'il faudrait, c'est s'attaquer aux

causes, au lieu d'utiliser la répression avec une extrême violence et la torture comme cela est exécuté en ce moment. Cette situation, du reste, contraste avec 'Bat de droit, et avec la Fédération Internationale des Droits de 'Homme (FIDH) sans surtout oublier la Constitution du 18février 2006 qui interdit toute forme de torture.

Cela étant, nos suggestions consistent à soigner les causes du phénomène Kuluna qui, en conséquence, disparaîtra car comme l'affirme MUJINYA BAHATI, les moyens de lutte contre « le phénomène Kuluna » sont à établir, tout d'abord au niveau de la prévention de la matérialisation effective des faits Kuluna¹⁷⁸. Il s'agit d'une énumération des mesures à caractère collectif qui ont pour but de s'opposer à la perpétration des délits, c'est-à-dire une sorte de circonscription sociale, car dit-on, mieux vaut prévenir que réprimer¹⁷⁹.

Ainsi, nous avons proposé l'amélioration des conditions de vie des jeunes à Kinshasa en général et des groupes Kuluna en particulier, la mise en place d'une politique d'intégration socio-économique des jeunes et enfin, la mise en place d'un mécanisme juridique approprié.

4.1. L'amélioration des conditions de vie des jeunes

Comme nous l'avons indiqué précédemment, la principale cause du phénomène Kuluna reste la pauvreté et l'état du chômage qui hantent les jeunes à Kinshasa, en particulier, et sur toute l'étendue de la RDC en général.

Ainsi, le meilleur moyen de mettre fin à ce phénomène, c'est de commencer d'abord par donner du travail à ces jeunes et de renforcer le pouvoir d'achat dans leurs familles respectives.

Concrètement, nous demandons à l'Etat congolais de prendre toutes les dispositions nécessaires pour créer les travaux ou

¹⁷⁸ MUJINYA BAHATI, H., *Op.cit.*, p. 11.

¹⁷⁹ GASSIN, R., *Précis de criminologie*, 3^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1995, p. 596.

emplois en faveur des jeunes, d'une part, et d'autre part, de mettre en place une structure qui prendra en compte, ne fût-ce que le minimum des besoins primordiaux des familles démunies.

4.2. La politique d'intégration socio-économique des jeunes

Réfléchir sur une politique d'intégration socio-économique des jeunes constitue aussi un atout dans l'anéantissement de la recrudescence violente du phénomène Kuluna. Une telle option se veut concrète et surtout pas purement théorique, au regard d'un certain nombre d'activités auxquelles les jeunes de Kinshasa ont coutume de s'exercer. Cette politique doit avoir pour finalité de veiller que ces jeunes ne tombent dans diverses situations et maints problèmes sans doute évitables, et encore de les en sortir là où ils y sont déjà¹⁸⁰.

Par référence à cette politique, nous demandons à l'Etat de rendre formelles la plupart d'activités exercées en informel par ces jeunes. Ainsi par exemple, l'Etat doit subventionner des groupes musicaux et sportifs, rendre opérationnels certains centres de formation, en y inscrivant gratuitement les jeunes démunis, et même organiser à l'intention des jeunes certaines conférences à caractère socio-éducatif

Cette mesure s'apparente à la première, car si elle est bien exécutée, il y aura création de beaucoup d'emplois et par conséquent, les jeunes seront dans bien des cas, préoccupés par le travail et par ricochet, ils n'auront plus le temps d'aller faire le Kuluna.

4.3. La mise en place d'un cadre juridique adéquat à la répression du phénomène

Par cadre juridique adéquat, nous suggérons au législateur congolais, de s'adapter à l'évolution des faits au sein de la société

¹⁸⁰ MALANDA MVIBBIDILLJ, B., Kuluna, quête de sécurité de vie au problème de sécurité publique, Mémoire de DES en Droit, UPC, Kinshasa, 2007-2010, pp. 44 et suivantes.

en érigeant le phénomène Kuluna en une infraction tout en déterminant par ce fait ses éléments constitutifs.

En érigeant ce phénomène en infraction, le législateur doit assouplir le mécanisme de preuve en accordant plus de garanties à la victime qui aurait pris la résolution de saisir les autorités judiciaires compétentes, car nous connaissons le risque que ce délateur court en dénonçant une bande des Kuluna.

Par ailleurs, en sus de toutes ces mesures, dans l'objectif d'assainir l'environnement et d'éviter que les jeunes qui se sont convertis rechutent, l'Etat doit prendre toutes les dispositions qui s'imposent, pour fermer tous les points de vente et de consommation des boissons alcooliques et autres stupéfiants, comme le chanvre, soupu na tolo, zododo, trente-six cœurs, pour ne citer que ceux-là.

S'agissant des « Kuluna en cravate », nous avons déjà demandé qu'il y ait d'une part, instauration d'un contrôle sérieux au sommet de notre gouvernement et d'autre part, nous avons suggéré que le juge soit indépendant et qu'il puisse, effectivement, sanctionner de tels dirigeants, car ils sont au même titre, sinon pire encore que les autres, délinquants.

CONCLUSION

Au terme de notre article, il est confirmé que la République Démocratique du Congo (RDC) en général, et la Ville de Kinshasa en particulier, sont victimes d'un phénomène d'insécurité qualifié de « Kuluna ».

Partant, il a été prouvé que ce phénomène désigne dans son sens plus usité, un groupe des jeunes pratiquant la violence en vue d'extorquer et de voler les biens appartenant à autrui et semant ainsi la terreur. Sous une autre forme, le terme Kuluna en cravate, désigne un groupe des dirigeants véreux de l'Etat qui se compromettent dans des détournements des deniers publics.

Ainsi, au regard de la dangerosité et du climat d'insécurité que sème ce phénomène, l'Etat congolais garant de la sécurité des personnes et de leurs biens, est intervenu dans le passé pour prendre certaines mesures dans le cadre de la politique de la « tolérance zéro » afin d'éradiquer ce phénomène ; mais ces mesures n'ont pas produit le résultat escompté, car après avoir baissé pour un petit temps, le phénomène avait encore repris du poil de la bête. A l'heure actuelle, l'Etat a encore pris une autre série de mesures s'inscrivant dans le cadre de « l'opération Likofi » qui semble atténuer l'évolution du phénomène Kuluna mais qui, malheureusement, viole la Constitution en ne tenant pas compte des droits de l'homme, constituant ainsi un obstacle à l'émergence d'un Etat de droit. Puis, la répression utilisée par l'Etat dans le cadre de cette opération ne tient pas compte des principales causes du phénomène, il est plus risquant que ce dernier réapparaisse juste après la fin de l'opération sus évoquée.

C'est ainsi qu'à la quête d'une solution durable, nous avons suggéré à l'Etat congolais de renforcer le pouvoir d'achat des familles, de créer des emplois pour les jeunes chômeurs, d'organiser leur intégration socio-économique, de créer un cadre juridique adéquat à la répression de ce phénomène, et d'empêcher aussi le fonctionnement de tous les points ainsi que des maisons de vente et de consommation des boissons alcooliques et autres

stupéfiants, tels que : Zododo, Buaka-buaka, Mushoro, trente-six oiseaux, etc.

Quant aux « Kuluna en cravate », nous avons préconisé qu'il soit appliqué à leur égard, des sanctions prévues à l'infraction de détournement des deniers publics, et qu'il y ait un contrôle sérieux bien suivi, dans notre gouvernement. Ce contrôle doit avoir l'implication totale du Chef de l'Etat pour être juste, efficace et durable en vue d'un avenir harmonieux, signe de l'évolution dans notre grand pays, la République Démocratique du Congo.

BIBLIOGRAPHIE

I. Textes juridiques officiels

1. La Constitution de la RDC du 18 février 2006, modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, portant révision de certains articles, in J.O. n° spécial, 52^{ème} année, Kinshasa, 2011.
2. Loi n° 06/019 du 20 juillet 2006 modifiant et complétant le décret du 30 janvier 1940, portant Code Pénal Congolais, in J.O. n° spécial, 50^{ème} année, Kinshasa 2009.

II. Ouvrages

1. CIZUNGU NYANGEZI, B., *Les infractions de A à Z*, Kinshasa, Laurent Nyangezi, 2011.
2. KIENGE KIENGE INTUDI R., *Le contrôle policier de la délinquance des jeunes à Kinshasa : une approche ethnographique en criminologie*, Bruxelles, Bruylant-Academia, 2011.
3. GASSIN, R., *Précis de criminologie*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1995.
4. MUJINYA BAHATI, H., « Le phénomène Kuluna ou la violence des jeunes, un défi pour la gouvernance sécuritaire de la Ville de Kinshasa », in *L'Afrique et les défis du XX^{ème} siècle*, Rabat CODESTRIA, 2011.
5. PINATEL D. et BUZAT P., *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, éd. Dalloz, Paris, 1963.
6. YAO ASSOGBA, *Insertion des jeunes exclus en Afrique, Alliance de recherche Université- Communauté (ARDC-ISDC)*, Université de Québec en Outalais, 2011.

III. Notes de cours

1. IDZUMBUIR ASSOP, Cours de criminologie, 3^{ème} Graduat, Faculté de Droit, UNIKIN, Kinshasa, 2009-2010.
2. KIENGE KIENGE INTUDI R., Cours de criminologie générale, 3^{ème} Graduat, Faculté de Droit, UNIKIN, Kinshasa, 2010-2011.

3. TSHILENGE wa KABAMBA, Cours de Droit Pénal Général, 2ème Graduat, Faculté de Droit, UNIKIN, 2008-2009.

IV. Thèse

1. Apport des Voies d'exécution et de Sûreté à la Sécurité juridique et judiciaire en Droit Congolais, 2011 licence, Faculté de Droit, Département de Droit Pénal et Criminologie, Université de Kinshasa, Kinshasa, 2017-2018.

**CONTENTIEUX PUBLIC
ET JUDICIAIRE CONGOLAIS**

**LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE A
LA LUMIERE DES ARRETS RENDUS PAR LE
CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA CÔTE D'IVOIRE
PROCLAMANT SUCCESSIVEMENT LAURENT
GBAGBO & ALASSANE OUATARA**

Par

MWAKO SUKEZA Willy

Chef de Travaux

&

MPONGO BOTSA Achille

Assistant

INTRODUCTION GENERALE

1. Présentation du sujet

L'idée d'analyser la justice constitutionnelle en Afrique à la lumière des arrêts rendus par le conseil constitutionnel de la Côte d'Ivoire proclamant successivement Laurent GBAGBO et Alassane OUATARA tourne autour du juge constitutionnel africain en matière des contentieux des élections présidentielles. Cas de la Côte d'Ivoire.

Pourrions-nous dire aussi que notre thème de recherche examine minutieusement la justice constitutionnelle à l'épreuve de la juridicisation de la vie politique en Côte d'Ivoire particulièrement et en Afrique en général.

Cette autre formulation de notre thème de recherche montre notre souci de comprendre le questionnement de notre recherche. Aussi, cette reformulation sous-tend la pertinence de recherche sur la notion de « *justice constitutionnelle et principalement le juge constitutionnel africain et sur la perception que le juriste peut donner de la notion de contentieux, c'est-à-dire du règlement par des organes juridictionnels d'un différend. Autrement dit, présenter l'image de la régulation électorale en Afrique à l'exemple de la Côte d'Ivoire, lors des élections présidentielles de 2010. Entre ces deux nouvelles formulations de notre sujet de*

recherche pour parvenir à la bonne compréhension de ce qu'il nous a été demandé comme travail à faire, nous avons été amenés, dans l'optique juridique et politique sans pour autant oublier les considérations doctrinales, à examiner la justice constitutionnelle en général et à ressortir l'image de la justice constitutionnelle en Afrique en particulier, d'une part, et d'autre part, à décrypter le contentieux électoral, lors du scrutin présidentiel ivoirien tenu le 28 novembre 2010 ».

En effet, la juridicisation de la vie politique par la justice constitutionnelle en Afrique est une réalité consolidable ⁽¹⁸¹⁾. A l'exemple de la République Béninoise, la République Sud-Africaine, le Sénégal, le Ghana; les règles de la compétition électorale s'enracinent progressivement, les contestations se résolvent devant le juge des élections et dans une atmosphère qui est, tout compte fait, celle d'élection démocratique. Alors que certains pays africains sont au contraire restés dans un état d'instabilité chronique et de crise permanente.

Cette situation caractérise cet autre registre où se trouvent les pays qui restent en marge des procédés démocratiques de conquête du pouvoir (l'exemple de la Côte d'Ivoire, Mauritanie, République Démocratique du Congo... ⁽¹⁸²⁾). Dans ces pays, l'intervention du juge constitutionnel dans le règlement des questions politiques renferme encore des faiblesses. La consolidation du phénomène exige du juge plus d'engagement en faveur de la construction de la démocratie et l'Etat de droit. L'exercice qui lui est recommandé ne serait ce que sa double conversion tant mentale que comportementale ⁽¹⁸³⁾. Mais comment réussir cet exercice de conversion ? De quelle manière s'y prendre ?

¹⁸¹ ODIMULA LUFUNGUSO (L), *La justice constitutionnelle à l'épreuve de la juridicisation de la vie politique en Droit congolais*, Thèse de Doctorat en droit public, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, année académique 2012-2013, pp.393-401

¹⁸² DJEDRO FRANCISCO Meledje, *Le contentieux*, In *pouvoirs-129-2009*, www.NET, p.144

¹⁸³ ODIMULA LUFUNGUSO (L), *Op.cit.*, pp.393-401

Le professeur Evariste Boshab Mabudj essaie d'expliquer cette situation dans la préface de l'ouvrage du professeur Dieudonné Kaluba Dibwa sur la justice constitutionnelle en RDC « *Fondements et modalités d'exercice* » en ces termes : « *Cette tentative d'analyse des fondements de la justice constitutionnelle* est inscrite tout logiquement dans les données heuristiques d'une solution au problème fondamental d'installer un Etat de droit constitutionnel. En effet, sans Etat de droit comme arrière-fond épistémologique, Dieudonné Kaluba Dibwa démontre que le juge constitutionnel n'apparaît que comme un visage défiguré et pâle dans une caricature institutionnelle propre à un pays à forte tradition autocratique. A bien lire la thèse, il s'agit d'une véritable thèse au sens aussi bien grecque que latin de ce mot, l'auteur semble insister sur un axe important. L'existence d'un juge constitutionnel à l'image de celui d'occident n'est pas de nature à garantir la suprématie de la Constitution. L'affirmation procède du fait que le fondement de la justice n'est pas le même. L'auteur recourt à des arguments philosophiques, sociologiques et même mythologiques pour étayer cette proposition. De là, il se met à proposer sa contribution originale : la présence des chefs coutumiers au sein de la Cour constitutionnelle. La proposition est discutable, mais elle a le mérite d'être argumenté. Par là, il est visible que le débat scientifique ne peut être clos. Le juge constitutionnel n'est en effet respecté que dans la mesure où il incarne la bouche de la Constitution qui contient la proclamation et la garantie des droits fondamentaux des citoyens. En d'autres termes, au sens de l'auteur, la constitution doit, pour être respectée, contenir un compromis social entre le pouvoir et le peuple sur lequel il s'exerce. C'est dire en conclusion que cette étude se situe aux confins de la problématique de l'Etat de droit constitutionnel dans un pays à forte tradition autocratique. Mais comment l'organiser ? ⁽¹⁸⁴⁾.

¹⁸⁴ KALUBA DIBWA (D), *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo, Fondements et Modalités d'exercice*, éditions Eucalyptus (Kinshasa) et Academia-L'Harmattan s.a. (Louvain-la-Neuve), 2013, p.13

2. Position du problème

Il est un fait que le droit constitutionnel suppose que les gouvernants sont considérés comme des hommes ordinaires, soumis au droit comme les sont les citoyens ⁽¹⁸⁵⁾. Dans un Etat de droit, les gouvernants ne sont pas, selon Maurice Duverger, des personnes spéciales qui échappent au droit. Ce sont des hommes ordinaires comme les autres citoyens, l'auteur affirme qu'à l'instar des cours et tribunaux ordinaires qui sanctionnent les actes antisociaux des citoyens, il existe des juridictions constitutionnelles chargées de contrôler l'action des institutions politiques ⁽¹⁸⁶⁾. Aussi, à l'instar des cours et tribunaux qui sont appelés à sanctionner les comportements antisociaux des citoyens, a-t-il paru nécessaire aux Etats modernes de concevoir une justice constitutionnelle destinée, elle, à contrôler l'action des institutions politiques, étant entendu que le droit constitutionnel est cette partie du droit qui régleme les institutions politiques de l'Etat ⁽¹⁸⁷⁾.

La justice constitutionnelle est entendue dans cette recherche dans le sens d'une justice qui porte sur la loi constitutionnelle. La notion évoque donc un ensemble des décisions rendues par une juridiction constitutionnelle conformément aux attributions qui lui sont dévolues. La juridiction quant à elle, envoie à l'idée de l'intervention du juge constitutionnel dans le règlement des questions relevant naguère de la compétence des autorités politiques. La juridiction apparaît comme cette possibilité que le constituant donne au juge constitutionnel d'intervenir, en tant qu'arbitre, dans l'équilibre institutionnel et dans la régulation de la vie politique ⁽¹⁸⁸⁾.

¹⁸⁵ DUVERGER (M), *Institution politique et Droit constitutionnel*, T.1., PUF, 16^{ème} éd., Paris, 1980, cité par MABANGA MONGA MABANGA, *Le Contentieux constitutionnel congolais*, EUA, Kinshasa XI, 1999, p.9

¹⁸⁶ DUVERGER (M), *Institution politique et Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1996, 18^{ème} Ed., p. 28, cité par ESAMBO KANGASHE (JL), *La constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme, Contraintes pratiques et perspectives*, éd., Bruylant-Academia, s.a., Belgique, p.225

¹⁸⁷ DUVERGER (M), *Op.cit.*, p.14,

¹⁸⁸ ODIMULA LUFUNGUSO (L), *Op.cit.*, p.1

Le professeur Jean-Louis Esambo Kangashe souligne que cette présentation manque de nuance. En effet, les actes des institutions politiques ne sont pas que soumis au contrôle de la constitutionnalité. Les juridictions administratives peuvent dans les limites fixées par la constitution, contrôler la légalité des actes administratifs des gouvernants (¹⁸⁹).

De nos jours, la juridicisation de la vie politique par la justice constitutionnelle se matérialise à travers le contrôle de la dévolution, de l'exercice et éventuellement de la perte du pouvoir. A cette compétence du juge, s'ajoute le traitement des affaires dans lesquelles les plus hautes autorités politiques de l'Etat sont mises en cause ou impliquées (¹⁹⁰).

Cette saisie du politique par le droit s'explique par le fait que la justice constitutionnelle intervient dans le jeu des pouvoirs, ce qui conduit à une juridicisation de la vie politique (¹⁹¹).

Dans cette perspective, le contentieux électoral a pour objet de régler les litiges mettant en cause la régularité des opérations électorales. Il comporte le contentieux de l'établissement des listes électorales, le contentieux des actes préparatoires (c'est-à-dire les actes qui ont rendu l'élection possible) et le contentieux de l'opération électorale proprement dite (¹⁹²).

Les doctrinaires De Villiers et Divellec surenchérissent en ce sens-ci que le rôle du juge électoral est d'attester que les résultats proclamés expriment sincèrement ce qu'a voulu le corps électoral (¹⁹³).

Cette mission du juge peut cependant conduire l'annulation des opérations électorales quand les irrégularités ont eu, ou sont susceptibles d'avoir eu une influence déterminante sur les

¹⁸⁹ ESAMBO KANGASHE (JL), Op.cit., p.225

¹⁹⁰ ODIMULA LOFUNGUSO, Op.cit., p.31

¹⁹¹ Idem, p.32

¹⁹² Ibidem

¹⁹³ Ibidem

résultats ⁽¹⁹⁴⁾. Par contre en Afrique, nombre des failles demeurent quant à la fiabilité du contentieux électoral, du moins dans la plupart des Etats du continent. Alors que, dans les démocraties pluralistes en Occident, l'action du juge constitutionnel et du juge pénal a largement contribué à moraliser les consultations électorales. En Afrique, le contentieux électoral en est encore au stade des tâtonnements ⁽¹⁹⁵⁾.

- On a même quelques fois les sentiments d'assister au déroulement des procédures que l'on peut qualifier tout simplement « *d'exotiques ou étrangers* » comme par exemple le fait pour le juge électoral au Nigéria de ne s'être prononcé que plus d'une année et demie après l'élection présidentielle d'avril 2007 sur la régularité de ce scrutin. Dans ces conditions et raisonnablement, Monsieur Umaru Musa Yar'adua, a été présenté comme élu par la Commission Electorale et exerçant depuis un temps déjà très long les fonctions du Chef de l'Etat, ne peut plus voir son élection invalidée ⁽¹⁹⁶⁾. Dans une autre réflexion du professeur Evariste Boshab Mabuj démontrant qu'en Afrique, le contentieux électoral tâtonne, le professeur constitutionnaliste s'exclame avec indignation en ces termes : « *...comment ne pas tressaillir de peur, lorsque du haut de l'hémicycle, l'on peut entendre des personnalités respectables suggérer la censure des arrêts de la Cour Suprême de Justice, par l'Assemblée Nationale!* » On ne peut que s'en inquiéter, puisqu'il s'agit là non seulement de la remise en question d'une règle considérée comme le socle de la protection des droits de citoyens en démocratie, mais aussi et surtout de la manifestation du danger permanent de disparition qu'encourt tout système démocratique naissant, lorsque les garde-fous sautent ; soit en raison de l'incapacité des gouvernants de respecter et de faire respecter les règles du jeu, soit par l'indolence de la population qui, pourtant,

¹⁹⁴ ODIMULA LOFUNGUSO, Op.cit., p.31

¹⁹⁵ DJEDJRO FRANCISCO MELEDJE, Op.cit., p.142

¹⁹⁶ Idem

doit protéger la Constitution comme la prunelle de ses yeux. C'est par une sorte de démission collective, face aux exigences de protection des institutions, qu'il a été possible à l'auteur du « *Mein Kampf* » de neutraliser tous les contre-pouvoirs, pour déboucher sur un totalitarisme qui a plongé l'humanité dans l'horreur la plus abjecte »⁽¹⁹⁷⁾.

Cette faible implantation du contentieux électoral en Afrique s'explique de diverses façons : Il y a, avant tout, une raison institutionnelle qui tient au fait qu'en Afrique les pouvoirs publics, c'est-à-dire le personnel politique et l'administration publique, sont parties prenantes dans la fraude électorale ; il y a par ailleurs, les défaillances dues à l'insuffisance ou à l'inadéquation des moyens matériels. Tout ceci concourt à retarder ou à empêcher la mise en place des conditions du renouvellement régulier des élites au pouvoir.

Dans ce cas, il est évident que les manœuvres électorales prennent une ampleur significative, l'égalité entre les candidats reste théorique. On aurait dû s'attendre, comme le souligne Jean-Claude Masclet, que le contentieux se trouve au premier plan de l'actualité⁽¹⁹⁸⁾. Et que toutes ces manœuvres, au niveau du contentieux en Afrique, soient plus sévèrement sanctionnées, mais il n'en est pas ainsi.

On peut faire remarquer que dans certaines législations électorales en Afrique, telles que celles de la Tunisie, la fraude

¹⁹⁷ BOSHAB MABUDJ (E); Le principe de la séparation des pouvoirs à l'épreuve de l'interprétation des arrêts de la Cour Suprême de Justice par l'Assemblée Nationale en matière de contentieux électoral, In Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en RDC, Actes des journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa 18-19 juin 2007, p.19

¹⁹⁸ MASCLET (JC), « Rapport introductif à la séance sur l'organisation générale des contentieux en matière électorale, In organisation internationale de la francophonie, Aspects du contentieux électoral en Afrique, Actes du séminaire de Cotonou, 11-12 Novembre 1998, p.33

n'était pas sanctionnée dans le code électoral ⁽¹⁹⁹⁾. Ce qui était probablement dû au fait que la constitution Tunisienne ne fait aucune mention du contentieux électoral. Pour ne rester qu'à cet exemple. On indique aujourd'hui qu'un contentieux électoral est tout de même organisé même si la constitution ne fait aucune mention de cette possibilité. Il n'en demeure pas moins que la constitution par les principes qu'elle pose : de représentation politique, d'universalité du suffrage, d'égalité des candidats, de sincérité du vote..., tous ces principes orientent le cours du contentieux électoral, le soumet à un certain nombre des contraintes et, la légitime tout en lui donnant une signification démocratique ⁽²⁰⁰⁾. En d'autres termes, la mise en place d'une réglementation du contentieux électoral est un signe, au moins formel, de la régulation d'élections disputées.

On sait à l'évidence que les élections en Afrique, à elles-mêmes, sources de difficultés de toutes sortes et surtout de conflit constatables par les irrégularités nombreuses et les violences postélectorales. Voilà pourquoi les règles relatives au contentieux sont en principe destinées à prévenir ou à régler de telles situations. On peut à ce jour encore émettre quelque doute quant à la croyance des populations africaines et même d'une partie de la classe politique en Afrique sur la vertu des procédures contentieuses en matière électorale. Car l'élection n'est plus un facteur de cohésion sociale, bien plus, elle est source de conflits : en ce sens que non seulement la sécurité des juges est menacée mais aussi la stabilité du pays est compromise par l'élection. C'est à l'exemple de la République Sénégalaise que nous pouvons illustrer notre analyse : en 1993 au cours des élections générales, le vice-président du conseil constitutionnel sénégalais

¹⁹⁹ NEJI BACCOUCHE, « Contentieux électoral et suffrage universel », Abdelfattah Amor, Philippe Ardant et Henry Roussillon (di), le suffrage universel, PUSS, 2007, p.125, et « Le problème des délits électoraux en Tunisie », In revue Tunisienne de droit, 1982.

²⁰⁰ ABDELTIF MENDUNI « Constitution et contentieux électoraux », In Académie interactionnelle de constitution, Recueil des cours, Vol. 10, « Constitution et élection », 2002, p.303, cité par DJEDJRO FRANCISCO M., p.144

a été assassiné⁽²⁰¹⁾. Cet exemple sénégalais des années 90 illustre bien la conscience et le comportement du juge constitutionnel africain. Au moment où dans l'esprit du juge constitutionnel, l'élection en Afrique n'est plus un facteur de la cohésion sociale, cohésion nationale mais plutôt sources des violences postélectorales ou même sources des assassinats postélectoraux. Comme nous pouvons le faire remarquer dans cette réflexion que ce genre des contentieux et le contentieux dans lequel se trouve le juge constitutionnel africain, celui-ci serait pris en étau entre le droit de la force et la force du droit.

Ce constat s'éclaircit dans cette autre réflexion : *en Afrique comme partout ailleurs et notamment en République Ivoirienne, il se pose toujours avec acuité le problème de fonctionnement du pouvoir politique.*

A ce propos, le droit constitutionnel, dans un aspect de science politique, va jusqu'à s'intéresser aux institutions politiques, aux facteurs se trouvant à l'origine du divorce existant entre le schéma constitutionnel et la vie politique, mais aussi à l'importance des institutions politiques et des règles qui les régissent pour l'avenir du monde et des Etats en raison de l'augmentation des compétences étatiques. En effet le sort des peuples et des personnes en difficulté, le sort des collectivités qui les groupent dans chaque pays, dépend de manière croissante des pouvoirs publics...⁽²⁰²⁾.

Sur ce, le Professeur Mpongo Bokako Bautolinga souligne avec un stylo rouge l'observation du professeur Lihau Ebuja, faite sur le fonctionnement des institutions politiques en ces termes : *il existe toujours un décalage entre les institutions politiques envisagées dans leur fonctionnement réel, et les règles constitutionnelles dont elles sont censées procéder* »⁽²⁰³⁾.

²⁰¹ DJEDJRO FRANCISCO M., p.144

²⁰²MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA (E), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, T.1, Théorie générale des institutions politiques de l'Etat, EUA, Kinshasa, 2001, p.2

²⁰³ Idem

C'est dans cette optique de raisonnement, que nous sommes arrivés à démontrer que dans la plupart des Etats autoritaires actuels, le texte constitutionnel définit un régime politique idéal sans beaucoup de rapport avec le régime effectivement pratiqué. La constitution n'est pas réellement appliquée sans doute, aucun régime réel n'est absolument identique à celui défini par les articles de la constitution ⁽²⁰⁴⁾.

3. Hypothèse de travail

Eu égard à la recherche des facteurs se trouvant à l'origine du divorce entre le schéma constitutionnel et la pratique politique, et compte tenu de l'analyse de la justice constitutionnelle en Afrique à la lumière des 2 arrêts rendus par le conseil constitutionnel Ivoirien proclamant successivement Laurent Gbagbo et Alassane Ouattara. Nous sommes dès lors persuadés que la Côte d'Ivoire est dépouillée de tout ce qui faisait sa souveraineté et aussi cette république ivoirienne passe sous tutelle de l'Union Africaine (UA), de l'organisation des Nations Unies (ONU), mais surtout de la France qui manipule ces deux premières organisations.

4. Annonce du plan

Dans le cadre de ce travail, notre étude sera axée autour de deux chapitres comportant chacun des sections. Si le premier chapitre porte sur les problèmes posés par le juge constitutionnel ivoirien et africain, le second recherche les pistes de solution.

²⁰⁴ IMPONGO BOKAKO BAUTOLINGA (E), *Op.cit*, p p.10

I. LES PROBLEMES POSES PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN ET IVOIRIEN SUR LE PLAN JURIDIQUE ET POLITIQUE

I.1. Les regards croisés du fonctionnement du Conseil Constitutionnel ivoirien quant aux problèmes posés

Le 28 novembre 2010 avait eu lieu le deuxième tour des élections en Côte d'Ivoire. Deux leaders légitimes s'opposaient : le président sortant Laurent Gbagbo et l'ancien premier ministre Alassane Ouattara, et à notre grande surprise et mécontentement, à part les instruments juridiques internes (la constitution et la loi électorale ivoirienne servant des cadres juridiques pour permettre une bonne organisation des élections avec la Commission Electorale Indépendante et le Conseil Constitutionnel comme juge électoral en cas des contentieux), il y a eu aussi plusieurs autres arbitres. Dans la circonstance, on a vu la présence du président d'un pays voisin, base arrière de la rébellion, Blaise Compaoré « facilitateur de l'accord de paix et de désarmement de Ouagadougou », le représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU : Young-Jin Choi « certificateur » et enfin, le Président Nicolas Sarkozy de la France « ancienne puissance coloniale » avec l'appui de l'Union Européenne, la FMI, la Banque Mondiale etc...

La présence diversifiée des arbitres chargés d'une part, d'organiser, d'assurer la régularité électorale par l'enrôlement des électeurs, la tenue du fichier électoral, les opérations de vote, du dépouillement ainsi que de la proclamation des résultats provisoires (voir la Commission Electorale Indépendante), et aussi de régler les litiges mettant en cause la régularité des processus électoraux, c'est-à-dire la régularité et la sincérité de l'élection sont garanties par un contrôle juridictionnel exercé par une juridiction constitutionnelle. Il revient au juge constitutionnel de statuer sur des contestations concernant la recevabilité des candidatures et sur les recours mettant en cause le résultat de l'élection (voir le conseil constitutionnel) et d'autre part, une variété d'organes d'arbitrage régionaux et internationaux ayant comme mission similaire aux organes indépendants internes de la Côte d'Ivoire, qui consistaient à la supervision et à la certification

du processus électoral ivoirien et cette mission portait sur cinq critères, à savoir la paix, l'inclusion, l'accès facile aux médias d'Etat à tous les candidats, la liste électorale et les résultats.

Et ce qui nous a, le plus tiqué, serait la résolution 1765 du 16 juillet 2007 du Conseil de sécurité des Nations Unies qui nomme un représentant spécial du secrétaire général en Côte d'Ivoire et lui confie la mission de certifier que tous les stades du processus électoral fourniront toutes les garanties nécessaires pour la tenue d'élections présidentielles et législatives ouvertes, libres, justes et transparentes conformément aux normes internationales. Et compte tenu du critère « *résultats des élections* », il est clairement dit que « *les résultats des élections seront certifiés d'une façon explicite. Une fois certifiés, le certificateur n'admettra pas que les résultats fassent l'objet des contestations non démocratiques ou des compromissions* ».

Cette résolution 1765 essaye de contrarier la résolution 1603/2005 et la résolution 1721/2006 qui l'une désigna, à titre exceptionnel, sur base des accords de Lina Marcoussis, d'Accra et de Pretoria après consultation de l'Union Africaine et du facilitateur Tabu Mbeki, un haut représentant pour les élections en Côte d'Ivoire et l'autre précisa le mandat du haut représentant pour les élections et décide que le haut représentant aux élections sera la seule autorité habilitée à rendre les arbitrages nécessaires en vue de prévenir et résoudre toutes les difficultés ou contentieux liés au processus électoral.

Cet exercice analytique démontre que le schéma politique internationale cherchait à rendre néant le schéma constitutionnel interne de la Côte d'Ivoire par l'adoubement des institutions internationales ou des personnalités internationales en Côte d'Ivoire (des diverses personnalités d'outre mer : africaines, européennes et même onusiennes). Ces organes internationaux trouvent leur installation en Côte d'Ivoire et ils ont reçu comme mission de certifier les résultats des élections présidentielles ivoiriennes du 28 novembre 2010 et même de décider sur le vainqueur de la présidentielle de 2010. Cela sur base des

résolutions prises par le Conseil de sécurité de l'ONU et des accords signés portant sur le processus électoral en Côte d'Ivoire.

Tout cela contredit et viole la constitution ivoirienne et la loi électorale ivoirienne qui attribuent la Commission Electorale Indépendante, le pouvoir organisateur des élections et des proclamations des résultats provisoires, tandis que le conseil constitutionnel a le pouvoir de contrôler la régularité des actes et la validité des résultats en vue de la proclamation définitive.

Voilà pourquoi, le représentant spécial du secrétaire général de l'ONU, Monsieur Young Jin Choi qui a certifié les résultats donnant à Monsieur Alassane Ouattara gagnant n'avait donc aucun mandat de la constitution ivoirienne pour cela, et a usurpé un rôle qui l'aurait placé au dessus du conseil constitutionnel de la République de la Côte d'Ivoire.

I.2. Les regards croisés quant aux arrêts rendus par le Conseil constitutionnel ivoirien

Dans la logique du schéma politique international, que sans une loi de ratification des « *décideurs contraignantes* » de l'UA et de l'ONU qui doit être votée par l'Assemblée Nationale Ivoirienne, le président du conseil constitutionnel ivoirien Paul Yao N'dré, a déclaré officiellement Alassane Ouattara, Président de la république de Côte d'Ivoire, le jeudi 5 mai 2011. Cinq mois après avoir investi son rival Laurent Gbagbo. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 85 de la constitution du 1^{er} août 2000 de la Côte d'Ivoire, la décision prise le 5 mai 2011 par le Conseil constitutionnel de proclamer Alassane Ouattara président est illégale et anticonstitutionnelle. En ce sens que les dispositions constitutionnelles de l'article 85 de la constitution ivoirienne expriment la procédure à suivre pour confirmer un engagement international : cela se fait par le vote d'une loi de ratification au niveau de l'assemblée nationale. Ce qui n'était pas le cas.

Donc les décisions contraignantes n'ont pas reçu une autorisation supérieure à celle de la constitution et des lois internes de l'Etat et ne peuvent les modifier.

Voilà pourquoi, la décision de Paul Yao N'dré du 3 décembre 2010 proclamant Laurent Gbagbo vainqueur avec 51% des voix ne peut pas être modifiée ni, par les décisions contraignantes prises par l'UA et l'ONU qui avaient reconnu Monsieur Ouattara comme nouveau président et pressait le président Gbagbo de quitter le pouvoir sans une loi de ratification votée par l'assemblée nationale. Et ni par la décision prise le 5 mai 2011 par le conseil constitutionnel qui proclame Ouattara président de la république alors que cette décision du 5 mai 2011 ne peut en aucun cas annuler la décision du 03 décembre 2010 qui est une décision définitive et irrévocable. Cette décision proclamant Gbagbo vainqueur a reçu la force de la chose jugée et, a la force de loi en vertu de l'article 98 de la constitution ivoirienne qui dispose : « *les décisions du conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toute autorité administrative, juridictionnelle, militaire ou à toute personne physique ou morale* ».

Par ailleurs, là où l'ordre juridique interne d'un Etat rencontre des éléments du système international, il y a nécessairement des risques d'interférences. Ces risques sont accrus lorsque l'on passe de l'observation internationale des élections à l'exigence de certification de l'élection. L'exemple de la Côte d'Ivoire montre que, dans le cadre précis des élections, ces risques sont perceptibles à plusieurs niveaux. Le concept de certification des élections, aujourd'hui en vigueur dans ce pays, ajoute une nouvelle exigence institutionnelle et fonctionnelle au processus électoral. Le contrôle de la régularité des élections reconnu au conseil constitutionnel n'est plus l'ultime opération en la matière. En clair, avec la certification, le juge électoral ivoirien n'a plus « *le pouvoir de dernier mot* », ce qui peut contribuer à affaiblir son autorité. Tout compte fait, cette situation n'est pas catastrophique puisque le contentieux électoral est réglé par des voies juridiques mais également par des procédés politiques.

I.3. Considérations générales quant au fonctionnement du juge constitutionnel africain

Les conflits électoraux sont avant tout des conflits politiques que le droit tente de saisir. Le recours au contentieux électoral est visiblement la manifestation d'une adhésion aux processus juridiques de règlement des conflits électoraux ; la lutte pour le pouvoir politique est ainsi entreprise de façon prioritaire par le moyen du droit, même si par ailleurs la violence n'est pas entièrement exclue.

Lorsque le désaccord entre les acteurs politiques relatif au contenu du droit électoral est profond ou que les contestations sur la gestion du contentieux ne peuvent plus être maîtrisées par les procédures juridictionnelles, la lutte pour le pouvoir en Afrique emprunte soit les voies de violence des armes, antithèse des procédures démocratiques actuelles de la compétition politique, soit celles des solutions politiques. Dans le cadre de ces dernières, et lorsque le principe de majorité est insusceptible d'être appliqué, on recourt au partage quelquefois déséquilibré du pouvoir comme au Kenya et au Zimbabwe.

En dehors de ces solutions qui n'intéressent pas le contentieux électoral, les expériences (récentes ou encore en cours) de la République Démocratique du Congo et de la Côte d'Ivoire, de la République Centrafricaine (accord de Libreville du 22 janvier 2005), du Togo (accord politique inter-togolais du 20 août 2006) montrent que le règlement des désaccords électoraux procède de solutions politiques négociées. En Côte d'Ivoire, les divers arrangements politiques (accords politiques et résolutions du conseil de sécurité des Nations Unies) ont, sur plusieurs points relatifs au processus électoral, posé de nouveaux critères et formulé des procédures nouvelles : détermination du collège électoral, conditions d'éligibilité à la présidence de la république et présentation des candidatures, composition et pouvoir de la Commission Electorale Indépendante, organisation de la propagande électorale, règlement du contentieux électoral. Il faut même préciser que la Table Ronde de Linas Marcoussis, en janvier 2003, et l'accord de Pretoria du 6 avril 2005 ont réussi à

imposer des nouvelles conditions d'éligibilité à la présidence de la république et à les rendre immédiatement applicables aux prochaines élections, alors même que celles en vigueur en application de l'article 35 de la constitution d'août 2000 n'ont pas été formellement révisées.

Plusieurs autres expériences d'accords politiques ailleurs en Afrique ont permis de surmonter les obstacles liés à la présentation de certaines candidatures aux élections présidentielles et législatives auxquelles n'auraient pu prendre part certaines personnalités si l'on s'en était tenu au code électoral précédemment en vigueur.

Beaucoup moins contraignants que les arrangements politiques, les codes de bonne conduite conclus entre les acteurs politiques, quelquefois à l'instigation des acteurs internationaux, viennent compléter l'arsenal normatif dans le droit constitutionnel électoral en Afrique. On a, par moments, les sentiments qu'une question aussi explosive que la lutte pour le pouvoir s'accommode mieux en Afrique avec le Droit « *mou* ».

Les systèmes politiques africains sont en quête de fondements démocratiques solides ; l'application des procédures électorales permettra de mesurer leur adhésion au principe de légitimité démocratique.

Les formes de la compétition politique en Afrique ne sont pas linéaires, mais les pays d'Afrique s'exercent, sans doute péniblement, à la pratique du contentieux électoral. L'importance de ce contentieux est variable selon les pays Africains pour des raisons diverses, notamment, la mobilisation différenciée des acteurs politiques et de l'opinion pour le contentieux électoral ainsi que le développement du contentieux en raison du type d'opération électorale. La question des irrégularités et des fraudes reste récurrente. Ce contentieux implique une pluralité d'acteurs nationaux et emprunte tantôt les voies du droit, tantôt celle du politique.

Bref, le fonctionnement de la justice constitutionnelle en Afrique en général nous présente un juge, si nous allons reprendre les termes du professeur Kaluba Dibwa, qui semblerait avoir un visage défiguré et pâle dans une architecture institutionnelle propre à des pays à forte tradition autocratique.

II. LES PISTES DE SOLUTION QUANT A LA RECHERCHE DU BON FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE AFRICAINE

II.1. Le contentieux électoral en Afrique implique une pluralité d'acteurs comme indice de la recherche d'une efficacité

Sous les régimes de parti unique en Afrique, c'est une structure unique, l'administration territoriale, qui était en charge de l'organisation des élections, le contentieux électoral reflétait l'emprise du parti sur le système électoral, remettant en cause l'idée même d'un contentieux viable. Aujourd'hui, il existe diverses structures qui participent à la régulation électorale, et même au contentieux. Cette pluralité d'acteurs est significative de la recherche d'une certaine performance dans la régulation de la compétition électorale, mais elle est en même temps porteuse d'un risque de conflit entre les organes de cette régulation.

L'efficacité du contentieux électoral en Afrique semble dépendre de la multiplication des structures devant intervenir dans la régulation du contentieux. Notons d'emblée qu'à l'image de ce qui a lieu en France la plupart des pays francophones organisent une répartition du règlement juridictionnel du contentieux électoral en distinguant entre les contentieux des élections (élections présidentielles et législatives), attribué au juge constitutionnel, et celui des élections locales, relevant du juge administratif. Au-delà de cette distinction qui concerne le scrutin proprement dit et accessoirement la campagne électorale, le contentieux des actes préparatoires relève de la juridiction civile ou administrative. Dans les deux types d'élections, le contentieux répressif est du ressort du juge pénal.

Cela étant, le manque de confiance dans l'administration étatique a conduit, presque partout, non seulement à multiplier les organes nationaux compétents, mais encore à faire intervenir les organismes intergouvernementaux. Le contentieux électoral peut, à première vue, s'entendre comme ne faisant intervenir que les organes juridictionnels au sens strict, c'est-à-dire les tribunaux et les cours. Tel n'est pas le cas en Afrique, du moins pour ce qui est de la plupart des pays francophones.

A côté des juridictions constitutionnelles qui sont également juges électoraux dans les scrutins présidentiels et législatifs, sont créées des organes non juridictionnels qui concourent à régler les conflits électoraux, mieux, à assurer, avec les juridictions, la régulation du jeu électoral ; ces organes sont en général pour la dénomination « *observatoire national des élections* » (Cameroun, Sénégal), ou alors, et pour la plupart des Etats « *Commission Nationales Autonomes Electorales* » ou « *Commissions Nationales Indépendantes Electorales* ».

Les compétences de ces commissions, très variables d'un pays à l'autre, consistent dans le règlement amiable préalable, le cas échéant, dans un recours juridictionnel devant la juridiction constitutionnelle (Togo), dans la supervision des scrutins ou l'organisation de ces scrutins. Quoi qu'il en soit, la compétence peut être étendue, comprenant non seulement l'organisation des élections mais aussi le règlement des contentieux électoraux. Par ailleurs, les commissions apparaissent partout comme des lieux de lutte pour le pouvoir politique : alors même qu'elles sont destinées à apaiser les conflits électoraux, elles sont l'objet de convoitise des forces politiques.

Des entraves de fait sont dressés dans le fonctionnement des commissions électorales dans les pays africains, y compris francophones. Ainsi en Côte d'Ivoire, en 2000, la Commission Electorale, dissoute par le Général Robert Gueï, a été empêchée d'agir de façon indépendante et honnête au règlement de contentieux électoral à l'occasion de l'élection présidentielle ; finalement, c'est la rue qui a dénué le contentieux. Au Niger, en 1996, la Commission Electorale, jugée trop indépendante, a été

mise à l'écart par le Général Ibrahima Baré Maïnassara, qui a créé en lieu et place une Commission aux ordres qui n'a évidemment aucune peine à déclarer élu le Général candidat.

II.2. La pluralité d'acteurs ne vaut pas seulement qu'entre organes internes mais aussi ces structures internes sont adouées par des organes internationaux

La pluralité ne vaut pas qu'entre organes internes. Aujourd'hui l'élection est devenue, dans le pays en transition démocratique ou tout simplement en crise, une affaire internationale, ne serait-ce qu'à travers les opérations de supervision et d'observation des processus électoraux ; elle n'est plus la seule affaire de l'Etat. Les actions qui sont menées dans ce cadre par les acteurs internationaux visent à améliorer l'organisation de scrutins, soit par l'allocation de ressources nécessaires à la bonne organisation pratique de l'élection ou à l'indication des principes directeurs du suffrage, soit par la dénonciation des irrégularités, soit enfin par leur implication dans le règlement des contentieux.

Dans le cas de la Côte d'Ivoire, plusieurs organisations intergouvernementales dont le pays est membre ont un regard sur le processus électoral et entendent prendre part activement au contentieux (l'organisation des Nations Unies, l'Union Africaine, la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest, l'Organisation Internationale de la Francophonie) ; à celles-ci s'ajoutent aujourd'hui, le facilitateur de l'accord dit de Ouagadougou (le président Blaise Compaoré du Burkina Faso) ainsi que l'Union européenne et bien entendu, l'ancienne puissance coloniale qui continue d'avoir une influence discrète mais réelle.

S'agissant des Nations Unies, elles ont confié une nouvelle mission en Côte d'Ivoire à leur secrétariat général dans le cadre du règlement de la crise en vue de donner une crédibilité à l'élection ; celle-ci vise, entre autres, à « *vérifier, au nom de la communauté internationale, que toutes les étapes du processus électoral y compris celles ayant trait à l'établissement des listes électorales et à la délivrance des cartes d'électeurs, présentent*

toutes les garanties nécessaires pour la tenue d'élections présidentielles et législatives, ouvertes à tous, libres, justes et transparentes »⁽²⁰⁵⁾. Une résolution du Conseil de sécurité est encore plus précise et plus interventionniste puisqu'elle confie au représentant du Secrétaire général la mission de « *vérifier que toutes les stades du processus électoral fourniront toutes les garanties nécessaires pour la tenue d'élections présidentielles et législatives ouvertes, libres, justes et transparentes, conformément aux normes internationales* »⁽²⁰⁶⁾.

Ainsi qu'on peut l'observer, on est passé progressivement de l'assistance électorale à une action dite de certification du processus électoral qui, manifestement, attribue l'entière responsabilité du contentieux aux organes de la communauté internationale. La certification, qui n'est d'ailleurs pas définie avec précision, est perçue comme une opération qui est au-dessus des opérateurs du contentieux ; en d'autres termes, elle assure le règlement du contentieux des contentieux.

II.3. Une pluralité préjudiciable à l'efficacité du contentieux électoral

Les interférences possibles et même inévitable entre organes en charge du contentieux expliquent en partie l'inefficacité observée. En prenant l'exemple du schéma français du contentieux électoral reconnu aux seules juridictions strictement entendues, on note avec Jean-Claude Maslet que « *la diversité des juridictions n'affecte pas l'unité du droit, en ce sens que les solutions apportées s'inspirent généralement des mêmes principes. Mais cela ne se vérifie pas toujours. Et l'on ne peut éviter que subsistent des divergences de juridictions, ou, plus grave encore, des dénis de justice* »⁽²⁰⁷⁾.

²⁰⁵ Résolution 1603 du Conseil de sécurité, 3 juin 2005.

²⁰⁶ Résolution 1765 du Conseil de sécurité, 16 juillet 2007

²⁰⁷ Jean-Claude Maslet, *Droit électoral*, *op.cit.*, p.313

De manière générale, dans les pays africains, il y a, en matière électorale, et très souvent, des conflits entre l'administration étatique jusqu'à lors en charge des élections et des organismes sur lesquels l'Etat a peu d'emprise. Par ailleurs, lorsque des compétences d'origines diverses tendent à s'exercer sur une matière, il est très fréquent que l'on assiste à des interférences qui se manifestent soit en conflits positifs, soit en conflits négatifs. Et il est évident que plus les « *juridictions* » sont multiples, plus les interférences sont nombreuses et même quelque fois dangereuses.

Il y a quelques années déjà, ont été signalés les problèmes de chevauchement de compétence dans la gestion des élections dans les Etats francophones, entre les hautes juridictions et les commissions chargées des élections. Et l'on peut constater avec Jean du Bois de Gaudusson que « *les contentieux des élections se caractérise dans la plupart des Etats africains par une complexité décourageante pour les populations provoquées par le partage des compétences entre plusieurs juges et ordres de juridictions ainsi que les conflits qui ne manquent pas de surgir dans l'application des lois électorales rédigées en des termes propices au divergences d'interprétations* ⁽²⁰⁸⁾... ». Il est probable qu'avec l'expérience des élections organisées à temps réguliers dans certains continents, les choses sont entrain de se construire durablement.

²⁰⁸ Jean du Bois de Gaudusson, op.cit., p.103.

CONCLUSION

Nous avons eu le devoir de décrypter la justice constitutionnelle en Afrique, compte tenu des arrêts rendus par le Conseil constitutionnel de la Côte d'Ivoire proclamant successivement comme vainqueur des élections, LAURENT GBAGBO et ALASSANE OUATARA.

Ce domaine de recherche nous a permis de démontrer le décalage de fonctionnement de la justice constitutionnelle en Afrique en ce sens qu'en lieu et place du Conseil constitutionnel ivoirien, il y a eu imbrication de plusieurs organes régionaux et surtout internationaux installés en Côte d'Ivoire et ils ont reçu comme mandat de certifier le processus électoral et même de décider sur le vainqueur de la présidentielle de 2010 en vertu des dispositions de la résolution 1765 du 16 juillet 2007 du Conseil de sécurité des Nations Unies supprimant les résolutions 1603/2005 et 1721/2006. Mais le constat est que toutes ces résolutions s'expriment clairement en ces termes : *« les résultats des élections seront certifiés d'une façon explicite. Une fois certifiés, le certificateur n'admettra pas que les résultats fassent l'objet de contestations non démocratiques ou de compromissions. Le certificateur qui est le représentant spécial du Secrétaire général, nommé par la résolution 1765/2007 du Conseil de sécurité, sera la seule autorité habilitée à rendre les arbitrages nécessaires en vue de prévenir et résoudre toutes difficultés ou contentieux liés au processus électoral »*.

Alors que le Conseil constitutionnel ivoirien joue le rôle de l'autorité habilitée par la Constitution ivoirienne à rendre les arbitrages au sommet de l'Etat en cas de contentieux ou contestations lors des élections présidentielles et législatives ou soit de régler les litiges mettant en cause la régularité du processus électoral. Ce sont les articles 94 et 98 de la Constitution ivoirienne qui attribuent cette compétence au Conseil constitutionnel ivoirien en ces termes : *« le Conseil constitutionnel contrôle la régularité des opérations de referendum et en proclame les résultats. Le Conseil statue sur :*

- L'éligibilité des candidats aux élections présidentielles et législatives ;
- Les contestations relatives à l'élection du président de la république et des députés. Le Conseil constitutionnel proclame les résultats définitifs des élections présidentielles et les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours...

Cela nous pousse à nous poser la question de savoir si l'ordre politique international reposant sur « *la certification* » peut juridiquement substituer l'ordre constitutionnel d'un pays souverain et indépendant ? Car dans ce cas d'espèce, les organes internationaux animés par leurs intérêts excentriques, imposent une certaine valeur juridique à la certification. Celle-ci semble, aux yeux de Nicolas SARKOZY et de Michelle Alliot-Marie ; avoir plus d'importance que le jugement du Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire.

Voilà pourquoi, Paul Yao N'Dré, président du Conseil constitutionnel, a ouvert la boîte de pandore sur la fiabilité des institutions de la République de Côte d'Ivoire en proclamant Alassane Ouattara, président de la république de Côte d'Ivoire, après avoir déjà proclamé Laurent Gbagbo comme Président. Ce faisant, le Conseil constitutionnel vient de se dédire, surtout qu'on sait que les décisions prises par le conseil ne sont susceptibles d'aucun recours. C'est sur base des considérations juridiques dans les sociétés démocratiques modernes qui prônent l'Etat de droit.

Donc, la décision prise le 5 mai 2011 par le Conseil constitutionnel proclamant Alassane Ouattara Président, est illégal et anticonstitutionnelle. Car les dispositions constitutionnelles de l'article 85 de la Constitution de la Côte d'Ivoire démontrent la procédure pour confirmer un engagement international. Alors que sur base des considérations d'ordre purement politique ; Paul Yao N'Dré agit le 5 mai 2011 en vue d'accorder une valeur juridique à un putsch de la communauté internationale et même d'Alassane Ouattara en Côte d'Ivoire. Parlons plutôt d'un arrêt politique pris par Paul Yao pour sauver

sa peau et non dans l'intérêt supérieur de la nation. Peut être Paul Yao voulait sauver seulement son institution pour la remettre ainsi en selle. Et en vertu des considérations doctrinales et politiques, notre analyse est qu'il ne s'est pas dédit. Qu'il a produit un arrêt « *politique* » comme cela arrive souvent aux juridictions suprêmes quand la réalité offre des situations institutionnelles inédites au nom de ce qu'il faut bien appeler « *le dictat international* ».

Joseph Brodsky, poète né en Russie et Lauréat du prix Nobel, disait : « *un homme libre ne blâme personne quand il tombe* ». Cela est vrai aussi des citoyens d'une démocratie qui doivent se savoir responsables du destin de la société dans laquelle ils ont décidé de vivre. En dernier ressort, un peuple a le gouvernement qu'il mérite. Il serait sage que les anciennes puissances coloniales respectent les institutions des pays d'Afrique, qui ont pris leur indépendance il y a 50 ans, et cessent tout soutien à ceux qui utilisent la fraude, la violence et les armes pour conquérir le pouvoir.

Enfin, les regards croisés du fonctionnement de la justice constitutionnelle ivoirienne quant aux problèmes posés et aux arrêts rendus proclamant successivement Laurent Gbagbo et Alassane Ouatara se résume dans cette réflexion : en soi, la démocratie n'offre aucune garantie en Afrique. Surtout, elle est une sorte de modèle institutionnelle et en même temps une sorte d'expérience institutionnelle butée contre certaines réalités institutionnelles inédites.

Nous n'avons nullement la prétention d'avoir épuisé le sujet, mais nous croyons avoir analysé l'essentiel de notre thème dans un seul objectif consistant à réclamer à cor et à cri la démocratie, toutes empreintes de lucidité ; selon les vibrantes paroles de Thomas Jefferson, nous promet de protéger « *la vie, la liberté et la recherche du bonheur* ».

BIBLIOGRAPHIE

I. Documents officiels

- Résolution 1603 du Conseil de sécurité, 3 juin 2005.
- Résolution 1765 du Conseil de sécurité, 16 juillet 2007
- Résolution 1721 du Conseil de sécurité, 2006.

II. Ouvrages

1. COLLINET (S.), *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Librairie Vuilbert, Paris, 1997.
2. DUVERGER (M.), *Institution politique et Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1996, 18^{ème} Ed., p. 28, cité par ESAMBO KANGASHE (JL), *La constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme, Contraintes pratiques et perspectives*, éd., Bruylant-Academia, s.a., Belgique.
3. DUVERGER (M.), *Institution politique et Droit constitutionnel*, T.1., PUF, 16^{ème} éd., Paris, 1980, cité par MABANGA MONGA MABANGA, *Le Contentieux constitutionnel congolais*, EUA, Kinshasa XI, 1999
4. ESAMBO KANGASHE (J.L.), *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, 5^{ème} éd., Bruylant-Academia s.a., Belgique.
5. KALUBA DIBWA (D.), *La justice constitutionnelle en République Démocratique du Congo, Fondements et Modalités d'exercice*, éditions Eucalyptus (Kinshasa) et Academia-L'Harmattan s.a. (Louvain-la-Neuve), 2013.
6. KALUBA DIBWA (D.), *La saisine du juge constitutionnel et du juge administratif suprême en droit public congolais. Lecture critique de certaines décisions de la Cour suprême de justice d'avant la Constitution du 18 février 2006*, éditions Eucalyptus, Kinshasa, 2007.

7. KAYUNSA BIDUM (G.) & SHOMBA (KS), *Initiation aux méthodes de recherche en sciences sociales*, éd. PUZ, Kinshasa, 1995.
8. KOUEVIE LOUIS ADJETY (P.), *Les mots de notre engagement. Réponses à 100 questions brillantes de société, Afrique-espoir*, Kinshasa, 2010.
9. MABANGA MONGA MABANGA, *Le contentieux constitutionnel congolais*, EUA, Kinshasa XI, 1999.
10. MOREAU (J.), *Droit public, Tome I, Théorie générale de l'Etat et droit constitutionnel, Droit administratif*, 3^{ème} éd., Economica, Paris, 1995.
11. MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA (E.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, T.1, Théorie générale des institutions politiques de l'Etat, EUA, Kinshasa, 2001.
12. ABDELTIFF MENDUNI « Constitution et contentieux électoraux », In Académie interactionnelle de constitution, Recueil des cours, Vol. 10, « Constitution et élection », 2002, p.303, cité par DJEDJRO FRANCISCO M., *Le contentieux, In pouvoirs-129-2009*.
13. BOSHAB MABUDJ (E.), Le principe de la séparation des pouvoirs à l'épreuve de l'interprétation des arrêts de la Cour Suprême de Justice par l'Assemblée Nationale en matière de contentieux électoral, In Participation et responsabilité des acteurs dans un contexte d'émergence démocratique en RDC, Actes des journées scientifiques de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa 18-19 juin 2007.
14. MASCLET (JC), Rapport introductif à la séance sur l'organisation générale des contentieux en matière électorale, In organisation internationale de la francophonie, Aspects du contentieux électoral en Afrique, Actes du séminaire de Cotonou, 11-12 Novembre 1998.
15. NEJI BACCOUCHE, « Contentieux électoral et suffrage universel », Abdelfattah Amor, Philippe Ardant et Henry Roussillon (di), le suffrage universel, PUSS, 2007, p.125, et « Le problème des délits électoraux en Tunisie », In revue Tunisienne de droit, 1982.

16. ODIMULA LUFUNGUSO (L), La justice constitutionnelle à l'épreuve de la juridicisation de la vie politique en Droit congolais, Thèse de Doctorat en droit public, Faculté de Droit, Université de Kinshasa, année académique 2012-2013.

**LES LIMITES A L'IRREVOCABILITE DES ARRETS DE
LA COUR CONSTITUTIONNELLE EN REPUBLIQUE
DEMOCRATIQUE DU CONGO**

Par

Jules BUSHAKE NGUASHO

*Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa
et doctorant en Droit*

RESUME

La protection juridictionnelle de la Constitution norme fondatrice de l'ordre juridique interne, s'est largement affirmée dans le monde, l'on constate notamment en République démocratique du Congo que, la question de la nature et de la portée de l'autorité des décisions des juridictions constitutionnelles se trouve posée.

Cette préoccupation est fondamentale, car l'ordre juridique serait gravement perturbé et la sécurité juridique sérieusement mise en cause, au détriment des individus, si ces décisions étaient dépourvues de cette autorité qui augmente la valeur d'un acte en lui conférant la plénitude de ses effets juridiques.

Cette question met en évidence plusieurs divergences relatives à la nature de la décision de la Cour constitutionnelle, certains la considérant comme une autorité de chose jugée de portée absolue, d'autres comme une autorité de chose interprétée, de portée limitée.

L'étude portant sur les limites à l'irrévocabilité des arrêts de la Cour constitutionnelle en République démocratique du Congo, montre de manière assez évidente le choix qui a été opéré d'abord par le constituant, puis par le législateur, de doter la Cour constitutionnelle de moyens lui permettant de revenir sur sa propre décision, en cas d'interprétation ou rectification d'erreur matérielle.

Au regard du fait qu'il n'existe aucune juridiction pour contester les arrêts de la Cour constitutionnelle, le peuple peut user du droit à la résistance pour justifier le rejet des décisions qui lui semblent non conforme au droit, soit carrément procéder à la révision constitutionnelle.

Mots clés : Irrévocabilité des arrêts ; Limites à l'irrévocabilité, Arrêts de la Cour constitutionnelle, République Démocratique du Congo.

INTRODUCTION

Dans un Etat de droit, la justice constitutionnelle a pour finalité de limiter, de canaliser l'action des gouvernants dans la gestion de la cité²⁰⁹. Ceux-ci sont en quelque sorte soumis à l'autolimitation, sous peine de voir leurs actes subir la censure du juge constitutionnel, gardien de la Constitution.

C'est dans ce souci que les grands théoriciens tels que Montesquieu, ont prôné la séparation des pouvoirs pour garantir à la justice son indépendance, gage d'un Etat de droit.

En République démocratique du Congo, l'avènement de la Cour constitutionnelle n'est pas une innovation de la Constitution du 18 février 2006, c'est une institution bien connue dans l'histoire constitutionnelle de la République démocratique du Congo. Sa mise en œuvre est resté lettre morte, à causes de pesanteurs politiques.

Pour le constituant, son œuvre est fondée sur trois objectifs : la recherche de l'efficacité, de la spécialité et de la célérité dans le traitement des dossiers. Par conséquent, il vient de donner un écho favorable aux propositions doctrinales en faveur de la déconcentration du contentieux juridique congolais²¹⁰.

²⁰⁹MAVUNGU, JP., *La justice constitutionnelle en République démocratique du Congo , Aperçu sur la compétence de la Cour constitutionnelle et la procédure devant cette haute juridiction*, Kinshasa, EUA, 2017, p.1

²¹⁰ ESAMBO KANGASHE, J-L., *Traité de droit constitutionnel*, L'Harmattan, 2015, p. 172

Il vient aussi et surtout d'induire une seconde métamorphose de la justice constitutionnelle congolaise, parce que la Cour qu'il met en place est une juridiction dotée, dans son organisation et concernant ses compétences, d'une originalité propre, qui la différencie du système européen et du modèle congolais antérieur de justice constitutionnelle.

Ainsi, la Cour constitutionnelle est appelée à fonctionner à côté de deux autres ordres juridictionnels distincts : celui des juridictions administratives au sommet duquel se trouve le Conseil d'Etat et l'ordre des juridictions judiciaires coiffées par la Cour de cassation.

La question fondamentale à laquelle cette réflexion tourne, est celle de savoir, s'il existe de limites à l'irrévocabilité des arrêts de la Cour constitutionnelle en République démocratique du Congo.

Pour répondre à cette question, il est utile d'examiner les limites prévus par le législateur avant de proposer quelques solutions sur le sort des arrêts de la Cour constitutionnelle.

I. LIMITES DE L'IRREVOCABILITE

En droit congolais, les arrêts de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'être remis en question par personne, les arrêts rendus par la Cour s'exécutent dès leur prononcé par cette haute juridiction.

A cet effet, ils sont opposables à tous, aucune autre formalité n'est exigée pour qu'ils soient opposables à tous, pas de recours contre les arrêts de la Cour constitutionnelle et l'autorité de la chose jugée attachée, une autorité absolue de chose jugée avec effet *erga omnes*²¹¹.

²¹¹ RENAUX., *Le contrôle de la constitutionnalité des actes administratifs*, répertoire Dalloz du contentieux administratif, Paris, Dalloz, 1991, p.10.

On peut se demander si cette irrévocabilité est absolue ou relative, l'analyse des dispositions constitutionnelles à ce sujet permet d'affirmer que le principe est absolue, ceci est d'autant plus vrai que le constituant fait obligation à toute personne de respecter la Constitution et de se conformer aux lois de la République.

Le législateur a prévu l'omission ou erreur matérielle et l'interprétation de la Constitution comme de limite de l'irrévocabilité des arrêts de la Cour constitutionnelle.

I.1. Omission ou erreur matérielle

Omission ou erreur matérielle, désigne l'inexactitude qui se glisse par inadvertance dans la rédaction d'un jugement ou arrêt et qui appelle une simple rectification à partir des données évidentes qui permettent de redresser l'erreur ou de réparer l'omission, c'est aussi une inexactitude au niveau de l'écriture ou de dimension qui tombe sous le sens²¹².

Ce sont donc des vices de transcriptions d'un jugement ou arrêt que l'on appelle les erreurs ou omissions matérielles. C'est puisque ce sont des simples erreurs de transcription qui peuvent être réparées par la juridiction qui a statué, sans modification de la substance de ce qui a été jugé, non par la juridiction d'appel.

Sauf si dans ce dernier cas, la décision affectée par des erreurs matérielles ou omissions a été frappé d'appel, auquel cas, c'est la juridiction d'appel qui devra corriger les erreurs matérielles et omissions constatées en même temps qu'elle statuera sur le fond en cause d'appel.

Dans la pratique, il peut arriver qu'une décision de la Cour constitutionnelle porte une erreur manifestement préjudiciable

²¹² CSJ, 23 avril 1999, KAYIMBA MWEMBWE C/MP. ANDIMI EMINA et la Banque Centrale du Congo, RPR 002/2003, bulletin des arrêts de la CSJ, 2003, pp. 473-475. CSJ 23 avril 1999, société Utradi C/MP et M. GEORGES CARLIER, RPR 001/2027/2028, bulletin des arrêts de la CSJ, 1990-1999, éd. 2003, pp. 470-473.

aux droits garantis aux particuliers. C'est ainsi qu'il est acceptable que la Cour constitutionnelle soit saisie pour corriger par la procédure de révision une décision qu'elle a elle-même rendue, elle peut également être saisie en interprétation de ses propres décisions sans que cette voie de recours emporte l'irrévocabilité des décisions rendues par cette Cour²¹³.

C'est pourquoi les articles 93 al 4 de la loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle et 35 al 4 du règlement intérieur de la même Cour, prévoient la faculté pour cette dernière de revenir en quelque sorte sur ses propres arrêts dans certains cas : notamment en cas d'interprétation ou rectification d'erreurs matérielles affectant la décision²¹⁴.

Cette faculté de rectification d'erreurs matérielles, n'est d'ailleurs pas reconnue à la Cour constitutionnelle uniquement, elle est reconnue aux juridictions d'ordre judiciaire et de l'ordre administratif. Les arrêts de la Cour constitutionnelle étant rendus en premier et en dernier ressort, non susceptibles d'appel et exécutoires, seule cette dernière peut rectifier les omissions et erreurs matérielles des arrêts qu'elle a rendu.

Ainsi sera par exemple considérée comme une erreur matérielle, une erreur sur l'orthographe du nom, l'identité, la date de naissance, le lieu de naissance, le sexe du candidat, le nom de la circonscription électorale, exemple d'un candidat proclamé par la Cour constitutionnelle étant élu de la circonscription électorale de Tshikapa alors qu'il a été élu dans la circonscription électorale d'Ilebo.

Contradiction entre les motifs et le dispositif, exemple d'un arrêt qui annonce clairement la victoire de Monsieur Kanku dans la circonscription électorale de Mont Amba dans ses motifs, mais qui met par inadvertance le nom de Madame Ntumba dans le dispositif comme victorieuse etc... .Seules les imperfections de

²¹³ Article 93 de la constitution, *op.cit.*

²¹⁴ Les articles 93 al 4 de la loi organique sur la cour constitutionnelle et 35 al 4 du règlement intérieur de la même cour, *op.cit.*

ce genre affectant un jugement ou un arrêt peuvent être regardées comme instituant des erreurs matérielles rectifiables.

La décision juridictionnelle en rectification d'erreur matérielle qui ne tend qu'à réparer les erreurs ou omissions matérielles qui affectent un jugement ou un arrêt ne peut aboutir à une modification des droits et obligations reconnus aux parties par la décision déférée, puisqu'une décision juridictionnelle en rectification d'omission ou d'erreurs matérielles ne peut modifier les droits et obligations reconnus aux parties par la décision qui doit être rectifiée²¹⁵.

Il s'ensuit qu'une telle décision n'est soumise à aucun délai de prescription et qu'une requête en rectification peut être introduite même contre une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée. Le fond ne sera en effet pas modifié, pas plus que les droits et obligations des parties : le perdant ne viendra pas vainqueur, le vainqueur le perdant.

En cas de décision rectificative, celle-ci sera simplement mentionnée sur la minute et sur les expéditions de la décision. Ainsi lorsqu'un plaideur forme une requête en rectification, il saisit le juge qui a rendu la décision non pas pour que celui-ci porte un nouveau regard sur la décision qu'il a rendue mais simplement pour qu'il écume les scories qu'elle contient comme le dit justement un auteur : la matérialisation de l'erreur est la condition nécessaire à la rectification²¹⁶.

L'exigence de matérialité de l'erreur rectifiable entraîne des conséquences importantes en ce qui concerne le domaine de la rectification, le principe même de la procédure conduisant à corriger les erreurs et omissions matérielles qui affectent un

²¹⁵ ARDANT, Ph. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2003, p.40.

²¹⁶ FRICERD ,N., *Rectification des erreurs et omissions matérielles* , In GUINCHARD, S.,(dir), *Droit et pratique de la procédure civile*, Paris, Dalloz, action, 2018,p.522.

jugement ou un arrêt, conduit même à rectifier les décisions même passées en force de chose jugée comme soutenu ci-haut.

En droit comparé, la France sera ici grand secours sur les limites d'une décision de rectification d'erreur matérielle, l'exemple de cette limite intrinsèque à la notion d'erreur matérielle sont légions, exemple, le juge ne peut sous couvert de rectification prononcer une condamnation que ne comporte pas le jugement prétendument entaché d'erreur (Cour de cassation française 2^e chambre civile, 8 octobre 1988. JCP 1989, II 21271) ou substituer au débiteur d'une indemnité identifiée par ses précédentes décisions d'autres débiteurs (civ, 1^{ère} 16 novembre 2004, n° 02 - 18.600 P.D 2004. IR 3194. JCP 2005.I 125, obs. A. MEKKI).

Techniquement, la rectification du jugement ne peut constituer un recours mettant en cause l'autorité de la chose jugée attachée à la décision. Il existe pour cela des voies juridictionnelles idoines spécialement prévues et strictement règlementées par le législateur.

I.2. Interprétation de la Constitution

Etant le gardien de la Constitution, le juge constitutionnel est appelée à donner des lumières sur les dispositions constitutionnelles qui laissent certaines lacunes du point de vue de leurs portées réelles, évidemment parce que l'interprétation constitutionnelle est une exigence démocratique, étant donné que beaucoup des Constitutions renferment actuellement quelques énoncés ou dispositions pas clairs et précis²¹⁷.

Généralement, ce manque d'éclaircissement des dispositions constitutionnelles se situe sans doute dans les dispositions relatives à l'organisation du pouvoir politique de l'Etat, parce qu'en ce qui concerne les valeurs fondamentales, certaines d'entre elles sont modifiées au cours du temps et ne posent plus

²¹⁷AMELLER, M., dans son exposé sur le principe de l'interprétation constitutionnelle et l'autolimitation du juge constitutionnel présentée à une rencontre organisée par OCDE à Istanbul en 1998, p.2

aucun problème sur leur interprétation, bien qu'il y a quelques lacunes par rapport à leur mise en application.

Ainsi donc, l'interprétation de la Constitution aurait pour finalité d'éclairer ou d'éclater mieux encore de donner la portée réelle d'une disposition c'est-à-dire cet exercice intellectuel permet de déchiffrer l'intention du constituant sur une matière ou situation juridique bien déterminée.

L'interprétation en droit ne consiste pas seulement à dégager le sens exact d'un texte qui serait peu clair mais aussi à en déterminer la portée, c'est-à-dire le champ d'application temporel, spatial et juridique.

Interpréter comme l'a dit Kelsen, c'est appliquer le droit et aussi presque toujours recréer²¹⁸, et comme le disait Wroblewski que le sens de la norme ne dépend pas de la volonté d'un législateur historique mais de l'interprète.²¹⁹ Par contre Jean-Louis Esambo pense que l'interprétation consiste à expliquer le sens d'un texte, elle est en principe réservée aux dispositions obscures »²²⁰.

Par ailleurs, Kaluba Dibwa affirme, qu'interpréter c'est également choisir entre plusieurs significations qui lui sont données, celle qui se rapproche plus de la volonté de son auteur²²¹, c'est-à-dire l'interprétation a pour but d'obtenir le sens du texte ou de livrer son secret²²² ou encore c'est en chercher l'exacte signification et la véritable portée ».²²³

²¹⁸ KELSEN, H ., Cité par MATADI NENGA GAMANDA, *Eléments de philosophie du droit*, Kinshasa, édition droit et nouvelles idées, 2013, p. 88

²¹⁹ *Idem*

²²⁰ ESAMBO KANGASHE, J.L., *la Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme : contraintes et perspectives*, Academia-bruyant, Louvain-la-Neuve, 2010, p.224

²²¹ KALUBA DIBWA, D., *la justice constitutionnelle en République démocratique du Congo, op. Cit*, p.66

²²² *Idem*

²²³ NYABIRUNGU MWENE SONGA, R., *Traité de droit pénal général congolais*, Kinshasa, EUA 2007, p.63

Bref, interpréter c'est donner le sens c'est-à-dire rendre claire le contenu d'un texte ou donner sa portée réelle.

Alors la problématique qui se porte dans cette étude suscite certaines préoccupations, qui font couler beaucoup d'encre aujourd'hui depuis le début du XIX^{ème} siècle. Il s'agit principalement la question de savoir si tous texte du droit est passible à une interprétation ou doit toujours être interpréter ? En d'autre terme, d'autres dispositions n'appellent pas lieu d'interprétation ?

Face à cette question, la doctrine semblent être divisée dans la mesure où certains auteurs soutiennent que l'interprétation est réservée en principe pour les dispositions obscures, pendant que d'autres ne partage pas ce même point de vue à l'instar du pénaliste Raphaël Nyabirungu qui d'après lui, tout texte juridique sensé d'apporter une solution du droit doit être interpréter de manière équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet²²⁴.

Quand bien même l'on enseigne que le texte clair ne donne pas lieu à une interprétation, à notre humble avis, nous pensons que tous texte du droit doit nécessairement et obligatoirement être interprétée pour comprendre l'intention du constituant ou du législateur par rapport à son objectif ou à sa raison d'être.

En droit congolais, la compétence d'interpréter la Constitution est prévue dans certaines dispositions de la Constitution²²⁵ et de la loi organique portant l'organisation et le fonctionnement de la cour constitutionnelle²²⁶.

²²⁴ NYABIRUNGU MWENE SONGA, R., *Op.cit*, p.63

²²⁵ Article 161 de la constitution de la république démocratique du Congo du 18 février, *Op.cit*.

²²⁶ Art. 54 de la loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la cour constitutionnelle, *JORDC*, 54^{ème} année numéro spécial du 18 octobre 2013, et 51 alinéa 1 et 2 du règlement intérieur de la cour constitutionnelle, *JORDC* 56^{ème} année, numéro spécial du 22 Mai 2015

Conformément à l'article 161 alinéas 1^{er}, la Cour constitutionnelle connaît des recours en interprétation de la Constitution sur saisine du Président de la République, du Gouvernement, du Président du Sénat, du Président de l'Assemblée nationale, d'un dixième des membres de chacune des Chambres parlementaires, des Gouverneurs de province et des présidents des Assemblées provinciales. Le pouvoir de saisir la Cour pour demander l'interprétation de la Constitution, n'est reconnu qu'aux autorités politiques limitativement énumérées à la disposition précitée.

En droit français, l'interprétation de la Constitution est l'enjeu du contentieux constitutionnel qui voit s'affronter celle de des auteurs de la saisine, du Parlement et celle du Conseil constitutionnel²²⁷. Il en est de même en droit Iranien, affirme Ali-Akbar GORJI, que l'interprétation est certes l'enjeu du contentieux constitutionnel parce que la production jurisprudentielle elle-même contient une forte dose d'interprétation²²⁸.

En effet, l'interprétation de la Constitution n'est pas qu'un simple exercice explicatif et significatif, mais aussi un fait juridique qui produit des effets énormes dans l'ordonnement juridique interne d'un pays et qui influence même dans l'organisation et l'exercice du pouvoir du pouvoir public. Et aussi, le constituant congolais de 2006, n'a ouvert le prétoire en matière d'interprétation de la Constitution, qu'aux seuls acteurs politiques limitativement énumérés par lui, contrairement au contrôle de constitutionnalité.

A notre avis, il paraît injuste de la part du constituant de 2006 de reconnaître aux citoyens le droit de saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité d'un acte législatif ou réglementaire à la Constitution, mais lui privé, le droit de

²²⁷ ALI-AKBAR, G., *le pouvoir interprétatif du juge constitutionnel Iranien*, (S.L.S.D), p. 1

²²⁸ *Idem*

demander interprétation d'une disposition de cette même Constitution. Il est souhaitable que, de *lege ferenda*, le constituant dérivé harmonise ce déséquilibre.

En République Démocratique du Congo, comme dans d'autres pays qui ont choisi la voie de la démocratie, dans le monde, l'élection est le canal le plus privilégié pour accéder au pouvoir et l'exercer. Lorsqu'elle est organisée, elle permet que le peuple obtienne un changement dont il a besoin, des animateurs d'institutions qu'il aime et trouve compétent à son service²²⁹.

Depuis l'avènement de la Constitution du 18 février 2006, plusieurs élections ont été organisées dans le pays, la Cour s'est servi des articles 93 al 4 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle et 35 al 4 de son règlement intérieur pour résoudre les requêtes introduites par quelques députés.

En effet, conformément à la loi électorale, article 71, les résultats provisoires des élections législatives proclamées par la CENI devrait être contestés dans un délai de huit jours, la Cour constitutionnelle suivant l'expiration du délai de recours si aucun recours n'avait pas été interjeté ou dans les deux mois de l'introduction du recours²³⁰.

Déterminés à récupérer leurs sièges à l'Assemblée Nationale, certains députés de la législature de 2018, invalidés, ont passé la nuit à la Cour constitutionnelle, pour faire pression afin d'être réhabilités. Au total, 178 dossiers en contentieux de rectification d'erreurs matérielles ont été réceptionnés et examinés par la Cour constitutionnelle.

Pour mettre fin au trouble que les arrêts rendus par la Cour constitutionnelle ont causé, à l'ordre public congolais, le président de la Cour constitutionnelle Benoît Lwamba a

²²⁹ ESAMBO KANGASHE, J-L., *Droit électoral*, Academia L'Harmattan, 2013, p.100.

²³⁰ Article 72 de la loi électorale, *op.cit.*

oralement annoncé qu'il allait créer une chambre spéciale à son sein encore que cette solution ne soit nullement prévue par la loi.

Malheureusement, la Cour constitutionnelle est revenue en violation de la Constitution et de sa loi organique à toucher le fond de son propre arrêt. Cette façon de dire le droit à créer une crise de confiance sur l'œuvre du juge constitutionnel. Qui, pour beaucoup, est à l'encontre, de la volonté du constituant tant ordinaire et du législateur.

Malgré leurs natures, existe une autre voix de limitation de l'œuvre du juge constitutionnel.

II. Limitation des arrêts de la Cour constitutionnelle

Les arrêts de la Cour constitutionnelle, sont revêtus d'une autorité suivant la volonté du constituant du 18 février 2006. Cette autorité a été voulue absolue, car aucun recours substantiel n'est autorisé contre les arrêts de cette juridiction.

Au regard du fait qu'il n'existe aucune juridiction pour contester les arrêts de la Cour constitutionnelle, le peuple peut user du droit à la résistance pour justifier le rejet des décisions qui lui semblent non conforme au droit, soit carrément procéder à la révision constitutionnelle.

Le recours au pouvoir constituant constitue, indéniablement, une limitation de l'autorité des décisions des juridictions constitutionnelles. En même temps, paradoxalement, il participe à sa légitimité.

Car, il ne faut pas oublier ainsi que le rappelle le doyen Favoreu, que la légitimité du juge constitutionnel tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot. En réalité, la censure du juge constitutionnel ne signifie rien d'autre que la détermination d'une procédure.

II.1. Révision de la Constitution

Quel que soit aussi l'autorité attachée aux décisions des juridictions constitutionnelles, celle-ci ne s'impose pas au pouvoir constituant, par conséquent, celui-ci peut, en révisant la Constitution, lever l'obstacle que le juge constitutionnel oppose à une loi ordinaire²³¹.

Le peuple apparaît ainsi comme une instance d'appel et dans ces conditions, les juridictions constitutionnelles n'ont pas le dernier mot, car elles ne sont que les gardiennes de la loi fondamentale qui s'est donné un peuple à ce moment donné de son histoire et celui-ci à la condition de paraître en majesté comme constituant peut, dans une sorte de lit de justice briser leurs arrêts²³².

Le recours à la censure populaire apparaît comme une donnée constante des régimes constitutionnels. Après la Cour Suprême de Justice des Etats-Unis et le Conseil constitutionnel Français, les juridictions constitutionnelles Africaines, se heurtent à la souveraineté du pouvoir constituant.

Le congrès américain a adopté plusieurs amendements de la Constitution afin de revenir sur certaines décisions de la Cour Suprême de Justice. C'est ainsi qu'alors que l'arrêt de la Cour Suprême *Chisom et Georgia* de 1793 permet aux citoyens d'un Etat de le poursuivre devant les tribunaux fédéraux d'un autre Etat sans son consentement, le XX^e amendement a été adopté afin d'assurer l'immunité des Etats devant les juridictions d'un autre Etats²³³.

En France, le congrès a été plusieurs fois mis à contribution afin de lever les obstacles d'ordre constitutionnel relevés par le Conseil constitutionnel²³⁴ dans ses décisions. L'on peut citer

²³¹ FAVOREU, L., « La légitimité du Conseil constitutionnel tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot », *Le Figaro*, 27 août 1993, p.120.

²³² *Idem*

²³³ DUTHEILLET DE LANOTE. *L'autorité de l'interprétation constitutionnelle*, In MELIN SOUCRAMANIAN, F., Paris, Dalloz, 1990, p. 193.

²³⁴ Conseil constitutionnel, Décision n°2000-429, DC, 30 mai 2000.

entre autres, la révision constitutionnelle du 19 novembre 1993 qui permet la promulgation d'une disposition législative au droit d'asile, censurée le 13 août 1993 par le Conseil constitutionnel. Avec la révision constitutionnelle, l'asile n'apparaît plus comme un droit de l'homme mais une obligation pour l'Etat²³⁵.

La révision du 9 juillet 2000, qui organise l'égal d'accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux, revient sur les censures du Conseil constitutionnel, des 18 novembre 1982 et 14 janvier 1999. Elle permet, par conséquent, d'instituer la parité, discrimination fondée sur le sexe.

La révision constitutionnelle du 29 septembre 1995 modifie l'article 39 al2 de la Constitution et institue la vacance du siège de député, dans l'hypothèse de la démission ou d'exclusion.

Au niveau de l'Afrique, la Cour constitutionnelle Gabonaise et la Chambre constitutionnelle de la Cour Suprême de Burkina-Faso se heurtent à la même limitation²³⁶.

La Cour constitutionnelle du Gabon avait censuré la loi organique n°3/93 du 11 mars 1993 relative à l'élection des députés qui prévoyait la vacance du siège du député, en cas de démission ou d'exclusion de son parti au motif que, le parlementaire jouit juridiquement d'une indépendance absolue tant à l'égard de ses électeurs qu'à l'égard de son parti²³⁷.

La révision constitutionnelle du 29 septembre 1995 modifie l'article 39 al2 de la Constitution et institue la vacance du siège de député, dans l'hypothèse de la démission ou d'exclusion.

La chambre constitutionnelle de la Cour Suprême du Burkina-Faso reconnaît, le 20 juillet 1994, la liberté des alliances politiques et la transhumance politique²³⁸, mais la révision

²³⁵ ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, PUF, 1997, p. 390.

²³⁶ ONDO, T., *L'autorité des décisions des décisions de juridictions*, *op.cit.*, p.49.

²³⁷ Décision du 15/CC du 18 août 1994.

²³⁸ BOUMAKANI, B., « La prohibition de la transhumance politique des parlementaires en Afrique », *RFDC*, 2008, n°75, p.80.

constitutionnelle du 30 avril 2000, prévoit la déchéance de tout député qui fait preuve de nomadisme et son remplacement par son suppléant.

En fait, la Cour constitutionnelle, placée au carrefour crucial, est en quelque sorte un aiguilleur ou un régulateur indiquant quelle voie règlementaire législative ordinaire, législative organique, ou constitutionnelle, doit suivre la réforme pour être adoptée²³⁹.

La révision constitutionnelle ne constitue donc que la prise en compte, par le pouvoir constituant, de la décision du juge constitutionnel. C'est cette fonction d'aiguilleur qui est exercée avec succès par la Cour constitutionnelle Sud-Africain qui dispose à cet effet d'une marge de liberté indéniable²⁴⁰ et qui lui permet de déclarer l'inconstitutionnalité de la peine de mort.

De cette analyse, il faut observer que la décision du juge constitutionnel a non seulement une incidence sur la norme qui lui est soumise, mais exerce également un effet sur l'activité future du législateur, puisqu'elle prédétermine, du moins partiellement, le contenu de normes législatives que celui-ci n'a pas encore édictées²⁴¹.

Ce qui fonde la légitimité du juge constitutionnel c'est que, normalement le contrôle qu'il exerce et la censure qu'il peut prononcer à l'encontre d'un texte législatif, ne s'analysant pas comme un verrou ou barrage, mais comme un aiguilleur, c'est-à-dire que, l'obstacle opposé par le juge constitutionnel à une loi ordinaire n'est pas définitif et peut être levé par le vote d'une loi constitutionnelle.

Cette formule justifie le contrôle de constitutionnalité, mais elle n'a cette vertu que parce qu'elle sous-entend que l'obstacle que

²³⁹ FAVOREU, L., Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations, *op.cit.*, pp.279-295

²⁴⁰ PACTET, P., *A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel*, *Mélanges ROBERT, J*, Libertés, 1998, pp. 279-295.

²⁴¹ FROMONT, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p.92.

la loi rencontre dans la Constitution peut être levé par le peuple souverain ou ses représentants s'ils recourent au mode d'expression suprême la révision constitutionnelle.

Le juge n'étant alors pour Louis Favoreu, qu'un aiguilleur dont la fonction serait d'indiquer aux représentants si la disposition en cause devait relever de la loi. La disposition est alors conforme ou de la Constitution, la disposition pour être valide doit être élevée au rang constitutionnel, le juge n'a alors pas le dernier mot²⁴². Il n'a même qu'un premier mot auquel il reviendrait au constituant de donner suite ou non.

D'autres réponses, plus substantialistes, estiment que, le juge constitutionnel ne fait qu'appliquer des principes normatifs propres à la communauté juridique et qui s'imposent à lui, comme l'a proposé Mborantsuo²⁴³ ou qu'il formule des valeurs essentielles à l'ordre juridique que le seul vote ne saurait constituer ce qu'écrivait Bickel Alexander lui-même²⁴⁴ ou encore qu'il participe par sa capacité délibérative d'une forme de représentation démocratique²⁴⁵.

II.2. Perspectives

Il faut retenir que, la décision juridictionnelle en rectification d'erreurs matérielles qui ne tend qu'à réparer les erreurs ou omissions matérielles qui affectent un jugement ou un arrêt ne peut aboutir à une modification des droits et obligations reconnues aux parties par la décision déférée.

Lors du contentieux de 2018 devant la Cour constitutionnelle, les juges ne pouvaient, en aucun sous le couvert d'une rectification d'erreurs matérielles invalider les personnes que, eux-mêmes, ont déjà proclamé élus de leurs circonscriptions.

²⁴² FAVOREU, L., « La légitimité du juge constitutionnel », *op.cit.*, p. 480.

²⁴³ MBORANTSUO, M.M., *La contributions des cours constitutionnelles*, *op.cit.*, p. 20.

²⁴⁴ *Idem*

²⁴⁵ WALINE, M., « Critères de l'acte juridictionnel », *RDP*, 1993, pp.565-572.

Autrement dit, après avoir artificiellement substitué des candidats non élus aux candidats réellement élus, la Cour ne peut plus invalider tous ceux qu'elle a déjà proclamé élus, en d'autres termes, aucun autre arrêt de la Cour constitutionnelle rectificatif soit-il ne peut plus rétablir les vrais vainqueurs dans leurs droits, car ce serait modifier les droits que leurs arrêts uniques ont conférés aux candidats non élus qu'ils ont déclaré vainqueur.

Le juge constitutionnel en tant que garant, est de fait un élément essentiel de la construction d'un tel Etat, est donc appelée à dire le droit en toute indépendance sans considération de la qualité de ses justiciables et s'assurer de l'exécution sans faille de ses arrêts.

Par conséquent, les requérants ne disposent d'aucune voie de recours contre cet arrêt du juge constitutionnel rendu sur une question de droit pour laquelle la Cour a été saisie. C'est dire que cet arrêt est infaillible. Une infaillibilité qui ampute la procédure contentieuse du principe fondamental de double degré de juridiction préjudiciable au requérant.

Le juge n'étant alors pour Louis Favoreu, qu'un aiguilleur dont la fonction serait d'indiquer aux représentants si la disposition en cause devait relever de la loi. La disposition est alors conforme ou de la Constitution, la disposition pour être valide doit être élevée au rang constitutionnel, le juge n'a alors pas le dernier mot²⁴⁶. Il n'a même qu'un premier mot auquel il reviendrait au constituant de donner suite ou non.

Le recours au pouvoir constituant, comme soutenu ci-haut, constitue indéniablement une limitation de l'autorité de juge constitutionnel. Le spectre de la politisation qui hante les jeunes démocraties africaines demeurera tant que ce seront des hommes et non des Dieux ou des machines qui rendront la justice²⁴⁷.

²⁴⁶ FAVOREU, L., « La légitimité du juge constitutionnel », *op.cit.*, p. 480.

²⁴⁷ HOURQUEBIE, F., MASTOR, W., « Les Cours constitutionnelles et Suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *NCCC*, 2012, n°34, pp.143.

CONCLUSION

L'étude portant sur les limites de l'irrévocabilité des arrêts de la Cour constitutionnelle en République démocratique du Congo, montre de manière assez évidente le choix qui a été opéré d'abord par le constituant puis par le législateur de doter la Cour constitutionnelle de moyens lui permettant de revenir sur sa propre décision en cas d'interprétation ou rectification d'erreur matérielle.

Le juge constitutionnel congolais est appelé aujourd'hui à réclamer son indépendance, de cesser de considérer qui que ce soit comme un superpouvoir, un pouvoir qui ne connaît aucune limite et qui ne peut faire l'objet d'aucun contrôle, de sortir de son fondamentalisme et de promouvoir les valeurs de la liberté, de la démocratie et de la dignité humaine, de défendre acharnement ces compétences et ces prérogatives et de s'imposer comme l'acteur central qui ne peut être marginalisé ou dépassé sans conséquence ; d'être audacieux et conscient du rôle qu'il peut jouer, de comprendre que les juges constitutionnels ont bâti du rien des États et qu'il peut faire de même.

Le recours au pouvoir constituant, constitue indéniablement une limitation de l'autorité de juge constitutionnel.

BIBLIOGRAPHIE

1. Textes officiels

- Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution, *JO*, 52^{ème} année n° spécial 1 février 2011
- La loi organique n°13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *JO*, 52^{ème}, n° spécial, octobre 2013,
- Règlement Intérieur de la Cour constitutionnelle, *JORDC*, 56^{ème} année, n° spécial, 22 mai 2015.

2. Les Ouvrages

- AVRIL, P., alii, *Lexique Droit constitutionnel*, 7ème édition, Paris, PUF, 1998.
- BEAUD, O., *Puissance de l'Etat*, Paris, Dalloz, 2000,
- CAYROL, N., *Méthode des études en droit, conseils pour le cas pratique, le commentaire et la dissertation*, Paris, 2è éd., Dalloz, 2011.
- DEBARD, T., *Lexique des termes juridiques*, Paris, DALLOZ, 25^{ème} éd., 2017-2018.
- DJOLI ESENG'EKELI, J., *Droit constitutionnel Tome I, Principes structureaux* », Kinshasa, EUA, Kinshasa, 2004.
- DJOLI ESENG'EKELI, J., *Droit constitutionnel, l'expérience congolaise*, l'Harmattan, Paris, 2013.
- DRAGO, G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998.
- DUVERGER, M., « *Institutions politiques et droit constitutionnel* », 18 éd., Paris, PUF, 1996.
- ESAMBO KANGASHE, J-L., « *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives* », Louvain-La-Neuve, 2010.
- ESAMBO KANGASHE, J-L., *Droit électoral*, Academia L'Harmattan, 2013

- ESAMBO KANGASHE, L-L., *Traité de droit constitutionnel*, Academia L'Harmattan, 2015,
- HAMON, L., *Les juges de la Loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir*, Paris, Fayard, 1987.
- KALUBA DIBWA, D., *Du contentieux constitutionnel en république démocratique du Congo contribution à l'étude des fondements et des modalités d'exercice de la justice constitutionnelle*, UNIKIN, Kinshasa, 2009-2010.
- KAMUKUNY MUKINAY, A., *Droit constitutionnel congolais*, UNIKIN, Kinshasa, 2010-2011.
- KAMUKUNY MUNKINAY A., *Contribution à l'étude de la fraude constitutionnelle en droit congolais*, UNIKIN, Faculté de droit, 2007.
- KATUALA KABA KASHALA, J.M., *La jurisprudence électorale congolaise commentée*, Kinshasa, 2007.
- MAHAMADOU OUEDRAOGO, S., « *Lutte contre la fraude à la constitution en Afrique noire francophone* », Université Montesquieu, Bordeaux, 2011.
- MAMPUYA KANUNK'a-TSHIABO, A., Alii, *La vacance des institutions politiques sous la constitution du 18 février 2006*, Kinshasa, éd Eucalyptus, Avril 2016.
- MAVUNGU, JP., *La justice constitutionnelle en République démocratique du Congo , Aperçu sur la compétence de la Cour constitutionnelle et la procédure devant cette haute juridiction*, Kinshasa, EUA, 2017.
- NDIAGA WADE, M., *Accès au juge constitutionnel et constitutionnalisation du droit approche comparée avec l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne* , AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ, Marseille, 2015.
- NYABIRUNGU mwene SONGA, « *Traité de droit pénal général Congolais* », Editions Universitaires Africaines, 2ème édition, Kinshasa, Coll. Droit et Société, 2007.
- ODIMULA LUFUNGUSO, L., *La justice constitutionnelle à l'épreuve de la juridicisation de la vie politique en Droit positif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2016.
- ROUSSEAU, D., alii, « *Droit du contentieux constitutionnel* », LGDJ, Lextenso éditions, 2016.

LA JUSTICIABILITE DES ACTES DETACHABLES DES CONTRATS ADMINISTRATIFS EN DROIT FRANÇAIS

Par

MAMBUKU TSUMBU Nixon

Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa

et

Avocat au Barreau près la Cour

INTRODUCTION

La question cruciale que soulève la présente étude sur la justiciabilité des actes détachables des contrats administratifs en droit français.

En effet, la *justiciabilité* renvoie à la faculté d'un droit d'être évoqué devant une juridiction lorsqu'il est violé. Ainsi, appliquer dans le contexte de contrôle juridictionnel des actes détachables des contrats administratifs, elle évoque l'ensemble des méthodes et procédés techniques grâce auxquels le juge administratif exerce sa mission de dire le droit, à l'issue de litige né de la passation et l'attribution d'un contrat administratif. A cet effet, elle s'inscrit au contrôle juridictionnel de l'administration pour s'assurer de la conformité des actes détachables des contrats administratifs à la hiérarchie des normes, dans l'objectif de protéger l'ordonnancement juridique pour lequel le juge administratif est chargé du contrôle de la légalité des actes détachables des contrats administratifs, dès lors saisi d'un recours annulation pour excès de pouvoir contre des actes détachables des contrats administratifs irréguliers pris par l'autorité administrative, causant grief ou préjudice aux cocontractants à l'issue de la procédure de passation et d'attribution d'un contrat administratif.

Il ressort de l'état de la question de la présente étude, en dépit de la justiciabilité des actes détachables des contrats administratifs,

mise en œuvre à travers le recours en annulation pour excès de pouvoir soit en plein contentieux à l'encontre des actes détachables des contrats administratifs, les délais dans lesquels le juge administratif se prononce pour statuer sur la légalité d'un tel acte, ne lui permet pas de paralyser l'acte ou de l'annuler, puisque le plus souvent la signature du contrat administratif intervient antérieurement à la décision du juge administratif. Par conséquent, quand bien même l'illégalité entachant l'acte détachable de contrat administratif entraîne l'annulation de l'acte détachable de contrat administratif, mais la saisine du juge administratif au recours en annulation pour excès de pouvoir soit en plein contentieux pour qu'il en tire conséquence ne participe en rien à une quelconque efficacité de recours juridictionnel pouvant garantir le contrôle de la validité de contrat administratif.

Et donc, il reste seulement à la disposition des entreprises lésées, un recours indemnitaire qui n'a aucunement pour objet de mettre une nouvelle fois le marché en concurrence. Par conséquent, le contrat administratif, ainsi validé reste un acte contractuel administratif reposant sur des fondements illégaux et bénéficiant donc d'une véritable immunité qui le place généralement à l'abri de toute sanction juridictionnelle d'annulation pour l'illégalité. C'est ainsi, la présente étude s'en charge de plaider pour une réforme de système de contrôle juridictionnel des actes détachables des contrats administratifs de manière à garantir la sécurité juridique d'intérêt général que des cocontractants, et éviter à chaque fois qu'un contrat administratif irrégulier puisse porter une atteinte excessive à l'intérêt général qu'aux cocontractants. De manière à partager ou à concilier les doctrines qui s'opposent, en ce sens que la doctrine au sujet de la justiciabilité des actes détachables des contrats administratifs, est généralement divisée en deux thèses, ainsi, la première invoque que le soumissionnaire évincé est un tiers au contrat administratif qui ne peut pas intervenir dans celui-ci. En conséquence, pour ces auteurs, seul l'octroi de dommages et intérêts est possible par l'arrêt d'annulation des actes détachables qui facilite l'obtention de ceux-ci. Et la seconde thèse soutient quant à elle, le soumissionnaire évincé pourrait obtenir l'annulation du contrat administratif, en raison d'annulation de l'acte détachable de

contrat administratif, dans le seul but d'assurer le respect de principe de l'Etat de droit, qui se veut la soumission des autorités publiques et leurs actes au droit sous contrôle du juge indépendant doté des compétences de censurer des actes contraires aux lois en vigueur.

En outre, de ces deux thèses opposables, la question cruciale se situe entre le respect de principe de la légalité, de sécurité juridique et de continuité du service public. C'est-à-dire d'une part, éliminer les effets de l'acte juridique illégal, et d'autre part, le coût financier, ainsi que les difficultés matérielles que représentent l'arrêt d'un chantier et une nouvelle procédure de passation de contrat administratif. De ce fait, dans la pratique, l'annulation de l'acte détachable de contrat administratif n'entraîne pas celle de contrat administratif, mais le plus souvent l'octroi d'indemnisation et la poursuite de l'exécution du contrat administratif fondée sur un contrat administratif irrégulier, la pratique étant en dépit de la saisine du juge administratif compétent à statuer sur la justiciabilité des actes détachables des contrats administratifs, « le contrat administratif est déjà dans un état avancé de son exécution justifie cette jurisprudence.

Néanmoins, les recherches ne cessent d'être conjuguées pour solutionner l'inefficacité de la justiciabilité des actes détachables des contrats administratifs²⁴⁸. Ainsi en France, une controverse a eu lieu au sein du Conseil d'Etat pour déterminer si les actes préparatoires de contrat administratif pouvaient faire l'objet de recours en plein contentieux, pour ainsi, finir à travers sa jurisprudence à conclure que le soumissionnaire évincé de la signature du contrat administratif après qu'il ait devenu définitif ne pouvait pas jouir de recours en plein contentieux contre les actes détachables des contrats administratifs ou les actes préalables à la conclusion de contrat administratif, mais également contre le cahier des charges de contrat administratif²⁴⁹.

²⁴⁸ P. GOFFAUX, « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat administratif, *A.T.P.*, 2009, p.201

²⁴⁹ C. DE KONINCK et V. DOR, *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 84.

Cependant, sous l'impulsion de la Cour de justice de l'Union Européenne qui considérait que de tels actes pouvaient faire l'objet d'un recours en plein contentieux²⁵⁰, le Conseil d'Etat français a modifié sa jurisprudence en autorisant un recours en plein contentieux contre les actes préalables à la conclusion de contrat administratif et ces mesures d'exécution à l'issue de son arrêt du 16 juillet 2007 créant un recours en plein contentieux permettant aux concurrents évincés de contrôler la validité du contrat administratif d'exercer un recours en plein contentieux, en dépit que le contrat administratif ait devenu définitif²⁵¹.

Toutefois, en dépit d'évolution de la théorie des actes détachables en droit administratif, inaugurée par l'arrêt *Martin* du 4 août 1905 et l'arrêt du 16 juillet 2007 créant un recours en plein contentieux permettant aux concurrents évincés de contrôler la validité du contrat administratif, il y a lieu de relever que la critique ne fait qu'accroître, comme nous pouvons le constater à travers l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français en date du 21 février 2011, n° 337349, dans l'affaire opposant *société Ophrys et communauté d'agglomération*, par lequel le juge administratif n'est pas resté indifférent aux critiques lancées contre l'inefficacité de recours à l'encontre des actes détachables des contrats administratifs²⁵².

Pour juste raison, l'acte détachable en droit administratif dans sa nature d'acte administratif unilatéral pris par l'autorité administrative pour la conclusion d'un contrat administratif soit sa mesure exécution, fait l'objet d'un recours en annulation pour l'excès de pouvoir devant le juge administratif. Cependant, il est constaté en dépit d'un ou plusieurs décision d'annulation d'actes détachables des contrats administratifs, ces effets ne demeure qu'inefficace, avec comme conséquence le maintien du contrat administratif irrégulier.

²⁵⁰C. DE KONINCK et V. DOR, *Op.cit.* p 39

²⁵¹ Analyse et commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français en date du, 16 décembre 2010, n° 209.843.

²⁵² L'analyse jurisprudentielle de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français en date du 21 février 2011, n° 337349

Eu égard de ce qui précède, la présente étude a pour mérite de savoir : comment peut-on consolider le pouvoir du juge administratif sur la justiciabilité des actes détachables des contrats administratifs en droit français..... ?. Ceci va faire l'objet de notre réflexion tout au long de l'étude menée. De ce fait, nous allons analyser le contrôle juridictionnel des actes détachables des contrats administratifs en droit français.

I. LE CONTROLE JURIDICTIONNEL DES ACTES DETACHABLES DES CONTRATS ADMINISTRATIFS EN DROIT FRANÇAIS

Le postulat de départ est identique en France, l'annulation de l'acte détachable n'a pas de répercussion directe sur le contrat administratif. Néanmoins, l'orientation prise par la jurisprudence française diverge de la jurisprudence belge, en ce sens que le Conseil d'Etat français a abandonné la théorie de l'acte détachable par un arrêt du 16 juillet 2007 a créant un recours de plein contentieux permettant aux concurrents évincés de contrôler la validité du contrat administratif²⁵³. Ainsi, ces sanctions variées incluent notamment l'annulation du contrat administratif²⁵⁴. Toutefois, ce revirement jurisprudentiel est justifié par la directive 2007/66/CE, ainsi, parce qu'à la différence des autres tiers, le contractant des concurrents évincés est l'Administration. Pour les autres tiers, le recours contre les autres tiers reste possible jusqu'à la conclusion du contrat administratif.

Il va s'en dire en outre, l'évolution de la jurisprudence française se poursuit par l'ouverture de l'action contentieuse à tout tiers à un contrat administratif²⁵⁵. C'est ainsi, qu'il a voulu pleinement

²⁵³ P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ième} édition, Bruxelles, Larcier, 2008, op.cit., p.1240

²⁵⁴ Analyse et commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 16 juillet 2007, Société tropic, n° 291.545

²⁵⁵ S. BEN MESSAOUD et IVAN KRUCHTEN, « Le contentieux de l'attribution des marchés publics à l'aune de la réforme du Conseil d'Etat. » in *La justice administrative* sous la direction de F. Viseur et J. Philippart, Larcier, Bruxelles, 2015

appliquer le droit d'accès à un juge et à un recours effectif prévu par l'article six de la CEDH qui approuve cette position en ce qu'elle se rapproche de la jurisprudence de la CEDH et qu'elle renforce le contrôle sur l'administration publique. En dépit que l'ouverture du contentieux aux tiers intéressés aboutit à une augmentation conséquente du contentieux relatif aux marchés publics qui poussent d'autres auteurs à dire que cette jurisprudence fait multipliée le recours²⁵⁶. Ce qui constitue en outre, un risque d'insécurité juridique en raison du nombre de requérant potentiel. Mais toutefois, une telle jurisprudence n'est que possible dans l'état actuel du droit moderne ou tous les actes sont soumis au contrôle d'un juge. Mais il convient de remarqué aussi, malgré l'instauration de ce système, certaines problématiques restent similaires dans la mesure où, l'équilibre entre la sécurité juridique et la légalité n'est toujours pas atteint.

Il va s'en dire, l'instauration de ce nouveau système français n'a pas résolu toutes les difficultés liées à l'annulation d'un acte détachable de contrat administratif et à l'annulation d'un contrat administratif dans la mesure où, la nécessité d'y défendre les intérêts des tiers s'y fait senti. Il va s'en dire, le régime juridique du contentieux des contrats administratifs est dominé par la recherche d'un équilibre entre l'impératif de légalité et la protection des droits des tiers d'un côté, la stabilité des relations contractuelles, qui participe du principe de sécurité juridique, et l'intérêt général que sert le contrat administratif, de l'autre. A cet effet, il y a nécessité d'un profond réaménagement de l'équilibre de la légalité, sécurité, et développement des pouvoirs du juge administratif de façon que le contentieux de pleine juridiction est ouvert devant le juge du contrat non pas aux seules parties mais aussi aux tiers.

Dans la mesure où, les tiers peuvent être lésés par une opération contractuelle, ainsi pour leur défense et celle de la légalité doivent être garanties, à travers le recours pour excès de pouvoir et

²⁵⁶ Y. LAIDIÉ et V. RÉAUT, « L'accès au juge administratif dans le contentieux des contrats publics. », Bruxelles, Bruylant, 2013, op.cit. p 112

surtout, aux procédures d'urgence ou au plein contentieux contractuel pendant le contentieux de la formation des contrats administratifs que dans celui de leur exécution. Ceci étant, nous allons analyser, le contentieux des actes détachables des contrats administratifs.

I.1. Le contentieux des actes détachables des contrats administratifs en droit français

Il convient de noter, en dépit de contentieux des actes détachables des contrats administratifs, la sanction de l'invalidité du contrat administratif, résultant de la méconnaissance des règles qui en gouvernent²⁵⁷. D'où la nécessité d'une analyse conçue et précise.

I.1.1. La prévention de l'invalidité du contrat administratif

Le législateur français a mis en place un mécanisme permettant notamment au candidat évincé de disposer d'une voie juridictionnelle efficace et rapide, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation de tous les « contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public » consacré par l'article. L.551-CJA. Il va s'en dire en outre, il s'agit d'une procédure qui renforce la libre concurrence dans l'attribution de certains contrats administratifs, et permettant au juge administratif des référés de prendre des mesures d'urgence préventive, en raison de l'urgence et grief. De ce fait, il constitue en même temps, l'élargissement du champ d'application de la justiciabilité des actes détachables des contrats administratifs²⁵⁸.

C'est ainsi que, suivant l'article. L. 551-5 CJA, le juge de référés, est saisi avant la signature du contrat administratif par « ceux qui

²⁵⁷ S. BEN MESSAOUD et I.VAN KRUCHTEN, op.cit., p76

²⁵⁸ Analyse et commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 1^{er} avril 2009, *Société des autoroutes du sud de la France*, AJDA 2009.

ont intérêt à conclure le contrat administratif et qui sont susceptibles d'être lésés par le manquement ». Ainsi, il peut ordonner de mettre en concurrence projet envisagé, supprimer des clauses destinées à figurer dans le futur contrat administratif, annuler certaines mesures d'exécution voire l'ensemble de la procédure. Et à cet effet, il conserve un large pouvoir d'appréciation et peut renoncer à de telles mesures s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public que leurs conséquences négatives l'emportent sur leurs avantages.

Cela étant, le juge administratif du référé précontractuel ne statue qu'au regard du respect des obligations de publicité et de mise en concurrence, ainsi, le requérant ne peut, en outre, se prévaloir que des manquements qui l'ont effectivement lésé ou risquent de le léser indirectement²⁵⁹. De ce fait, le juge de référé peut statuer sur les éventuelles incompétences de l'auteur de l'acte, sur des irrégularités de la procédure d'autorisation de signature du contrat administratif, ou sur le fait que la procédure d'autorisation de signature du contrat administratif, ou sur le fait que la personne publique a agi en dehors de sa spécialité²⁶⁰.

Il va s'en dire en outre, c'est pour assurer l'effectivité de la procédure et éviter que la saisine du juge ne conduise les parties à accélérer la conclusion du contrat administratif, conformément à l'ordonnance du 7 mai 2009 interdisant la signature du contrat administratif jusqu'à la notification de la décision juridictionnelle au pouvoir adjudicateur. Ceci étant, nous allons à présent cerner le référé précontractuel et la sanction de l'invalidité du contrat administratif.

²⁵⁹ Analyse commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, sect. 3 octobre 2008, *Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur EST de la Sarthe (SMIRGOMES)*, AJDA 2008.

²⁶⁰ Analyse commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 21 juin 2000.

I.1.2. Le référé précontractuel et la sanction de l'invalidité du contrat administratif

La possibilité de contester la validité du contrat administratif par un recours de plein contentieux portée devant le juge du contrat administratif a été au cours des dernières années ouverte aux tiers, bien qu'initialement réservée aux parties. De ce fait, cette évolution a entraîné une réduction de la place du recours pour excès de pouvoir qui avait à un temps grandi. Dans la mesure où, l'ordonnance du 7 mai 2009, transposant la directive « recours » du 11 décembre 2007, introduit une nouvelle procédure de référé contractuel qui, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009, permet au juge administratif d'intervenir en urgence dans le partage des rôles entre le contentieux de pleine juridiction et celui de l'excès de pouvoir en contestation de la validité du contrat administratif.

I.1.3. Le référé contractuel et la sanction de l'invalidité du contrat administratif

Ci-dessus, est instituée en vue de remédier aux insuffisances du référé précontractuel comme raison d'être qui commande sa conception. De ce fait, il concerne les mêmes contrats administratifs que le référé précontractuel suivant l'article L.551-13 CJA, mais à la différence de celui-ci, il est formé après la signature du contrat administratif. Plus précisément, il doit être introduit dans un délai de trente jours à compter de la publication de l'avis d'attribution du contrat administratif ou, en l'absence d'une telle publication, de six mois à compter de la conclusion du contrat.

Cela étant, il est souhaité que le référé précontractuel soit moins ouvert que le référé contractuel au double point de vue des personnes qui sont recevables à l'exercer et des manquements qui peuvent être invoqués. Il va s'en dire en outre, le référé contractuel se présente comme un recours de sauvetage : en ce sens, le tiers lésé par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence doit agir préventivement grâce au référé précontractuel, c'est seulement s'il n'a pas pu agir utilement par cette voie qu'il pourra emprunter celle du référé

contractuel et cela en vue de faire sanctionner certaines irrégularités particulièrement graves.

De ce fait, il convient de relever, le principe est certes que le référé contractuel peut être exercé par les mêmes requérants que le référé précontractuel. Mais ce principe connaît deux limites. A savoir : le demandeur ayant déjà fait usage du référé précontractuel ne peut, en principe, agir par la voie du référé contractuel, sauf quand certaines manœuvres de l'autorité publique ont empêché le référé précontractuel d'aboutir notamment : signature du contrat administratif en cours de procédure, non-respect de la décision rendue par le juge du référé précontractuel d'une part. Le référé contractuel est exclu pour certains contrats administratifs dont le régime de publicité allégée est de nature à empêcher l'exercice du référé précontractuel par les concurrents évincés, lors que sans y être tenue, l'autorité publique a pris des mesures d'information rendant possible ce recours. Ainsi, les opérateurs qui choisissent alors de ne pas former celui-ci, alors qu'ils l'auraient pu, se voient donc fermer le référé contractuel, d'autre part²⁶¹.

Il va s'en dire en outre, dans le référé précontractuel, le requérant peut invoquer toute violation des règles de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'elle est susceptible de l'avoir lésé. Au contraire, dans le référé contractuel, seul certain manquement grave, limitativement énumérés à l'article. L. 551-18 et L. 551-20, peuvent être invoqués. Ainsi, ils sont sanctionnés par l'annulation du contrat administratif ou, dans certains cas, par des mesures moins radicales (résiliation, réduction de la durée du contrat administratif, pénalités financières). Ceci étant, nous allons à présent cerner le recours pour excès de pouvoir contre des actes administratifs unilatéraux qui concourent à la formation de contrat administratif.

²⁶¹ L'analyse combinée des articles L.551-14CJA, al. 1 et art. L.551-14CJA, al. 1

I.1.4. Recours en annulation pour excès de pouvoir contre des actes administratifs unilatéraux qui concourent à la formation de contrat administratif

De manière générale, les actes administratifs unilatéraux ayant concouru à la formation du contrat administratif fait l'objet de recours en annulation pour excès de pouvoir²⁶². En dépit que l'avènement du plein contentieux aux tiers a toutefois entraîné une disparition presque complète de cette possibilité.

Il va s'en dire en outre, le recours en annulation pour excès de pouvoir n'est recevable que contre les actes administratifs unilatéraux, dans le cadre d'un contentieux objectif de la légalité et non contre les contrats administratifs pour éviter la fragilisation excessive des contrats administratifs, bien que toutefois assorti d'exceptions limitées. De ce fait, deux raisons ont, en effet, déterminé l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre certains contrats administratifs. En premier lieu, que les clauses réglementaires des contrats de délégation de service public soient susceptibles de recours pour excès de pouvoir, la solution vaut a *fortiori* pour les conventions dont le contenu est intégralement réglementaire comme celles qui ont pour objet la constitution de travaux publics. Et deuxièmement, que le recours en annulation pour excès de pouvoir puisse répondre à une préoccupation d'efficacité du contrôle administratif²⁶³. Ceci étant, nous allons à présent cerner les faiblesses de recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs unilatéraux de nature d'actes détachables des contrats administratifs.

²⁶² M. LEROY, *Contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2011, op.cit., p.74

²⁶³ J. BOURTEMBOURG et C. DONY, « Le Conseil d'Etat peut-il suspendre la décision d'attribution d'un marché public déjà conclu ? » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBM, p. 417.

I.1.5. Les faiblesses de recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs unilatéraux de nature d'actes détachables des contrats administratifs

Le juge administratif avait été conduit à admettre que les actes unilatéraux qui concourent à la formation du contrat administratif en sont détachables et à cet effet, susceptibles de recours en annulation pour excès de pouvoir. Dans la mesure où, un contrat administratif peut préjudicier à des tiers tel est par exemple ceux dont la candidature n'a pas été retenue, les usagers d'un service public qui fait l'objet d'un contrat de délégation de service public, etc., ils ne pouvaient pas, jusqu'à récemment en contester la validité : le recours pour excès de pouvoir est en principe irrecevable, l'action en nullité était classiquement réservée aux parties. Les contrats administratifs restent illégaux dans la mesure où, les parties n'ont pas intérêt à remettre en cause. Ainsi, le point faible de cette jurisprudence concerne les conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat administratif lui-même.

Il convient de préciser à cet effet, deux difficultés qui sont à la base à savoir : d'ordre procédural, dans la mesure où, le tiers qui a obtenu du juge de l'excès de pouvoir l'annulation d'un acte détachable ne peut demander au juge du contrat administratif d'en tirer les conséquences, en sus, ce juge ne peut être saisi que par les parties. Par conséquent, il était contraint de demander au juge administratif d'user de son pouvoir d'injonction pour ordonner à l'administration partie au contrat de prendre les mesures impliquées par l'annulation de l'acte détachable et, notamment, de saisir le juge du contrat.

La seconde difficulté, de fond, est précisément de déterminer ce qu'implique l'annulation de l'acte détachable pour le contrat administratif dans la mesure où, cette annulation « n'implique pas nécessairement que le contrat doit être annulé ». Ainsi, il n'y a rien d'automatique. Au contraire, les solutions sont modulées en fonction de deux critères à savoir : la nature de l'illégalité ayant motivé l'annulation de l'acte détachable et l'intérêt général s'attachant au maintien du contrat administratif, en raison de trois

solutions notamment : la poursuite de l'exécution du contrat administratif éventuellement sous réserve de mesure de régularisation, sa résiliation (disparition pour l'avenir) ou sa résolution (disparition rétroactive). De ce fait, la théorie des actes détachables n'assure ainsi une protection satisfaisante ni aux droits des tiers, ni à la sécurité des parties, alors que le contrat administratif pouvait être invalidé longtemps après sa passation.

C'est ainsi, il est apparu simple de permettre aux tiers d'attaquer directement le contrat administratif, non par la voie du recours pour excès de pouvoir, qui risquait de fragiliser à l'excès le contrat administratif, mais par celle d'un recours de plein contentieux dont la souplesse permet de ménager l'exigence de stabilité des rapports contractuels. C'est effectivement la solution pour laquelle le Conseil d'Etat a opté, de manière d'abord prudente par sa décision « *Société Tropic Travaux Signalisation* » puis de façon plus radicale par son arrêt *Département du Tarn-et-Garonne*. C'est ainsi que ce dernier abandonne la théorie des actes détachables des contrats administratifs. Le principe est désormais que les actes unilatéraux qui ont concouru à cette formation ne sont plus susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir, notamment de la part des tiers et ne peuvent être contestés qu'à l'occasion d'un recours de plein contentieux dirigé contre le contrat lui-même. Ceci étant, nous allons à présent analyser le recours en plein contentieux en contestation de la validité du contrat administratif.

I.1.6. Le recours en plein contentieux en contestation de la validité du contrat administratif

La validité d'un contrat administratif ou de l'une de ses clauses peut être contestée par chacune des deux parties devant le juge du plein contentieux contractuel à savoir : de deux manières différentes à savoir : soit par voie d'action, c'est-à-dire par un recours dirigé directement contre le contrat administratif ce qui est un cas rare soit par voie d'exception, à l'occasion d'un litige

relatif à l'exécution du contrat administratif ce qui est un cas plus fréquent²⁶⁴.

C'est ainsi que suivant l'affaire « *Société Tropic Travaux Signalisation* », le « recours de plein contentieux constant la validité du contrat administratif » est considéré comme se bornant à constater une nullité qui résultait, en principe, de toute irrégularité affectant le contrat administratif à condition que ce dernier soit divisible à tout ce qui ne cadre pas avec le contrat administratif et non réglementaire, et le recours pour excès de pouvoir reste seul ouvert contre les clauses réglementaires²⁶⁵.

Cela étant, des personnes recevables à user de cette voie de droit, il s'agit, en premier lieu, de « tout tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine » par la passation ou les clauses du contrat administratif, ainsi nous pouvons citer à titre illustratif, les concurrents évincés, les usagers d'un service public contractuellement délégué ou les contribuables locaux qui supportent le poids des dépenses entraînées par le contrat administratif. De ce fait, ces contrats administratifs peuvent être passés par les collectivités territoriales et leurs groupements, peuvent également exercer le recours considéré, les membres de l'organe de délibération de la collectivité ou du groupement considéré ainsi que le Maire de la ville, le Bourgmestre, Chef de chefferie et de secteur dans l'exercice du contrôle de légalité²⁶⁶.

Il convient de préciser, l'avènement du recours de plein contentieux, a donné lieu à une quasi-disparition du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, c'est ainsi que le principe est désormais « la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat administratif et de la décision de le signer ne peut être contestée » qu'à l'occasion

²⁶⁴ Analyse et commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 10 décembre 2012. RA22134

²⁶⁵ S. BEN MESSAOUD et I.VAN KRUCHTEN, op.cit., p 32

²⁶⁶E. THIBAUT, « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », in *La réforme du droit des marchés publics* sous la direction de A.-L. Durviaux et N. Thirion, Bruxelles, Bruylant, 2014, op.cit, p.244

du recours de pleine juridiction formé contre le contrat administratif. Sur ce, seul les parties contractantes demeurent recevables à attaquer ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir, en exerçant contre eux au préalable le référé suspension, mais uniquement jusqu'à la conclusion du contrat administratif²⁶⁷. Ensuite, elle s'accompagne d'une restriction des moyens susceptibles d'être soulevés à l'appui de la contestation de la validité du contrat administratif. Comme nous pouvons le constater suivant la jurisprudence *Tropic*, selon laquelle toute illégalité pouvait être invoquée. Ainsi cette possibilité est maintenue et invoque que deux sortes de vices à savoir : ceux qui sont en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent, selon une solution inspirée du régime du référé précontractuel et ceux dont la gravité implique le juge doit les révéler d'office, qui sont sans doute les mêmes que dans le cadre du recours en contestation de validité exercé par les parties.

Cette restriction des moyens invocables est discutable. Elle est destinée à éviter une atteinte excessive à la stabilité des relations contractuelles. On peut toutefois estimer que cette préoccupation légitime est suffisamment satisfaite par le pouvoir donné au juge de moduler les conséquences d'un éventuel vice entachant la validité du contrat administratif.

En présence d'un tel vice et après en avoir apprécié la nature, le juge administratif peut, en effet, choisir entre plusieurs mesures celle qui lui semble la plus appropriée. Outre la réparation des droits lésés par l'allocation d'indemnités, envisageable dans tous les cas, il sera ainsi possible de prendre l'une des décisions suivantes : la poursuite de l'exécution du contrat administratif, l'invitation faite aux parties de prendre des mesures de régularisation, dans un certain délai et sauf à résoudre ou réaliser le contrat administratif, en présence d'illégalités non régularisables et ne permettant pas de continuer à exécuter le contrat administratif et après avoir vérifié qu'il n'en restera pas une, l'annulation du contrat administratif désormais regardée comme une décision du juge administratif que celui-ci doit

²⁶⁷ S. BEN MESSAOUD et I. VAN KRUCHTEN, op.cit., P 99

prononcer, non pas au vu de toute irrégularité, mais en dernière extrémité.

Cela étant, au-delà de la pure constatation d'irrégularités, il révèle désormais de l'office du juge du contrat administratif de « vérifier que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui » et d'apprécier « l'importance et les conséquences » de ces irrégularités sur la validité du contrat administratif. De ce fait, le juge administratif prend alors sa décision en fonction de « la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité contractuelle ». Et il pourra, selon les cas, soit décider de la poursuite du contrat administratif ou soit la clause est donc nul, dès l'origine, et ne produit aucun effet-là²⁶⁸.

Il va s'en dire en outre, si le cocontractant a effectué des prestations prévue par la convention disparue et subi un préjudice, il est alors en droit d'obtenir une indemnité soit dans le cadre de la responsabilité quasi délictuelle pour faute de l'administration dans la mesure où, le prosateur, a conclu le contrat administratif en connaissant les vices dont il était entaché, soit pour enrichissement sans cause de celle-là. Et en sus, il ne peut donner lieu à une disparition rétroactive du contrat administratif.

C'est ainsi que suivant l'arrêt *Commune de Béziers*, qui souligner que la disparition rétroactive du contrat administratif ne peut plus être prononcée qu'à raison de deux sortes d'illégalités, invoquées par les parties ou relevés d'office par le juge administratif à savoir : le caractère illicite du contenu du contrat administratif ou un vice d'une particulière gravité relatif « notamment » aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ce qui ne comprend pas, en principe, les règles relatives à la procédure de passation des contrats²⁶⁹. Ceci étant,

²⁶⁸ Analyse et commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 10 avr. 2008.

²⁶⁹ Analyse et commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 12 janvier 2011.

nous allons à présent analyser le recours des tiers contre les actes détachables des contrats administratifs.

A. Le recours des tiers contre les actes détachables de contrat administratif

Ci-dessus a pour fondement, l'arrêt « *Société Tropic Travaux Signalisation* »²⁷⁰ qui a ouvert la faculté de contester la validité d'un contrat administratif, par la voie d'un recours de plein contentieux, mais de manière restrictive dans la mesure où, seule, une catégorie particulière de tiers, les concurrents évincés de la conclusion du contrat administratif, peut saisir le juge du contrat administratif. C'est ainsi que le Conseil d'Etat français, à travers son arrêt du 4 avril 2014 a mis fin à cette restriction critiquée et ouvre le recours considéré à tout tiers lésé tout en modifiant d'autres aspects de son régime, dans le souci d'un équilibre entre sécurité des contractants et légalité défendue par les tiers, dans la mesure où, ce régime appelle quelques précisions concernant l'objet du recours, sa recevabilité, les moyens invocables à son appui et les pouvoirs du juge administratif. D'où, le recours considéré a pour objet de contester la validité soit d'un contrat administratif dans son ensemble, soit de certaines de ses clauses²⁷¹. Ceci étant, nous allons à présent analyser le contentieux des actes détachables des contrats administratifs à l'issue d'exécution dudit contrat.

²⁷⁰ Analyse et commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 16 Juillet 2007.

²⁷¹ Analyse et commentaire de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 4 avril 2014.

CONCLUSION

Le présent travail a porté sur la justiciabilité des actes détachables des contrats administratifs en droit français.

En effet, en dépit d'évolution de la théorie des actes détachables en droit administratif, inaugurée par l'arrêt *Martin* du 4 août 1905 et l'arrêt du 16 juillet 2007 créant un recours en plein contentieux permettant aux concurrents évincés de contrôler la validité du contrat administratif, il y a lieu de relever que la critique ne fait qu'accroître, comme nous pouvons le constater à travers l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français en date du 21 février 2011, n° 337349, dans l'affaire opposant *société Ophrys et communauté d'agglomération*, par lequel le juge administratif n'est pas resté indifférent aux critiques lancées contre l'inefficacité de recours à l'encontre des actes détachables des contrats administratifs et le recours en plein contentieux permettant aux concurrents évincés de contrôler la validité du contrat administratif, en jugeant bon de mettre en place, le recours en plein contentieux permettant au juge « d'annuler, totalement ou partiellement » un contrat administratif à la demande d'un tiers évincé ou lésé de la signature d'une conclusion de contrat administratif, « le cas échéant avec un effet différé », lorsque « l'annulation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants ».

Il va s'en dire, l'ouverture du plein contentieux contractuel aux seules parties a conduit à ménager un rôle au recours pour excès de pouvoir accessibles aux tiers, lequel ne s'effectue à travers le contentieux des contrats administratifs qui est moins complexe que celui des actes détachables des contrats administratifs, même si, dans la pratique, l'importance des droits reconnus à l'administration et l'utilisation des modes alternatifs de règlement des litiges rendent moins fréquent un tel recours au juge administratif, le juge du contrat administratif n'est pas seulement compétent pour se prononcer sur les recours contestant la validité du contrat. Il tranche également les *litiges relatifs à l'exécution du contrat administratif*. Ainsi, le principe étant, le contrat administratif est tenu aux exigences procédurale, il

incombe au juge administratif de faire application du contrat administratif. Cependant, dans le cas où il constate une irrégularité tenant au caractère illicite du contrat administratif ou à un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, le juge peut regarder le contrat administratif comme nul et, par suite, l'écarter. Comme en matière de recours en terrain extracontractuel ou quasi-contractuel.

Cela étant, à l'occasion d'un tel litige et pour échapper à leurs engagements, les parties peuvent invoquer par voie d'exception la nullité du contrat administratif, dans la mesure où, la personne publique doit en effet exécuter de bonne foi ses obligations notamment du point de vue financier, et le cocontractant doit respecter, au-delà même des strictes stipulations contractuelles les règles établies. Il peut ordonner le versement de dommages et intérêts, *en cas de faute*, de manquement des parties à leurs obligations, engageant leur responsabilité contractuelle et la seule dont elles puissent se prévaloir, à l'exclusion de la responsabilité quasi délictuelle, toutefois, les différentes fautes sont donc sanctionnées, sauf cas de force majeure ou fait de l'autre partie, alors que le fait du tiers n'est pas exonératoire.

Le juge administratif peut aussi tirer les conséquences indemnitaires qui résultent des transformations survenues dans les conditions d'exécution du contrat administratif, dans le cadre d'une responsabilité contractuelle sans faute due à la modification du contrat administratif pour des raisons d'intérêt général ou fait du prince. Il va s'en dire, à titre exceptionnel le juge du contrat administratif peut adopter des *mesures indemnitaires liées* à l'exécution, lorsqu'il n'a pas le pouvoir d'annuler les mesures illégalement prises par l'administration à l'égard de son contractant de façon à réparer le préjudice qu'elles ont causé. A défaut, le recours en plein contentieux permettant aux concurrents évincés de contrôler la validité du contrat administratif, dans le seul but « d'annuler, totalement ou partiellement » un contrat administratif à la demande d'un tiers évincé ou lésé de la signature d'une conclusion de contrat administratif, « le cas échéant avec un effet différé », lorsque

« l'annulation porterait une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants » Et c'est dans ces perspectives que le plein contentieux de l'exécution du contrat administratif constitue une consolidation du pouvoir du juge administratif.

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES JURIDIQUES

- Constitution française de 1958
- Code français de justice administrative, dernière modification, le 01/Janvier 2024, édition du 05/01/2024.

II. OUVRAGES SCIENTIFIQUES

- C. DE KONINCK et V. DOR, *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Waterloo, Kluwer, 2010
- E. THIBAUT, « La protection juridictionnelle dans le contentieux des marchés publics », in *La réforme du droit des marchés publics* sous la direction de A.-L. Durviaux et N. Thirion, Bruxelles, Bruylant, 2014
- J. BOURTEMBOURG et C. DONY, « Le Conseil d'Etat peut-il suspendre la décision d'attribution d'un marché public déjà conclu ? » in *Chronique de marchés publics 2014-2015*, EBM.
- M. LEROY, *Contentieux administratif*, Limal, Anthemis, 2011
- P. GOFFAUX, « La théorie de l'acte détachable et les actes postérieurs à la conclusion du contrat administratif, *A.T.P.*, 2009
- P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ième} édition, Bruxelles, Larcier, 2008, op.cit., p.1240
- Y. LAIDIÉ et V. RÉAUT, « L'accès au juge administratif dans le contentieux des contrats publics. », Bruxelles, Bruylant, 2013
- S. BEN MESSAOUD et I.VAN KRUCHTEN, « Le contentieux de l'attribution des marchés publics à l'aune de la réforme du Conseil d'Etat. » in *La justice administrative* sous la direction de F. Viseur et J. Philippart, Larcier, Bruxelles, 2015

III. JURISPRUDENCE

- L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 10 avr. 2008.

- L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 12 janvier 2011.
- L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 16 Juillet 2007.
- L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 4 avril 2014.
- L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 21 juin 2000.
- L'arrêt rendu par le Conseil d'Etat français, en date du 10 décembre 2012

**DROIT DES SOCIETES
ET DROIT DE L'OHADA**

**LA REASSURANCE :
CLE DE VOUTE DU SYSTEME ASSURANTIEL POUR
LA SECURITE DES SOCIETES D'ASSURANCE
CONCERNANT LES TRANSPORTEURS (AERIEN,
MARITIME, FLUVIAL) EN RDC**

Par

Prof. POTO MACREAM RAOUL
Professeur Associé à la Faculté de Droit

I. NOTION

La République Démocratique du Congo avec une superficie de 2.345.000 km², est un pays à dimension continentale, dont plusieurs contrées sont encore enclavées à ce jour²⁷².

De ce fait, elle nécessite des systèmes de transports adéquats, efficaces et fort variés car, de l'intégration des différents systèmes de transports adaptés à son espace physique, dépend en majeure partie son développement²⁷³.

Cependant, dans la plupart des provinces de la République Démocratique du Congo, il existe un déficit de moyens de transport interprovincial entre la capitale, les chefs-lieux de province et l'arrière-pays d'une part, et d'autre part, entre la RDC et le reste du monde entier.²⁷⁴

Il s'agit donc de repenser et de réorganiser les liaisons entre les centres de production et ceux de consommation et, d'opérer le désenclavement des différentes zones de production et de

²⁷² KUMBU ki NGIMBI (J-M), *droits des transports*, Kinshasa, Galimage, Nov.2010, p.8

²⁷³ Idem, p.7

²⁷⁴ KAMBALE KALUME, *La clause de non-responsabilité : état de la jurisprudence congolaise*, in *Revue Juridique de la RDC*, 70^e année, N^{os} 1- 2 et 3, Éditions Connaissance et Pratique du droit congolais, CPDC, 1998, p. 11

peuplement autrement dit faciliter l'intra version ainsi que l'extraversion).

À titre de rappel, la structure des réseaux de transports que la plupart des provinces ont hérités de la période coloniale n'a pas évolué du tout. Ces réseaux étaient conçus pour faciliter l'acheminement des produits agricoles et miniers vers la métropole²⁷⁵.

C'est ainsi que le pays éprouve jusqu'à ce jour d'énormes difficultés pour l'organisation de leur marché interne, ainsi que la régulation des échanges avec les provinces voisines, voir même avec les autres pays du monde²⁷⁶.

Ainsi, il nous semble nécessaire, alors même que la mondialisation devient non seulement globale et prégnante, mais également irréversible et incontournable de jeter les bases sur l'esquisse théorique d'un réseau de transport à l'échelle du pays²⁷⁷.

Or, ce réseau ne facilite pas ledit déplacement suite à des nombreux obstacles entre autres le manque des moyens de transport adéquat pour le déplacement des hommes ainsi que des marchandises.

Mais, au-delà de toutes ses considérations, une question majeure s'impose à nous :

Quand bien même cette situation de désolation caractérisée par de nombreux obstacles cités ci-dessus empêchant le développement socio-économique de la République Démocratique du Congo, peut-on proposer des mécanismes consistant à l'amélioration dudit réseau à travers une sécurité

²⁷⁵ Art. 25 du décret du 07 janvier 1958 relatif au transport des personnes et des marchandises in codes larciers

²⁷⁶ SAVY (M), *Le transport de marchandises*, Paris, éd. Organisation, 2006, p.372.

²⁷⁷ MVUEZOLO BAZONZI, *systèmes de transport pour un développement intégré de l'Afrique : vers un réseau routier et ferroviaire panafricain* ; projet présenté au codesria à l'occasion de la 11^{ème} assemblée générale du conseil ; Maputo, Déc.2005, p.2

adéquate afin d'éviter de dommages corporels et matériels sans issus ?

La réponse ne pourra être positive que si une sécurité agissante arrivait à rendre les personnes et les marchandises et surtout les sociétés d'assurances, efficace à travers la réassurance.

Le transport est l'un des secteurs le mieux organisé à travers le monde. Sa réglementation a toujours préoccupé le pouvoir public car, il s'agit d'un secteur-clé pour le développement socio-économique²⁷⁸.

La réparation dans le seul aspect concernant l'indemnisation des victimes en matière de transport plus spécialement le gros transporteur (transport aérien, fluvial et maritime) par le seul mécanisme de l'assurance en responsabilité civile en RD/Congo comme cadre social, considérée comme débitrice solvable, n'offre toujours pas encore des garanties suffisantes dans une perspective logique d'une réparation intégrale et rapide du préjudice subi par la victime.

L'assurance en RDC demeurait largement en deçà de son potentiel dont le taux de pénétration et de fréquence se situe autour de 0,4% et, il est l'un de plus bas du continent. Cependant, la RDC désireuse de répondre aux défis de l'heure, de la modernisation de sa situation économique aussi que de l'amélioration de sa situation sociale²⁷⁹.

Conscient d'une véritable révolution qu'une loi moderne pouvait instituer, a élaboré une nouvelle loi sur les assurances. Cette loi, pour ce faire, est une véritable révolution comme nous l'avons dit tantôt parce qu'elle vient d'améliorer et de simplifier les opérations d'assurance et de réassurance et, en terme d'innovation, qui constitue même la substance de la réforme du secteur c'est la libéralisation de l'activité des assurances sur l'étendue du territoire national.

²⁷⁸KANDE BULOBA KASUMPATA , droit congolais des assurances, DES, Kin, 2017 ; p.8

²⁷⁹ Christian Mbuyi, analyse critique de la loi n° 15/005 du 17 mars 2015 portant code des assurances, mémoire one line

Il semble établi que l'Etat congolais, conscient des dérives auxquelles se heurtent une structure du marché, lorsque cette dernière est concurrentielle, a prévu la création d'un organe de contrôle dénommé Autorité de Régulation et de Contrôle des Assurances « ARCA »²⁸⁰.

Nous estimons enfin que la libéralisation du secteur d'assurance est fructueuse et cela de deux points de vue : social et économique. La libéralisation implique l'existence sur le marché des plusieurs opérateurs et ces derniers permettent aux assurés d'avoir plusieurs choix sur leurs assureurs, et que l'Etat pourra contrôler rigoureusement les entreprises privées que publiques dans l'indemnisation des sinistres survenus, ou une perte, ou un évènement, d'une part et d'autre part, le secteur d'assurance est pourvoyeur d'emplois²⁸¹.

Du point de vue économique, la libéralisation ouvre la porte aux investisseurs, qui apportent des capitaux essentiels à la construction de l'économie et sa croissance.

Enfin, le législateur Congolais fixe des conditions aux organismes d'assurances pour pouvoir se constituer assureurs sur le marché d'assurances, ces règles partent de la forme juridique des sociétés en passant par le nombre des associés au capital social minimum ou au fond d'établissement pour les mutuelles ainsi, qu'à la fixation du siège social en République Démocratique du Congo²⁸².

Les réassureurs protègent les assureurs contre la fréquence ou l'intensité anormale des sinistres.

La réassurance pourrait se définir de façon simpliste comme « l'assurance des assureurs ». En réalité, il s'agit d'un contrat par lequel une société spécialisée (le réassureur ou le cessionnaire)

²⁸⁰ Christian Mbuyi, analyse critique de la loi n° 15/005 du 17 mars 2015 portant code des assurances, mémoire one line

²⁸¹ Idem

²⁸² Ibidem

prend en charge une partie des risques souscrits par un assureur (la cédante) auprès de ses assurés²⁸³.

Tout comme, c'est une opération par laquelle un assureur se garantit auprès d'un réassureur en lui rétrocédant tout ou partie des risques qu'il a lui-même couvert. Ainsi, on peut dire que le réassureur est l'assureur de l'assureur.

Enfin, la réassurance peut aussi être définie comme une opération par laquelle une société se fait assurer à son tour pour tout ou partie des risques qu'elle demeure seule à garantir à l'égard de l'assuré²⁸⁴.

Par cette opération, le réassureur s'engage à rembourser à l'assureur en cas de réalisation du risque, une partie des sommes versées au titre des sinistres et perçoit en contrepartie une portion des primes originales versées par le ou les assurés²⁸⁵.

Le réassureur ne traite en principe qu'avec des assureurs, c'est pour cette raison que cette activité est souvent méconnue du grand public.

De même qu'un assuré doit protéger son patrimoine (maison, automobile...) et ses proches contre toutes sortes d'aléas, une compagnie d'assurance doit également mesurer et limiter l'exposition de ses fonds propres afin de protéger sa marge de solvabilité²⁸⁶.

Ainsi, elle doit chaque année estimer les risques auxquels elle s'expose, selon quelle fréquence et quelle probabilité. Une fois ce

²⁸³ POTO MACREAM R. manuel de droit des assurances, deuxième année de licence, Fac. Droit, UNIKIN, 2022, p.15

²⁸⁴ DJUMA IDI YVES, étude du système d'assurance à Goma, mémoire one line

²⁸⁵ La réassurance, clé de voute du système assurantiel, APREF, [https:// www.Apref. Org./ la réassurance](https://www.Apref.Org/)

²⁸⁶ La réassurance, clé de voute du système assurantiel, APREF, [https:// www.Apref. Org./ la réassurance](https://www.Apref.Org/)

travail préalable effectué, elle peut alors mieux évaluer ses besoins de protection en réassurance²⁸⁷.

L'achat de réassurance permet notamment, via le transfert de certains risques²⁸⁸ :

- De rendre plus homogènes les différentes communautés de risques souscrits ;
- De protéger contre les écarts de résultats dans l'espace et dans le temps ;
- De limiter les besoins en capitaux propres.

La notion de réassurance nous ramène à différencier le plein de souscription du plein de conservation²⁸⁹.

Le plein de souscription est la maximale totale que l'assureur s'engage à garantir à l'égard de l'assuré. Le plein de conservation est le capital maximum conservé par l'assureur pour son propre compte, le surplus étant cédé en réassurance.

De ce fait, on appelle cédant l'assureur direct qui cède une partie du risque au réassureur qui le garantit, et qui est appelé « cessionnaire ». Le cessionnaire qui demande à son tour la garantie d'un autre réassureur est dit « rétrocedant » et son réassureur « le rétrocessionnaire »²⁹⁰.

On désigne par le nom de traité de réassurance la relation qui régit les rapports entre cédant et réassureur.

La réassurance peut être facultative et ne porter que sur une affaire ou un groupe d'affaires sans que les parties soient liées en permanence.

Elle peut être aussi obligatoire dans ce cas le cédant s'engage alors à céder au réassureur une partie de ses risques selon les

²⁸⁷ La réassurance, clé de voute du système assurantiel, APREF, [https:// www. Apref. Org./ la réassurance](https://www.Apref.Org./la%20r%C3%A9assurance)

²⁸⁸ Idem

²⁸⁹ DJUMA IDI YVES, étude du système d'assurance à Goma, mémoire one line

²⁹⁰ Idem

modalités prévues au contrat et le réassureur s'engage à les accepter.

On distingue cependant deux types de réassurance à savoir la réassurance de sommes et la réassurance de dommages²⁹¹.

a.1. La réassurance de somme

La réassurance de sommes ou de partage des risques ou réassurance proportionnelle s'applique aux risques couverts par le cédant. La part du réassureur est alors déterminée en fonction du capital garanti par le cédant, il en reçoit la part de prime correspondante et il supporte les sinistres dans la même proportion.

La réassurance de sommes revêt deux formes²⁹² : la réassurance en participation ou en quote-part et la réassurance en excédant de risques.

a.2. La réassurance en participation ou en quote-part

Dans ce cas la part du risque et de la prime cédée au réassureur est exprimée par un simple pourcentage uniforme et constant et le réassureur participe pour la même part à tous les sinistres quelle qu'en soit l'importance.

Il sied de signaler l'imperfection de cette forme d'assurance, car d'une part elle oblige l'assureur direct à céder une part de chaque risque même de ceux qui sont inférieurs à son plein de conservation et d'autre part les risques qu'il conserve à sa charge sont uniformément réduits, mais non pas rendus homogènes dans leur valeur ainsi que l'exigerait la technique de l'assurance.

²⁹¹ F.CUILBAULT, ELIASHBERG.C, LATRASSE.M, *les grands principes de l'assurance*, 6ème édition, l'argus, paris, 2003, p.50.

²⁹²DJUMA IDI YVES, étude du système d'assurance à Goma, mémoire one line

a.3. La réassurance en excédant de risque ou excédant des capitaux

Dans cette forme de réassurance, l'assureur ne cède pour chaque risque que l'excédant du plein de conservation qu'il a déterminé pour chaque branche en fonction de l'importance de son Entreprise.

Ce procédé présente un double avantage de lui laisser la gestion de tous les risques inférieurs à son plein qu'il peut garantir seul et de niveler dans leur valeur les risques importants, atténuant ainsi, non seulement l'irrégularité mais encore l'importance des écarts entre la probabilité théorique des sinistres et leur fréquence statistique²⁹³.

La réassurance en excédant de risque présente néanmoins un danger que l'assureur direct n'accepte avec légèreté des risques importants ; aussi, les traités en excédant des capitaux imposent-ils toujours au cédant de limiter son plein de souscription à une multitude de son plein de conservation²⁹⁴.

Ce type de réassurance est souvent utilisé dans l'assurance incendie et l'assurance individuelle contre les accidents corporels, souvent combinée d'ailleurs avec des modalités de réassurance de dommages²⁹⁵.

a.4. La réassurance de dommages

La réassurance de dommages dite encore en excédant d'indemnisation ou réassurance non proportionnelle n'est pas fondée sur les risques couverts mais sur les sinistres réalisés selon deux formules possibles : la réassurance en excédant de sinistres et la réassurance en excédant des pertes.

²⁹³ Kafia BENAHMED, *Essai d'analyse de la relation entre l'assurance et la croissance économique en Algérie*, mémoire du magister, option MFB, université Mouloud Mammeri de Tizi-Ouzou, 2014, p .32.

²⁹⁴ DJUMA IDI YVES, étude du système d'assurance à Goma, mémoire one line

²⁹⁵ Idem

La société de réassurance quant à elle, est une société spécialisée qui prend en charge moyennant financement d'une partie des risques couverts par un assureur. Cela doit donc être une structure financière en mesure de garantir à ses clients (les assureurs) un accompagnement de chaque jour leur garantissant, outre la fiabilité, la technicité indispensable à une sophistication des risques toujours croissante et une proximité alliée à une rapidité de réaction face aux problèmes posés.

Si les compagnies d'assurance et les mutuelles doivent être agréées par l'autorité de contrôle (l'ARCA) pour pouvoir commercialiser leurs contrats, les sociétés de réassurance doivent être titulaires d'une autorisation pour exercer.

Parmi les missions confiées aussi à l'ARCA. Il y a lieu de citer quelques-unes notamment²⁹⁶ :

- Agrée les entreprises d'assurances et de réassurances ainsi que leurs dirigeants ;
- Etudier les questions d'ordre législatif réglementaire et organisationnel se rapportant aux opérations d'assurances ainsi qu'aux entreprises d'assurances et de réassurance et propose, le cas échéant des amendements ;
- Soumettre au ministre ayant le secteur des assurances dans ses attributions toutes propositions visant à mettre en œuvre les mesures propres à rationaliser le fonctionnement de l'activité des assurances, à promouvoir celle-ci et à organiser la prévention des risques ;
- Obtenir une information préalable sur les clauses contractuelles des polices, tarifs et prendre toutes dispositions pour obtenir le retrait ou la modification ;
- Se prononcer sur les statuts des entreprises d'assurances qui sont soumises à son accord préalable ;
- Se prononcer sur l'exigence de capital au-delà du minimum légal ;

²⁹⁶ Christian Mbuyi, analyse critique de la loi n° 15/005 du 17 mars 2015 portant code des assurances, mémoire one line

- Autoriser ou refuser une prise de participation significative dans une entreprise d'assurance ou de réassurance ;
- Exiger la constitution de provision technique additionnelle et déterminer le mode de calcul de celle-ci ;
- Intervenir auprès d'une entreprise en difficulté en réduisant ou en interdisant la libre disposition des actifs. Elle peut exiger un plan de financement ou de redressement et appliquer les sanctions prévues par la loi si ce plan n'est pas approuvé. Elle peut exiger le transfert total ou partiel du portefeuille. Elle peut enfin procéder au retrait d'agrément total ou partiel ;
- Contrôler et autoriser à la profession d'intermédiaire en assurance et réassurance et émettre des injonctions ou prononcer des sanctions disciplinaires à leur égard²⁹⁷.

L'objet principal de la réassurance est de partager les risques afin de limiter l'exposition financière de l'assureur direct et de faire face plus facilement en cas de sinistre important²⁹⁸.

La réassurance présente d'autres avantages. En augmentant la capacité de souscription de l'assureur, la réassurance lui permet d'accepter en garantie des risques pour des montants plus élevés que ses propres capacités d'engagement²⁹⁹.

La réassurance renforce la trésorerie de la cédante en permettant le financement de ses activités par le versement des avances sur sinistre et des dépôts constitués et lui permet de conserver une solvabilité répondant aux exigences des normes internationales³⁰⁰.

Elle permet au portefeuille de la cédante de conserver une certaine homogénéité, puisque la cession à la réassurance des capitaux importants lui permet de ramener la part conservée au

²⁹⁷ Article 18 du décret n°16/001 du 26 janvier 2016 portant création organisation et fonctionnement de l'autorité de régulation et de contrôle des assurances

²⁹⁸ Christian Mbuyi, analyse critique de la loi n° 15/005 du 17 mars 2015 portant code des assurances, mémoire one line

²⁹⁹ Idem

³⁰⁰ Kande Buloba, op.cit.p. 25

même niveau que la majorité de ses engagements sur les autres souscriptions³⁰¹.

La réassurance du fait de son activité internationale permet la répartition et la dispersion géographique des risques. Commercialement, la réassurance en n'apparaissant pas dans le contrat du client, (contrairement à la coassurance), évite ainsi de possibles problèmes de concurrence³⁰².

De par sa position, le réassureur a une parfaite connaissance et une expérience des différents marchés et offre ainsi aux cédantes l'assistance technique et l'expertise dont elles peuvent avoir besoin pour appréhender au mieux les risques parfois complexes qui leur sont soumis et réduire ainsi leur exposition au risque.

En pratique, un contrat est passé entre l'assureur direct (la compagnie cédante ou la cédante) qui a accepté le risque proposé par le client et une société spécialisée (le réassureur ou le cessionnaire) qui assume la charge d'une partie des risques souscrits par la cédante. Par ce contrat, le réassureur s'engage à rembourser à l'assureur en cas de réalisation du risque, une partie des sommes versées au titre de l'indemnisation du sinistre. En contrepartie, la cédante lui retourne une partie de la prime initialement payée par l'assuré³⁰³.

Ce contrat prend généralement la forme d'un traité de réassurance qui peut comprendre un portefeuille de risques situés sur un même marché. Le réassureur ne traite en principe qu'avec des assureurs. C'est pour cela que la réassurance est également parfois désignée aussi comme l'assurance secondaire (l'assurance primaire étant représentée par l'acceptation du risque par l'assureur direct).

³⁰¹ Kande Buloba, *op.cit.*p. 25

³⁰² Idem

³⁰³ Ibidem

II. DIFFERENTS TYPES DE REASSURANCE

La réassurance se divise en 2 grands types³⁰⁴ :

La réassurance est dite “facultative” lorsqu’une totale liberté de souscription est laissée tant au réassureur qu’à l’assureur. Les opérations proposées par l’assureur sont examinées risque par risque par le réassureur qui reste libre de refuser son concours. Il s’agit dans ce cas de réassurer individuellement un risque spécifique (par exemple une usine). La réassurance « facultative » a ceci de particulier (comme d’ailleurs son nom l’indique) de laisser le choix à l’assureur de céder ou non de la réassurance et au réassureur d’accepter ou non ladite réassurance (absence d’accord préalable)³⁰⁵.

La réassurance « traités » ou « obligatoire »

Il s’agit alors de réassurer une communauté de risques (par exemple l’ensemble d’un portefeuille de polices automobile) plutôt qu’un seul risque.

Dans ce cas, le traité de réassurance se négocie en amont (généralement pour le 1er janvier de chaque année) et présente un caractère obligatoire c’est-à-dire une obligation de céder tous les risques du portefeuille concerné pour l’assureur et une obligation de les accepter pour le réassureur.

En réassurance obligatoire, les opérations sont traitées au niveau d’une branche d’assurance et chacune des 2 parties s’engageant à accepter pour l’un (l’assureur) à proposer tous les risques relevant de cette branche, et l’autre (le réassureur) s’engageant à les accepter. Dans ce cas un traité de réassurance vient sceller les conditions de l’accord intervenu entre les deux parties.

³⁰⁴ Kande Buloba, op.cit.p. 25

³⁰⁵ La réassurance, clé de voûte du système assurantiel, [https:// www. Apref. Org/ la réassurance](https://www.Apref.Org/la-reassurance)

III. Formes de réassurance

Lorsqu'une compagnie d'assurance décide d'opter pour la réassurance, que celle-ci soit facultative ou obligatoire, elle doit ensuite choisir entre deux formes de réassurance : proportionnelle ou non proportionnelle. Enfin, chacun de ces deux modes de réassurance pouvant se décliner entre différentes formes d'accords passés entre l'assureur et le réassureur.

a. La réassurance proportionnelle

Dans le cadre de la réassurance proportionnelle, la prise en charge du risque est partagée entre l'assureur et le réassureur, en fonction du type de traité signé : quote-part ou excédent de capitaux³⁰⁶.

Dans le traité en quote-part, la prise en charge du risque est partagée entre l'assureur et le réassureur, le premier cédant au second un certain pourcentage des primes d'un portefeuille de risques, le réassureur s'engageant en contrepartie à prendre en charge les sinistres dans la même proportion.

Ce type de traité étant plus particulièrement utilisé dans les cas suivants : nouveaux marchés, sociétés jeunes, risques spéciaux, ainsi que dans le cas de risques estimés comme pouvant être très lourds (catastrophes naturelles par exemple).

Dans le traité en excédent de capitaux (ou excédent de pleins), le réassureur intervient au-delà d'un certain seuil de risque que l'assureur ne veut pas dépasser (appelé ligne ou *line* ou encore plein de conservation). Dans ce cas, le réassureur interviendra pour supporter seul la prise en charge dès lors où la police dépasse le plein de garantie tandis que l'assureur interviendra seul, lui aussi, pour les contrats dont le montant de garantie est situé en deçà de ce seuil. Ce système est appliqué pour les risques à capitaux déterminés³⁰⁷.

³⁰⁶ Kande Buloba, op.cit.p. 25

³⁰⁷ La réassurance, clé de voûte du système assurantiel, [https:// www. Apref. Org/ la réassurance](https://www.Apref.Org/la-reassurance)

b. La réassurance non proportionnelle

Dans cette forme de réassurance, c'est l'assureur qui détermine le niveau limite de ce qu'il est prêt à assumer seul par rapport à sa charge de sinistres ou par rapport au niveau de perte qu'il accepte. Tout ce qui se situe au-dessus de ce plafond étant à la charge du réassureur.

Excédent de sinistres ou XS (*Excess-Loss* ou XL) : Dans cette configuration, le réassureur n'est concerné que pour les sinistres dont le montant dépasse un certain niveau appelé seuil de rétention. Ce système concerne principalement les garanties RC (responsabilité civile) illimitées ou les risques très importants.

Bon à savoir : la priorité désigne le seuil d'intervention de l'assureur sur un sinistre tandis que la garantie désigne la limite d'intervention du réassureur au-delà de ce seuil.

Excédent de perte (*Stop-Loss* ou SL) : dans ce contexte, le réassureur n'interviendra que si le S/P (le rapport sinistre à primes) de l'année dépasse une certaine valeur fixée au contrat. Généralement, dans cette hypothèse, le réassureur n'intervient que si l'assureur est en perte. La formule dite du « Stop-Loss » est principalement appliquée aux risques cycliques comme les intempéries ou les catastrophes naturelles.

a.5. La réassurance en excédant de sinistres ou excess loss³⁰⁸

Le réassureur ne prend en charge que la part excédant un montant déterminé dans le traité et conservé par le cédant et qu'on appelle « priorité ».

Le réassureur peut donc avoir des dommages très élevés, aussi pour que l'assureur direct ne soit pas tenté de traiter avec légèreté les sinistres importants. La réassurance en excédant de sinistres

³⁰⁸ DJUMA IDI YVES, étude du système d'assurance à Goma, mémoire one line

est- elle généralement assortie d'une participation du cédant dans l'excédant.

a.6. La réassurance en excédant de pertes ou stop loss³⁰⁹

La réassurance n'est pas calculée affaire par affaire, mais globalement et forfaitairement lorsque l'ensemble des sinistres d'un exercice dépasse un pourcentage déterminé des primes qui y sont afférentes.

Cette formule permet à la réassurance de jouer pleinement son rôle régulateur car un nombre important de petits sinistres peuvent être aussi dangereux pour l'assureur direct que quelques gros sinistres.

Le cédant est ici garanti de limiter ses pertes, ainsi certaines clauses imposées par le réassureur sont-elles également utiles pour inciter à la prudence. Le réassureur lui imposera soit des pleins de souscriptions impératifs, soit une participation dans l'excédant de pertes suivant un pourcentage fixé à l'avance.

Le stop loss est la forme de réassurance la mieux adaptée aux assurances contre la grêle qui se caractérise toujours par des variations très fortes de taux de sinistres.

IV. ORGANISATION DE LA REASSURANCE

La réassurance est une activité internationale. Pour pouvoir jouer leur rôle de régulateur de grandes catastrophes mondiales, les réassureurs doivent répartir leurs expositions à l'échelle planétaire³¹⁰.

En réassurant la plupart des assureurs mondiaux, les réassureurs sont en mesure de mutualiser et d'équilibrer leurs risques sur l'ensemble de la planète. On estime à une centaine le nombre de

³⁰⁹ J-F BIGOT, *Droit des assurances : entreprises et organismes d'assurance*, 2ème éd DELTA, Paris, 2000, p.7

³¹⁰ La réassurance, clé de voûte du système assurantiel, [https:// www. Aprel. Org/ la réassurance](https://www.Aprel.Org/la-reassurance)

réassureurs opérant dans le monde, pour un chiffre d'affaires d'environ 308 Mds € vie et non-vie cumulés.

Ce sont généralement des courtiers spécialisés en réassurance qui facilitent les échanges internationaux entre assureurs et réassureurs. Avant de partager les risques, l'assureur doit vérifier que son réassureur est bien en mesure de régler sa part de sinistres lorsque ces derniers surviennent.

Pour accompagner les assureurs dans cette tâche, des agences de notation se sont spécialisées dans le contrôle de la solvabilité des réassureurs. Les plus connues de ces sociétés privées sont S&P Global, AM Best ou encore Moody's³¹¹.

Enfin, comme pour l'assurance, exercer des activités de réassurance suppose d'obtenir une autorisation basée sur des agréments spécifiques délivrés par les autorités de contrôle locale. En RDC, (Autorité de Régulation et de Contrôle des Assurances en sigle ARCA) qui se charge de cette mission dans le cadre des règles prudentielles du régime congolais « Solvabilité ».

³¹¹ La réassurance, clé de voûte du système assurantiel, [https// www. Apref. Org/ la réassurance](https://www.Apref.Org/la_reassurance)

CONCLUSION

L'ouverture du marché d'assurance serait sans aucune importance si elle n'amenait pas à l'assuré, l'assureur ainsi qu'à la nation toute entière le développement sur le plan social, ou un bien-être social caractérisé par :

- Une grande garantie de la sécurité pour l'assuré, de l'épargne. L'accroissement de l'esprit de solidarité sous un aspect moderne et le sens de responsabilité ; car il n'y aura plus des prétexte relatif au manque de confiance.

Le prolongement réel des actions sociales prévues par l'Etat dans sa législation sociale.³¹² Il s'agira d'une école par excellence pour la population en matière de prévention et de la promotion sociale, Comme conséquence non négligeable.

Pour la nation congolaise, la libéralisation du marché d'assurance offrira de l'emploi à bien de congolais qui en manquent, ce qui aidera au relèvement du niveau de vie d'un nombre plus ou moins considérable des congolais ; dans la mesure où les compagnies privées créées leur offriront du travail.

Retenons que, dans des pays dit développés, les entreprises d'assurances détiennent une part importante des emprunts émis par l'Etat et les grandes collectivités. Socialement parlant, en matière de bourse, par exemple, les entreprises d'assurances sont à mesure de contribuer à la stabilisation et à l'harmonisation des cours dans les grandes écoles existant dans un pays.³¹³ Ceci pourra aussi être vécu en République Démocratique du Congo après avoir libéralisé le secteur³¹⁴.

³¹² KALONGO MBIKAYI ; *réflexion sur le marché congolais d'assurances (conférence)*, CAPAR 2001, p.13

³¹³ Bernard BEIGNIER ; *entreprises d'assurance au profit du développement*, Paris éd. Dalloz 2003, p.78

³¹⁴ Idem

Cette réalité est possible en République Démocratique du Congo, il est seulement question d'encourager les investisseurs dans le secteur des assurances en leur garantissant au préalable :

- L'harmonisation de l'environnement économique,
- Les conditions fiscales modérées ;
- La libre cours à l'initiative privée et
- Le respect des textes légaux et réglementaires du secteur d'assurances pour leurs protections dans cette exploitation.

RESUME

La réassurance est un processus par lequel une compagnie d'assurance transfère une partie de ses risques à une autre compagnie appelée réassureur. Cela permet à la compagnie d'assurance de limiter son exposition à des pertes financières importantes en cas des sinistres majeurs. La réassurance peut être utilisée pour divers types d'assurances, tels que l'assurance vie, l'assurance dommage et l'assurance responsabilité civile³¹⁵.

Les réassureurs assument une part des risques moyennant le paiement des primes, et en retour, ils aident les compagnies d'assurances à maintenir leur solvabilité et leur capacité à couvrir les sinistres. Bref, la réassurance aide les compagnies d'assurance à stabiliser l'industrie de l'assurance en répartissant les risques de manière équilibrée.

Et c'est le cas des sociétés de transports aérien qui a des aéronefs et des sociétés maritimes qui a des bateaux (paquebots) dont en cas des sinistres, demandent une indemnisation pouvant conduire à la faillite desdites sociétés. Pour pallier à cela la réassurance est d'une extrême importance.

³¹⁵ La réassurance-cours BTS Assurance- Aide BTS Assurance

DROIT CONSTITUTIONNEL

**LES COMPETENCES DU BUREAU PROVISoire DE
L'ASSEMBLEE NATIONALE EN DROIT CONGOLAIS :
ANALYSES POSITIVE ET PROSPECTIVE**

*Retour sur quelques questions de fond dans les affaires
enrôlées sous R. Const. 1438 et 1453*

Par

Benoit KENGA BULOBA

Chef de Travaux

Doctorant à la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa

INTRODUCTION

La République Démocratique du Congo a depuis son accession à l'indépendance connu sa première passation pacifique de pouvoir entre deux Présidents en vie³¹⁶. l'un élu et l'autre en fin de son second et dernier mandat- à la suite de l'élection présidentielle organisée le 31 décembre 2018.

De cet événement historique s'en est suivi un autre : le Président nouvellement élu manquait de majorité au parlement, d'où il devait soit cohabiter soit former par le jeu d'alliance une coalition gouvernementale. C'est cette dernière qui fût faite !

Toutefois, l'on pouvait à l'épreuve du temps constater que cette coalition gouvernementale fonctionnait en une sorte de cohabitation politique sur le plan des faits. Et cela n'a manqué d'agacer le Président de la République qui pouvait voir une crise latente qui existait déjà au sein de la coalition entre la majorité parlementaire Front commun pour le Congo (FCC) et le regroupement vainqueur de l'élection présidentielle Cap vers le changement (CACH).

C'est ainsi qu'après avoir entendu les différents leaders politiques et sociaux représentatifs de toutes les couches sociales de la

³¹⁶ En l'occurrence, Félix-Antoine Tshisekedi et Joseph Kabila

population congolaise lors des consultations nationales lancées par lui au palais de la nation du 02 au 26 novembre 2020, le Président de la République s'est vu obligé de mettre fin à cette coalition et d'en créer une autre : l'Union sacrée de la nation.

Cette volonté de mettre un terme à cette coalition eut un écho assez favorable parmi les députés nationaux, -curieusement autrefois d'obédience du FCC-, lesquels ont à la suite d'une procédure d'examen de pétition décidés de relever de leur fonctions les différents membres du Bureau de l'Assemblée nationale à partir du 10 décembre de l'année précitée.

C'est donc à la suite de ce bouleversement politique que le Bureau de l'Assemblée nationale s'est retrouvé dans sa configuration initiale du début de la législature : sans animateur !

Il s'est de ce fait imposé la nécessité d'organiser une nouvelle élection des membres du Bureau de l'Assemblée nationale. D'où, l'on devait naturellement comme au début de la législature recourir à un Bureau provisoire : le Bureau d'âge, dirigé par un Doyen d'âge, avec deux cadets d'âge.

Ne s'étant jamais produit dans toute l'histoire parlementaire congolaise, ce Bureau d'âge survenu en pleine législature -alors qu'il y a une pétition pendante contre le questeur et une motion de censure signée contre le Premier Ministre Sylvestre Ilunkamba-, devra-t-elle agir uniquement comme le Bureau d'âge du début de la législature dont les limites et les compétences sont expressément prévues tant par le constituant que par le règlement intérieur de l'Assemblée nationale ? Situation inédite, ce Bureau d'âge en pleine législature, ne diffère-t-elle pas du Bureau d'âge du début de la législature pour agir on ne peut plus différemment ? De plus, comment peut-on circonscrire les compétences d'un tel Bureau alors que le scénario de sa survenance n'a jamais été imaginé ? N'était-ce pas logiquement une situation de crise au sein de l'institution ? C'est ainsi qu'il était logiquement naturel de recourir au Juge constitutionnel pour que ce dernier puisse par son intervention déterminer concrètement en fonction du

contexte politique qui émaillait le pays, quelles devaient être les compétences d'un tel Bureau.

C'est dans ce contexte que le présent travail s'évertue à analyser les forces et les faiblesses des questions posées au Juge constitutionnel sur les compétences d'un tel Bureau provisoire en pleine législature ainsi que les réponses données par le Juge constitutionnel relativement aux questions lui soumises.

Mais avant d'aborder les compétences du Bureau provisoire en pleine législature (II), ce qui nous obligerait de présenter le caractère inédit de ce dernier et d'étudier les différentes interventions du Juge constitutionnel relativement à ce Bureau, nous allons faire un retraçage diachronique des compétences du Bureau provisoire qui préside la séance inaugurale de la législature en droit congolais, sans omettre de présenter les compétences constitutionnelles actuelles de ce Bureau d'âge inaugural (I).

I. LES COMPETENCES DU BUREAU PROVISOIRE INAUGURAL

Au début de chaque législature, il y a une séance au cours de laquelle il est procédé à l'élection du Président de l'Assemblée nationale ainsi que des différents membres du Bureau de l'Assemblée nationale. Mais avant de passer par cette élection, un Bureau provisoire doit être installé en vue d'organiser cette élection en bonne et due forme. D'où, nous allons dans cette partie étudier les compétences dudit Bureau sous les Constitutions antérieures (1) et sous la Constitution du 18 février 2006 (2).

I.1. Sous les Constitutions antérieures

Seront pris en compte, La Loi fondamentale du 19 mai 1960 et les Constitutions définitives de 1964 et de 1967.

I.1.1. La loi fondamentale du 19 mai 1960

[A] la veille de l'indépendance, la Belgique octroya au Congo une Constitution provisoire (la Loi fondamentale) que les représentants officiels du Congo avaient discutée et acceptée.³¹⁷ Celle-ci devait être préparatoire à une Constitution définitive qui serait l'œuvre purement des congolais.³¹⁸ Cependant, elle organisa les pouvoirs durant les quatre premières années de l'indépendance suite à l'instabilité politique et institutionnelle de l'époque.

Cette Constitution provisoire prévoyait en ce qui concerne l'installation du premier Parlement congolais qu'après la proclamation officielle des résultats des élections législatives du 22 mai 1960, et naturellement avant le jour fatidique du 30 juin 1960³¹⁹ que les chambres³²⁰ allaient être convoquées par le Roi des Belges et devraient se réunir séparément.³²¹ Cependant, elle précise que ces différentes chambres allaient être présidées par Président provisoire désigné par le sort.³²²

³¹⁷ AZAMI, S.M., « le système constitutionnel de la République démocratique du Congo », *Revue internationale de droit comparé*, vol.22, n°2, Avril-Juin 1970, p.325.

³¹⁸ La Loi fondamentale n'est pas loin d'être une loi foncièrement belge car non seulement élaborée et votée par le Parlement belge, mais elle fut également promulguée par le Roi des belges. En ce sens, KAMUKUNY MUKUNAY, *Droit constitutionnel congolais*, Editions Universitaires africaines, Kinshasa, 2011, p. ; AZAMI, S.M., *op.cit.*, pp.327-328. De plus, pour preuve, les chambres du premier Parlement congolais pouvaient solliciter du Parlement belge l'interprétation que celui-ci donne de la Loi fondamentale. Cf. article 51 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960.

³¹⁹ La date du 30 juin était arrêtée comme la date de l'accession de la République démocratique du Congo à sa souveraineté internationale, il fallait donc logiquement que le Pays possède un Gouvernement et/ou Un Président élu bien avant ce jour. Cela fut ainsi consolidé dans l'article 102 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960, lequel dispose : « Les Chambres, convoquées par le Roi des Belges ainsi que prévu à l'article 9, se réuniront pour la première fois et avant le 30 juin, au lieu que le Roi détermine ».

³²⁰ Le premier Parlement congolais fut Bicaméral, c'est-à-dire composée d'une chambre des représentants et d'un sénat.

³²¹ L'article 9 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960.

³²² *Idem*

Il ne nous est pas dit sur la nature de l'organe ou de la personne qui devait organiser le tirage au sort³²³, mais ce qu'il importe à notre sens de retenir est qu'il y a eu mise en place d'un Bureau provisoire, qu'il ne faut confondre à un Bureau d'âge comme actuellement, car le Président provisoire ne fut pas désigné à raison de son âge, mais il fut tiré au sort parmi ses pairs. Ce Bureau provisoire devait sans délai procéder à la désignation du Président, de deux vice-présidents et du Bureau selon la procédure établie par le Roi des Belges.³²⁴

Il ressort de ce qui précède qu'il exista réellement un Bureau provisoire dirigé par un Président tiré au sort, lequel ne disposait d'aucune autre compétence que celle de procéder à la désignation du Bureau définitif de la première chambre des représentants du premier Parlement congolais, lequel avait la lourde et majestueuse tâche tant de choisir celui qui allait être le premier Chef de l'Etat congolais que d'investir le premier Gouvernement du Congo indépendant dirigé par celui qui est devenu le premier Premier Ministre de la République démocratique du Congo, Patrice Emery Lumumba.

Nous nous interrogeons cependant sur la manière dont le Bureau se renouvelait chaque session, car il était prévu qu'à chaque session, chacune des Chambre devait nommer son Président, ses deux vice-présidents et compose son Bureau³²⁵. Y'avait-il toujours recours à la technique du tirage au sort ou avait-on adopté d'autres modalités ? Nous aurons difficulté à affirmer ou à infirmer cela car dès le mois de septembre 1960, le Président

³²³ Nous pouvons toutefois malgré ce silence inférer de l'article 9 –qui dispose que dans les plus brefs délais après la proclamation officielle des élections, le Roi des Belges convoque chacune des chambres - et de l'article 10 - qui dispose que le Président provisoire fait procéder sans délai à la désignation du Président, deux Vice-présidents et du bureau selon la procédure établie par le Roi des Belges- de cette Loi fondamentale que les règles du tirage au sort du Président provisoire, et même la ou les personne (s) devant le faire étaient prévues dans sans conteste dans l'acte de convocation des chacune des chambres par le Roi des Belges.

³²⁴ Article de 10 de la Loi fondamentale du 19 mai 1960.

³²⁵ *Idem*, article 55

Joseph Kasa-vubu se mit à ajourner de manière interminable³²⁶ le Parlement à temps et à contre temps au gré des vagues politiques jusqu'à le renvoyer ad vitam aeternam.

I.1.2. Les Constitutions du 1^{er} août 1964 et du 24 juin 1967

La Constitution du 1^{er} août 1964 fut la Première Constitution congolaise qui reçut une onction populaire par voie de référendum. Fruit de l'intelligence des experts congolais, cette Constitution à la différence de la Loi fondamentale était une œuvre définitive.³²⁷ Elle inaugure donc suivant certains auteurs le début de la première république.³²⁸

Cette Constitution de 1964, dite de Luluabourg³²⁹ prévoyait elle aussi un Parlement bicaméral composé cette fois-ci non pas d'un sénat et d'une chambre des représentants comme dans Loi fondamentale mais d'un sénat et d'une Chambre des députés. L'appellation chambre des représentants venait donc d'être changée.

Pour ce qui est de Bureau provisoire du début de la législature, la Constitution reste muette sur la question. Elle nous dit seulement que chaque chambre vérifie les pouvoirs de ses membres³³⁰ et que les chambres se réunissent de plein droit en session extraordinaire le lendemain du jour où expirent les pouvoirs des chambres

³²⁶ Des ajournements qui furent comme le soutien Jean-Louis Esambo inconstitutionnels : ESAMBO KANGASHE, J.-L., *Traité de droit constitutionnel congolais*, Paris, L'Harmattan, 2017, p.213.

³²⁷ Signalons cependant que cette Constitution reçue également de l'expertise Onusienne et était d'ailleurs conçue à partir d'un avant-projet proposé par certains des experts de l'ONU. Dans ce sens, ESAMBO KANGASHE, J.-L., *op.cit.*, p.58 ; AZAMI, S.M., *op.cit.*, p.325.

³²⁸ Notamment le regretté professeur KAMUKUNY MUKINAY, A., *op.cit.*, p.119. ; ESAMBO KANGASHE, J.-L., *La république Démocratique du Congo à l'épreuve de l'alternance au pouvoir*, Mémoire de DES, Kinshasa, Unikin, 2005., p.60.

³²⁹ En mémoire de la ville où la Commission chargée d'élaborer la Constitution de 1964 s'était retirée.

³³⁰ Article 77 de la Constitution du 1^{er} août 1964.

précédentes en vue d'en constituer le Bureau³³¹. L'on s'interroge cependant sur comment le premier Bureau allait être constitué car l'ancienne chambre avant l'élaboration de cette Constitution était déjà dissoute.

Sans y aller en détails, signalons pour cette Constitution que n'ayant malheureusement pas fait long feu, malgré son originalité suite aux comportements des politiques, la Constitution dite de Luluabourg laissa la place à la Constitution du 24 juin 1967, dite Constitution révolutionnaire.

Cette dernière fut le résultat du coup d'Etat opéré par le Lieutenant-colonel Joseph Désiré Mobutu le 24 novembre 1965 contre le Président Joseph Kasa-Vubu. En effet, après avoir conquis le pouvoir, Joseph Désiré Mobutu va vouloir se doter également d'une Constitution comme nombreux chefs d'Etats congolais.³³² Ainsi, fut adoptée également par voie référendaire le 24 juin 1967, la Constitution dite révolutionnaire.

Dans sa configuration institutionnelle, cette Constitution prévoyait un Parlement monocamérale, composé donc d'une seule chambre qui exerçait le Pouvoir législatif sous l'appellation Assemblée nationale.

Quant à ce qui concerne la séance inaugurale de l'Assemblée nationale, il est dit pareillement à la Constitution de Luluabourg que l'Assemblée nationale se réunit de plein droit en session extraordinaire le lendemain du jour où expirent les pouvoirs de l'Assemblée précédente en vue d'en constituer le Bureau. Il y est également repris qu'à chaque année, à la session d'avril, l'Assemblée nationale élit son Bureau qui comprend un

³³¹ Article 80 alinéa 3 de la Constitution précitée.

³³² Célestin Kabuya Lumuna réfléchissant sur les quatre premiers présidents congolais constate que « *chacun de quatre premiers présidents est arrivé au pouvoir à sa façon spéciale, chacun d'eux a eu son Congo à lui seul, doté d'une constitution pour lui seul dont il peut se servir à sa guise, d'un peuple de militants qui ne pouvaient aimer et soutenir que lui seul* » : KABUYA LUMUNA, *L'histoire du Congo. Les quatre premiers présidents*, Kinshasa, éd. SECCO & CEDI, 2002, pp.9-10.

Président, deux vice-présidents, et quatre secrétaires. Mais rien n'est dit à propos d'un quelconque Bureau provisoire !

I.2. Sous la Constitution du 18 février

Sous la Constitution du 18 février 2006, le Constituant congolais, tout en prévoyant un Parlement bicaméral comme il en fut le cas sous la Loi fondamentale et la Constitution dite de Luluabourg, fait œuvre bonne de préciser clairement les personnes devant constituer le Bureau provisoire ainsi que leur mode de désignation. Il assigne à ce Bureau provisoire les missions consistant à la validation des pouvoirs des membres de l'Assemblée nationale, ainsi qu'à l'élaboration et à l'adoption de son Règlement intérieur (1), avant de procéder à l'élection et à l'installation du Bureau définitif (2).

I.1. La validation des pouvoirs et la rédaction du Règlement intérieur

Dès lors que la Commission électorale nationale indépendante (CENI) proclame les résultats des élections législatives nationales, l'Assemblée nationale doit se réunir de plein droit en session extraordinaire le quinzième jour suivant cette proclamation³³³. Cette première session extraordinaire inaugurale de la législature prend fin jusqu'à l'épuisement de l'ordre du jour, lequel est préalablement prévu par le constituant.

Cette première séance des députés qui suit les échéances électorales, séance qualifiée d'ouverture par le constituant, est présidée par le Secrétaire Général de l'Administration de l'Assemblée nationale. Ce dernier a pour tâche, au cours de la même séance de s'assurer de l'installation du Bureau provisoire, lequel est dirigé par un Président qui est le député national qui est le plus âgé de tous, le Doyen d'âge. Il est assisté de deux députés les moins âgés qui jouent le rôle de secrétaire.

³³³ Article 114 de la Constitution du 18 février.

Concrètement, cette installation du Bureau provisoire se fait premièrement par l'annonce par le Secrétaire général des noms du Doyen d'âge et de deux députés le moins âgés le jour même de la séance inaugurale³³⁴. Il peut arriver cependant que le Doyen d'âge ne puisse être désigné avec certitude suite notamment à une concurrence d'âge entre les plus âgés, dans ce cas, l'on recourt au tirage au sort, lequel sera effectué par le Secrétaire Général de l'Assemblée nationale³³⁵. Ce Bureau provisoire, dès que installé, a notamment comme ordre du jour la validation des pouvoirs de députés venant fraîchement du champ électoral concurrentiel, ainsi que la rédaction du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale.³³⁶

Pour ce qui est de la validation des pouvoirs, il faut au préalable noter que le fait que « le mandat prenne effet à partir de la proclamation du résultat des élections ne signifie pas pour autant que les membres [de l'Assemblée] jouissent dès ce moment de la plénitude de leurs pouvoirs »³³⁷. C'est ainsi qu'il est fait obligation au Bureau provisoire de l'Assemblée nationale de faire valider par l'Assemblée nationale les résultats des élections des députés proclamés par la CENI lors de la session inaugurale de la législature commençante.

Cette validation des pouvoirs correspond en une sorte de vérification de la régularité de la victoire du député nouvellement élu, par la production notamment des pièces pouvant prouver que l'on a remporté réellement l'élection tel est notamment le cas des procès-verbaux des centres de vote et locaux de dépouillement des résultats.³³⁸ (VOIR DROIT ELECTORAL ESAMBO).

³³⁴ Article 8 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale de mars 2019.

³³⁵ Article 9 du Règlement précité.

³³⁶ S'il arrivait que le Doyen d'âge annoncé se retrouve dans un cas d'empêchement définitif, ou qu'il ait renoncé à ce droit, il sera remplacé par son poursuivant en âge. En ce sens, l'article 10 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale de mars 2019.

³³⁷ VAN DER HUST, M., *Le mandat parlementaire. Etude comparative mondiale*, Genève, Union interparlementaire, 2000, p.12.

³³⁸ En ce sens ESAMBO KANGASHE J.-L., *Droit électoral congolais*, 2^{ème} édition, Louvain-La-Neuve, Academia-L'harmattan, 2020, p.70.

Toutefois, Si cela est compris dans ce sens de vérification des pouvoirs, la validation des pouvoirs, mieux, des mandats parlementaires, correspond alors et exactement à un contrôle des conditions exigées pour siéger à l'Assemblée³³⁹.

Faisons observer que ce contrôle est effectué par une commission spéciale devant être mise en place par le Doyen d'âge. Cette commission se charge de vérifier si tous les députés élus ont régulièrement été candidats, s'ils ont été élus correctement. Après cette « gymnastique vérificatoire », la commission spéciale chargée de vérifier les pouvoirs, revient au doyen d'âge afin que ce dernier soumette le rapport de cette commission à la plénière pour que les mandats puissent être validés par l'ensemble des députés.

Cette validation des pouvoirs ne peut prévaloir cependant à l'issue de toutes les affaires pouvant se trouver devant la Cour constitutionnelle dans le cadre du contentieux électoral des élections législatives nationales³⁴⁰, car étant l'autorité juridictionnelle constitutionnellement investie de la mission de connaître du contentieux des résultats des élections législatives nationales, toute validation des pouvoirs quand bien même effectuée par la plénière de l'Assemblée nationale, ne peut et ne doit demeurer non seulement, mais seulement que provisoire car c'est la Cour constitutionnelle qui proclame les résultats définitifs.

Après cette étape de la validation des pouvoirs des députés nouvellement élus, le Bureau provisoire doit passer maintenant à l'étape de la rédaction du règlement intérieur devant régir toute la législature.

En effet, la Constitution en tant que le « *map power* », fixe les grandes lignes des attributions de chaque acteur politique et de toutes les institutions de la République. Elle ne se borne donc

³³⁹ ESAMBO KANGASHE J.-L., *op.cit.* p.14.

³⁴⁰ L'article 161 alinéa troisième de la Constitution du 18 février dispose que la Cour constitutionnelle est juge du contentieux des élections présidentielles et législatives ainsi que du référendum.

qu'à donner les rôles de chaque institution sans toutefois préciser exactement comment ces différents rôles devront être joués. C'est ainsi, en ce qui concerne les missions constitutionnelles du Parlement, que chaque chambre composant le Parlement est invitée par le Constituant³⁴¹ à se doter obligatoirement d'un Règlement intérieur qui « *fixe les règles de son organisation interne et de son fonctionnement* »³⁴² tout en « *déterminant les méthodes et règles de travail qui doivent être observées dans [son] fonctionnement* ». ³⁴³

Ce règlement intérieur est élaboré par le Bureau provisoire sous la conduite du Président dudit Bureau. Concrètement, au début de la législature, le Président du Bureau provisoire, le doyen d'âge en l'occurrence, confie à une commission spéciale la mission d'élaborer le projet du Règlement intérieur. Ce projet dès lors finit, sera alors soumis à la plénière pour que tous les députés nationaux nouvellement élus dont les pouvoirs venaient d'être validés puissent formuler des amendements puis passer à l'adoption du texte final.

Ce règlement intérieur doit notamment et impérativement par la volonté constituante déterminer les éléments ci-après :

- *La durée et les règles de fonctionnement du Bureau, les pouvoirs et prérogatives de son Président ainsi que des autres membres du Bureau ;*
- *Le nombre, le mode de désignation, la composition, le rôle et la compétence de ses commissions permanentes ainsi que la création et le fonctionnement des commissions spéciales et temporaires ;*
- *L'organisation des services administratifs dirigés par un Secrétaire général de l'Administration publique de chaque chambre ;*
- *Le régime disciplinaire des députés et des sénateurs ;*

³⁴¹ Article 112 de la Constitution du 18 février.

³⁴² LEXIQUES DES TERMES JURIDIQUES, 25^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2017-2018, v^o règlement.

³⁴³ CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition, Paris, Presses universitaires française, 2018, v^o règlement.

- *Les différents modes de scrutin, à l'exclusion de ceux prévus expressément par la présente Constitution*

Cette obligation constitutionnelle sur le contenu du règlement intérieur de l'Assemblée nationale vient à se justifier par le fait qu'avant d'être mis en application, le Règlement intérieur doit être obligatoirement transmis par le Président du Bureau provisoire à la Cour constitutionnelle qui se prononce sur sa conformité à la Constitution dans un délai de quinze jours³⁴⁴.

Signalons que la Cour constitutionnelle ne se bornera pas qu'à vérifier si le Règlement intérieur contient tous les éléments prescrits par le constituant, elle va en sus de cela vérifier si le règlement lui soumis ne contient pas des dispositions qui tendent à énerver la Constitution. Dans ce cas, si la Cour constitutionnelle s'en rend compte, elle va soit émettre une réserve sur la disposition présumée être inconstitutionnelle tout en déclarant conforme le règlement intérieur soit va déclarer non conforme à la Constitution le règlement intérieur en entier. Cette dernière solution est jusque-là un cas d'école en droit congolais.

La Cour constitutionnelle a pour se faire un délai de quinze jours. Passé ce délai, le règlement lui soumis sera réputé conforme à la Constitution³⁴⁵ et donc mis en application.³⁴⁶

I.2. L'installation du Bureau définitif

Dès que le Règlement intérieur est élaboré, adopté, contrôlé et mis en application, il apparaît donc nécessaire de vider totalement l'ordre du jour assigné par le Constituant au Bureau provisoire, c'est-à-dire, organiser l'élection des membres du Bureau définitif³⁴⁷ de l'Assemblée nationale en vue de passer à son

³⁴⁴ Article 112 *in fine* de la Constitution du 18 février.

³⁴⁵ Article 112 *in fine* de la Constitution du 18 février.

³⁴⁶ Article 20 *in fine* du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale de mars 2019.

³⁴⁷ Par la suite, nous écrivons simplement Bureau pour renvoyer au Bureau définitif.

installation. Ceci pour confirmer donc que l'élection est la voie unique pour l'installer le Bureau.

L'élection des membres du Bureau de l'Assemblée nationale commence par la présentation des candidatures aux différents postes du Bureau par les partis ou regroupements politiques auprès du Président du Bureau provisoire³⁴⁸. Ce dernier devra par sa décision, après cette présentation des candidatures et après la clôture du dépôt des candidatures afficher les différentes listes des candidats aux différents postes.³⁴⁹

Naturellement après cela devra s'ouvrir la campagne pour permettre à chaque candidat de présenter sa vision et tenter par l'occasion de convaincre ses pairs de pouvoir porter leur dévolu sur sa personne, et cette campagne est battue pour une durée que fixe le Président du Bureau provisoire par voie de décision. Et ce n'est qu'après cela que le vote pourra intervenir avec comme issu soit l'échec de certains soit la victoire des autres.

Résultat proclamé, les membres du Bureau connus, il faudra de ce fait sans atermoiements et sans délai procéder séance tenante à l'installation du Bureau élu. Celle-ci se fait au moyen de la passation des pouvoirs symboliquement représentée par la remise du marteau que détient le « *policier du perchoir* »³⁵⁰ aux mains du nouveau Président élu de l'Assemblée nationale.

Installé, le Bureau élu peut alors exercer la plénitude des compétences pour assurer la direction et le fonctionnement de l'Assemblée nationale durant toute la législature, sauf s'il y a démission collective de tous les membres du Bureau, ou dissolution de la chambre ou encore que la procédure de pétition pour la déchéance engagée contre un membre du Bureau ou contre tous les membres du Bureau pris chacun individuellement aboutisse avec succès.

³⁴⁸ Article 27 du Règlement précité.

³⁴⁹ *Idem*

³⁵⁰ Allusion faite au rôle qu'a le Président de l'Assemblée nationale d'assurer la police de débats lors des séances plénières.

II. LES COMPETENCES DU BUREAU MBOSO³⁵¹

Lors de l'élaboration tant de la Constitution du 18 février que du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale, il n'a été prévu aucune situation similaire (1) à celle sous examen. Il s'agit clairement d'un non-prévu s'il faut reprendre l'expression de la Cour constitutionnelle.³⁵² C'est ce qui justifie le fait pour le Président du Bureau d'âge de saisir le Juge constitutionnel afin que ce dernier dénoue la complexité qui se posait en précisant les contours des compétences d'un tel Bureau provisoire (2)

II.1. Une situation inédite

Le caractère aussi inédit qu'atypique du Bureau Mboso est relatif non seulement du point de vue contexte politique (1), lequel a été dominé par l'alliance - *contre nature* ?- entre le regroupement politique FCC de l'obédience de l'ancien Président de la République Joseph Kabila et le regroupement CACH qui avait porté le Président Félix-Antoine Tshisekedi à la magistrature suprême de l'Etat, mais est également relatif du point de vue temps (2) dans lequel s'est survenu un tel Bureau provisoire.

II.1.1. Du point de vue contexte politique

Rappelons que depuis le nouvel ordre politique mis en place sous la Constitution du 18 février 2006, et même bien avant cela, la République démocratique du Congo n'avait pas connu une passation pacifique du pouvoir entre deux Présidents, dont l'un sortant et l'autre élu. Ce n'est qu'en janvier 2019, à la suite des élections présidentielles du 31 décembre 2018 qu'un tel scénario a été vécu.

L'on a curieusement constaté que non seulement le passage de flambeau était historique, mais il y avait également une situation

³⁵¹ En souvenir de celui qui fut le Premier parlementaire de l'histoire congolaise à exercer les fonctions de Président d'un Bureau provisoire qui fit son irruption en pleine législature après une procédure de déchéance de tous les membres du Bureau.

³⁵² Cour Constitutionnelle, arrêt R.Const 1438, *huitième feuillet*, 2021.

jamais réalisée dans l'histoire de notre pays : le président nouvellement élu manquait de majorité au parlement- précisément à l'Assemblée nationale- pour pouvoir négocier son homme de confiance à la tête du Gouvernement. Il devait cohabiter avec le FCC qui détenait la majorité absolue des députés nationaux et sénateurs qui constituaient le parlement. Ainsi, pour éviter de travailler avec son adversaire politique sur la même table, une alliance a été conclue entre le FCC et le CACH pour pouvoir gouverner en coalition en vue d'éviter les méfaits de la cohabitation politique.

Juste un an après la fameuse coalition gouvernementale, les menaces n'ont pas tardé : le Président de la République ne manquait pas lors de ses apparitions publiques de brandir l'arme de la dissolution de l'Assemblée nationale, au cas où son « allié » du FCC ne le permettait pas de réaliser sa vision. Dans le camps de son « allié », les menaces répliqués également ont retenti contre les différents propos intimidants du Président de la République, où on l'avertissait de ne pas tomber sous le coup de la violation intentionnelle de la Constitution au risque ainsi de voir sa responsabilité pénale être engagée.

Face à cette crise de confiance due à la persistance des divergences des vues, le Président de la République a recouru aux consultations nationales, en entrant en contact avec les différents leaders sociaux, et politiques également dans le but de recueillir les avis de la population sur nombreuses questions dont l'épineuse coalition gouvernementale FCC-CACH.

L'issue de ces consultations a sans surprise été sanctionnée par la rupture de la coalition FCC-CACH prononcée par le Président de la République lors d'un discours adressé à la nation toute entière au travers les ondes de la Radio-Télévision nationale congolaise (RTNC) en date du 06 décembre 2020.

C'est donc suite à ce bouleversement politique qu'a entraîné la dissolution de l'accord FCC-CACH que le vent des pétitions a soufflé avec emportement dans quasiment toutes les provinces et

toutes les assemblées délibérantes politiques, notamment le parlement national dans sa bicaméralité.

A l'assemblée nationale, tous les membres du Bureau sans exception ont été concernés par une procédure de pétition leur engagée individuellement. Et vu que l'on ne peut être juge et partie, le Bureau d'âge devait faire son irruption.

I.1.2. Du point de vue temps

Après les élections générales organisées le 31 décembre 2018, troisième cycle électoral depuis la promulgation de la Constitution du 18 février, la troisième législature de l'Assemblée nationale s'est installée avec à sa tête une femme, cadre du FCC.³⁵³

Tout juste un an après à sa tête, les menaces de dissoudre l'Assemblée n'avaient pas tardé suite notamment et principalement au bras de fer entre les ténors du FCC contre ceux du CACH. Ainsi, ils étaient plus qu'urgent de revoir les cartes d'alliance politique. C'est dans ce contexte que l'Union sacrée de la nation a pris les ailes de l'existence. De ce fait, plusieurs pétitions ont été formées contre tous les membres du bureau de l'Assemblée nationale sans exception aucune. Ne pouvant donc pas connaître de la pétition la concernant, ni les concernant, en vue de ne pas tomber dans l'hypothèse de Juge et partie en même temps, il était plus que nécessaire de recourir à un bureau d'âge quand bien même que la possibilité de recourir au Bureau d'âge n'a été nullement prévu dans le règlement intérieur de l'Assemblée nationale. Parmi les raisons qui justifient cela, il y a la non-prévisibilité d'un scénario où tous les membres du Bureau de l'Assemblée nationale seraient tous concomitamment les cibles des pétitions.

³⁵³ Il s'agit de Jeanine Mabunda, proche de Joseph Kabila. Elle est la Première femme Présidente de l'Assemblée nationale depuis que la Constitution du 18 février est entrée en vigueur. Elle est 4^{ème} Après Vital Kamerhe, Evariste Boshab et Aubin Minaku depuis 2006.

L'on pouvait imaginer qu'une procédure de pétition soit formée contre le Président de l'Assemblée nationale, ou un autre membre, mais pas tous les membres du bureau directement. Cependant, décembre 2020 a été révélateur de ces imprévus, lesquels ont nécessité le recours au juge constitutionnel.

I.2. Un appel au juge constitutionnel : réguler et interpréter

Face à une situation inédite, le Bureau d'âge a été contraint de recourir au juge constitutionnel pour que ce dernier non seulement délimite les compétences mais limite également le temps d'agir au bureau d'âge.

I.2.1. Dans l'affaire R.const 1438

a. Présentation des faits

Après que tous les membres du bureau définitif de l'Assemblée nationale ont été concernés de manière individuelle par une procédure de pétition, il y a eu en vertu de l'article 31 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale la mise en place du Bureau d'âge en vue d'assurer l'examen de toutes les pétitions formées contre les membres du Bureau définitif.

Il s'est cependant posé un problème dans la finalisation de l'examen de toutes les pétitions lancé depuis le 10 décembre 2020, en ce qu'après la déchéance de cinq membres composants le bureau définitif, il restait une pétition non examinée, celle formée contre le Questeur adjoint du Bureau de l'assemblée nationale qui a connu un accident vasculo-cardiaque, l'ayant de ce fait empêché de présenter ses moyens de défense devant la plénière.

Face à un tel imprévu, le Bureau d'âge se devait d'attendre que le Questeur adjoint malade puisse se rétablir pour présenter ses moyens de défense. Entre temps, le temps ne jouait pas en la faveur du Bureau d'âge du fait que le 15 décembre 2020 devait se clôturer la deuxième session ordinaire de l'Assemblée nationale. Cette clôture aurait comme conséquence non

seulement le non examen de la procédure de pétition contre le Questeur adjoint, mais également la convocation d'une session extraordinaire dans l'hypothèse où il y aurait possibilité d'examiner cette pétition après cette clôture de la session ordinaire.

Devant un tel dilemme, auquel il faut rajouter les strictes attributions aussi précises que limitées du Bureau d'âge par la Constitution, et le règlement intérieur de l'Assemblée nationale, le Bureau d'âge se trouvait dans l'impossibilité de soulever même une feuille de papier pour prendre une quelconque décision.

C'est ainsi, le 14 décembre 2020, un jour avant la clôture de la deuxième session ordinaire de l'année, l'Assemblée nationale a formulé une requête, enrôlée sous le R.const. 1438, au travers du Président du Bureau d'âge en vue de solliciter de la Cour constitutionnelle l'habilitation de son Bureau d'âge à finaliser le processus d'examen de pétition contre un membre du Bureau conformément à l'article 31 du Règlement intérieur et à assurer la gestion courante de l'Assemblée nationale jusqu'à la mise en place d'un Bureau définitif.

b. Problèmes de droit posés

Dans cette affaire, plusieurs problèmes de droit sont suscités. Il y a le problème de la finalisation de la procédure de pétition contre le Questeur adjoint, le problème de la gestion courante et régulière de l'Assemblée nationale jusqu'à l'installation du Bureau définitif, lesquels exigent inévitablement *une prorogation du mandat du bureau d'âge*, tant sur le plan temporel que sur le plan matérielle.

En sus des problèmes sus cités, il faut aussi reconnaître que cette affaire pose le problème de la compétence de la Cour constitutionnelle du fait qu'il s'agit d'une situation nouvelle, non prévue par le constituant et par le législateur.

c. *Position de la cour*

La première question analysée par la cour est relative à sa compétence. La cour note et reconnaît qu'au regard de la Constitution et de sa loi organique, elle ne connaît, en matière de contrôle de constitutionnalité, que de la constitutionnalité des traités et accords internationaux avant la ratification ; des lois et actes ayant force de lois ; des édits ; des règlements intérieurs des deux chambres du parlement, du Congrès et des Institutions d'appui à la démocratie, ainsi que des actes administratifs réglementaires.³⁵⁴ De plus, elle renchérit que de par sa jurisprudence, dans l'idéal d'asseoir un Etat de droit, elle a étendu sa compétence aux seuls actes d'assemblées dans le cas où aucune juridiction n'est matériellement compétente de connaître de ces actes et qu'il y ait une violation d'un droit fondamental protégé par la Constitution.³⁵⁵

Des après cette présentation de sa compétence, la cour a reconnu que les questions lui soumises n'étaient pas prévu tant par le constituant que par sa loi organique ni par le règlement intérieur de l'Assemblée nationale, mais en vertu de son pouvoir de régulation de la vie politique, pouvoir reconnu dans certains de ses précédents arrêts, elle peut exceptionnellement trancher les questions susceptibles de paralyser le bon fonctionnement des institutions et des services publics. Et comme il s'est agi d'un bureau provisoire, la Cour a étendu les compétences constitutionnelles du bureau provisoire inaugural audit Bureau. C'est donc sur fond de ce qui précède que la cour s'est déclarée compétente pour connaître des questions qui lui étaient soumises.

Quand-aux questions relatives à l'habilitation du Bureau provisoire à finaliser le processus de pétition contre le questeur adjoint, et donc par conséquent la convocation d'une session extraordinaire, et la question relative à la prorogation du mandat du Bureau d'âge pour poser des actes de gestion courante de l'Assemblée nationale ; la Cour relève d'emblée que *in casu*

³⁵⁴ Cour constitutionnelle, arrêt R.const 1438, *septième feuillet*, 2021.

³⁵⁵ *Idem*

specie, celui d'un Bureau déchu, il ne saurait être d'un problème d'expédition d'affaires courantes, ainsi, le Bureau d'âge pourra de ce fait convoquer une session extraordinaire non seulement pour vider le cas du Questeur adjoint et organiser l'élection du Bureau définitif, mais également permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son pouvoir législatif et contrôler le Gouvernement car l'Assemblée nationale ne perd aucune de ses compétences constitutionnelles du fait de la déchéance de son Bureau.

Dans son dispositif, la Cour prend le soin de signifier que la gestion des affaires courantes de l'Assemblée nationale par le Bureau d'âge ainsi que la tâche de vider la pétition engagée contre le Questeur adjoint du Bureau définitif déchu et d'organiser les élections des membres du nouveau Bureau définitif ne doit se faire qu'endéans un mois.

d. Appréciation critique

La compétence de la Cour constitutionnelle est prévue expressément dans la Constitution, et le législateur organique de la Cour constitutionnelle n'a pas ajouté de nouvelles compétences en sus de celle du constituant. C'est qui revient à affirmer qu'à chaque fois que la Cour serait saisie d'une affaire ne relevant pas de sa compétence, elle devra se déclarer incompétente.

Toutefois, en gardien de la Constitution et des droits fondamentaux y consacrés, et de l'équilibre des pouvoirs, la Cour constitutionnelle veille au fonctionnement régulier des institutions à côté du président de la République.³⁵⁶ C'est ici le lieu même de relever avec Lyes SAM que la fonction régulatrice de la justice constitutionnelle se confond quelque peu avec la

³⁵⁶ Le doyen FAVOREU, L., « le conseil constitutionnel et le président de la République dans le cadre de l'alternance (1981-1986) », *pouvoirs*, n°13, 1991, pp.196-197, précise que nous pouvons distinguer deux types de gardien de la constitution dont les missions sont différentes mais complémentaires : Nous avons le président de la République en tant que le garant politique du respect de la constitution et la [cour] constitutionnelle en tant que le garant juridictionnel de la constitution.

fonction arbitrale attribuée au Chef de l'Etat, en sa qualité de garant de la Constitution, en vue d'assurer par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'Etat et ses institutions.³⁵⁷

La régulation opérée par la Cour en cette matière se fonde sans ambages aux raisons liées fondamentalement à la régularité du fonctionnement de l'institution Assemblée nationale. Cette attitude mérite un regard positif.

I.2.2. Dans l'affaire R.const 1453

a. Présentation des faits

A la suite du mouvement qui a entraîné la déchéance de tous les membres du Bureau de l'Assemblée nationale, il s'est créé un sérieux bouleversement dans l'univers politique congolais, caractérisée notamment par la création par le Président de la république de l'Union sacrée de la nation³⁵⁸ au prix de la dissolution de la coalition FCC-CACH.

L'on a assisté à sa création à des départs, transferts, transmutations des politiciens en général et des parlementaires du FCC principalement vers l'Union sacrée et cela sans tenir compte des prescrits du règlement intérieur de l'Assemblée nationale. Cette bascule a entraîné l'émergence d'une nouvelle majorité parlementaire au détriment de la majorité FCC-CAH.

Conscient qu'après la déchéance des membres du Bureau définitif, l'élection des nouveaux animateurs doit être organisée au sein de ladite chambre, le Président du Bureau provisoire se trouvant face à la difficulté d'identifier les nouvelles forces

³⁵⁷ LYES, S., « Justice constitutionnelle et régulation des pouvoirs : Réflexions à partir de quelques modèles africains », *Strategia*, n°13, 1^{er} semestre, 2020, p.20.

³⁵⁸ Une plate-forme politique regroupant toutes les personnalités et tous les regroupements politiques partageant la vision politique de Félix Tshisekedi, comme Président de la République. Parait-il, l'on dit dans la ville de Kinshasa, qu'appartenir à cette plate-forme, c'est être du bon côté de l'histoire !

politiques suite à des départs sus évoqués, va, tout en connaissant que la Cour constitutionnelle avait déjà dans son arrêt R. Const. 891 déclaré le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale conforme à la Constitution, saisir la Cour constitutionnelle en contentieux d'interprétation pour que celle-ci puisse donner la portée exacte des dispositions de l'article 101 alinéa 5³⁵⁹ de la Constitution face à celles prévues aux articles 26 alinéa 3³⁶⁰ et 54 alinéa 7³⁶¹ du même Règlement intérieur de l'Assemblée nationale. Concrètement, il demande à savoir si ces dispositions du règlement intérieur ne violent-ils pas les libertés de pensée, de conscience et de raison de l'élu telles que confortées par l'article 101 alinéa 5 de la Constitution ?

b. Problèmes de droit posés

Il se pose dans cette affaire une seule question majeure : quel est le sort du mandat d'un député national qui quitte en cours de mandat le parti ou regroupement politique auquel il a appartenu dès le début de la législature ? De cette question centrale peut naître d'autres sous questions notamment celle liée à la possibilité ou l'impossibilité de quitter son regroupement, à l'application ou non du principe *non bis idem* devant la Cour constitutionnelle, à la posture exacte à adopter entre l'article 101 alinéa 5 de la Constitution qui consacre la nullité du mandat impératif et 110 *in fine* du même texte, et qui consacre l'interdiction pour tout député ou sénateur de quitter délibérément son parti politique, durant la législature, au risque de perdre son mandat parlementaire obtenu dans le cadre dudit parti.

³⁵⁹ Cet article consacre la nullité du mandat impératif en droit parlementaire congolais.

³⁶⁰ Qui dispose ce qui suit : « Au début de chaque législature, les partis et regroupements politiques déposent au Bureau provisoire de l'Assemblée nationale une déclaration d'appartenance à la majorité ou à l'opposition politique dûment signée par chacun d'eux ».

³⁶¹ Qui dispose ce qui suit : « Chaque député est membre du groupe parlementaire auquel appartient le parti politique dans le cadre duquel il a été élu. Les groupes parlementaires sont constitués pour la durée de la législature. Un député qui quitte son groupe parlementaire perd le droit de s'affilier à un autre groupe ».

En sus de problèmes sus posés, il se soulève aussi la question du sens et de la portée de l'article 101, alinéa 5 de la Constitution face aux dispositions des articles 26, alinéa 3 et 54, alinéa 7 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale ; et celle de savoir si l'interdiction absolue de tout mandat impératif n'aurait-elle pas un caractère *erga omnes*, opposable à tous, y compris les partis politiques et regroupements politiques ?

c. Position de la Cour

La Cour dans sa motivation, a commencé par rappeler qu'au-delà de sa clarté apparente, l'article 101 alinéa 5 est le socle de la démocratie représentative prévue déjà à l'article 5 de la même Constitution.³⁶² Reliant cette disposition à interpréter aux articles 5³⁶³ et 6³⁶⁴ de la même Constitution, la Cour note que « *le mandat du député est un mandat politique et représentatif possédant la caractéristique d'être général, libre et non révocable. C'est-à-dire que le représentant peut agir en tous domaines à sa guise au*

³⁶² Cour constitutionnelle, arrêt R.const 1453, *vingt-et-unième feuillet*, 2021.

³⁶³ Qui dispose ce qui suit : « La souveraineté nationale appartient au peuple. Tout pouvoir émane du peuple qui l'exerce directement par voie de référendum ou d'élections et indirectement par ses représentants.

Aucune fraction du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. La loi fixe les conditions d'organisation des élections et du référendum.

Le suffrage est universel, égal et secret. Il est direct ou indirect.

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 ».

³⁶⁴ Qui dispose ce qui suit : « Le pluralisme politique est reconnu en République Démocratique du Congo.

Tout congolais jouissant de ses droits civils et politiques a le droit de créer un parti politique ou de s'affilier à un parti de son choix.

Les partis politiques concourent à l'expression du suffrage, au renforcement de la conscience nationale et à l'éducation civique. Ils se forment et exercent librement leurs activités dans le respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Les partis politiques sont tenus au respect des principes de démocratie pluraliste, d'unité et de souveraineté nationales.

Les partis politiques peuvent recevoir de l'Etat des fonds publics destinés à financer leurs campagnes électorales ou leurs activités, dans les conditions définies par la loi ».

*gré des intérêts non pas de son parti politique, mais plutôt de la nation, sans être l'obligé ni de ses électeurs, ni de son parti politique encore moins du regroupement politique auquel appartient son parti politique ».*³⁶⁵

Après avoir indiqué le sens de l'article 101 tel que rappelé ci-haut, la Cour a confronté la disposition à interpréter aux articles 26, alinéa 3 et 54, alinéa 7 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale. Elle a noté dans son argumentaire que les dispositions du règlement intérieur ont pour « rôle d'organiser l'exercice du mandat parlementaire. Mais comme toute règle d'organisation de l'exercice d'un droit public, au profit d'un député, elle ne peut qu'être relative ».³⁶⁶ Elle justifie cette relativité en affirmant qu'en matière de droits fondamentaux, les restrictions sont admises, mais à condition qu'elles soient conformes à la Constitution et qu'elles soient nécessaires. D'où, s'il y a contrariété entre les dispositions du règlement intérieur à une disposition constitutionnelle, cette dernière prévaut.

Dans le cas d'espèce, il se dégage de la position de la Cour que le règlement intérieur, en prescrivant qu'un député qui quitte son groupe parlementaire –constitué pour la durée la législature– perd le droit de s'affilier à un autre groupe, cela serait une restriction de la liberté de conscience, de pensée et de raison de l' élu. Outre cela, la Cour a considéré en définitive le régime juridique du bureau d'âge intervenu en pleine législature comme similaire à celui du début de la législature. D'où, l' élu a le droit de faire une nouvelle déclaration d'appartenance à tel ou tel groupe parlementaire du fait de la survenance de la circonstance des faits décrits dans l'arrêt R.const. 1438, car sa déclaration « s'inscrit dans l'exercice de son droit de parlementaire et cet exercice de la souveraineté nationale ne peut être que libre ». Par conséquent, elle a déclaré dans son dispositif que : « le mandat qu'exerce l' élu appartenant à la nation ne peut être que libre, aucun intermédiaire entre la nation et lui ne devant s'interposer ».

³⁶⁵ Cour constitutionnelle, arrêt R.const 1453, vingt-troisième feuillet, 2021.

³⁶⁶ *Idem*.

d. Appréciation critique

L'arrêt de la Cour a le mérite de réaffirmer la nullité du mandat impératif en droit parlementaire congolais, en soulignant le caractère national du mandat, faisant donc qu'aucun regroupement politique quelconque ne peut imposer à un élu du peuple ses opinions. Ainsi, la pratique des lettres des démissions en blanc ne peuvent produire aucun effet car l'élu est non pas le représentant de ses "électeurs" mais de la nation entière.

Il convient de noter toutefois que cet arrêt n'est pas une œuvre angélique. Elle prête facilement d'ailleurs le flanc à la diatribe dès lors que la Cour a manqué de concilier l'article 101 alinéa 5 à l'article 110 in fine d'autant plus qu'en proclamant la liberté – apparemment absolue- de l'élu, la Cour ne tire aucune conséquence des prescriptions contenues à l'article 110 in fine de la Constitution. Ceci donne l'apparence à l'œuvre de la Cour d'avoir permis ce que le constituant a interdit.

Pour rappel, l'article 110 de la Constitution dispose que « *tout député national ou tout sénateur qui quitte délibérément son parti politique durant la législature est réputé renoncer à son mandat parlementaire dans le cadre dudit parti politique* ». Et en arrêtant simplement « *que l'élu reste maître de ses opinions dans l'Assemblée nationale et de ses appartenances politiques au sein de celle-ci* », ³⁶⁷ la Cour ne nous permet pas de comprendre si le fait pour l'élu de quitter son parti ou regroupement politique dans le cadre duquel il a été élu rentre ou pas dans le cadre d'« *être maître de ses appartenances politiques* ». Nous aurions voulu que la Cour tire une conclusion en confrontant l'article 101 alinéa 5 à l'article 110 in fine.

Il ressort cependant de la même affaire que deux partis politiques sont venus en intervention volontaire devant le juge constitutionnel suite au dépôt de la requête qui a été enrôlée sous R.const. 1453. Quoi que la Cour constitutionnelle ait rejeté les

³⁶⁷ Cour constitutionnelle, arrêt R.const 1453, *vingt-troisième feuillet*, 2021.

deux requêtes pour défaut de qualité, l'un des intervenants volontaires³⁶⁸ a dans sa motivation avancé que l'article 101 alinéa 5 de la Constitution « *consacre simplement une technique propre à la démocratie représentative qui fait des élus des représentants de la nation et non des commissaires révocables* ». Elizabeth Zoller et Wanda Mastor écrivent à propos que les membres des parlements sont les représentants du peuple, non ses délégués ou ses mandataires. Cela signifie que les élus du peuple ne sont pas tenus par des instructions qui détermineraient l'exercice de leurs votes dans les Assemblées.³⁶⁹ C'est en cela que le mandat est représentatif et non impératif.

Mais comment comprendre que le constituant qui consacre la prohibition du mandat impératif dans l'optique d'assurer l'indépendance du parlementaire,³⁷⁰ vienne encore poser dans une autre disposition l'interdiction de quitter délibérément le parti ou regroupement dans le cadre duquel il a été élu au risque de perdre son mandat ?

En effet, à cette question, il nous paraît utile de préciser avec l'intervenant volontaire suscitée que l'article 101 alinéa 5 « *n'a pas souhaité consacrer une possibilité pour les députés élus sur les listes des partis ou regroupements politiques puissent se comporter en "électeurs libres" pouvant entrer en conflit d'intérêt avec leurs formations politiques en s'affirmant ou en s'infirmité individuellement comme membres de l'opposition ou de la majorité parlementaire au mépris des déclarations d'appartenance de leurs partis ou regroupements politiques* ». Il

³⁶⁸ Le Parti politique PPRD : Parti du peuple pour la reconstruction et le développement. Cf. Cour constitutionnelle, arrêt R.const. 1453, *septième feuillet*, 2021.

³⁶⁹ ZOLLER, E. & MASTOR, W. *Droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Paris, PUF, 2021, p.391.

³⁷⁰ En sus de la nullité du mandat impératif comme garantie du de l'indépendance du mandat parlementaire, il y a aussi l'existence de certaines incompatibilités en vue d'éviter de manière générale les conflits d'intérêts, il y a les immunités pour protéger l'élu contre des atteintes du pouvoir exécutif, notamment les poursuites et mesures d'arrestation, il y a enfin les indemnités conséquentes pour la mise à l'abri des représentants : cf. ZOLLER, E. & MASTOR, W. *op.cit.*, p.400.

s'agit plutôt de la liberté de l'élu de penser ou opiner différemment de sa base électorale et de l'idéologie de son parti politique à chaque fois qu'il est appelé à se prononcer sur le vote d'une question donnée. C'est donc dans le cadre de sa fonction de parlementaire. Mais en vue d'empêcher que l'espace politique puisse se détériorer par une transhumance politique immorale justifiée par des intérêts non nationaux mais mesquins, le constituant a mis un frein à l'article 110 à la liberté de l'élu pour que celui-ci après avoir été élu dans tel ou tel parti ou regroupement politique, puisse se retrouver membre de tel ou tel autre parti ou regroupement. Il s'agit d'une disposition qui moralise la vie politique.

En effet, il nous revient de souligner qu'en principe, au nom de la liberté qu'à chaque citoyen de quitter un parti politique, d'en créer, ou de fusionner le sien avec d'autres, rien ne peut interdire un parlementaire de faire autant d'autant plus que la démocratie représentative est contre toute idée de castration de la liberté du représentant. Donc le constituant n'aurait pas dû poser les prescriptions de l'article 110 *in fine* de la Constitution car apparaissant comme une limitation de l'indépendance du parlementaire. Mais une règle de droit est le miroir d'une société donnée. Connaissant la réalité politique au Congo-Zaïre, il n'a pas voulu laisser libre cours aux parlementaires de se servir de leur liberté pour appartenir le matin à l'opposition, à midi à la majorité gouvernementale, et le soir, revenir à l'opposition. C'est dans l'optique d'une dimension morale et éthique de la politique que le constituant a voulu établir un frein à cette liberté de l'élu, lequel frein a trouvé terrain d'expression au règlement intérieur de l'Assemblée nationale. C'est dans ce sens que le règlement intérieur intervenu en 2019, déclaré conforme à la Constitution dans l'arrêt enrôlé sous R.const. 891, prescrivait non seulement qu'au début de chaque législature, les partis et regroupements politiques déposent au Bureau provisoire de l'Assemblée nationale « *une déclaration d'appartenance à la majorité ou à l'opposition politique dûment signée par chacun d'eux* », mais aussi que Chaque député est « *membre du groupe parlementaire auquel appartient le parti politique dans le cadre duquel il a été*

élu...au risque s'il quitte, qu'il perde le droit de s'affilier à un autre groupe ».

Rappelons par ailleurs que la conformité de ce règlement intérieur en 2018 à la Constitution se justifiait simplement par le fait que cela mettait ‘en application’ les dispositions de l’article 110 *in fine* de la Constitution. Revenir subrepticement sur cet arrêt en affirmant autre chose, c’est tout sauf ce qui est conforme au droit. C’est une sorte d’un blanc-seing à la transhumance atypique.³⁷¹

En effet, il importe de noter pour éviter une quelconque confusion que « *la transhumance est différente de la dissidence : le dissident organise sa tendance au sein de son parti, ou le quitte pour en créer un autre, ou déploie son jeu politique en dehors des partis. Le transhumant ou le nomade politique, au contraire, quitte son parti, avec armes et bagages, pour en rejoindre un autre, tout en se réservant la possibilité, au gré des circonstances, de revenir dans son parti d’origine. Dans la pratique, la transhumance se présente, le plus souvent, comme des épisodes de reniements, de revirements, de ralliements d’anciens opposants, élus nationaux ou locaux, qui, après avoir bénéficié de l’investiture de leurs partis, démissionnent pour rejoindre la mouvance gouvernementale avec l’espoir de*

³⁷¹ Il est certes vrai, que le constituant prévoit la déchéance automatique de l’ élu qui quitte délibérément le parti dans cadre duquel il a été élu. Ceci a l’avantage d’empêcher que le parti puisse imposer à un élu une certaine opinion. Il est aussi vrai que l’exclusion d’un élu de son parti n’entraîne absolument pas une perte de mandat. Il faut que l’ élu démissionne pour le perdre. Mais le phénomène auquel nous avons assisté en 2021 était autre, en ce que sans quitter délibérément leurs partis, les élus ont fait publiquement des déclarations d’appartenance à une nouvelle majorité différente de celle qui était identifiée au début de la législature, différente de leur majorité, alors que de principe, les groupes parlementaires sont constitués pour la durée de la législature. Malheureusement, la Cour a décidé autrement du fait selon elle, le règlement intérieur ne pouvait restreindre la liberté de l’ élu. Une question se soulève : où l’a-t-elle restreint ? D’ailleurs, elle-même l’avait déclaré conforme à la Constitution. Qu’est ce qui justifierait ce volt face silencieux ? Ayant du coup occasionné des départs massifs des groupes parlementaires d’autrefois.

*bénéficiaire de quelques avantages.*³⁷² C'est ce à quoi nous avons assisté tout juste après l'arrêt R.const. 1453. L'on s'interroge encore du pourquoi la Cour ne s'est pas empêchée de traiter de la fondamentale question : le sort d'un élu qui quitte délibérément le groupe parlementaire auquel il appartenait au début de la législature en confrontant le fait à l'article 110 de la Constitution ?

³⁷² BOUMAKANI, B., « La prohibition de la transhumance politique des parlementaires. Etude des cas africains », *Revue française de droit constitutionnel*, vol.3, n°75, 2008, p.499.

CONCLUSION

La présente réflexion sur les compétences du Bureau provisoire, relativement aux positions du juge constitutionnel, s'est voulue premièrement revenir sur l'épisode presque dramatique qu'a enregistré l'année 2020 dans la sphère institutionnelle congolaise. Deuxièmement, elle s'est évertuée à reconnaître les mérites de l'approche adoptée par la Cour constitutionnelle pour autoriser la gestion des affaires courantes par un Bureau provisoire en pleine législature. La Cour a donc de ce fait, usé de manière louable son pouvoir de régulation de l'activité des pouvoirs publics. Toutefois, l'on a, dans la même série intéressant le même Bureau inédit, relevé les failles –inexplicables - de l'attitude de la Cour face à une question qui pouvait sauver la moralité du droit parlementaire congolais.

Pour éviter que l'accroissement de la présence active du juge dans la vie politique se transforme en un gouvernement des juges, il paraît impérieux que le droit positif puisse couler en disposition réglementaire, une possible survenance d'un ou des plusieurs Bureaux provisoires en cours de législature. Mais en attendant, la jurisprudence constitutionnelle nous servira de base de référence, au cas où et malgré elle !

BIBLIOGRAPHIE

1. AZAMI, S.M., « le système constitutionnel de la République démocratique du Congo », *Revue international de droit comparé*, vol.22, n°2, Avril-Juin 1970,p.325.
2. KAMUKUNY MUKUNAY, *Droit constitutionnel congolais*, Editions Universitaires africaines, Kinshasa,2011, p. ;
3. ESAMBO KANGASHE,J.-L., *Traité de droit constitutionnel congolais*, Paris, L'Harmattan,2017,p.213.
4. ESAMBO KANGASHE,J.-L.,*La république Démocratique du Congo à l'épreuve de l'alternance au pouvoir* ,Mémoire de DES, Kinshasa, Unikin, 2005.,p.60.
5. la Constitution du 1^{er} août 1964.
6. KABUYA LUMUNA, *L'histoire du Congo. Les quatre premiers présidents*, Kinshasa, éd. SECCO & CEDI, 2002, pp.9-10.
7. de la Constitution du 18 février.
8. Règlement intérieur de l'Assemblée nationale de mars 2019.
9. VAN DER HUST,M., *Le mandat parlementaire. Etude comparative mondiale*, Génève, Union interparlementaire, 2000, p.12.
10. ESAMBO KANGASHE J.-L., *Droit électoral congolais*, 2^{ème} édition, Louvain-La-Neuve, Academia-L'harmattan, 2020, p.70.
11. LEXIQUES DES TERMES JURIDIQUES, 25^{ème} édition, Paris, Dalloz,2017-2018, v° règlement.
12. CORNU,G., *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} édition,Paris,Presses universitaires française, 2018, v° règlement.
13. Cour Constitutionnelle, arrêt R.Const 1438, *huitième feuillet*,2021.
14. Le doyen FAVOREU, L., « le conseil constitutionnel et le président de la République dans le cadre de l'alternance (1981-1986) », *pouvoirs*, n°13, 1991, pp.196-197
15. LYES, S., « Justice constitutionnelle et régulation des pouvoirs : Réflexions à partir de quelques modèles africains », *Strategia*, n°13, 1^{er} semestre, 2020, p.20.
16. ZOLLER, E. & MASTOR, W. *Droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Paris, PUF, 2021, p.391.
17. BOUMAKANI, B., « La prohibition de la transhumance politique des parlementaires. Etude des cas africains », *Revue française de droit constitutionnel*

**LE CONSTITUTIONNALISME ET REVISIONS
CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE**
Cas du Bénin, du Burkina-Faso et du Sénégal

Par

MWAKO SUKEZA Willy

Chef de Travaux

&

MPONGO BOTSA Achille

Assistant

INTRODUCTION

Près de vingt ans après les transitions démocratiques consécutives à la chute de « Mur de Berlin », les Etats africains s'interrogent à nouveau sur l'avenir des institutions qui régissent leurs sociétés politiques.

Le contexte dans lequel cette remise en question s'opère est cependant assez différent de celui des années 90. A l'époque, le mouvement des idées semblait plus facile à décrire, l'évolution des mentalités allait presque systématiquement dans le même sens : en finir avec des institutions de type monocratique, propres à assumer la domination d'un parti ou d'un homme sur l'ensemble des acteurs politiques. L'heure était donc à la « *démocratisation* » mot d'ordre plus ou moins confus, mais dont on devinait un peu partout, les implications : fin des partis uniques, de droit de fait, affirmation positive du droit au pluralisme, atténuation ou élimination des « *présidentialismes* » dont le continent semblait s'être une spécialité, mise en place de juridictions constitutionnelles chargées, notamment, de veiller à l'effectivité des « *droits fondamentaux* » affirmés par les constitutions et de garantir l'équité dans le jeu politique, etc.

A la veille des années 2010, la question constitutionnelle se pose toujours, mais dans des circonstances différentes. Le climat s'est en effet alourdi, le scepticisme a gagné bien des esprits

désenchantés par une « *expérience démocratique* » génératrice, en effet, de beaucoup de désillusions.

Le bilan est loin d'être positif. La plupart des Etats semblent échaudés par leur plongée dans l'univers de la « *démocratie* », et par un curieux retour des choses, se mettent à revenir sur ce qu'ils ont semblé admirer il y a quelques années. Le dernier mouvement des idées et des réformes atteste une sorte d'atavisme, de retour aux habitudes monocratiques (³⁷³).

Tel est l'enjeu des révisions constitutionnelles opérées ces dernières années. En même temps qu'il révèle une sorte d'ineffectivité de la norme constitutionnelle, sa soumission à des conjonctures politiques ou électorales, ce révisionnisme fait apparaître, sur le fond, toute la difficulté d'un enracinement de l'exercice démocratique et équilibré du pouvoir en Afrique. La constitution, qui a une vocation à la pérennité et qui constitue une sorte de défi au temps qui passe, se caractérise aujourd'hui, au contraire, par sa malléabilité. La quasi-totalité des Etats du continent a succombé aux vertiges de ce mouvement révisionniste et la réflexion sur le phénomène n'en est que justifiée (³⁷⁴).

L'option a été faite, ici, d'étudier à cet égard l'expérience de trois pays : le Bénin, le Burkina Faso et le Sénégal. Il convient de reconnaître la part de la contrainte dans le choix d'un tel échantillon.

Une option méthodologique explique également cette sélection. Les trois cas choisis ont en effet l'avantage de représenter une palette assez significative de la diversité des expériences

³⁷³ Le constitutionnalisme et Révision constitutionnelles en Afrique de l'Ouest : le cas du Bénin, du Burkina-Faso du Sénégal, in Centre pour la Gouvernance Démocratique de Burkina-Faso, OSIWA (Open Society In West Africa) a organisé du 27 au 28 novembre 2006 à Dakar : une rencontre scientifique sur le constitutionnalisme en Afrique de l'Ouest /http : www.google.org, p.8

³⁷⁴ Le constitutionnalisme et Révision constitutionnelles en Afrique de l'Ouest ..., op.cit., p.8

constitutionnelles en Afrique et ces trois cas présenteraient l'échantillon de quelques fondements du mouvement constitutionnel en Afrique, soit aussi l'état du constitutionnalisme ainsi que l'état de la jurisprudence constitutionnelle des Etats africains.

A l'extrême, il y a le Bénin, qui a non seulement initié l'expérience des « *conférences nationales* » mais qui s'est illustré par une stabilité constitutionnelle remarquable dans le contexte actuel : sa « *loi Fondamentale* » de 1990 n'a en effet jamais été révisée. A l'autre bout, il y a le Sénégal caractérisé au contraire par une certaine fébrilité constitutionnelle, l'actuelle Constitution qui date de 2001, connaissant une moyenne d'une révision tous les sept mois. Entre les deux, il y a le Burkina Faso, dont la Constitution actuelle a été amendée quatre fois (en 1997, en 2000, en 2002 et en 2009).

1. Problématique du sujet

Le constitutionnalisme est un mouvement qui a pour ambition de défendre la liberté et de limiter les nuisances du pouvoir politique au moyen de la « *Constitution* » ou « *Loi fondamentale* ». Qu'est-ce que la Constitution ? La Constitution peut être définie, au sens matériel, comme l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir d'Etat. Au sens formel, elle peut être définie comme la Loi fondamentale, c'est-à-dire un ensemble de normes dont la valeur juridique est supérieure à celle des autres normes juridiques et dont l'autorité est garantie par l'existence d'un contrôle de constitutionnalité opéré par une juridiction constitutionnelle.

Les différents procédés d'établissement ou de révision des Constitutions offrent différents niveaux et opportunités pour la participation du public ! Une fois établie, la Constitution peut faire l'objet de modification. Les règles constitutionnelles ne comprennent pas seulement la Constitution formelle. Elles incluent également la jurisprudence constitutionnelle, c'est-à-dire les décisions par lesquelles les juges appliquent et interprètent la

Constitution formelle, amplifient ou réduisent les intentions originelles du pouvoir constituant.

Dans certains Etats, notamment anglophones, la Constitution formelle fixe aussi les règles du jeu électoral ; ce qui n'est pas toujours le cas dans les pays de tradition juridique francophone, à l'exception de pays comme le Niger dont la Constitution institue une Commission électorale chargée d'organiser la compétition électorale. Ailleurs comme au Bénin, au Burkina Faso ou au Sénégal, cette matière est régie par le code électoral, c'est-à-dire une loi ordinaire. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là de matières constitutionnelles par nature (si l'on considère leur objet) en ce qu'elles touchent à la dévolution du pouvoir qui, en démocratie, repose sur les élections.

Depuis le début des années 90, la plupart des pays africains ont renoué avec le constitutionnalisme à la faveur des processus démocratiques et de l'adoption de nouvelles Constitutions très généreuses en matière de droits et de libertés. Les Etats africains autrefois en proie à une cascade de coups d'Etat ont fini par disqualifier ce procédé comme moyen légitime d'accès au pouvoir. Dans la même optique, l'Acte constitutif de l'Union Africaine (article 4 p) a adopté le principe du rejet des gouvernements anticonstitutionnels, même si le cas des régimes constitutionnels qui pervertissent les Constitutions et les utilisent pour tyranniser le peuple n'est pas en pratique réglé.

I. LE CONSTITUTIONNALISME ET REVISIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE DE L'OUEST (AFRIQUE OCCIDENTALE)

I.1. L'organisation de la procédure de changement constitutionnel : Cas du Bénin, du Burkina-faso et du Sénégal

L'échantillon de l'étude relève une fracture assez nette, entre d'une part, le Bénin, pays qui n'a pas connu des révisions depuis 1990 et les deux autres Etats, le Burkina-Faso et le Sénégal. Sans doute les différences sont-elles moins marquées si l'on se penche

sur les procédures formelles de révision. A cet égard, il existe quelques variantes entre les trois pays. Mais outre que celles-ci n'ont pas été déterminantes en pratique, on relève qu'il existe beaucoup de similitudes entre ces dispositions :

- *L'initiative même de la révision appartient*, dans les trois cas, au Président de la république et aux membres de l'Assemblée nationale ⁽³⁷⁵⁾. Il s'agit donc d'un pouvoir partagé entre l'exécutif et le législatif. Mais on devine bien qu'en fait, et compte tenu de l'orientation présidentielle (Burkina-Faso et Sénégal) ou à tout le moins « *présidentielle* » du régime politique (Bénin), aucune révision ne pourra se faire sans au moins la bienveillance de la Présidence de la république. Le Burkina-Faso présente sur ce point précis une particularité puisque sa Constitution admet également, parmi les initiateurs possibles d'une révision, le « *peuple* » c'est-à-dire une fraction d'au moins 30.000 personnes, ayant le droit de vote, et qui agirait par voie de « *pétitions* ». Ceci doit comporter une proposition de révision, rédigée et signée ; elle doit plus généralement obéir aux conditions de recevabilité fixées par la loi n°27/94/ADP du 24 mai 1994 portant organisation du droit de pétition. A ce jour, le peuple burkinabé n'a cependant jamais initié une réforme, de sorte qu'il est possible de dire que les révisions restent, aujourd'hui, une affaire des « *politiques* » ;
- *Le déroulement même de la procédure de révision n'est pas tout à fait le même* dans les trois pays. On relève une différence entre d'une part le Bénin et le Burkina-Faso, d'autre part le Sénégal. Les deux premiers pays ont mis en place une procédure relativement complexe, avec des exigences particulières de majorité, formulées aux différentes étapes de la procédure de révision. En comparaison, la procédure en vigueur au Sénégal paraît relativement simple, (lorsque le « *congrès* » se réunit

³⁷⁵ Article 154 de la constitution béninoise, 164 al.1^{er} de la constitution Burkinabé, 103 de la constitution sénégalaise.

pour approuver définitivement le projet ou la proposition de réforme).

Est-il possible d'établir un lien entre l'organisation de ces procédures et ce qu'on pourrait appeler le taux de révision ? Quoi qu'il en soit, un constat s'impose : là où cette procédure est relativement simple (Sénégal), les réformes se sont multipliées, alors qu'une organisation procédurale délibérément complexe semble décourager les vellétés (Bénin).

Evidemment, le Burkina-Faso, qui a adoptée une procédure qui, en termes de complexité, se situe entre ses extrêmes, n'a effectivement connu qu'un nombre relativement limité par de réformes de la constitution actuelle (quatre).

Il existerait alors une relation entre l'organisation de la procédure de révision et la propension à mettre effectivement en œuvre. En d'autres termes, et contrairement à ce qu'on pourrait croire au sujet du révisionnisme actuel en Afrique, les contraintes procédurales ne seraient pas si inefficaces que cela. Sans doute la conclusion demande-t-elle, pour être généralisée, à être confrontée à d'autres expériences nationales, mais dans le cadre de l'échantillon de l'étude, elle s'impose avec force.

Quant aux limites assignées au pouvoir constituant dérivé, c'est-à-dire à toute révision constitutionnelle, elles présentent également quelques différences, mais il convient de relativiser l'importance car elles n'ont, à ce jour, pas vraiment influé sur les entreprises de révision. La constitution béninoise prévoit qu'aucune révision ne peut avoir lieu s'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine de l'Etat ainsi que la laïcité ne peuvent non plus faire l'objet d'une révision ⁽³⁷⁶⁾.

Au Burkina-Faso, trois limites sont assignées au pouvoir constituant dérivé. Celui-ci ne peut en effet remettre en cause la nature et la forme républicaine de l'Etat, le système multipartite et l'intégrité du territoire national.

³⁷⁶ Article 156 de la constitution béninoise

Enfin, l'article 103 de la constitution sénégalaise dispose que la forme républicaine de l'Etat ne peut faire l'objet d'une révision. Deux autres impossibilités sont prévues. Il s'agit d'une part de l'interdiction de recourir, pour adopter des lois de révision de la constitution, à l'article 65 de la Constitution, qui prévoit que l'Assemblée nationale peut déléguer à sa commission des délégations le pouvoir de prendre des mesures qui sont du domaine de la loi. Cette délégation s'effectue par une résolution de l'Assemblée nationale dont le Président de la république est immédiatement informé. Il va de soi qu'une telle procédure est exclue pour les lois constitutionnelles. La solennité de celles-ci, l'importance de la matière sur laquelle elles portent la constitution, précisément, interdit tout recours à cette procédure simplifiée. Une révision qui serait accomplie par ce biais-là a toutes chances d'être suspectée de « *fraude* ».

La seconde interdiction est celle de recourir à la procédure des « *lois d'habilitation* » pour changer la constitution. A l'instar de beaucoup de lois fondamentales modernes, la constitution sénégalaise prévoit en effet que le pouvoir législatif peut autoriser l'exécutif à prendre les mesures qui sont normalement du « *domaine de la loi* » (article 77). Il s'agit d'une procédure en principe exceptionnelle, dérogoire du droit constitutionnel commun, et organisées dans des limites, temporelles notamment, très précises. Il est clair, là également, que la lourdeur voulue du processus de changement constitutionnel n'est pas compatible avec l'esprit de la procédure d'une « *loi d'habilitation* ». La révision de la constitution ne peut emprunter cette voie.

L'organisation générale de la procédure de révision n'est pas cependant la seule clé de compréhension du révisionnisme constitutionnel. L'étude entreprise semble révéler qu'au-delà du droit formel, les conditions politiques ambiantes constituent des éléments d'explication du phénomène étudié.

Le cas du Bénin est à cet égard exemplaire. A la difficulté de mettre en œuvre avec succès la procédure de révision, s'ajoute un contexte politique national caractérisé par la difficulté de former

des majoritaires monolithiques et disciplinées, gage d'un bon déroulement du processus révisionniste. Le mode de scrutin retenu pour l'élection des députés à l'assemblée nationale est la proportionnalité avec la plus forte moyenne, et les circonscriptions électorales sont au nombre de 24. Un parti politique ou une alliance de partis ne peut, en fait, avoir la majorité simple, a fortiori la majorité qualifiée requise, à deux reprises, par la loi fondamentale du Bénin dans le cadre de la révision.

I.2. Les caractéristiques des changements constitutionnels (³⁷⁷)

Sur quoi portent les révisions de la constitution, quels sont leurs objets, quels sont les enjeux de pouvoir qu'elles cachent ? Telle est la première question à laquelle il faut répondre. Cette réponse on la divine, influera sur la seconde interrogation : dans laquelle « *atmosphère* » se déroulent l'élaboration et la révision constitutionnelle ? Cette « *atmosphère* » est-elle plutôt consensuelle ou au contraire conflictuelle ?

I.2.1. L'objet des changements constitutionnels

Au Bénin, on l'a vu, la loi fondamentale du 11 décembre 1990 n'a jamais été modifiée. Cette longévité relative tient son doute, aussi, aux conditions de son élaboration, condition dont il sera question plus loin.

Au Burkina-Faso, quatre changements constitutionnels ont été enregistrés ces dernières années, sous l'empire de l'actuelle constitution :

- ✓ La loi n°00/97/ADP du 27 janvier 1997 portant révision de la constitution consistait à des amendements de pure forme et des amendements de fond :

³⁷⁷ Constitutionnalisme et révisions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest, in Rapport de recherche du Centre pour la Gouvernance Démocratique, pp.19-29.

- Les amendements de pure forme portait sur la chronologie de certains événements ou sur les dispositions de certains articles, qui comportaient quelques erreurs (art. 13) ou fautes d'orthographe (art. 59). Les révisions « *de forme* » visaient également à supprimer certaines expressions à connotation « *révolutionnaire* », en référence à une certaine période de l'histoire du pays. Des expressions comme « *assemblée nationale* », « *forces armées nationales* », « *Chef d'Etat-Major des armées* », retrouvaient ainsi droit de cité.
- Les amendements de fond étaient relatifs à la durée du mandat présidentiel, l'hymne nationale et le fonctionnement des institutions. La suppression de la limitation du nombre de mandats présidentiels se recommandait, selon les initiateurs de la réforme, d'une application des principes démocratiques et de la liberté, pour les citoyens, d'élire qui ils voulaient aux fonctions de chef de l'Etat. La Révision était donc présentée comme étant au service de la jouissance, par le citoyen, de ses droits civils et politiques, droits dont l'importance et la nécessité de l'effectivité ont été affirmées par l'article 1^{er} de la constitution du Burkina-Faso, qui proclame que « *les discriminations de toutes sortes, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la région, la couleur, le sexe, la langue, la caste, les opinions politiques, la fortune et la naissance, sont prohibées* ». La « *relecture* » de l'hymne nationale est, pour sa part, présentée comme un gage de paix sociale et de réconciliation, dans la mesure où elle permettrait de modifier certains passages du texte trop marqués par leur temps, et insuffisamment consensuels. La révision de 1997 comprenait un autre volet : la modification de l'article 109, afin de permettre aux députés de se prononcer sur l'allocation du premier ministre sur « *l'état de la nation* », qui intervient en principe lors de la première session ordinaire du Parlement. Il s'agissait, ce

faisant, de mettre fin à une source de « *frustration* » pour les membres de l'assemblée.

- ✓ Loi n°003-2000/AN du 11 avril 2000 portant révision de la constitution portait sur plusieurs points, qui sont les suivants :
 - Le mandat présidentiel : rétablissement de la clause limitant à deux le nombre de mandats présidentiels et institution du quinquennat en lieu et place du septennat (justification : assurer l'alternance dans un délai maximum de deux mandats consécutifs) ;
 - Le délai pour l'organisation d'élections législatives anticipées (justification : exigences liées à l'organisation de telles élections) ;
 - La déclaration des biens des premiers responsables de l'Etat (exigence de moralisation de la vie publique) ;
 - La présidence du Parlement (le titre s'appliquait désormais au président de l'assemblée nationale, il fallait en vérité consacrer un état de fait) ;
 - La suppléance des députés (éliminer les risques de « frustrations » pouvaient être ressenties par les députés à l'occasion de cette suppléance et volonté d'améliorer des représentants (pour lui permettre d'avoir plus d'influence sur les décisions de l'assemblée nationale et de donner l'initiative de la loi dans certains cas) ;
 - La réforme de l'appareil judiciaire (éclatement) de la cour suprême, pour des raisons d'efficacité) ;
 - Le conseil économique et social (institution qu'il fallait « constitutionnaliser » ;
 - L'ordre du jour des sessions parlementaires (permettre à l'assemblée de maîtriser effectivement son ordre du jour) ;

- ✓ La loi n°001-2002/AN du 22 janvier 2002 portant révision de la constitution consistait en la suppression de la « *chambre des représentants* ». Celle-ci était justifiée par des raisons économiques liées au coût de fonctionnement, mais aussi par le déséquilibre entre cette chambre et l'assemblée nationale ;

✓ Quant à la révision constitutionnelle d'avril 2009, elle avait un double objet :

- D'une part, elle règle définitivement le conflit de compétence entre le conseil d'Etat et le conseil économique en matière de contentieux des élections locales : désormais, seules les juridictions administratives ont compétence exclusive en cette matière, le conseil constitutionnel demeurant compétant pour le contentieux relatif au référendum, aux élections présidentielles et législatives ⁽³⁷⁸⁾
- D'autre part, elle interdit la pratique du « *nomadisme* » ou de la « *transhumance* » politique par les députés. Désormais, « ... *tout député qui démissionne librement de son parti ou de sa formation politique en cours de législature est de droit déchu de son mandat et remplacé par un suppléant* ». Le code électoral (article 238 nouveau) a aussi été révisé pour interdire le « *nomadisme* » des élus locaux.

Au Sénégal, les changements constitutionnels enregistrés ces dix dernières années sont les suivants :

- Loi n°98-11 du 2 mars 1998 portant révision de la constitution (de 1963) et relative à la création d'un Sénat ;
- Loi n°98-43 du 10 octobre 1998 portant révision des articles 21 et 28 de la constitution (lesquels portent sur les modalités d'organisation de l'élection présidentielle) ;
- Loi n°99-02 du 29 janvier 1999 portant création d'une cour des comptes : celle-ci est présentée comme participant à l'entreprise de « *modernisation* » de l'appareil judiciaire d'autre part, la création d'une cour des comptes est une prescription de l'UEMOA, dont le Sénégal est membre ;
- Loi n°2001-03 du 22 janvier 2001 portant constitution : adoption d'une nouvelle constitution

³⁷⁸ L'article 27 de la constitution du Burkina-Faso a été subséquemment modifié.

après l'alternance survenue en mars 2000. Ce texte va lui-même faire l'objet d'un certain nombre d'amendement ;

- Loi n°2003-15 du 19 juin 2003 portant révision de la constitution et instituant un Conseil de la République pour les Affaires Economiques et Sociales (CRAES) ;
- Loi n°2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés élus à l'issue des élections du 29 avril 2001. Cette réforme est présentée comme une mesure d'économie, face aux charges publiques impliquées par les sinistres de l'époque (intempéries) et autres inondations) ;
- Loi n°2006-37 du 15 novembre 2006 modifiant l'article 33 de la constitution : il s'agit de prendre en compte, dans l'organisation de l'élection présidentielle du nouveau droit, droit de vote, accordé aux membres des corps militaires et paramilitaires ;
- Loi constitutionnelle n°2007-06 du 12 février 2007 créant un Sénat. La mesure est présentée comme garantissant une meilleure représentation des collectivités locales et des sénégalais de l'extérieur ;
- Loi constitutionnelle n°2007-19 du 19 février 2007 modifiant l'article 34 de la constitution : elle porte sur le jeu des retraits de candidature entre les deux tours de l'élection présidentielle ;
- Loi constitutionnelle n°2007-21 du 19 février 2007 modifiant la loi n°2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés élus à l'issue des élections du 29 avril 2001, cette loi fait suite à la décision du conseil d'Etat du 12 janvier 2007 annulant le décret de répartition des sièges des députés. Dans ces conditions, la tenue des élections législatives n'était plus possible dans le délai prévu par l'article 168 du code électoral qui fait obligation aux déclarations de candidatures d'être déposées 60 jours avant la date du scrutin ;
- Loi constitutionnelle n°27-2007 du 15 mai 2007 relative au Sénat. Il s'agit, aux termes de l'exposé des motifs de la loi, de tirer les conséquences de la loi

créant le Sénat sur deux points : indiquer que le président du Sénat peut assurer la suppléance du chef de l'Etat en cas de démission, d'empêchement ou de décès ; d'autre part, supprimer la disposition de la première loi relative aux délais d'élections et de nomination des sénateurs, compte tenu du report des élections locales ;

- Loi constitutionnelle d'octobre 2008 qui retire de la constitution la durée du mandat du Président de l'assemblée nationale, pour la renvoyer au règlement intérieur de chaque assemblée, qui la fixe désormais à un an.

Il ressort de ce bref passage en revue de l'objet des révisions constitutionnelles que celui-ci recèle de forts enjeux de pouvoir. La constitution aujourd'hui, est au moins pour les pays étudiés, une sorte d'instruments au service de la conservation du pouvoir. Elle est donc littéralement « *instrumentalisée* ». Les débats qui ont eu lieu, dans un passé récent notamment, sont polarisés sur la question des mandats et prérogatives : mandat du président de la République (Burkina-Faso, Sénégal), mandat des députés (Bénin, Sénégal). La question qui est toujours posée est celle de la « *durée au pouvoir* », celle de la conservation du pouvoir. Il s'agit donc d'une question très fortement « *politisée* », et le débat autour de la constitution reproduit les clivages politiques traditionnels. Les positions des uns et des autres sont toujours prévisibles, elles reflètent la place occupée sur l'échiquier politique. Il est, presque toujours, question de « *situations de pouvoir* », de postures de puissance, de longévité au « *pouvoir* ».

Le «présidentialisme négro-africain» a fait l'objet d'études diverses. Ce n'est pas tellement du pouvoir législatif ou judiciaire qu'il est question, quand on discute des constitutions en Afrique, mais bien du statut ou des pouvoirs du chef de l'Etat. Les soupçons de «fraude» ou d'«instrumentalisation» des constitutions signe, parmi d'autres, de la faiblesse de la contrainte constitutionnelle comme on l'a vu, s'applique presque toujours au Président de la République.

La «tendance forte» est donc à l'adoption de réforme plutôt favorable au Président de la République comme organe. Une quinzaine d'année après les transitions démocratiques, le fait induit un sentiment de désaffection à l'égard des constitutions. On assiste à un reflux du constitutionnalisme, dans la mesure où ce qu'il prétendait principalement combattre revient dans une ambiance de résignation ou d'apathie qui amène à douter de l'efficacité même des constitutions en général. L'hydre du présidentielisme semble avoir sérieusement discrédité le constitutionnalisme. C'est une donnée qu'on ne peut pas non plus ignorer lorsqu'on se penche sur la problématique de l'effectivité des constitutions en Afrique, aujourd'hui. Il est indéniable si le système ou régime politique était un peu plus équilibré. La croyance aux vertus de la constitution serait plus grande parce que précisément, la vocation d'une constitution est de garantir cet équilibre. De même qu'on prouve le mouvement en marchant, on atteste l'utilité de la constitution en réalisant ce qu'elle se propose garantir.

Dans quelle atmosphère tous ces changements constitutionnels ont-ils lieu? On devine qu'étant « ratifiés » par le parti au pouvoir et par ses alliés, cette ambiance n'est pas tellement au consensus.

I.2.2. L'« atmosphère » des changements constitutionnels ⁽³⁷⁹⁾

A la lumière de cas étudié, on constate, en gros, que l'élaboration et la révision des constitutions donnent lieu à une reproduction des clivages politiques traditionnels. Mais ce qui est plus inquiétant, c'est qu'au-delà de la classe politique les citoyens ne semblent pas toujours associés ou « impliqués » dans les affaires constitutionnelles, alors que la constitution, pour reprendre le mot d'un célèbre théoricien du droit public, n'est pas seulement « politique », elle est aussi « sociale ». On ne saurait, en d'autre terme, la réduire à un agencement plus au moins ingénieux de relations entre pouvoir, à une simple « technique ».

³⁷⁹ Avant propos sur le projet de recherche-action sur le constitutionnalisme et les révisions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest, Centre pour la Gouvernance Démocratique du Burkina Faso «CGD », 2009, www.net, consulté le 30 janvier 2014, p.24-28

Elle est aussi le reflet d'une idéologie sociale, d'un consensus communautaire. On ne peut donc, en principe, la réduire à une affaire de « politiques ».

Une vérité pouvait se dégager de l'étude réalisée dans les trois pays. C'est qu'il semble que le caractère plus au moins consensuel, plus au moins « inclusif » du processus constitutionnel soit un déterminant de sa plus au moins grande « malléabilité ». En d'autre terme, plus les constitutions suscitent une adhésion, plus elles deviennent difficile à modifier ou « à instrumentaliser ». Dans le cas du Bénin où la constitution n'a jamais été révisée, l'effort accompli en 1990 pour réaliser le consensus autour de la loi fondamentale est remarquable.

Les conditions de l'élaboration et de l'adoption de la loi fondamentale expliquent au moins en partie la stabilité constitutionnelle Béninoise. La commission technique mise en place pour l'élaboration de celle-ci n'a fait que récolter l'avis des participants à la conférence nationale. Ceux-ci ont « préparés le terrain », est prévus les dispositions considérées comme fondamentales et qui devaient obligatoirement se trouver dans la constitution. Les propositions de la commission constitutionnelle elles-mêmes ont fait l'objet de débats dans la population, du moins au niveau des élites urbaines. Le désir de recueillir le maximum de consensus, de faire la constitution l'affaire de tous, a été très claire dans le cas du Bénin. On rappellera que dans sa décision rendue en 2006 faisant échec à la révision souhaitée par les députés, et dont il a été question plus haut, la cour constitutionnelle s'est fondée sur le « consensus » dégagé par la « conférence nationale » autour du refus de tout accaparement du pouvoir par des personnes ou groupes de personnes. Le « consensus » a même été érigé en « principe à valeur constitutionnelle ».

Dans les faits comme dans la jurisprudence, dans son élaboration comme dans sa pratique, la Constitution au Bénin est marquée du sceau du consensus. Un autre fait le relève c'est la mobilisation à laquelle a donné lieu la volonté, réelle ou supposée, du pouvoir politique, de susciter une révision supprimant la limitation du

mandat présidentiel. Au cours de l'année 2006, la «société civile» s'est mobilisée pour s'opposer à une telle révision prôtée, à tort ou à raison, aux autorités en place. Trente-trois (33) associations et réseaux d'associations de défense des droits humains, de lutte contre la corruption, de prévention des conflits, de promotion de la paix et d'éducation civique, ainsi que des personnalités civiles et universitaires se sont jointes à l'ONG «ELAN» pour créer, en janvier 2005, le Front des organisations de la société civile pour les élections transparentes et démocratiques. Il a fallu, devant cette «levée de boucliers », que le Président en exercice indique, en fin juillet 2005, qu'il ne souhaitait nullement se présenter à nouveau en 2006. Cette mobilisation, remarquable, tendrait à prouver qu'un large consensus réalisé autour de la Loi Fondamentale rend difficile toute révision de celle-ci.

Le caractère «inclusif» du processus constitutionnel béninois s'est manifesté sur un autre point. Il s'agit de l'implication des citoyens eux-mêmes dans le processus, aujourd'hui en cours, de modification de la Loi Fondamentale. Au lendemain de l'élection présidentielle de 2006, il est en effet apparu que la question de la réforme constitutionnelle pouvait être envisagée sereinement. Le débat était d'autant plus inévitable que le chef de l'Etat élu lui-même avait fait de cette réforme une de ses priorités.

Dans le cas du Burkina Faso, le processus constitutionnel a été moins univoque, moins nettement consensuel. L'élaboration même de l'actuelle Constitution ne se déroula pas de façon totalement paisible. La réclamation, par l'opposition d'une «Conférence nationale» s'est longtemps heurtée à l'hostilité du pouvoir. Cette tension explique même le boycott, par ces partis d'opposition, de l'élection présidentielle de décembre 1991. Devant l'ampleur de la contestation et des manifestations, le Gouvernement sera pourtant contraint à convoquer un «forum de réconciliation nationale ». Composé de 380 délégués des partis, syndicats, églises et associations, le forum se réunit au mois de février 1992 mais se solde par un échec cuisant.

Une autre hypothèse a pesé sur le consensus constitutionnel dans le pays : il s'agit de la composition même de la Commission constitutionnelle nommée par décret présidentiel pour préparer un projet de Loi Fondamentale. Il semble que le régime en place se soit évertué à contrôler la Commission, en y désignant des personnes dont le soutien lui était plutôt acquis. A eux seuls, les délégués des structures et forces politiques du «Front populaire» représentaient 64 des 104 membres de la Commission. Il faut également prendre en compte les représentants des structures étatiques, également acquis à la cause du pouvoir en place. Dans ces conditions, on ne peut pas vraiment dire que l'élaboration de la Constitution de 1991 a été dominée par une poussée du consensus.

Si l'on se penche sur l'histoire plus récente, on constate que les révisions entreprises n'ont pas tout à fait recueilli l'assentiment des citoyens, du moins, les motifs officiellement avancés pour justifier les refontes n'ont pas paru convaincre ces citoyens. La plus controversée de ces révisions constitutionnelles est sans conteste celle de 1997. Pour beaucoup, le but principal de cette révision était d'assurer la conservation du pouvoir par le président Compaoré.

Le Sénégal, pays qui, des trois cas étudiés, est celui qui enregistre le plus de changements constitutionnels, se remarque également par le recours à des processus passablement unilatéraux. Ce qui est remarquable dans ce cas-ci, c'est la fréquence, ces dernières années, des révisions qualifiées de « déconsolidantes » de la démocratie. Les seules exceptions à cette tendance générale sont d'une part la loi constitutionnelle adoptée en 2007 et tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions et mandats et, d'autre part la loi constitutionnelle adoptée en 2008 qui permet le jugement et la condamnation de tout individu en raison d'actes ou omissions qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels d'après les règles du droit international relatives aux faits de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre. Les révisions « dé-consolidantes » enregistrées sur la dernière période sont notamment: La révision constitutionnelle de mars 1998 mettant fin au principe de la

limitation à deux des mandats présidentiels et supprimant le «quart bloquant»; Les lois constitutionnelles de 2006 et 2007 portant prorogation du mandat des députés ; La révision de l'article 27 de la constitution rétablissant le septennat au détriment du quinquennat avec le choix très controversé de la voie parlementaire ; La révision constitutionnelle d'octobre 2008 qui retire de la Constitution la durée du mandat du président de l'assemblée nationale pour renvoyer au Règlement intérieur de chaque Assemblée qui fixe désormais à un an ; La révision controversée de mai 2009 qui instaure une vice-présidence qui n'est pas encore pourvue.

Des révisions importantes par leur ampleur mais aussi par leur caractère non consensuel, peuvent être évoquées : la première est la Loi n°2003-15 du 19 juin 2003 portant révisions de la constitution et instituant un conseil de la république pour les affaires économiques et sociales ; la seconde est la loi constitutionnelle n°2007-06 du 12 février 2007 créant un Sénat; la troisième est la loi constitutionnelle n°2007-21 du 19 février 2007 modifiant la loi n°2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés élus à l'issue des élections du 29 avril 2001. La première importante modification est celle qu'introduit la loi constitutionnelle n°2007-06 du 12 février portant création d'un Sénat et complétée ultérieurement par la loi constitutionnelle n°2007-26 du 25 mai 2007 relative au Sénat. Le pays renoue donc avec le bicaméralisme, puisque l'on se souvient que sous l'empire de la constitution précédente, celle de 1963, un sénat avait été créé par la loi constitutionnelle n°98-11 du 2 mars 1998. On ne saurait dire qu'une telle révision constitutionnelle a recueilli un consensus. Sur les raisons objectives d'une telle restauration la révision de 2007 n'avance pas, à vrai dire, de motif nouveau par rapport à la loi constitutionnelle de 1998. L'exposé des motifs contient des éléments que l'on trouve déjà dans la constitution de 1963 révisée : la meilleure représentation des collectivités locales ainsi que des Sénégalais de l'étranger, seules justifications avancées par la loi constitutionnelle de 2007, figuraient déjà dans la loi constitutionnelle de 1998.

En vérité, la suppression du Sénat après 2001 constituait un acte à forte connotation politique, puisque cette institution avait fait l'objet de très fortes critiques au moment de sa création notamment en raison de son coût, en termes budgétaires, et l'opposition de l'époque avait effectivement promis de revenir sur celle-ci dès qu'elle serait aux affaires, ce qui s'est produit deux ans plus tard. Voilà également pourquoi la réforme de 2007 n'a pas été comprise par nombre d'observateurs. Elle a sonné comme un retour à des pratiques critiquées. Il n'y a donc pas eu de consensus à son sujet. Au-delà de la restauration incomprise d'une institution naguère critiquée, la révision constitutionnelle du 12 février 2007 a cristallisé des critiques très vives du fait qu'elle semblait participer à l'accentuation de la tendance présidentialisiste déjà observée dans la première version de la constitution de 2001.

En effet, sur les 100 sénateurs prévus, il est indiqué que le Président de la République en nomme discrétionnairement. Cette disposition a vite éveillé le soupçon d'une « inféodation » de l'institution aux volontés présidentielles, et surtout, de la représentation du Sénat comme le moyen de récompenser des fidélités ou de consoler de frustrations individuelles nées de l'éviction à d'autres postes de responsabilités. La seconde loi constitutionnelle, celle du 19 février 2007 modifiant la loi n°2006-11 du 20 janvier 2006 prorogeant le mandat des députés élus en 2001, a également beaucoup été critiquée. Au-delà de la classe politique, il s'est trouvé une importante proportion de citoyens à la critiquer. Cette réforme a été entrevue comme un procédé de conservation du pouvoir. On peut inscrire dans le même registre de révision non consensuelle la loi constitutionnelle n°2008-31 du 07 août 2008 portant suppression du conseil de la République pour les affaires économiques et sociales et la loi constitutionnelle n° 2008-32 du 07 août 2008 portant création du Conseil Economique et Social (CES).

CONCLUSION

Après plusieurs années d'expérience, le bilan du constitutionnalisme demeure mitigé au regard des progrès accomplis. C'est dans ce contexte qu'OSIWA (Open Society In West Africa) organisé du 27 au 28 novembre 2006 à Dakar, une rencontre scientifique sur le constitutionnalisme en Afrique de l'Ouest. Cette rencontre a établi que le constitutionnalisme africain se trouve confronté à plusieurs défis, au nombre desquels la faible légitimité des processus constitutants et des constitutions⁽³⁸⁰⁾.

Les raisons de cette situation sont diverses⁽³⁸¹⁾ : l'impact limité des constitutions sur la vie réelle des citoyens, perceptions souvent négatives des populations africaines envers les constitutions du fait qu'elles ne reflètent pas suffisamment les besoins, les préoccupations et les valeurs culturelles des citoyens, manipulations des règles constitutionnelles et électorales.

Dans beaucoup d'Etats, on a assisté à une présidentialisation qui met en échec le principe de la séparation et de l'équilibre des pouvoirs, ouvrant ainsi la porte à de nombreux abus. Le manque d'indépendance et la faible contribution des juridictions constitutionnelles aux progrès du constitutionnalisme témoignent également de l'échec du constitutionnalisme africain⁽³⁸²⁾.

³⁸⁰ Le constitutionnalisme et Révision constitutionnelles en Afrique de l'Ouest in avant propos sur le projet de recherche-action sur le constitutionnalisme et les révisions constitutionnelles en Afrique : le cas du Bénin, du Burkina Faso et du Sénégal, www.google.org, p.3.

³⁸¹ Avant propos sur le projet de recherche-action sur le constitutionnalisme et les révisions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest, op.cit., pp. 3-4.

³⁸² ...Car constitution sans culture, n'est que ruine de la constitution. Heureux celui qui a pu pénétrer les causes secrètes des choses. En effet toute société véhicule un corpus d'idées, des valeurs plus ou moins avouées que les peuples doivent respecter pour assurer leur avenir. Ces idées, valeurs constituent le socle d'une société, sa centralité souterraine, ses principes structuraux. Les principes structuraux, les archétypes se dégagent de gestes quotidiens ou des rites et se voilent souvent dans les mythes qui sont les récits fondateurs qui livrent les explications fondamentales de la création du monde, de la naissance de la vie en société. Discours logique et explicatif affirme M. Kamto, le mythe apporte la compréhension de la naissance du groupe et de la création du monde ;... Ainsi donc au point de départ du droit et du droit constitutionnel

Il en va de même de la société civile, qui s'illustre par ses faiblesses et son incapacité à peser efficacement sur le constitutionnalisme. Enfin, dans de nombreux pays, les dirigeants tentent de s'accrocher au pouvoir par la manipulation des règles du jeu démocratique, au mépris des règles de convergence constitutionnel édictées par la communauté africaine et francophone dans les instruments suivants : Le protocole additionnel de la CEDEAO sur la démocratie et la bonne gouvernance du 21 décembre 2001 ; La déclaration de Bamako adoptée lors du symposium international sur « *le bilan des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone* »_du 1^{er} au 3 novembre 2000 et plus récemment ; La charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007 ; Comment sortir de l'échec du constitutionnel dont le constat a été établi ! Les pistes proposées par le colloque de Dakar de 2006 étaient les suivantes : Promouvoir le consensus ainsi que l'approche participative et inclusive dans les processus constitutionnels ; Promouvoir un renforcement des juridictions constitutionnelles (accessibilité aux citoyens et indépendances, formation et échanges dans le sens de promouvoir une jurisprudence progressive) ; Limiter le présidentielisme négro-africain, ce qui suppose de mieux encadrer le pouvoir exécutif, renforcer les pouvoirs législatif et judiciaire ainsi que les droits des citoyens ; Dresser l'inventaire des valeurs africaines positives et promouvoir leur constitutionnalisation ; Vulgariser la constitution auprès de la société civile et des populations ; Promouvoir le renforcement des normes de convergence constitutionnelle au niveau de la CEDEAO.

en particulier affirme B. Cubertafond « *il y a des dogmes, une adhésion par acte de foi (...)*. Pour Norbert Rouland, « *On ne peut définir le droit mais seulement le penser* ». L'origine mythique et mystique du droit, son fondement sotériologique, a pour conséquence d'imposer le respect de la loi par une crainte de châtements visibles ou invisibles ou encore supranaturels... lire : Djoli Eseng'Ekeli J., Droit constitutionnel, Tome 1, Principes structuraux, éditions universitaires africaines, 2010, pp.41-42.

C'est pour donner suite à ces recommandations que le Centre pour la Gouvernance Démocratique (CGD) en partenariat avec deux équipes de chercheurs du Bénin et du Sénégal, avec l'appui d'OSIWA, a lancé un projet de recherche-action sur le constitutionnalisme et les révisions constitutionnelles et électorales en Afrique de l'Ouest francophone et au Burkina Faso en particulier.

BIBLIOGRAPHIE

1. BADIE (B.), *L'Etat importé*, Paris, Fayard, 1992.
2. BARTHELEMY (J.), DUEZ (P.), *Traité de droit constitutionnel*, 1933.
3. BENGHEMANE (M.), *Les coups d'Etat prétorien au Sud du Sahara*, Toulouse, Presses de l'IEP, 1990.
4. BLEOU (M.), *La révision de la constitution, leçon inaugurale de la rentrée solennelle de la chaire Unesco de Cotonou du 3 décembre 2007*, Fondation Konrad Adenauer, 2007.
5. CHEIK ANTA Diop, *L'Afrique noire précoloniale, présence africaine*, 1987.
6. CONAC (G.), « *Le juge dans la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone* », *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, RFDA, 1996.
7. COT (P.), MOUNIER (J.P.), *Pour une sociologie politique*, Paris, Seuil, Tome III, 1974.
8. DACTYL et GLELE-Ahanhanzo (M.), *Religion, Culture et pouvoir en Afrique*, Présence Africaine, Cotonou, 1991.
9. DJOLI ESENG'EKELI J., *Droit constitutionnel*, Tome 1, Principes structuraux, éditions universitaires africaines, 2010.
10. MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA (E.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Tome I, Théorie générale des institutions politiques de l'Etat, EUA, Kinshasa, 2001.
11. PAMBOU TCHIVOUNDA (G.), *Essai sur l'Etat africain post-colonial*, Paris, LDGJ, 1982.

**LE CONSTITUTIONNALISME MODERNE
ET
LE CONSTITUTIONNALISME AFRICAIN POST-
AUTORITAIRE**

Par

MWAKO SUKEZA Willy

Chef de Travaux

&

MWAKO MO DJWAMBE Guy-Junior

Assistant

INTRODUCTION

1. Cadre explicatif de notre étude ⁽³⁸³⁾

L'observation lumineuse, dans l'analyse du droit constitutionnel moderne et son interface que nous qualifions de droit constitutionnel africain post-autoritaire, trouve comme cadre explicatif la typologie des régimes politiques. C'est dans la dimension systémique ou stratégique des régimes politiques que le professeur Olivier DUHAMEL arrive à démontrer le jeu réel des acteurs.

Ainsi, aux Etats Unis et en Angleterre, on retrouve les régimes qui pratiquent l'élection du Chef de l'Etat ou soit du gouvernement au suffrage universel. Dans ce système, un président élu au suffrage universel est investi d'un pouvoir de direction politique. Il conduit la nation avec l'aide des collaborateurs qui forment son équipe gouvernementale. En France, on parle du « *présidentialisme parlementaire ou majoritaire* ». Alors qu'au pays de l'oncle Sam ainsi qu'au Royaume-Uni, l'on parle du *présidentialisme démocratique*.

³⁸³ DJOLI ESENG'EKELI (J.), *Droit constitutionnel, tome 3 : régimes politiques comparés*, Kinshasa, DJES, 2016, p.36

En Afrique, on se retrouve dans le présidentielisme absolu ou fermé ou encore tribal : une dictature personnelle appuyée par un clan et une armée lézardée se dissimule derrière un décor constitutionnel. Une contrefaçon de la démocratie. Il s'agit d'une dérive autoritaire, un avatar inéluctable du mimétisme. En Amérique latine, on parle de « *presidencialismo* » qui s'oppose au parlementarisme. On observe l'émergence d'un modèle dégénéré ou déformé du régime présidentiel américain qui assure la prépondérance du Président de la République, désigné ou appuyé par l'armée qui étouffe l'autonomie du parlement. C'est la contrefaçon consulaire du modèle américain, qui n'a pas respecté le partage équilibré des pouvoirs et a laissé le chef de l'Etat accaparer toute l'influence politique.

2. L'objet du droit constitutionnel moderne : « la politique saisie par le droit » en vue de faire asseoir le constitutionnalisme⁽³⁸⁴⁾.

Le but de droit constitutionnel nous amène à saisir la politique, à réguler la vie politique, à asseoir les règles juridiques pour bâtir l'Etat de droit constitutionnel, c'est-à-dire nous entrons dans une culture constitutionnelle, une civilisation où l'exercice du pouvoir politique ne peut-être autorisé que sur base de la Constitution. Autrement dit, le droit constitutionnel veut fixer les règles de jeu sur base d'une philosophie appelée « *le constitutionnalisme* » défini comme étant une philosophie, qui par ses principes notamment la séparation des pouvoirs, la protection des droits de la personne humaine, l'indépendance du pouvoir judiciaire, l'alternance démocratique..., voudrait que le pouvoir soit limité et la limitation du pouvoir se fait grâce à l'existence d'une constitution.

Cependant, le droit constitutionnel ne peut prospérer que s'il s'incruste dans l'esprit, dans l'imaginaire. L'ambition du droit constitutionnel est de formater notre imaginaire afin d'intérioriser

³⁸⁴ DJOLI ESENG'EKELI (J.), *Droit constitutionnel, tome 1 : principes fondamentaux*, Kinshasa, DJES, 2015, p.7

la philosophie du constitutionnalisme. C'est de quitter l'Etat sauvage pour l'Etat de droit. C'est-à-dire de passer de l'Etat sauvage, l'Etat sans règles où règne la loi du plus fort pour l'Etat de droit. Celui-ci est défini comme étant « *le savoir ou le devoir-vivre ensemble* ».

Ainsi, le droit constitutionnel porte dans sa gibecière les principes et valeurs autour desquels l'Etat est fondé. Parmi ces valeurs, il sied de noter qu'aujourd'hui, la démocratie se présente comme le mode de gouvernement le plus légitime, capable d'assurer le développement. La démocratie est la meilleure forme de gouvernement parce qu'elle assoit la liberté, l'épanouissement individuel, la production des décisions les plus rationnelles. Bref, la démocratie a de la vertu à cause de son processus rationnel et sa politique de « *savoir ou de bien vivre ensemble* ».

En somme, le droit constitutionnel veut relever le défi du constitutionnalisme dans un Etat de droit démocratique. Il s'agit d'un Etat qui a pour mission d'assurer la gestion de l'Etat par des règles de droit et, cet Etat, est lui-même, soumis au droit. C'est ce que nous appelons le « *versant juridique* » de l'Etat démocratique. Alors qu'assurer la gestion de l'Etat par certaines valeurs fondatrices de la paix, de la liberté, de l'alternance ainsi que dans le respect des modèles du régime démocratique constitue le « *versant politique* ». C'est à dire la substantialité stricte de la démocratie et/ou l'orthodoxie démocratique ⁽³⁸⁵⁾. C'est une mission ou une mutation apparue à partir de la révolution américaine de 1787 et la révolution française de 1789. Cette rationalité du jeu politique par le droit exprime un droit des gens civilisés assurant l'Etat de droit et/ou la démocratie.

Retenons que la démocratie moderne est une démocratie juridique ou une démocratie constitutionnelle en ce sens que l'Etat démocratique est la structuration politique de l'Etat de

³⁸⁵ FREDDY MULUMBA : *on fait la politique pour que le peuple soit heureux, la bonne politique est faite pour le bonheur du peuple...*, Emission télévisée Digital Congo-TV, octobre 2017.

droit, tandis que l'Etat de droit, est l'interface juridique de l'Etat démocratique.

3. Le désespoir d'un droit constitutionnel terrassé

Enseigner le droit constitutionnel dans le contexte africain est une tâche fascinante, une aventure difficile, ainsi disait le professeur Jacques DJOLI ESENG'EKELI ⁽³⁸⁶⁾. D'abord, parce qu'on a l'opportunité d'apprécier particulièrement la pertinence de l'assertion de Jean Rivero qui nous disait que « *le droit constitutionnel sent la poudre* ».

Il existe en effet un antagonisme naturel entre le pouvoir politique et le droit. Or, le droit constitutionnel a pour ambition d'instituer le gouvernement des hommes par la raison, par le droit. En somme, le droit constitutionnel a pour objet d'édicter et d'étudier les règles et les mécanismes devant domestiquer le pouvoir politique d'une société en général et d'un pays en particulier afin d'instaurer un Etat de droit.

Contrairement au constitutionnalisme moderne qui voudrait repousser toutes sortes d'agressions de la politique par la raison (le droit ou la loi), le constitutionnalisme africain post-autoritaire confisque le pouvoir politique dans un juridisme sclérosé, source de tensions, de frustrations et de confrontations entre le pouvoir politique et le droit constitutionnel. En ce sens que l'Etat africain postcolonial n'a pas mis en place les règles qui expriment la référence partagée, la dimension axiologique, la dimension mythologique ou ontologique en vue d'asseoir l'ordre au sein d'une société. D'où l'ambition d'encadrer le pouvoir politique africain en général par le droit est une aventure difficile. Néanmoins, le droit constitutionnel veut instaurer l'avènement de la force du droit dans une architecture démocratique ⁽³⁸⁷⁾.

³⁸⁶ DJOLI ESENG'EKELI (J.), Droit constitutionnel, tome 1 : principes fondamentaux, DJES, Kinshasa, 2016, p.7

³⁸⁷ DJOLI ESENG'EKELI (J.), Droit constitutionnel, tome 1 : principes fondamentaux, Kinshasa, DJES, 2015. (Ajoute ou proposition des idées et réflexions du professeur Djoli Jacques pendant ses enseignements de 2013 Jusqu'en 2017), p. 7

I. LA DIMENSION NORMATIVE ET SUBSTANTIELLE DE LA CONSTITUTION

Le droit constitutionnel, dans sa dimension moderne, étudie les règles grâce auxquelles le pouvoir politique s'établit, s'exerce et se transmet dans l'Etat, en vue d'assurer le bien-vivre ensemble et surtout la promotion et la protection des droits et libertés fondamentaux. Les normes et les institutions ont pour mission de créer le savoir vivre-ensemble, le devoir vivre-ensemble.

Nous pouvons dire que le droit constitutionnel moderne est une science particulière, car la matière suivant laquelle cette discipline aborde, est une matière essentielle, fondamentale et structurante.

I.1. La finalité du droit constitutionnel

Le droit constitutionnel n'est pas un tas d'articles. Le droit constitutionnel, dans sa dimension axiologique vise à asseoir le constitutionnalisme, c'est-à-dire à promouvoir la civilisation de la liberté. Ainsi Crozier J.K. pouvait écrire que « *tout le constitutionnalisme classique a travaillé à brider le phénomène politique au moyen de règles de droit* »⁽³⁸⁸⁾.

Ainsi « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de Constitution* » affirme l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Le droit constitutionnel est en effet une poussée contre l'arbitraire, par la domestication de la violence politique. La finalité du droit constitutionnel est d'encadrer le pouvoir politique de l'Etat afin qu'il n'étouffe pas les libertés des individus.

³⁸⁸ RDP, 1975, p.1000

Ainsi « *l'enseignement de droit constitutionnel ne peut plus être défini, ainsi que nous le faisons avec G. Burdeau, comme seulement l'étude de la manière dont le pouvoir s'acquiert, s'exerce et se transmet ; bien sûr que cet objet demeure et garde toute son importance ; mais le droit constitutionnel a un objet principal : la protection des droits et libertés fondamentaux* »⁽³⁸⁹⁾.

Une Constitution est l'expression philosophique et politique d'une communauté, un texte qui exprime une vision du monde, un projet de société, une idée de l'homme. Elle répond en somme à la question de « *sens* ».

En effet, tout droit fait « *sens* ». Qui dit sens dit à la fois signification, direction et incarnation ; il s'agit de saisir la substantialité et la consistance de l'agir collectif et individuel, par la réponse à la question constitutionnelle de fond : « *Et toi que dis-tu de toi-même ?* »⁽³⁹⁰⁾.

La constitution est donc la Norme mère, la fundamentalité de l'Être social, son identité, le lieu où vit la valeur structurante, ouvrant ainsi la voie à une doctrine ou idéologique de la Constitution que d'aucuns, notamment en Italie et en Espagne, appellent néo-constitutionnalisme⁽³⁹¹⁾.

La constitution désigne alors l'ensemble des règles fondamentales dont un ensemble d'individus, désireux et décidés de former une société politique et acceptant de se soumettre à une autorité commune, se dotent pour fonder leur projet politique, assurer le bien vivre-ensemble et le respect de leurs libertés fondamentales.

³⁸⁹ FAVOREU L. et Alii, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, p.5

³⁹⁰ TSHIYEMBE M., *Le défi d'une armée nationale républicaine en République Démocratique du Congo*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.65.

³⁹¹ BARBERIS M., *Idéologie de la constitution-histoire du constitutionnalisme* in *Traité international de droit constitutionnel*, T1, Paris, Dalloz, p.138.

I.2. La constitution comme outil de prévention et gestion de conflits politiques

La dimension pathologique du pouvoir politique évoque indubitablement son aspect contentieux. Le fonctionnement du pouvoir politique engendre des conflits qu'il faut désormais régler, en termes de droit, par une juridiction, sous office d'un juge. C'est ici qu'apparaît la dimension irénique du droit constitutionnel. Aussi, le droit du contentieux constitutionnel, branche spécifique mais fondamentale du droit constitutionnel développe ces mécanismes. Cette dimension du droit constitutionnel a profondément changé l'enseignement qui s'est progressivement juridicisé avec l'émergence d'un droit constitutionnel procédural, du droit constitutionnel jurisprudentiel. Il en résulte une réflexion sur un « *nouveau droit constitutionnel* » et sur la démocratie constitutionnelle.

Il faut donc intégrer cette nouvelle dimension, la caractéristique fondamentale de cette transformation consiste en ce qu'une question politique n'est plus gérée directement par la classe politique mais est transmise à un « *tiers médiateur* », le juge constitutionnel. On parle de la « *revanche du droit* »⁽³⁹²⁾.

II. LE VIRUS : MAL CONSTITUTIONNEL

En Afrique, la constitution est malade soit par son inapplication, soit par l'instrumentalisation résultant de son application. La doctrine a recensé et analysé l'ensemble des actes, comportements et stratégies qui sont mis en place afin de détourner la constitution de son objectif premier. Dans ce domaine, le complot qui a été organisé pour la mise à mort du texte fondamental résulte des gouvernants et de l'armée. Alors que les premiers utilisent la force de la constitution contre la

³⁹² AVRIL P., « *Une revanche du droit constitutionnel* », in *Pouvoirs*, 1989, n°49, p.5

constitution elle-même, la seconde a plutôt recours à la force des armes ⁽³⁹³⁾.

II.1. La constitution formelle à l'assaut de la constitution substantielle

Il y a deux «êtres» dans une constitution: alors que la constitution formelle est regardée par rapport à sa procédure particulière d'adoption et de révision, celle substantielle suppose l'existence des règles de qualité qui traduisent une idée de droit devant limiter effectivement l'absolutisme du pouvoir et garantir les libertés individuelles. Avec la part prise par l'exigence du droit comme le meilleur outil de gouvernance, les gouvernants ont découvert une tactique pour détourner la constitution substantielle de ces objectifs et de l'idée de droit qui la traverse. Elle consiste d'abord dans le recours aux voies constitutionnelles pour travestir la philosophie du constitutionnalisme. Il est ainsi victime de ses constitutions, pourtant chargées de l'enraciner.

Sur ce premier plan, c'est la technique de révision des constitutions qui a été appliquée ⁽³⁹⁴⁾. En soi, la révision de la Constitution n'est pas une opération constitutionnelle ⁽³⁹⁵⁾. On est d'avis avec la doctrine⁴¹, que le temps est important dans la problématique constitutionnel, même s'il est parfois nié au profit du caractère fondamental de la constitution. Les constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil.

Le peuple vit, se transforme, sa volonté se modifie et il est confronté à l'édifice constitutionnel qu'il a jadis construit³⁹⁶. Il

³⁹³ GUEYE (B.), « la démocratie en Afrique: Revue Pouvoir, n°121, 2009/2, pp.5-26.

³⁹⁴ MELEDJE (D. F.), « la révision des constitutions africaines dans les Etats africains francophones. Esquisse de bilan », RDP 1992, no 1, pp. 111-113.

³⁹⁵ BLEOU (M.), La révision de la constitution, leçon inaugurale de la rentrée solennelle de la chaire Unesco de Cotonou du 3 décembre 2007, fondation Konrad Adenauer, 2007.

³⁹⁶ En réalité, la constitution pose un dilemme. Elle doit être stable car elle aménage les conditions d'exercice du pouvoir et fixe les droits et libertés des citoyens qui ne peuvent être soumis aux incertitudes du moment; en même temps, elle reste l'expression de la volonté du peuple souverain et celle-ci ne

faut que la constitution demeure stable pour assurer la sécurité des citoyens, mais elle doit aussi s'adapter à la condition du moment. La mutabilité de la constitution est donc une réalité qu'on ne peut condamner au risque de figer la société politique dans une idée de droit qui ne correspond plus à la réalité ⁽³⁹⁷⁾.

Cependant, la révision de la constitution ne doit pas déboucher sur la fraude à la constitution, ou à son instrumentalisation. Il en est ainsi, lorsqu' on modifie l'esprit du texte fondamental par la révision constitutionnelle tout en respectant la forme régulièrement prévue par le texte lui-même. En effet pour Georges Li et Veaux, qui a, semble-t-il, été le premier à avoir utilisé le concept, il s'agit d' «un procédé par lequel la lettre de texte est respectée, tandis que l'esprit de l'institution est renié. Respect de la forme pour combattre le fond, c'est la fraude à la constitution Maurice Kamto observait à juste titre que la révision constitutionnelle peut conduire à l'écriture d'une nouvelle constitution ⁽³⁹⁸⁾ C'est par cette pirouette, caractéristique d'une inflation du réformisme constitutionnel ⁽³⁹⁹⁾ que les gouvernants d'Afrique noire francophone, ont malheureusement dénaturé l'idée de droit contenus dans la constitution, dans ce qui concerne particulièrement la séparation des pouvoirs.

L'institutionnalisation d'un exécutif fort a été permanent dans le cycle constitutionnel africain ⁽⁴⁰⁰⁾. Ce dernier, n'est qu'un éternel recommencement et un retour permanent au passé.

s'épuise pas après que le texte ait été adopté, Dmitri Lavroff (G), « La constitution et le temps », in Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant, préc. P.207 et ss.

³⁹⁷ Pour Jean Waline, « l'un des pires péchés d'orgueil que puisse commettre le constituant est de considérer que son œuvre étant parfaite, ayant de ce fait vocation à l'éternité, il faut interdire aux générations futures de la défigurer... » « Les révisions de la constitution de 1958 », in droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe ardant, préc. P. 235

³⁹⁸ La fraude à la constitution essaie d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes o, RDP, 1943, pp. 116-150

³⁹⁹ Révision constitutionnelle ou écriture d'une nouvelle constitution », les Lata, n°023-024, fédéralisme 1996, pp. 17-20.

⁴⁰⁰ Les cycles constitutionnels en rendent témoignage, avec un pic s'agissant des constitutions du renouveau démocratique, qui ont été presque toutes

De même que le passage au second cycle du constitutionnel africain ⁽⁴⁰¹⁾ fut caractérisé par les toilettages des constitutions dans l'objectif de consacrer la prédominance de l'exécutif ⁽⁴⁰²⁾ et l'institutionnalisation du monolithisme partisan ⁽⁴⁰³⁾, de même aussi la période post 1990 se signale par des révisions afin d'assurer au chef de l'Etat, un pouvoir fort, voire personnel ⁽⁴⁰⁴⁾. Le statut du chef de l'Etat est spectaculairement revu, faisant du présidentielisme le vrai système largement partagé.

Ces déviations ont suscité beaucoup d'intérêt dans la doctrine. Tous les auteurs soulignent ce tropisme général de la société africaine, qu'est l'accumulation du pouvoir. Pierre François Gonidec dira clairement que ces phénomènes conduisent à considérer que les constitutions ont pour but principal « de renforcer la position du chef de l'exécutif de sorte que leur fonction n'est pas, selon la tradition rappelée par tous les constitutionnalistes, de limiter les pouvoirs par le droit, mais au contraire, de le fortifier » ⁽⁴⁰⁵⁾.

révisés. Voir Atangana Amougou (J-L) « les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », AJP, n° 2 juillet 2006, pp.44-84.

⁴⁰¹ ABDOU-SALAMI (MS), « la révision constitutionnelle du 31 décembre 2002 une revanche sur la conférence nationale de 1991 », RBSJA, n° 19 décembre 2007, pp 53-94 qui débute en 1964/1965 et court jusqu'en 1990.

⁴⁰² TIXIER (G), « La personnalisation du pouvoir dans les Etats de l'Afrique de l'Ouest », RDP, n°6, 1965, pp.1129- 1150

⁴⁰³ DUBAUX (L), « le régime présidentiel dans les nouvelles constitutions d'expression française », penant, 1962, pp.218-248.

⁴⁰⁴ GERARD Conac en dresse le portrait type (pour ce qui concerne la période d'avant 1980) en considérant « qu'il est au centre de tout; que dans une large mesure, il se confond avec le système politique lui-même. Il n'est pas seulement le symbole. Il est le modèle et le contrôle. L'on attend de lui qu'il guide, qu'il endigue, qu'il protège, Portrait d'un Chef d'Etat », in Les pouvoirs Africains, Revue Pouvoirs 1983, n°25, pp. 121 et ss. Pour le Chef d'Etat de l'ère démocratique voir Foucher (V.), « Difficultés, successions en Afrique subsaharienne. Résistance et reconstruction du pouvoir personnel » Revue Pouvoirs n° 129/2009/ 2, pp.127-137.

⁴⁰⁵ OLINGA (A.D), « Pour un présidentielisme démocratique », RJPIC, 1992, pp.419-429; Du Bois De Gaudusson (J.), « Quel statut constitutionnel pour le chef d'Etat en Afrique? », In Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, préc., pp. 329-337; Fall (I.M.), La condition du pouvoir exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain : l'exemple des

En ce qui concerne la durée du mandat du Chef de l'Etat ⁽⁴⁰⁶⁾, si la tendance générale est de se calquer sur le quinquennat, cette modernité constitutionnelle n'est qu'une illusion dans la mesure où elle cache mal la volonté de la pérennisation au pouvoir, comme en témoigne la révision des clauses constitutionnelles de limitation des mandats ⁽⁴⁰⁷⁾. Or, les textes constitutionnels à l'origine, limitaient le renouvellement des mandats pour assurer l'alternance, au moins physique, et d'éviter l'exercice d'un pouvoir qui deviendrait viager. La révision peut aussi concerner les conditions d'éligibilité du Chef de l'Etat, qui peut déboucher sur de graves crises ou guerres civiles ⁽⁴⁰⁸⁾. Notons que la plus part de ces révisions ont été l'œuvre du constituant dérivé ce qui renforce cette idée d'instrumentalisation de la constitution, dans la mesure où par le fait majoritaire, il y a une concordance entre la majorité présidentielle et parlementaire. Il se pose alors le problème de la supériorité ou non du pouvoir constituant originaire sur le pouvoir constituant dérivé, ainsi que la possibilité de procéder au contrôle quand au fond de la constitutionnalité des lois constitutionnelles ⁽⁴⁰⁹⁾ d'origine parlementaire, voire référendaire ⁽⁴¹⁰⁾. Le peuple lui-même peut

Etats d'Afrique subsaharienne francophone, Thèse de droit public, UCAD, 2001; Ondo (T), La responsabilité introuvable du chef de l'Etat africain, Analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone (les exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais). Thèse de droit public, Université de Reims, 2005; Aivo (F.J.), Le président de la République en Afrique noire francophone Essai sur les évolutions institutionnelles de la fonction au Bénin, au Cameroun, au Gabon et au Togo, Thèse de droit public, Université Jean-Moulin Lyon III et Université d'Abomey Calavi, 2006; Aromatorlo (S.), « La dérive des institutions vers un régime présidentiel », RDP, n°3-2007, pp. 731-752

⁴⁰⁶ Les systèmes politiques africains, Paris, LGDJ, 1974, Tome II, p.80.

⁴⁰⁷ LOADA (A), « La limitation du nombre de mandats présidentiel en Afrique francophone revue électronique Afrilex, 2003, pp. 139-174.

⁴⁰⁸ MELEDJE (D.F), « faire, défaire et refaire la constitution en Côte d'Ivoire un exemple d'instabilité chronique », in Fombad (ch)/ Murray (chr.) Eds., Fostering constitutionalisation, Africa, PULP, 2010, pp. 309-339.

⁴⁰⁹ BURDEAU (G), Essai sur la révision des lois constitutionnelles, Thèse de droit, Paris, contour imprimeur, Mâcon, 1930.

⁴¹⁰ ONDO (T), « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles dans le nouveau constitutionalisme africain », RDIDC, 2009, n° 1, PP.104-138

faire l'objet d'une instrumentalisation. C'est dire aussi que le processus référendaire peut être tronqué par des fraudes.

Quelle que soit la légitimité de telles révisions constitutionnelles, elles attestent de la volonté de gouvernants civils de rester au pouvoir, ce qui d'ailleurs est facilité par les détournements d'un autre mécanisme tout aussi constitutionnel : la dévolution du pouvoir par des élections libres et honnêtes.

Sur le second plan, il faut relever que l'élection a traversé le cycle constitutionnel des Etats d'Afrique de l'espace francophone des différentes manières.

Dans le premier cycle, elle a été le mode par excellence d'accession constitutionnelle au pouvoir. Dans le second, elle a servi de légitimation du pouvoir conquis par les modalités de coups d'Etats ou des Putschs⁴¹¹ le troisième cycle renoue avec les standards du premier⁵⁸ En effet, les constituants des années 1990 ont adhéré à la démocratie pluraliste qui se définit comme un système politique fondé sur « une conception politique et juridique qui privilégie la diversité des oppositions, des intérêts et de leurs groupements dans la société civile »⁽⁴¹²⁾.

L'instauration du pluralisme conduit naturellement à l'exigence constitutionnelle des « élections libres, transparentes et démocratiques comme modalité de compétition pour les pouvoirs et à l'institutionnalisation des mécanismes devant assurer dans la réalité cette objectif. C'est l'adhésion à ce que la doctrine qualifie de « démocratie électorale »⁽⁴¹³⁾. Mais il ne s'agissait que d'une

⁴¹¹ Sur les deux premiers cycles voir Lavroff (D.-D), Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les Etats francophones, Paris, 1976, pp.14-4

⁴¹² Sur ce cycle, Cf. Ahadzi (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africaine », préc., pp. 59 et ss. Pimont (Y.), « La constitution de la République du Mali », RIPIC, 1993, pp.265 et ss.

Il en est ainsi du juge constitutionnel par exemple. Voir Meledge (D.E), ((Le contentieux électoral en Afrique », Revue Pouvoir, n°129, 2009/2, pp.139-15S

⁴¹³ C'est un système politique dans lequel la dévolution du pouvoir dans l'Etat est soumise au vote dans des conditions de concurrence et de participation ne subissant que des réserves mineures. Il s'agit d'une définition minimale qui ne

reconnaissance du bout des lèvres, puisque dans l'espace francophone, le plus souvent, les élections ont été émaillées d'irrégularités profondes ⁽⁴¹⁴⁾ au point de déboucher sur des situations de crise, de répressions, des violations des droits.

Consacrées dans le texte constitutionnel, exigées par les prescriptions du comité international, les élections sont aujourd'hui contestées et critiquées. On a pu parler des véritables impostures se réduisant à des simples formalités administratives.

Par ailleurs, le juge constitutionnel dans les constitutions de la période démocratique occupe une place des choix en ce qu'il est le garant de l'Etat de droit et du fonctionnement régulier des institutions ⁽⁴¹⁵⁾. Mais, à ce point de vue également, les autres constants que, dans la majorité des cas, ce pompier a failli à ses missions ⁽⁴¹⁶⁾, devant même parfois le pyromane. Ces défaillances institutionnelles ont fait alors surgir l'armée dans l'arène politique.

prend pas en compte la « qualité de la démocratie », c'est-à-dire son enracinement dans la société. Stricto sensu, à la limite peuvent être qualifiés de démocratie électorale des régimes qui offrent de mauvaises performances en termes de qualité de la démocratie, en particulier en portant atteintes aux droits politiques, mais qui parviennent à régler les conflits liés à la lutte pour le pouvoir par le moyen des élections. Mais comme l'une peut aller sans l'autre, on retiendra lato sensu la première définition proposée.

⁴¹⁴ Vettoglia (i-P), et al., *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Bruylant, 2010; Kokoroko (D.), « Les élections disputées; réussites et échecs », *Revue Pouvoirs* n°129, 2009/2, pp.115-125

⁴¹⁵ CONAC (G), « Le juge dans la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », *L'Etat de droit*, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, RFDA, 1996, pp. 16 et 55.; Kante (B.), « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *Mélanges en l'honneur de Gicquel*, *Constitutions et pouvoirs*, Paris, Montchrestien, 2008, pp. 265-276.

⁴¹⁶ Entre autres, Soglohoun (C.P.T.), *Le rôle du juge constitutionnel dans le processus de démocratisation en Afrique. Les cas du Bénin, du Mali et du Togo*, Thèse de doctorat en droit public, Université d'Abomey-Calavi, 2011; Houmake (K.), *Les juridictions constitutionnelles dans les démocraties émergentes de l'Afrique noire francophone : Les cas du Bénin, du Gabon, du Niger et du Togo*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Lomé, 2012.

II.2. L'armée dans l'arène politique.

Tel un troupeau d'éléphants dans un magasin de porcelaine, l'armée fait son entrée dans la politique. En s'immiscant dans la politique, elle s'introduit dans la sphère constitutionnelle, où les débats politiques sont juridicisés et se déroulent selon les prescriptions de la constitution. Elle va même jusqu'à mettre fin à la constitution. Au cours du second cycle constitutionnel, les coups d'Etats militaires ou les putschs étaient les voies royales de conquête et d'accession au pouvoir ⁽⁴¹⁷⁾ comme en témoigne la généralisation des régimes militaires avant 1990 ⁽⁴¹⁸⁾. La doctrine a même parlé de la quasi institutionnalisation du coup d'Etat, qu'elle définit généralement comme «une violation du droit interne et une atteinte brusque et réfléchie aux règles juridiques qui ont pour objet l'organisation et le fonctionnement des autorités constituées dans un pays, la police des libertés publiques et le maintien de l'ordre sur le territoire. Ces coups d'Etat sont perpétrés par l'armée à son propre profit ⁽⁴¹⁹⁾. Cependant, à partir de 1990, les conférences nationales ⁽⁴²⁰⁾, préludes, à l'instauration des régimes démocratiques, ont été dirigées contre cette forme d'accession au pouvoir. Ainsi, le texte fondamental dans l'année 1990 a bouté hors du champ constitutionnel ces techniques de fin politique ⁽⁴²¹⁾. En effet les coups d'Etats, putschs et d'autres formes de participations des

⁴¹⁷ Holo (Th), Etude d'un régime militaire, Le cas du Dahomey (Bénin). Thèse de doctorat en droit public, Université, Paris I, 1979; Ahadzi-Nonou (K.), Essai de réflexion sur les régimes de fait: le cas du Togo, Thèse de doctorat d'Etat en droit public, Université de Poitiers, 1985; Vignon (Y), Recherches sur le constitutionnalisme en Afrique noire francophone: le cas du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal et du Togo, Thèse de doctorat en droit public, Université de Poitiers, 1988 ; Panabel (I.-P.), Les coups d'Etat militaires en Afrique noire, Paris, l'Harmattan, 1984; Bangoura (D.), Les armées africaines, 1960-1990, Paris, CHEAM, 1992.

⁴¹⁸ Jeanneau (B.), (Chronologie des coups d'Etat en Afrique », Revue Sentiers, 3 septembre 2000, n°3, p. 24

⁴¹⁹ Holo (Th.), L'étude d'un régime de fait..., op.cit., pp. 17-18

⁴²⁰ Kamto (M.), « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », In la création du droit en Afrique, préc., pp. 177-196.

⁴²¹ Bertrand (M.), La fin de l'ordre militaire, Paris, Presses de Sciences politiques, 1996.

militaires au jeu démocratique ne font pas partie de l'histoire. Cette forme de dévolution du pouvoir opérée en dehors des processus constitutionnels, par les forces armées continuent de traverser et de hanter le constitutionalisme. Pour en rendre compte, une classification s'impose. Il faut distinguer dans les grandes tendances de cette participation, celles qui sont bénéfiques et celles qui sont maléfiques.

Dans le premier cas, s'inscrivent les actions des forces armées dans le sens de l'évènement de la démocratie. Contrairement à ce que l'on a souvent avancé, certaines armées africaines ont été décisives dans l'instauration de la démocratie, en se rebellant contre la hiérarchie militaire au pouvoir, ou contre les gouvernements civils. Il s'agit alors de véritables révolutions de palais, où l'armée est elle-même, divisée. Ces incursions militaires sont considérées par une partie de la doctrine comme salutaires ou salvatrices⁽⁴²²⁾. Parce qu'elles sont aux services de la démocratie⁽⁴²³⁾. Ce sont les civils eux-mêmes ou les parties d'opposition qui font appel à l'institution militaire pour rétablir la démocratie, et assurer une alternance qui devient irréalisable par les voies constitutionnelles.

L'armée, cette grande muette, dans l'esprit du constitutionnalisme occidental ne peut être en soi une force politique dans la mesure où l'Etat même s'est constitué sur la base d'une subordination du pouvoir militaire au pouvoir politique⁽⁴²⁴⁾ et que l'armée a longtemps professé son apolitisme

⁴²² Grégoire (E), Olivier de Sardan (J.-Pj, « Niger le pire a été évité et demain ? » *Politique africaine*, n°61, mars 1996, pp. 117-121.

⁴²³ Nous reprenons ici la catégorie proposée par Houmaké Kossivi en se fondant sur des exemples concrets : « le coup d'Etat comme sanction de la violation des droits de l'homme par le chef de l'Etat (le cas du Mali), le coup d'Etat comme solution au blocage institutionnel (Niger en 1996), le coup d'Etat comme solution à une crise institutionnelle naissante (Niger 2010), le coup d'Etat comme solution à une situation de décrépitude économique », *Les juridictions constitutionnelles dans des démocraties émergentes...*, Op.cit., p477.

⁴²⁴ De Soto (J.), « Pouvoir civil et pouvoir militaire », *La Défense Nationale*, 1958, pp.12 et ss Girardet (R), « Pouvoir civil et pouvoir militaire dans la France contemporaine », *RFSP*, Mars 1960, p5 et ss.

comme l'élément intrinsèque de son idéal. Cette subordination, exige dans le grand principe cicéronien «Arma cedant togae » n'implique pas, à la vérité, une déchéance de l'armée car le militaire et le politique n'appartiennent pas au même univers, et plus la vie politique se démocratise, plus l'armée accentue son retrait pour éviter d'être éclaboussée par des discussions qu'elle jugeait à la fois indignes de son rôle et dangereuse pour l'accomplissement de sa mission. Mais, selon cette doctrine de coup d'Etat militaire Sauveteur, si l'armée doit demeurer apolitique, l'une de ses missions est de protéger l'idée de droit continue et véhiculée par le pacte national, dans l'hypothèse de danger.

Elle peut donc influencer le pouvoir politique soit en refusant de rendre complice de la dénaturalisation de cette idée, soit en saisissant le pouvoir politique par force. Dans le premier cas elle agit comme groupe de pression et dans le second cas l'intervention vise le renforcement du pouvoir civil et son remplacement par un gouvernement militaire. Même si on peut être d'accord sur cette analyse, du fait de la légitimité politique de ces actions, nous pensons que les interventions militaires africaines ne s'inscrivent pas dans le cadre des principes du constitutionalisme du point de vue juridique. En effet, si le constituant a combattue cette possibilité, c'est parce que qu'il a fait un choix clair en se fondant sur ce que les peuples ont vécu par le passé, et qu'il ne fait pas confiance en cette institution, en tout cas dans le domaine politique, craignant qu'elle ne détourne pas ce canal la constitution vers la satisfaction d'autres objectifs. Ainsi, en dépit de la légitimité des objectifs que ces actions puissent viser, elles présentent un risque énorme pour le constitutionalisme africain. Mais elles ne sont pas à égale distance des interventions militaires franchement dirigées contre la démocratie.

Dans le deuxième cas, on notera les coups d'Etat diaboliques dont l'objet est de remplacer un gouvernement civil, légitime, par un gouvernement militaire. Ce sont des interventions de l'armée en réaction contre la démocratie, sont le plus tropiques, en ce qu'ils

constituent un refus catégorique ou voilé de la démocratie ⁽⁴²⁵⁾. C'est aussi le cas lorsqu'il existe une osmose entre l'armée et la tendance politique au pouvoir ⁽⁴²⁶⁾, d'un gouvernement en déficit de légitimité, réfractaire à la consolidation de la démocratie et à toute forme d'alternance au pouvoir⁴²⁷. Cette institution deviendra alors le bras armé d'un parti politique qui réprimera toute velléité de revendications démocratiques.

Au total, analysé comme le résultat de la politisation des forcées années, le coup d'Etat n'est en réalité que la conséquence de l'arbitrage par l'armée des crises politico-institutionnelles ⁽⁴²⁸⁾. Les réflexions sur cette question débouchent sur la conclusion que dans le cycle constitutionnel africain, l'armée apparaît comme un juge chargé d'arbitrer les différentes crises politiques qui surviennent dans le fonctionnement des institutions, ou même d'indiquer la voie à suivre. Le permana, ce ainsi avérée de cette institution comme l'un des pivots du pouvoir politique en Afrique, a donné naissance à un couple harmonieux, du politique et du militaire, à l'époque de la dictature, a un duo déchirure à l'ère du renouveau démocratique.

Prenant en compte les deux faits (l'instrumentalisation du droit et l'interrogation de l'armée), qui contingentent la vie constitutionnelle des Etats africains noirs d'expression française, la doctrine va relever en filagramme la vraie

⁴²⁵ On a souvent cité l'exemple des coups d'Etat de la période avant 1990.

⁴²⁶ Le cas du Togo et le cas de la Côte d'Ivoire sous la présidence de M. Laurent Gbagbo.

⁴²⁷ Kpedu (Y.A.), « Les problématiques de l'alternance au pouvoir dans le débat constitutionnel africain », RTSJ, n°0000, janvier/juin 2011, pp.66-81.
vignon (Y.), « Le coup d'Etat en Afrique noire francophone », Les voyages du droit, Mélanges Breillat en l'honneur de Dominique, préc., pp.615-617

⁴²⁸ C'est peut-être la dimension institutionnelle de la constitution qui répond bien à la définition qu'en donne le professeur André Hauriou : « constitutionnaliser le pouvoir, c'est le soumettre à des règles précises, et plus particulièrement, mettre au point des mécanismes représentation politique, établir au près des gouvernements des censeurs, qui seront qualifiés pour dialoguer avec ceux-là », droit constitutionnel et institution politiques, paris Montchrestien, 1972, pp. 73 et ss

conception qu'elle se fait en Afrique du constitutionalisme et par-delà du droit constitutionnel.

II.3. La minorisation de la constitution

La constitution c'est «un esprit, un texte et une pratique ». Elle ne se résume pas seulement à l'existence d'un document proclamant des principes autrement importants à ceux qui concernent la démocratie, mais aussi bien en son effectivité en termes de ses fonctions. C'est à ces deux points de vue qu'il apparaîtra dans la doctrine que la constitution est formelle dans sa nature, et donc réduite à sa portion congrue (1), de sorte qu'elle ne justifie plus le fondement du pouvoir (2).

II.3.1. La Constitution réduite à sa portion congrue

La constitution au sens formel suppose la proclamation de principes liés au fonctionnement et à la protection des libertés dans un document adopté et révisé dans des procédures solennelles (⁴²⁹). La doctrine est consciente de l'instabilité de la constitution même formelle en Afrique mais ne s'en offusque pas. En effet, les mutations constitutionnelles en termes de transformation et d'évolution ne sont pas une curiosité.

En premier lieu, sur le plan théorique, on peut les analyser comme participant à la dynamique politique. Les divers cycles constitutionnels peuvent donc être vus sous cet angle de la dialectique de l'ordre et du mouvement ou même du volontarisme

⁴²⁹ Pour les uns, elle est le soutien de l'existence de l'Etat qui suppose que le pouvoir et l'administration soient organisés mais elle n'est pas la source du pouvoir et ne le limite évidemment pas. Pour les autres, la constitution définit les organes de gouvernement, aménage leurs rapports mais ne comporte pas d'énoncé de normes qui s'imposent à tous, notamment aux titulaires du pouvoir. Pour les derniers, elle est la source et le fondement du pouvoir, elle édicte des normes qui garantissent les droits et les libertés des hommes et fixent les limites, en termes de but et d'étendues, des compétences des gouvernants. Elle est donc mécaniste et normative. Voir avec intérêt la thèse de Papatolias (A), *Conception mécaniste et normative de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

politique ⁽⁴³⁰⁾. Ils donnent ainsi une consistance à l'activité politique et une richesse au phénomène constitutionnel en Afrique. Ce mouvement rentre bien dans la perception même du phénomène constitutionnel, qui a non seulement pour projet de fixer le statut du pouvoir mais aussi de refléter ou de véhiculer l'idée de droit à laquelle le peuple adhère à un moment donné. Les transformations constitutionnelles prouvent également que cette idée de droit n'est pas statique et peut évoluer ou changer. C'est d'ailleurs ce qui justifie par exemple que l'idée de révolution jadis rejetée dans les sciences juridiques ⁽⁴³¹⁾, soit enfin de compte appréhendée par la science du droit ⁽⁴³²⁾ en ce qu'elle constitue une substitution d'une idée de droit à une autre.

En second lieu, sur le plan pratique ou événementiel, l'Afrique noire francophone n'est pas la seule à connaître des bouleversements et hésitation constitutionnelle. L'histoire constitutionnelle anglaise ⁽⁴³³⁾ et française ⁽⁴³⁴⁾, tout autant que l'actualité confirment cette proposition. Mais, il faut bien voir qu'à la différence des mutations constitutionnelles en Afrique, caractérisée par une incertitude dans l'adoption d'un model bien défini, celles occidentales sont globalement restées fidèles à une ligne directrice 85 C'est d'ailleurs cette constance qui conduit à regarder le model constitutionnel occidental comme universel dès la fin du XXème siècle.

⁴³⁰ Voir Burdeau (G), *Traité de science politique*, tome III, la dynamique politique, paris LGDJ, 1981.

⁴³¹ Carré de Malberg (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. II, 1922, pp.132 et 497 Barthélemy (J.)/Duez (P.), *Traité de droit constitutionnel*, 1933, P.227

⁴³² Geny (F.), *Science et technique*, T. IV, 1924, p.132; Levy-Bruhl (H.), « Le concept de la révolution », *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, T. II, 1938, p.250; Uet-Veaux (G), *Essai d'une théorie juridique des révolutions*, Thèse, Renne, 1942,

⁴³³ Voir entre autres, Mathiot (A), *Le régime politique britannique*, FNSP, Cahier n°68, Paris A. Colin, 1955;

⁴³⁴ Luruez (I.), *Gouvernement et politique en Grande Bretagne*, Presses de la FNSP et Dalloz, 1989; Larche (I), *Les institutions politiques de la Grande Bretagne*, Bloud et Gay, 1965 ; *Le Royaume de Tony Blair*, *Revue Pouvoirs* n°93, 2000.

En 1987 déjà, Maurice Kamto observait à propos du constitutionalisme africain que «l’Afrique est le continent des incertitudes et des espoirs perpétuellement déçus (⁴³⁵)». Cette observation résulte simplement de l’observation du temps. A cet égard, elle est comparable à celle des Etats de l’Europe de l’Est, malgré leur ambition d’adhésion à l’Union Européenne, avec ses exigences en matière de droit de l’homme et démocratie. Marie Elisabeth Baudouin, dans une (⁴³⁶), parle du «temps de la démocratie» et de la «dictature du temps ». En transposant cette réflexion au cas africain, le temps de la démocratie est celle de l’adhésion formelle au modèle occidental, et la dictature du temps correspond bien à la pratique qui révèle une survivance des années de plomb. Le premier est caractérisé par l’existence de la constitution qui proclament des principes démocratiques (⁴³⁷), le second est la résurgence de la présidentialisation du pouvoir, de la remise en cause des libertés et des droits des citoyens, du trucage des élections, toutes ces perversions du constitutionalisme rendues possibles par l’instrumentalisation de la norme fondamentale, sans oublier la présence visible ou invisible mais prégnante de l’armée sur la scène politique.

On ne peut qu’être d’avis que le constitutionnalisme africain à l’opposé de celui occidental qui vise la concrétisation de l’Etat de droit dans toute sa plénitude, dévient un instrument contre ce droit. La doctrine n’est pas indifférente à cette conclusion.

En ce qui concerne la période après 1990, Jean du Bois de Gaudissons, par exemple en a une vision mitigée. Pour cet auteur, il existe un «incontestable développement du constitutionalisme

⁴³⁵ Remond (R), la vie politique en France depuis 1789, 2 Vol. 1965-1969.

⁴³⁶ Le sillon du constitutionnel occidental est fait dans trois directions : une certaine conception de l’homme et de la liberté, l’acception du pluralisme politique conjuguée avec la recherche constante d’un équilibre structurel et la prédominance des valeurs de la « paix christiana ». Pouvoir et droit en Afrique noire, Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d’Afrique noire francophone, Paris, LDGJ, 1987, p.491.

⁴³⁷ « Le droit constitutionnel et la démocratie à l’épreuve du temps », in Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation, mélanges en l’honneur de Slobodan, préc., pp.40-54. Avant 1990, les institutions reconnaissaient aussi la séparation des pouvoirs et la protection des libertés par le juge.

», qui se traduit par son effectivité en ce qui concerne son objet de régulation du pouvoir politique que celui de la protection des droits de l'homme. Il observe également que les révisions constitutionnelles vont aussi dans les sens de l'amélioration de ce constitutionalisme.

Il signale toutefois que cette démocratie s'essouffle à travers un épuisement du droit constitutionnel⁴³⁸. C'est dire que la machine constitutionnelle bloque en Afrique.

Une autre partie d'auteurs, comme Théodore Holo (⁴³⁹), André Cabanis et Michel Louis Martin vont plus (très réaliste à notre point de vue) et estiment que cette belle architecture des années 1990 n'était que de la poudre aux yeux. Ces différentes thèses, par le jeu des dominos, conduisent à reconnaître l'illusion du constitutionnalisme en Afrique dans sa conception substantielle (⁴⁴⁰). On ne peut qu'aller dans ce sens dans la mesure où dans une perspective de généralisation, les heurs et malheurs, l'emportent sur succès et exploits, d'autres plus que le professeur Jean du Bois de Gaudissons en célébrant les bienfaits de ce constitutionnalisme, semble avoir privilégié sa conception purement formelle.

Les mêmes réflexions, la notion de l'Etat de droit (⁴⁴¹), sont ici transposées par les auteurs. On peut sentir cette distinction sous la plume de Yves Meny (⁴⁴²) qui soutient à juste titre que «le constitutionnalisme ne se réduit pas à l'adhésion diffuse au texte

⁴³⁸ « A propos du dixième anniversaire de la déclaration de Bamako du 3 novembre 2000 », les voyages du droit, Mélanges en l'honneur de Dominique, prec. Pp. 17-41

⁴³⁹ « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain régime juridiques et système politiques », prec. Pp17-14.

⁴⁴⁰ « La pérennisation du chef de l'Etat : l'enjeu actuel pour les constitutions d'Afrique francophone », in démocratie et liberté: tension, dialogue confrontation, mélanges en l'honneur de Slobodon Milonic, prec. Pp.349-380.

⁴⁴¹ Voir Chevallier (j.), l'Etat de droit, Paris Montchrestien, 1994; « la mondialisation de l'Etat de droit », in Droit et politique à la croisée des cultures, mélanges Philippe Ardant, paris, LGDJ, 1999, pp. 325-337.

⁴⁴² «In dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992, p. 2013.

constitutionnel ou à ce qui en tient lieu... Encore faut-il que la suprématie déclarée de la constitution soit juridiquement garantie ». Il ajoute qu'il « n'y a pas de constitutionnalisme possible là où l'on peut affirmer que vous avez juridiquement tort parce que vous été politiquement minoritaire ». Au sens formel, le constitutionnalisme est donc cette adhésion à la constitution comme loi fondamentale particulièrement élaborée en vue de limiter le pouvoir. Au sens substantiel, il recouvre une autre réalité selon laquelle, cette norme fondamentale doit non seulement véhiculer une idée de droit qui promette la réalisation du bonheur du peuple, mais également contenir des mécanismes qui le réalisent effectivement, en limitant ce pouvoir. Le second, devrait être admis comme le baromètre à l'une duquel il faudra mesurer la vitalité de la démocratie.

Du reste, dans la pratique, le constitutionnalisme africain atteste de la nécessité de cette distinction. C'est ce qui justifie que la constitution va être supplantée dans ses fonctions.

II.3.2. Le fondement du pouvoir hors de la constitution

Les auteurs en viennent à évoquer les incapacités fonctionnelles de la constitution, en ce que les Etats ne se gouvernent pas selon l'ordre constitutionnel préétabli. Ceci conduit à tronqué le fondement même du constitutionnalisme et du phénomène constitutionnel qu'est la fixation du statut du pouvoir dans l'Etat.

En effet, en dehors de sa fonction de proclamation des droits et des libertés des individus ⁽⁴⁴³⁾, la constitution se présente, selon l'esprit des philosophes de lumières, comme l'instrument qui fonde l'autorité et la légitimité du pouvoir. Elle répond essentiellement à l'intention d'enlevé aux gouvernants ou aux

⁴⁴³ Jellinek, La déclaration des droits de l'homme, Trad., Fardis, 1901 ; Grandin, Les doctrines politiques de Locke et la déclaration des droits de l'homme, Thèse Bordeaux, 1920; Esmein (A.), Eléments de droit constitutionnel, gerneéd. 1927, Tome F, p. 596.; Duguit (L.), Traité de droit constitutionnel, 3^{ème} éd., T. III, Paris, Librairie Fontemoing et Cie., 1930, Jèze (G), « Valeur juridique des déclarations des droits » RDP, 1913, pp.688 et ss; Carré de Malberg (R), Contribution à la théorie de l'Etat, T. II, p.578 et ss.

candidats à gouvernés la maîtrise du pouvoir pour ne leur accorder que l'exercice dans les conditions qu'elle-même fixe; elle érige alors le pouvoir en puissance de droit et les gouvernants en serviteurs du droit. C'est ainsi que la constitution apparait comme le correctif juridique du phénomène politique qu'est le pouvoir, en sanctionnant la soumission de la politique au droit. C'est d'ailleurs ce à quoi répond l'institutionnalisation du pouvoir par la neutralisation des volontés individuelles ces dernières non aucun titre à s'imposer en tant que tel, elles ne valent juridiquement que autant qu'elles s'inscrivent dans le cadre prévu par la constitution. Ces cadres délimitent la fonction politique en déterminant à la fois ce qu'il la remplisse et les conditions de son accomplissement.

De ce point de vue comment analyser, par exemple, l'incursion de l'armée dans la politique, par le recours au coup d'Etat comme moyen d'accès à la fonction politique, alors que les constitutions prévoient bien d'autres mécanismes à cet effet? Ils font bien voir que le texte fondamental ne répond donc plus à cette fonction de fixation du statut du pouvoir en Afrique noire francophone, dans la mesure où l'armée la neutralisée en faveur de la force militaire. Ainsi, dans la réalité, la « fétichisation » de la constitution dans cet espace met que de la poudre aux yeux. Ce texte ne qu'un « chiffon » des papiers dont les gouvernants se servent s'ils les arrangent, et qu'ils peuvent piétinés allégrement si les circonstances l'exigent. Il y a donc une démythification de la constitution, voir sa désacralisation. Tel est la conclusion générale de la doctrine depuis les premières secousses des années 1964.

Par ailleurs, se pose aussi le problème de la légalité de ses gouvernants qui arrivent au pouvoir par des moyens anticonstitutionnels. Dans un régime constitutionnel, fut-il autoritaire, les gouvernants commandent en vertu de la fonction dont ils sont investis. Dans la théorie juridique, personne ne peut commander dans l'Etat qu'en raison d'une investiture régulière. Il faut en effet un titre pour commander. C'est la constitution qui définit les conditions dans lesquelles il doit être acquis. Elle désigne les gouvernants et fonde en même temps leur légitimité.

La constitution apporte la réponse à l'origine de l'autorité des gouvernants qui se trouve dans la régularité constitutionnelle de leur investiture. C'est certainement ce qui justifie que ces gouvernants essaient après d'asseoir leur légitimité par les élections.

Partant de là, les auteurs vont stigmatiser la déchéance fonctionnelle de la constitution par l'émergence d'un vaste champ para-juridique ou para-constitutionnel. C'est le recours aux accords politiques, comme modalité de règlement des crises politiques. Ces compromis politiques, mais à contenu juridique et constitutionnel ont pour objet le plus souvent de réadapter le fonctionnement des institutions aux intérêts des forces en présence. Ces accords posent un problème au constitutionnalisme qui fait de la constitution la seule norme fondamentale devant régler les problèmes politiques et juridiques entre les institutions de l'Etat, d'autant qu'ils peuvent d'ailleurs être considérés comme des « conventions de la constitution »⁽⁴⁴⁴⁾.

⁴⁴⁴ Apparue sous la plume de Dicey en 1885 «Constitutional convention », In Introduction à l'étude du droit constitutionnel, Trad. Batut (A.),/ieze (G), Paris, éd., Giard et Brière, 1902, la convention de la constitution résulte d'un accord de volonté entre les différentes institutions ou pouvoirs publics, pour adapter, en partant des normes constitutionnelles, des attitudes qui peuvent être contradictoires avec le texte constitutionnel. Sur cette question voir Lemaire (F), « Les conventions de la constitution dans le système français », RFDC, 1998, pp.541-515; Laferrière (F.), « La coutume constitutionnelle, son rôle et sa valeur en France, RDP 1944, pp. 44

CONCLUSION

Le droit constitutionnel moderne est dominé par un mythe : celui de fonder la société politique et son pouvoir sur la volonté d'un groupe humain, il s'agit en fait de faire de chacun un gouvernement gouverné par lui-même. Ce régime démocratique « *serait le pire des régimes à l'exception de tous les autres* » selon Winston Churchill.

Etymologiquement, le mot démocratie provient du grec *democratia*, *δημοκρατία* : formé de *demos*, *δημος*, peuple et *kratein*, *κρατην*, commande (⁴⁴⁵). Selon la définition classique d'Abraham Lincoln, la démocratie est le « *gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple* ». Le pouvoir est donc diffus dans le corpus social tout entier, ce qui aboutit à une *identification des gouvernants et des gouvernés, c'est-à-dire* de ceux à qui sont adressés les ordres et de ceux qui formulent ces ordres.

A la suite de l'expérience athénienne, l'idée s'est progressivement et solidement affirmée que le pouvoir réside dans le peuple et que les gouvernants n'en sont que des délégués et des gérants d'affaire temporaires pour le compte de la communauté.

La démocratie est aux antipodes des schémas autocratiques, autoritaires ou totalitaires, systèmes dans lesquels un individu, ou un groupe d'individus pensent avoir le monopole éternel et la vocation naturelle et exclusive d'exercer le commandement. Elle repose sur la croyance dans la liberté fondamentale de l'homme, le respect de la dignité de l'individu et sa capacité à définir son destin ; ce qui implique l'égalité de valeur de tous les êtres humains, et le pluralisme politique.

Or la privation qu'elle soit durable ou précaire de la liberté génère l'inefficacité, l'absence de légitimité, d'instances de contrôle et de structures de dialogue entre gouvernants et gouvernés, et se

⁴⁴⁵ COHENDET, M-A., *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2011, p.144, terme apparu en Grèce au V^{ème} siècle Avant J.C.

traduit nécessairement par une gestion médiocre et inefficace. Il se traduit alors des scléroses et des blocages. Tôt ou tard la liberté devient la condition même de l'efficacité de l'action politique.

Ainsi le prix Nobel d'économie Amartya Sen établit clairement « *une équation entre la nature non démocratique d'un système politique et les famines* »⁽⁴⁴⁶⁾, il soutient même que « *ce sont les différentes libertés positives existant au sein d'un Etat démocratique, y compris la liberté de parole hors censure, qui incarnent la véritable force responsable de l'élimination des famines* ». Dans cette dialectique, les droits fondamentaux sont et doivent être « *des biens de première nécessité* ».

Le développement est donc en corrélation avec le constitutionnalisme et la démocratie. Il existe en effet un lien déterminant de cause à effet entre démocratie, droits et capacité d'émerger. En effet en croisant l'indice de développement humain de 2014 et l'indice de démocratisation de la même année, on remarque que les pays qui sont en tête en terme d'IDH sont presque les mêmes en termes d'indice de démocratisation.

Ainsi : 1. Norvège, 2. Australie, 3. Suisse, 4. Pays-Bas, 5. Etats-Unis, 6. Allemagne, 7. Nouvelle Zélande, 8. Canada, 9. Singapour, 10. Danemark... qui sont les pays qui ont l'indice de bien être le plus élevé au monde sont également parmi les pays les plus démocratiques et les mieux classés dans l'indice de classement de démocratie de 2014 dans le monde.

En ce qui concerne les pays africains, les dix pays les plus pauvres du monde, en ordre décroissant : 1. Niger (187^{ème} sur 187) ; 2. R.D Congo (186^{ème}) ; 3. RCA (185^{ème}) ; 4. Tchad (184^{ème}) ; 5. Sierra Leone (183^{ème}) ; 6. Erythrée (182^{ème}) ; 7. Burkina Faso (181^{ème}) ; 8. Burundi (180^{ème}) ; 9. Guinée Bisau (179^{ème})... sont aussi les pays Africains les mal classés sur l'indice de démocratie ou des dictatures.

⁴⁴⁶ SEN, A., Poverty and famine, Oxford university press, 1981, cité par P. Ricœur, Parcours de la reconnaissance trios études, Paris, Stock, 2004, p.213.

Par contre les pays africains qui sont repris parmi les 40 premiers pays en matière d'indice démocratique à savoir : L'île Maurice (17^{ème}), 2. Le Botswana (28^{ème}), 3. L'Afrique du Sud (30^{ème}), 4. Le cap vert (31^{ème})...

On peut donc dire que l'émergence n'est pas le fruit de la croissance brute mais d'une variété des facteurs y compris les éléments du constitutionnalisme : Etat de droit, limitations gouvernementales, efficacité en termes de régulation, absence de corruption, la liberté des individus à travailler, produire et consommer ... qui attirent des investissements. Et Donard Kaberuka, alors président de la Banque Africaine de Développement de marteler « *la démocratie est essentielle pour le progrès d'une nation. Elle permet d'élire des dirigeants qui feront passer le bien être de la nation devant leur intérêt personnel. En échange les citoyens les respectent et leur accordent des privilèges. Les Etats démocratiques ont prospéré même avec peu des ressources à exploiter* »⁽⁴⁴⁷⁾.

La démocratie ne saurait donc pas être, ni se limiter à un slogan inscrit dans les constitutions des Etats. Elle est « *aujourd'hui une philosophie, une manière de vivre, et presque accessoirement, une forme de gouvernement* », nous dit Georges Burdeau.

Bref, il ne saurait y voir de démocraties sans démocrates, c'est-à-dire des hommes et des femmes qui croient et défendent quotidiennement les valeurs du respect du droit, de la limitation du pouvoir, de garanties des libertés fondamentales, etc.

⁴⁴⁷ Cité par ANVER VERSI, Transformer l'économie du continent, *Afrique-Méditerranée-Business*, trimestriel août-sept 2011, p.28.

BIBLIOGRAPHIE

- ABDOU-SALAMI (M.S.), « La révision constitutionnelle du 31 décembre 2002 » une revanche sur la conférence nationale de 1991, RBSJA, n° 19n décembre 2007.
- AHADZI (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain », préc.,
- AHADZI-NONOU (K.), Essai de réflexion sur les régimes de fait: le cas du Togo, Thèse de doctorat d'Etat en droit public, Université de Poitiers, 1985.
- AIVO (F.J.), Le président de la République en Afrique noire francophone : Essai sur les évolutions institutionnelles de la fonction au Bénin, au Cameroun, au Gabon et au Togo, Thèse de droit public, Université Jean-Moulin Lyon III et Université d'Abomey Calavi, 2006.
- AROMATORLO (S.), « La dérive des institutions vers un régime présidentiel », RDP, n°3-2007.
- ATANGANA AMOUGOU (J-L) « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », AJP, n° 2 juillet 2006.
- AVRIL (P), « *Une revanche du droit constitutionnel* », in *Pouvoirs*, 1989, n°49.
- BANGOURA (D.), Les armées africaines, 1960-1990, Paris, CHEAM, 1992.
- BARBERIS (M.), Idéologie de la constitution-histoire du constitutionnalisme in *Traité International de droit constitutionnel*, T1, Paris, Dalloz.
- BERTRAND (M.), La fin de l'ordre militaire, Paris, Presses de Sciences politiques, 1996.
- BLEOU (M.), La révision de la constitution, leçon inaugurale de la rentrée solennelle de la Chaire Unesco de Cotonou du 3 décembre 2007, fondation Konrad Adenauer, 2007.
- BURDEAU (G), *Traité de science politique*, tome III, la dynamique politique, Paris LGDJ, 1981.
- BURDEAU (G.), Essai sur la révision des lois constitutionnelles, Thèse droit, Paris, contour imprimeur, Mâcon, 1930.

- COHENDET, (M-A.), Droit constitutionnel, Paris, Montchrestien, 2011.
- De Soto (J.), « Pouvoir civil et pouvoir militaire », La Défense Nationale, 1958.
- DJOLI ESENG'EKELI (J.), Droit constitutionnel, tome 1 : principes fondamentaux, DJES, Kinshasa, 2016.
- DJOLI ESENG'EKELI (J.), *Droit constitutionnel, tome 3 : régimes politiques comparés*, Kinshasa, DJES, 2016.
- DMITRI LAVROFF (G.), « La constitution et le temps », In Droit et politique à la croisée des cultures. Mélanges Philippe Ardant.
- DUBOIS DE GAUDUSSON (J.), « Quel statut constitutionnel pour le chef d'Etat en Afrique? », In Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, préc.
- VIGNON (Y.), Recherches sur le constitutionnalisme en Afrique noire francophone: le cas du Congo, de la Côte d'Ivoire, du Sénégal et du Togo, Thèse de doctorat en droit public, Université de Poitiers, 1988.
- DUBAUX (L.), « Le régime présidentiel dans les nouvelles constitutions d'expression française », penant, 1962.
- FALI (I.M.), La condition du pouvoir exécutif dans le nouveau constitutionnalisme africain : l'exemple des Etats d'Afrique subsaharienne francophone, Thèse de droit public, UCAD, 2001.
- FAVOREU L. et Alii, Droit constitutionnel, Paris, Dalloz.
- GIRARDET (R.), « Pouvoir civil et pouvoir militaire dans la France contemporaine », RFSP, Mars 1960.
- GUEYE (B.), « La démocratie en Afrique: Revue Pouvoir, n°121, 2009/2.
- HOLO (Th.), Etude d'un régime militaire, Le cas du Dahomey (Bénin). Thèse de doctorat en droit public, Université, Paris I, 1979.
- JEAN WALINE, « Les révisions de la constitution de 1958 », in droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges Philippe ardant, préc.

- JEANNEAU (B.), (Chronologie des coups d'Etat en Afrique », Revue Sentiers, 3 septembre 2000, n°3.
- LAVROFF (D.-D), Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les Etats francophones, Paris, 1976.
- LOADA (A.), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone revue électronique Afrilex, 2003.
- Meledge (D.E), « Le contentieux électoral en Afrique », Revue Pouvoir, n°129, 2009/2.
- MELEDJE (D.F.), « Faire, défaire et refaire la constitution en Côte d'ivoire, un exemple d'instabilité chronique », in Fombad (ch)/ Murray (chr.) Eds., Fostering constitutionnalisation, Africa, PULP, 2010.
- MELEDJE (D.F.), « la révision des constitutions africaines dans les Etats africains francophones. Esquisse de bilan », RDP 1992, n°1.
- OLINGA (A.D.), « Pour un présidentielisme démocratique », RJPIC, 1992.
- ONDO (T), « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles dans le nouveau constitutionalisme africain », RDIDC, 2009, n° 1.
- ONDO (T.), La responsabilité introuvable du chef de l'Etat africain, Analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique noire francophone (les exemples camerounais, gabonais, tchadien et togolais), Thèse de droit public, Université de Reims, 2005.
- PANABEL (J.-P.), Les coups d'Etat militaires en Afrique noire, Paris, l'Harmattan, 1984.
- PIMONT (Y.), « La constitution de la République du Mali », RIPIC, 1993.
- SEN, (A.), Poverty and famine, Oxford university press, 1981.
- SOGLOHOUN (C.P.T.), Le rôle du juge constitutionnel dans le processus de démocratisation en Afrique. Les cas du Bénin, du Mali et du Togo, Thèse de doctorat en droit public, Université d'Abomey-Calavi, 2011.
- TIXIER (G.), « La personnalisation du pouvoir dans les Etats de l'Afrique de l'Ouest o, RDP, n°6, 1965.

- TSHIYEMBE (M.), Le défi d'une armée nationale républicaine en République Démocratique du Congo, Paris, L'Harmattan, 2005.
- VETTOGLIA (J-P), et al., Démocratie et élections dans l'espace francophone, Bruxelles, Bruylant, 2010; Kokoroko (D.), « Les élections disputées; réussites et échecs », Revues Pouvoirs n°129, 2009/2.
- BANGOURA (D.), Les armées africaines, 1960-1990, Paris, CHEAM, 1992.

LE BILAN DE 30 ANS DES TENDANCES DU CONSTITUTIONNALISME ET DE LA DEMOCRATIE EN REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO

Par

MWAKO SUKEZA Willy

Chef de Travaux

Avocat près la Cour d'Appel de Kinshasa/Matete

INTRODUCTION

Traiter du regard de la doctrine sur un demi-siècle de constitutionalisme en Afrique en général ainsi que des 29 ans de tendances de constitutionalisme et de démocratie en République Démocratique du Congo en particulier, conduit à rendre compte de la démarche, de la position théorique des constitutionnalistes dans l'appréhension du pouvoir politique de l'Etat Indépendant en Afrique.

Naguère, les études sur l'Afrique étaient surtout du ressort des anthropologues, ethnologues et sociologues, en témoigne l'apport considérable de Georges Balandier (⁴⁴⁸). Même juste après les indépendances, selon les travaux de Jacques Boyon, les ouvrages capitaux sur le pouvoir en Afrique sont moins l'œuvre de spécialiste de science politique, que l'anthropologue précisément ou de juristes (constitutionnalistes) qui ont délaissé leur formation initiale ou l'ont utilisée et affiné pour donner sur l'Afrique noire les travaux qu'appelaient la rapidité du changement et l'originalité des formes et des institutions politiques sur ce continent (⁴⁴⁹). Sans rentrer dans ce querelles de l'identification réelle de la discipline qui a piloté la théorie constitutionnelle en Afrique, il convient de connaître qu'elle

⁴⁴⁸ « Le contexte sociologique de la vie politique en Afrique noire », RFSP, septembre 1959, pp. 598-608.

⁴⁴⁹ « Pouvoir et droit en Afrique noir: Etat des travaux », RFSP, n°4, 1963, pp. 993-1018.

existe bel et bien et est le fruit des écrits de grands auteurs appartenant à des sphères scientifiques différentes.

A bien voir la science du droit constitutionnel ne peut être ni étudiée, ni pensée en vase clos, par les constitutionnalistes, au risque de rester dans le formalisme béat. Elle doit être éclairée par le concours d'autres sciences sociales notamment la science politique, l'anthropologie, la sociologie etc., car l'homme les institutions politiques, le comportement politique ainsi que l'environnement politique et social sont autant de facteurs qui déterminent et expliquent l'existence de la règle de droit. Ainsi, le droit constitutionnel est-il au confluent des autres sciences⁽⁴⁵⁰⁾.

Aussi serait-il ici présomptueux d'égrener toutes cette littérature constitutionnelle en citant tous les auteurs. Cette œuvre est titanique⁽⁴⁵¹⁾. Mais en la matière, il y a quelques années, d'importantes contributions ont creusé le sillon⁽⁴⁵²⁾.

⁴⁵⁰ Rendre compte de l'évolution de la doctrine constitutionnelle du point de vue de ceux qui la considèrent comme objet d'étude impliquerait en effet, d'avoir tout lu, et d'être doué d'une capacité de synthèse hors pair. Mais, on peut dégager des tendances, qui rendent bien compte de l'ensemble de cette spéculation intellectuelle sur la constitution.

⁴⁵¹ Il semble que l'appréhension du droit constitutionnel comme tendance juridique remonte à Boris Mirkine-Guetzévitch, notamment dans son article « *les nouvelles tendances du droit constitutionnel* », RDP 1928, vol. 45, pp. 12-53. En ce qui concerne notre étude, voir entre autres, Breton (J.-M.), « *L'évolution historique du constitutionnalisme africain : Cohérences et incohérences* », Recht in Afrika, Zeitschrift der Gesellschaft für Africanisches Recht, Köln, 2003, Helf, pp.1-2 ; du Bois De Gaudusson (J.), « Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques. Points de repères et interrogatoires », in Alibert (J.), Du Bois de Gaudusson (J.) (Dir.), Trente années d'Afrique, Afrique Contemporaine, n°164, octobre/Décembre 1992, pp.51 et ss ; « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Paris, Dalloz, 2007, pp.609 ; Ahadzi (K.), « les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain », préc.Babacar (K.)/Pietermaat-Kros (M.), « vers la renaissance du constitutionnalisme en Afrique, Dakar, Gorée Institute, 1998.

⁴⁵² La règle de droit devant être établie en prenant en compte les faits sociaux qui ici sont rendus visibles par la réalité politique. Voir en général Bergel, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, Méthode du droit, 2012, PP. 154 et SS.

1. Présentation du problème

La fétichisation de la constitution dans les Etats d'Afrique noire d'expression française, cache mal son incapacité à servir véritablement d'assise juridique au pouvoir politique. La doctrine ressent ainsi un malaise dans le droit constitutionnel une crise de l'ordre constitutionnel à travers de signes inquiétants d'inadéquation entre la norme et la pratique. Voilà pourquoi, certains doctrinaires en dressant un bilan critique sur le constitutionnalisme et démocratie en Afrique en général et en RD Congo en particulier découvrent une dimension désespérée d'un droit constitutionnel presque terrassé. La démocratie africaine oscille de ce point de vue entre «succès et résistances »⁽⁴⁵³⁾.

Il est redoutable pour le juriste de parler de l'échec de la norme, surtout de norme fondamentale. Cependant, il s'excite intellectuellement devant ce constat, en ce que la problématique, qui peut conduire par la même occasion, à l'hypothèse de cette étude, présente un intérêt séduisant et une importance capitale en tant que contribution théorique à l'étude du droit constitutionnel en Afrique. D'une part, elle permet de venir sur le constitutionnalisme et de relativiser l'universalisme constitutionnel occidental. Une rétrospective en Afrique noire francophone montre aux yeux de tout le monde, aujourd'hui comme hier, la diversité voire les contradictions du constitutionnalisme.

D'autre part, cette contribution montrera qu'il existe un fossé entre le droit de manière froide et abstraite, sans le confronter aux réalités politiques.

Il y a donc des règles constitutionnelles et la réalité politique. C'est le phénomène général de l'application du droit qui distingue l'immobilisme de la constitution de la dynamique

⁴⁵³ En France également la doctrine constitutionnelle a ressenti ces malaises. Voir Maus (D.) « Où en est le droit constitutionnel ? », mouvement du droit public, Mélanges Franc Moderne, Paris, Dalloz, 2004, pp. 691-742; Cubertafond (B), « souveraineté en crise », RDP, 1989, n°5, pp. 1273-1303.

constitutionnelle. Dans la théorie constitutionnelle en général, on considère que si la constitution écrite est par définition rigide et ne peut être modifiée que selon les formes qu'elle prescrit elle-même, ce noyau dur concerne essentiellement les institutions, c'est-à-dire ⁽⁴⁵⁴⁾ les organes, les compétences et les procédures.

En revanche, l'application du texte fondamental politique comme « instrument de gouvernement » est bel et bien conditionné par les rapports politiques ⁽⁴⁵⁵⁾, car les prérogatives que le droit attache à l'exercice des compétences sont, par nature, discrétionnaires et leur mise en œuvre est fonction de l'usage qu'il est politiquement possible d'en faire ⁽⁴⁵⁶⁾.

Ici, c'est tout le droit constitutionnel envisagé comme la science de la constitution et des institutions politiques qui se trouve saisie par la doctrine.

Au total, cette étude se propose de montrer comment les auteurs analysent les chaînes qui maintiennent encore le constitutionalisme en Afrique et l'empêchent de s'épanouir, et ce qu'ils proposent pour un nouveau départ. Il ne s'agira pas de rester dans l'événement ou dans la simple description des faits

⁴⁵⁴ Voir en ce sens la démarche de Joseph Owona dans ses ouvrages, *Droit constitutionnel et régimes politiques africains*, Paris, Berger Levrault collection Mondes en devenir, 1985, *Droit constitutionnel et institutions politiques du monde contemporain. Etude comparative*, Paris, L'Harmattan, 2010.

⁴⁵⁵ Ce sera l'occasion de faire le point sur les rejets, les faux-semblants du constitutionnalisme en Afrique, les dysfonctionnements, le jeu politique dans lequel se nouent et se dénouent les alliances, de relever les espoirs déçus, les occasions ratées ou inexploitées, etc.

⁴⁵⁶ Le droit constitutionnel est le droit de la constitution. Mais à sacraliser celle-ci, ignorer la réalité politique, le juriste est enclin à devenir un obsédé textuel. Or, sans se détourner de son rôle, il doit intégrer, au-delà des apparences formelles, le fonctionnement réel d'un régime; pénétrer et révéler son intimité. Etudier l'environnement idéologique de la constitution, analyser les partis et formations politiques qui la vivifient est le lot passionnant du constitutionnalisme. D'où la vision élargie aux institutions politiques et à la méthode rajeunie de la science ou sociologie politique », Gicquel (J.)/Gicquel (J.E.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Domat, Montchrestien, 2010, p.23

politiques. Comme on le disait, la démarche doctrinale est empruntée d'existence de systématisation, de globalisation, de catégorisation. Nous nous efforceront donc de dresser les grands linéaments de la doctrine et il conviendra à cet effet d'adopter une posture récapitulative pour arriver à celle provisionnelle.

A ces différents égards, on est en face d'une doctrine qui, très tôt, a pris ses responsabilités en procédant à une analyse qui dépasse l'étude de la constitution uniquement dans ce que prescrivent ses normes, en les mettant au contraire en phase avec les réalités. Cette étude a permis de tracer les chemins pour une réelle adéquation entre la norme et la pratique. Aujourd'hui, il est clair que le droit constitutionnel n'est pas toujours dans la constitution. Au regard de ces points de vue, il apparaît clairement qu'en refrisant le dithyrambisme, les auteurs critiquent plutôt le droit constitutionnel existant et proposent un droit constitutionnel en devenir.

Ainsi, face à la déception d'un droit constitutionnel terrassé, du fait qu'il a manqué l'objectif qu'il s'était assigné, se dresse l'espérance, voir l'ambition d'un droit constitutionnel consolidé.

I. LES TRAIS SAILLANTS DE LA PRODUCTION CONSTITUTIONNELLE CONGOLAISE

La doctrine constitutionnelle est de ce point de vue importante de par les objectifs qu'elle poursuit : renseigner le droit constitutionnel, permettre la lisibilité du droit par son effort de poursuite : renseigner le droit constitutionnel, permettre la lisibilité du droit par son effort de catégorisation et de systématisation, guider l'action des décisions des décideurs ou des gouvernants, somme toute, une fonction pédagogique et une fonction engagée. S'agissant de la doctrine constitutionnelle en Afrique, elle se veut être la sirène pour l'affirmation des libertés et de l'Etat de droit, de la démocratie libérale, dans un espace où la majorité des Etats piétinent encore. C'est pour cette raison que la réflexion mettra plus l'accent sur les critiques révélées par les auteurs face à cette léthargie, tant il est vrai que cinquante ans de pratiques constitutionnelles ne donnent pas que des résultats

négatifs ⁽⁴⁵⁷⁾. Mais, tous les auteurs sont très prudents face à ces évolutions, en restant plus pourfendeurs qu'apologétiques.

L'étude du droit constitutionnel congolais nous met en face d'un tableau de textes constamment violés, ignorés ou détournés. Nous sommes dans un mouvement oscillatoire d'« *inflation des textes* ». Certains auteurs parlent de « *kermesse constitutionnelle* ». Cependant, comme nous l'avions souligné, l'irrespect d'une règle de droit n'est pas une raison déterminante du rejet total du droit constitutionnel. L'intérêt de l'étude du Droit constitutionnel va ainsi au-delà de la simple approche positiviste consistant à « *examiner les règles posées, elle doit aussi chercher leur sens, les causes de divorce ou de rupture ; bref, comme toute branche de droit, elle opère comme détenteur et déchiffreur de la réalité humaine* » ⁽⁴⁵⁸⁾. Tel est le sens de la démarche synoptique ou axiologique. Il est intéressant dans ces conditions de dégager les traits saillants de l'évolution constitutionnelle de la République Démocratique du Congo. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons retenu dix paradigmes :

I.1. Mouvement permanent de constitutionnalisation-déconstitutionnalisation-reconstitutionnalisation

Même si aucun Etat ne dispose d'une constitution frappée d'une clause d'éternité, le Congo semble être un territoire à la recherche permanente d'une constitution. Il n'a pas encore résolu des questions essentielles de la consistance d'un Etat : le rapport entre le centre et la périphérie, la question de la forme du gouvernement, le rapport entre le régime présidentiel et le régime parlementaire. Toute la mutation constitutionnelle et institutionnelle que connaît le pays est une preuve que ce pays est

⁴⁵⁷ On ne peut pas juste écrire, qu'on « *on ne saurait sous-estimer et encore moins occulter les évolutions que connaît le monde francophone dans le sens d'un essor du constitutionnalisme et du développement démocratique de la juridicisation et de la judicialisation de la vie politique...* », PUF, Paris, LGDJ, 2011, p.213

⁴⁵⁸ Ricœur P., « *La symbolique du mal* », cité par Moleka L., *La poésie de la liberté dans la réflexion éthique de Paul Ricœur*, L'Harmattan, Paris, 2005, p.15

encore à la recherche d'un texte constitutionnel qui devra être le miroir de l'héritage culturel national et traduire par conséquent les préoccupations majeures du peuple.

I.2. Production constitutionnelle sans constitutionnalisme

En Afrique subsaharienne, plus particulièrement au Congo, les textes sont souvent utilisés comme des écrans afin de camoufler le despotisme. Au lieu de limiter les pouvoirs des gouvernants, de protéger et de garantir les libertés publiques, ces textes servent à canaliser l'obéissance des gouvernants, à s'assurer par ce vernis, la légitimité et la crédibilité internationale. Aussi, le jeu politique reste-t-il dominé par la violence, les dirigeants se référant abondamment à des dispositions constitutionnelles auxquelles ils attribuent abusivement un sens contraire en vue de poser des actes destinés à couvrir des buts cachés. Il est alors avancé que les constitutions africaines sont « *de simples emplâtres sur des jambes de bois qui aident à prendre en otage une population par une classe politique irresponsable, majoritairement incompétente et corrompue* »⁽⁴⁵⁹⁾.

F. Delpérée estime, quant à lui, que nous sommes en face « *de Constitutions de façade, constitutions de circonstances-programmes, ne présentant pas de valeur juridique. Il est vain de s'attacher à l'élaboration ou à l'interprétation de dispositions qui ne recevront aucune application ou qui sont appelés à connaître une prompte désuétude* »⁽⁴⁶⁰⁾.

I.3. Faiblesse de domestication de la violence politique

Le Congo est une terre des conflictualités : guerres, rébellions, insurrections, complots, assassinats, répressions massives, mouvements sociaux, grèves, villes mortes, désobéissances,

⁴⁵⁹ Cité par Westin, A.F., *The anatomy of a constitutional law case*, New-York, Columbia University press, 1958.

⁴⁶⁰ Delpérée, F. « Réflexions de l'étranger sur le projet de Constitution de la III^{ème} République du Zaïre », *Rév. de Dr., Afric*, n°2, Bruxelles, Avril, 1997.

contestations postélectorales, etc. Sur les quatre chefs d'Etats qui ont dirigé le Congo, le premier est mort en exil intérieur, le deuxième est mort en exil extérieur, le troisième est mort assassiné dans son palais.

I.4. Ecriture constitutionnelle caractérisée par le suivisme et le servilisme

Ces textes inadéquats, reflétant une identité d'emprunt, sont des simples objets d'un mimétisme de façade. Leurs initiateurs n'ont aucune volonté ou capacité de s'approprier et d'intérioriser les valeurs substantielles qui fondent l'impérativité par leur substantialité. Le recours à ces textes par les acteurs traduit simplement des stratégies d'imposition ou d'opportunisme de quête de légitimité ou crédibilité extérieures contextuelles. Ces textes sont par conséquent condamnés à faire l'objet des opérations de tripatouillages et sont incapables d'enserrer le pouvoir dans un corsage juridique efficace.

I.5. Recours permanent aux mécanismes extraconstitutionnels de régulation du jeu politique

Les solutions se révèlent transitoires, manquant de prédictibilité, de normativité, d'impersonnalité, d'abstraction, de neutralité et de généralité. Bref, la juridicité et son corollaire qui est la sanctionabilité. On préfère de solutions politiques opportunistes qui se caractérisent par leur volatilité et instinctivité. Il s'installe alors une absence de rationalité qui, elle, est l'essence du droit.

I.6. Faiblesse du contentieux constitutionnel

Le texte constitutionnel apparaît comme un instrument de « *stratégie politique qu'un code contraignant et formaliste* »⁽⁴⁶¹⁾. Le juge constitutionnel africain se trouve "dans une situation de grande dépendance à l'égard du chef de l'Etat et de son idée de

⁴⁶¹ Conac G., *Le juge constitutionnel en Afrique Censeur ou Pédagogie* », In Les Cours Suprêmes en Afrique, Economica, Paris, 1989, p.6

juridicité’’ (462). Du fait de la personnalité du pouvoir, ‘‘tout contrôle de constitutionnalité doit ménager la susceptibilité du Chef de l’Etat’’ (463)

I.7. Tradi-centrisme de la pratique constitutionnelle

Les institutions politiques du Congo, bien qu’enveloppées dans une constitution moderne écrite, subissent un magnétisme central, c’est ce que Mbaya-Ngang appelle le tradi-centrisme (464).

I.8. Faiblesse d’institutionnalisation de l’Etat

Le pouvoir politique en Afrique plus qu’ailleurs, est encore lié à l’être : à un homme. C’est un pouvoir à la fois personnel et personnalisé, viager, parental, patrimonialisé. Ce pouvoir génère un présidentielisme forcené.

Les hommes forts ne favorisent pas toujours l’émergence des institutions fortes. Dans cette perspective, les tripatouillages et les révisions constitutionnelles afin de conforter le pouvoir et de se maintenir *ad aeternam et vitam* constituent un exercice banal et normal.

I.9. Constance des fraudes constitutionnelles et des fraudes à la constitution

Nous parlons de fraude constitutionnelle. Ainsi lorsqu’on parle du peuple dans ces textes ou du pouvoir constituant originaire, ou du peuple souverain, on se limite dans des participations illusoires ou fictives de constitutionnalisation des inconstitutionnalités. Ces constitutions écrites en dehors de toute consultation populaire sont dépourvues d’identités ; elles sont considérées comme des greffons sur un corps étranger. Mais l’usage des techniques frauduleuses s’opère beaucoup plus à

⁴⁶² Conac G., *Op.cit*, p.6

⁴⁶³ Idem, p.12

⁴⁶⁴ Mbaya Ngang, *Droit constitutionnel et tradicentrisme des institutions politiques de 1960-1997*, Kinshasa, Ergo sum, 1997, p.1

travers la technique de la fraude à la constitution, dans le cadre du pouvoir constituant, dérivé ou institué. Il s'agit du « *procédé par lequel l'autorité de révision utilise ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés, c'est-à-dire d'établir un régime fondamentalement différent* »⁴⁶⁵).

L'expression « *fraude à la constitution* » a été employée pour la première fois par M. Liet-Veaux pour désigner la manière à laquelle recourut la Révolution fasciste italienne en 1932, ou la révolution nationale française en 1940 (avec Pétain) pour s'établir. Les formes constitutionnelles sont, en effet, apparemment conservées alors que l'objectif est d'opérer un changement radical de l'esprit des institutions en mettant en place sous une couverture intentionnellement détournée de révisions, un régime fondamentalement différent voire une nouvelle constitution. On se trouve comme le disait un commissaire du peuple « *dans des actes de comédie ou les parlementaires comme des couturiers se trouvent en face d'un costume qu'ils doivent reconfecionner à chaque changement physique du maître* ».

I.10. Persistance des tendances présidentielistes et centralisatrices dans la production et la pratique constitutionnelle congolaise.

La production constitutionnelle reste dominée depuis 1960 par des tiraillements entre les tenants des tendances fédéralistes et ceux des tendances unitaristes dans l'articulation verticale des pouvoirs et entre les tenants de régime présidentiel et parlementaire dans l'articulation horizontale des pouvoirs. On aboutit à des textes de compromis accordant une large autonomie aux provinces sous forme de fédéralisme administratif ou composite, assourdi ou annoncé, ou encore de régionalisme constitutionnel mais, dans la pratique, il y a une centralisation constante et rampante.

⁴⁶⁵ Debbasch Ch. Et alii, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, Economica, 1990.

Sur le plan horizontal, on navigue entre le régime parlementaire et le régime présidentiel. Et très souvent, le compromis est trouvé à travers

II. L'ESPOIR D'UN DROIT CONSTITUTIONNEL CONSOLIDÉ

La déclaration de Bamako du novembre 2000 affirme à son article 3-2 que «pour la francophonie, il n'y a pas de mode d'organisation unique de la démocratie et dans le respect des principes universels, les formes d'expression de la démocratie doivent s'inscrire dans les réalités et spécificités historiques, culturelles et sociales de chaque pays ».

En réalité, il ne s'agit pas de la création d'un nouveau droit constitutionnel à travers une sorte de révolution de la pensée constitutionnaliste. L'analyse de la dépense des acteurs fait ressortir une idée fondamentale largement admise. Elle tourne autour de l'édification du constitutionnalisme d'importation qui prene en compte les qualités de l'homme lui-même, qu'il soit gouvernant ou gouverné (⁴⁶⁶). Une autre perception souhaite le dépassement du positivisme qui consiste à tirer des conclusions à l'observation de la simple existence de la règle, et à construire désormais la constitution sur des réalités propres aux sociétés africaines. L'on distinguera ainsi les tenants d'une revitalisation du constitutionalisme occidental (1), de ceux qui militent en faveur d'un constitutionalisme situé (2).

⁴⁶⁶ On avance que « ce qui au fond est essentiel, c'est l'éthique constitutionnelle des gouvernants et des élites; celle-ci est souvent malmenée, mais sans elle, on ne saurait obtenir l'adhésion des gouvernés ni donner une chance au constitutionnalisme et aux valeurs démocratiques et libérales qui Fui confèrent tout son sens », Du Bois De Gaudusson (J.), « Constitution sans culture constitutionnelle», Démocratie et liberté tension, dialogue, confrontation, préc., p.348

II.1. LA REVITALISATION DU CONSTITUTIONNALISME OCCIDENTAL

Il existe une vérité politique et sociologique, incommode pour le juriste positiviste selon laquelle on ne change pas le comportement ou les *habitus* exclusivement avec les normes ou avec l'institutionnalisation de mécanismes qu'ils soient primitifs ou sophistiqués. Le décalage entre la constitution formelle et substantielle, en rend témoignage. Ainsi, l'homme doit être au cœur du phénomène constitutionnel, car derrière chaque institution, ou personne morale, il y a des hommes. C'est pour cette raison que la doctrine met un accent particulier sur l'adhésion aux valeurs de la constitution et la culture démocratique par l'adhésion.

II.1.1. L'adhésion aux valeurs de la Constitution

Le constitutionalisme reste une chimère si, en dehors de la proclamation constitutionnelle de ses principes, les Etats ne reconnaissent ou n'adhèrent pas à ses valeurs.

Dans toute société, il existe un certain nombre de valeurs qui, par l'adhésion qu'elles rencontrent, suscitent la cohésion du groupe. Elles peuvent s'attacher à des qualités physiques, intellectuelles ou morales, qualifier certains types d'activités, se référer au mode de relation des individus les uns avec les autres, caractériser un idéal ou une situation de fait; mais toutes résultent du prix que la mentalité collective attribue à un phénomène ou à une idée. Une société étant un ensemble d'individus qui s'organisent pour suivre un mode de vie donné, le but qui scelle l'association, c'est-à-dire l'ordre social se concrétise dans des conduites qui révèlent les valeurs auxquelles la société considérée est attachée.

L'ordre social désigne le règne de ces valeurs, obtenues par consensus et par soumission à des impératifs qu'elles impliquent. Seulement, ce système d'autorégulation sociale se présente de deux manières. D'une part, il s'exprime par l'existence d'un cadre constitutionnel de contrainte et de sanction qui ne sont que

les conséquences de telle ou telle valeur sociale déterminée, mais qui se réfèrent aux exigences fondamentales du groupe.

La doctrine remarque que si ces considérations d'ordre sociologique permettent de préciser ce qu'une valeur, la notion de valeurs juridiques fondamentales n'est pas étrangère au droit constitutionnel⁴⁶⁷ au point où en France comme en Allemagne par exemple, le juge constitutionnel dégage certains objectifs dits à valeur constitutionnelle, pour larguer l'idée selon laquelle la société politique repose sur des besoins et nécessités, que les constitutions se doivent de résoudre. En fait, les valeurs politiques d'une société correspondent aux exigences, aspirations acceptées et adoptées par la collectivité qui influencent la totalité de ses membres et dirigent leurs comportements. Ce sont les valeurs qui préservent l'unité politique de la collectivité ainsi sa stabilité. Ces valeurs exercent une influence régulatrice, normative sur les individus et sur la collectivité, qui se sentent inconsciemment obligés de les respecter. Il y a là l'existence d'un sentiment de droit et d'une nécessité de droit. La reconnaissance et la protection par les normes juridiques des valeurs politiques, conduit à la notion de valeur juridique. De telle sorte que la doctrine science politiste considère la constitution comme étant la reconnaissance et la protection juridiques la plus élevée des valeurs politiques d'une société donnée, qui, de surcroît leur assure une sécurité.

L'instrumentalisation des constitutions et leur violation en Afrique noire francophone montrent qu'en réalité l'obéissance à la constitution ne résulte pas seulement du fait qu'elle est l'unique norme que l'on adopte et révisé par une procédure spéciale, mais aussi parce qu'elle véhicule les valeurs fondamentales de la société à laquelle les gouvernants et les gouvernés n'ont pas adhéré. C'est pour cette raison que nous sommes tentés de dire que le constitutionnalisme sans valeur constitutionnelle n'est que ruine de la constitution, pour reprendre une formule du Jeans Du

⁴⁶⁷ Adam (A), « Sur les valeurs juridiques fondamentales », in Démocratie et liberté: tension dialogue, confrontation, mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, prec. Pp. 25-37.

Bois De Gaudusson, s'agissant de relation entre le constitutionnalisme et la culture. On comprend ainsi la nécessité pour les Etats d'Afrique noire francophone d'adhérer aux valeurs qui sous-tendent le constitutionnalisme occidental auquel ils ont adhéré. Où sont ces valeurs ? Comment les déterminer?

Les auteurs remontent le cours du temps pour rechercher les sources de la pensée du constitutionnalisme occidental : à la Renaissance et à la Réforme, au Moyen-âge chrétien, à l'Antiquité. Mais les sources idéologiques qui ont eu une influence directe et décisive sur les institutions juridiques contemporaines sont à rechercher dans l'œuvre philosophique des auteurs du siècle de lumières. Parmi les plus connus on cite souvent John Locke, Charles Secondat Baron de la Brède et de Montesquieu et Jean Jacques Rousseau (⁴⁶⁸).

De leurs écrits, le constitutionnalisme a puisé certain nombre de principes dont: la séparation des pouvoirs, la limitation de l'absolutisme, le gouvernement du peuple, le respect des libertés individuelles etc. Il n'est pas question de revenir sur ces principes sur lesquels la doctrine constitutionnelle est très féconde. Il s'agira de retourner aux origines pour expliquer la nécessité de ces principes, leur finalité, en un mot leur valeur. Ces principes ou préceptes d'art politique caractérisent une forme de gouvernement qu'est la démocratie. La démocratie, n'en déplaise au positiviste, est analysé dans cette doctrine comme une valeur morale. L'idée démocratique détourne à son seul profit le prestige de la fonction politique qu'elle remplit. Cette idée est soutenue par la croyance que la constitution tend à l'accomplissement du bien de la collectivité. En cela la démocratie est considérée comme une exigence qui a pour fondement la primordiale valeur de l'homme, que la constitution matérialise et formalise. Ce régime a été successivement compris et appliqué comme un instrument d'aménagement du pouvoir, de liberté, de justice et de bien-être social.

⁴⁶⁸ Voir avec intérêt, Lavroff (D-G.), les grandes étapes des pensées politiques, Paris Dalloz, 1999.

En premier lieu, le constitutionnalisme repose sur l'idée de l'existence d'une constitution, qui reste la norme fondamentale, celle qui est sacrée. Si la constitution présente une importance capitale dans le constitutionnalisme, au point où il fallait instituer un organe pour assurer sa suprématie en cas de violation, c'est qu'elle incarne une valeur. C'est parce que l'on voit en elle un statut formel de l'autorité gouvernementale, le statut fondamental de l'institution étatique. Dans sa fonction idéologique elle permet, selon les auteurs d'identifier l'idée de droit qui sert de soubassement à la société politique (⁴⁶⁹).

Ainsi, instrumentaliser la constitution, c'est déstabiliser l'édifice constitutionnel et l'Etat lui-même.

En second lieu, la démocratie, et par conséquent le constitutionnalisme africain, doit être indissolublement liée à l'idée de liberté. Telle est la position unanimement partagée est défendu dans la littérature constitutionnelle africaine (⁴⁷⁰). Sa définition élémentaire (gouvernement du peuple) n'a ici une importance que si l'on considère ce qu'elle exclut: le pouvoir d'un gouvernant qui ne procéderait pas réellement du peuple, comme c'est le cas en matière de fraudes électorales. Cette idée fait ressortir la démocratie comme un système de gouvernement qui repose sur la liberté dans les relations de commandement à obéissance, inséparable de toute société politiquement organisée

⁴⁶⁹ Friedrich (C.J.), « Le problème du pouvoir », le pouvoir, annale de philosophie politique, 1951, I, pp. 35 et ss.

⁴⁷⁰ Entre autres, Ahanhanzo-Glèle (M.), « Pour un Etat de droit en Afrique », Mélanges offerts à Pierre-François Gonidec, l'Etat moderne Horizon 2000, aspects interne et externe, pp. 185 et ss; Gonidec (P.R), l'Etat de droit en Afrique, le sens des mots » RJPIC, n°1 janvier-avril 1998, pp. 3-32; Conac (G), « La modernisation des droits en Afrique, du droit de l'Etat à l'Etat de droit », un passeur entre les mondes, Mélanges en l'honneur de Michel Alliot, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, pp. 281-306; Vignon (Y.B.), « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines », Revue nigérienne de droit, n°3, décembre 2000, pp.77-135.

⁽⁴⁷¹⁾. Mais, il existe différentes conceptions de cette liberté ⁽⁴⁷²⁾. La démocratie apparaît bien comme le régime de la liberté politique parce que l'autorité est fondée sur la volonté de ceux qu'elle oblige. Entendu ainsi comme un instrument de la liberté, la démocratie véhiculée par le constitutionnalisme apparaît inséparable de la philosophie libérale. Les droits qu'elle protège sont des facultés que l'individu doit à sa nature, il lui appartient de les réaliser. Tout le système gouvernemental des Etats d'Afrique noire francophone doit donc être aménagé de manière que le pouvoir ne puisse traverser cette entreprise.

En troisième lieu, le constitutionnalisme doit être un instrument de justice sur le plan des valeurs. Il vise l'introduction dans la société de la justice qui empêchera la liberté d'être le privilège de quelques uns souvent les gouvernants et leurs protégés. La liberté ici est aperçue comme une conquête que doit réaliser le constitutionnalisme.

Enfin, la démocratie est regardée comme garante du bien-être ⁽⁴⁷³⁾. Il apparaît évident que, dans un monde où la masse des biens consommables est limitée, seul le pouvoir politique pourrait empêcher leur accaparement par des privilégiés au détriment d'une masse démunie. L'objectif de la démocratie est alors d'assurer aux individus ou aux groupes les avantages déjà acquis

⁴⁷¹ La démocratie a été comprise pendant des siècles comme une formule exclusivement politique applicable pour l'explication et l'aménagement des rapports d'autorité et d'obéissance. Historiquement, elle a d'abord été une arme contre le despotisme.

⁴⁷² Celle dont s'est initialement inspirée la démocratie, c'est la liberté considérée comme une prérogative inhérente à tout être humain et grâce à laquelle il doit être en mesure d'assumer son destin c'est la liberté autonome. Or, comme cette autonomie est vulnérable, il faut la protéger contre un danger redoutable que constitue l'arbitraire du pouvoir politique. Ainsi, est née une autre conception de la liberté que l'on appelle la liberté-participation. Elle consiste à associer les gouvernés à l'exercice du pouvoir pour empêcher celui-ci de leur imposer une autorité discrétionnaire.

⁴⁷³ Depuis les théories du Moyen-âge, toutes les spéculations de la science politique reposent sur cet axiome que la puissance publique et le gouvernement qui n'existent que dans l'intérêt de tous les membres de la nation. Voir Esmein (A.), *Elément de droit constitutionnel*, 1927, Tome I, p.31

et de garantir leur participation aux bénéfices résultants de la croissance économique.

On peut tenter une systématisation en considérant que les valeurs juridiques fondamentales du constitutionnalisme concernent d'abord l'interdiction de l'absolutisme et de la présidentialisation à outrance des régimes, la nécessité de résoudre les problèmes politiques par les mécanismes prévus par la constitution, le besoin d'assurer l'alternance au pouvoir par les moyens constitutionnels de dévolutions du pouvoir. Par ailleurs, il existe une responsabilité de la part des gouvernants de préserver la liberté des individus et de renforcer l'Etat de droit. Aussi, il y a-t-il une obligation pour les gouvernés, d'obéir aux gouvernants.

On admet avec la doctrine la reconnaissance de ces valeurs par les constituants africains n'est pas une curiosité. En effet, l'abandon du présidentialisme négro-africain dans les années 1990, qui s'est traduit par l'abrogation des anciennes constitutions, et l'adoption des nouvelles, correspond au rejet des idées qui soutenaient la dictature et à l'acceptation de celles qui fondent de nouvel ordre juridique et politique.

Ce nouvel ordre est conforme au standard démocratique. Ses règles juridiques vectrices de nouvelles valeurs doivent œuvrer au changement du système et le droit constitutionnel nouveau pourra de ce fait être regardé comme le moteur de l'évolution historique dans la mesure où il prescrit des nouveaux comportements et propose des nouvelles perspectives pour le développement des Etats. Mais que valent les valeurs sans leur apprentissage ou la culture?

II.1.2. La culture démocratique par l'éducation

Un auteur pense qu'«au-delà du juridique et du politique même, c'est la culture qui est la meilleure garantie de la bonne application des valeurs et des principes. La culture comme système de valeurs bien assimilées, induisant les attitudes et les

comportements conformes aux exigences des règles juridiques et politiques» ⁽⁴⁷⁴⁾.

Un autre tirait carrément une de ses contributions : « constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme... » ⁽⁴⁷⁵⁾. Un autre encore considère que « *la culture démocratique ne naît pas spontanément au sein du peuple. Un effort doit être fait par des hommes et des femmes attachés à la démocratie pour créer et entretenir cette nécessaire culture démocratique* » ⁽⁴⁷⁶⁾. C'est dire que la doctrine reconnaît la relation entre la culture et la démocratie qui doit nécessairement passer par l'éducation.

La culture politique, c'est un ensemble des attitudes politiques ⁽⁴⁷⁷⁾, c'est-à-dire « *une disposition ou encore une préparation à agir d'une façon plutôt que d'une autre. Elle est la probabilité de l'apparition d'un comportement donné dans un certain type de situation* » ⁽⁴⁷⁸⁾. La sociologie politique distingue trois dimensions de la culture politique à l'une desquelles, les auteurs analysent la nécessité de la culture démocratique en Afrique noire francophone.

La première est cognitive et comporte l'ensemble des connaissances de chaque individu et de la société sur la politique.

⁴⁷⁴ Milacic (S.), *La démocratie politique éclipse par l'Etat de droit* », in Illessy (I.), (dir), constitutionnal conséquences of the Eu Memberships, Université de préc., Faculté de droit, 2005, p.241.

⁴⁷⁵ Du bois De Gaudusson (J.), *Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme : poursuite d'un Dialogue sur une quinze années de transition en Afrique et en Europe*, in *Mélanges en honneur de slobodan Milacic...*, Op.cit., p.339

⁴⁷⁶ HOLO (Th.), *La transition vers la démocratie : le cas du Bénin*, in la consolidation de la démocratie pluraliste en Afrique, actes de la conférence internationale, Dakar 6-9 novembre 1990, Alternative démocratique dans le tiers-monde, revue d'Etudes, de recherches, d'information et d'opinions du CERDET, juillet-décembre 1990, p.134.

⁴⁷⁷ Lancelot (A.), *Les attitudes politiques*, Paris, 1974, pp.6-7.

⁴⁷⁸ Cot (P.), Mounier (J.P.), *Pour une sociologie politique*, Paris, Seuil, Tome III, 1974, pp.15-18. En d'autres termes, le peuple serait médiocre législateur s'il faisait lui-même les lois ou imposait à ses élus le contenu de ses lois. En revanche, le peuple excelle à choisir ses représentants.

Son aboutissement passe par l'éducation de l'homme et la formation du citoyen, perçue comme fondamentales pour l'enracinement de la démocratie libérale. On se souvient en effet que Montesquieu a fondé la nécessité de la démocratie gouvernante ou représentative sur la maxime selon laquelle le peuple serait habile à désigner ses gouvernants mais n'est point apte à gouverner par lui-même, et qu'il fallait des hommes instruits aux préceptes de la démocratie ⁽⁴⁷⁹⁾.

Si cette opinion est critiquable ⁽⁴⁸⁰⁾, on sent cependant l'importance de l'éducation dans la théorie du constitutionnalisme libéral.

Les révolutionnaires français l'ont compris en rendant l'école publique. Selon l'optique libérale, l'éducation ne peut être procurée que par la réforme de l'individu sur lui-même ⁽⁴⁸¹⁾. Mais cet effort doit être accompagné par les pouvoirs publics qui ont la charge de créer à l'individu les conditions nécessaires ⁽⁴⁸²⁾.

⁴⁷⁹ Parce qu'on voit mal sur quelle base le peuple serait capable de faire la différence entre les bons ou les mauvais gouvernants pour établir son choix, si ce n'est sur la connaissance et la maîtrise de la chose politique et puis qu'en stricte théorie en désignant ses gouvernants le peuple se gouverne déjà par lui-même.

⁴⁸⁰ L'individualisme, fondement des théories du siècle des Lumières, permet de considérer que tout doit se faire par l'action individuelle, jusqu'à l'individu lui-même. Et, puisque l'individu est à la fois la fin et le moyen de tout progrès social, il va de soi que celui-ci dépende de l'instrument dont il use. Il ne faut donc pas être surpris du rôle primordial que la doctrine libérale, sous toutes ses formes et à quelque moment qu'on l'envisage de Bentham à L. Say et de Condorcet à Jules Ferry, a toujours reconnu aux questions liées à l'éducation des hommes.

⁴⁸¹ On pourra aussi concevoir avec Stuart Mill que « *la première question à l'égard de toute institution politique est de savoir jusqu'à quel point elle tend à développer chez les membres de la communauté les différentes qualités morales et intellectuelles* », *Le gouvernement représentatif*, 3^{ème} éd., Franc., 1877, p.41.

⁴⁸² Dans son Premier mémoire sur l'instruction publique Condorcet n'écrivait-il pas : « *Plus les hommes sont disposés par l'éducation à raisonner juste, à saisir les vérités qu'on leur présente, à rejeter les crimes dont on veut les rendre victimes, plus aussi une nation qui verrait ainsi les lumières s'accroître de plus en plus et se répandre sur un plus grand nombre d'individus, doit espérer d'obtenir et de conserver de bonnes lois, une administration sage et*

Le rôle de l'Etat en Afrique se trouve conforté car l'intrusion de la démocratie libérale dans les institutions politiques met en relief la nécessité pour le régime, d'avoir non seulement des hommes à sa mesure, mais particulièrement, ce type d'hommes qu'est le citoyen. Pour preuve, sous la révolution, les théoriciens de la démocratie représentative l'avaient conçue à partir de cette vertu unique qu'est le civisme (⁴⁸³).

Aussi, l'idée maîtresse de la démocratie libérale est que l'éducation est le compliment du suffrage universel, pour éviter d'une part aux candidats de présenter des programmes de société creux et vides, et d'autre part aux électeurs de procéder à des choix qui ont pour fondement tout sauf l'intérêt ou l'évolution de la société, tous ces venins de l'élection asphyxient les démocraties d'Afrique noire francophone (⁴⁸⁴). On ne fait des citoyens qu'avec des hommes et des hommes qu'avec l'éducation de la démocratie. C'est admettre que la démocratie est impossible si l'individu demeure à l'état brut. Et l'on comprend le thème commun aux innombrables discours, livres et combats consacrés ou livrés à l'éducation dans la démocratie, en ce sens qu'elle élève l'individu à la conscience du rôle où l'appellent les institutions démocratiques en sa double qualité de citoyen gouvernant ou citoyen gouverné.

Qu'on revisite à cet égard, les propos d'une communauté de pensée, ou Stuart Mill et Alexis de Tocqueville appellent les

une constitution libre...C'est donc un devoir à la société d'offrir à tous les moyens d'acquérir les connaissances auxquelles la force de leur intelligence et le temps qu'ils peuvent employer à s'instruire leur permettent d'attendre... »

⁴⁸³ Le professeur Théodore Holo faisait remarquer que « *aussi, dans un contexte de pluralisme, la compétition pour la fonction présidentielle est-elle très âpre. En raison de la perte d'influence des idéologies et de l'absence d'une véritable culture politique, le choix des gouvernants s'effectue bien souvent selon, non pas la crédibilité et la qualité du projet de société des candidats en lice mais plutôt l'état de leur fortune et leur générosité à l'égard des électeurs... »*, In « *Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ?... »*, prec., p.36

⁴⁸⁴ Vachelot, *la démocratie*, 1860, p.33

gouvernants à leur responsabilité⁽⁴⁸⁵⁾. Mais cette éducation ne se suffit pas à elle-même, elle doit reposer sur un autre élément de la culture non moins important.

La seconde dimension de la culture politique est affective. Elle représente la charge affective que porte toute valeur sociale qui détermine l'attitude de l'individu par rapport aux exigences requises par le système ainsi que dans ses rapports avec les acteurs de la sphère politique.

De ce point de vue, l'on doit combattre les thèses négatrices sur la possibilité pour l'Afrique d'appliquer les principes de démocratie⁽⁴⁸⁶⁾. D'abord cette spécificité culturelle ne saurait

⁴⁸⁵ « La valeur d'un Etat à la longue, c'est la valeur des individus qui le composent, et un Etat qui préfère à l'expansion et à l'évolution intellectuelle des individus, un semblant d'habileté administrative dans le détail des affaires ; un Etat qui rapetisse les hommes, afin qu'ils puissent être entre ses mains les instruments dociles de ses projets (même bienfaisants), s'apercevra qu'on ne peut faire de grandes choses avec les petits hommes et que la perfection de mécanisme à laquelle il a tout sacrifié finira par ne lui servir de rien, faute du pouvoir vital qu'il lui a plus de proscrire pour faciliter le jeu de la machine ». La liberté, 1864; « On dirait que les souverains de notre temps ne cherchent qu'avec les hommes des choses grandes. Je voudrais qu'ils songeassent un peu plus à faire de grands hommes ; qu'ils attachent moins de prix à l'œuvre et plus à l'ouvrier et qu'ils se souvinsent sans cesse qu'une nation ne peut rester longtemps forte quand chaque homme y est individuellement faible et qu'on a point encore trouvé de formes sociales ni de combinaisons politiques qui puissent faire un peuple énergique en le composant de citoyens pusillanimes et mous », De la Démocratie en Amérique, T., I., 4^{ème} Partie, Chap., 7, p.449.

⁴⁸⁶ L'idée selon laquelle, la démocratie constitutionnelle, en tant qu'institution typiquement occidentale n'est pas adaptée aux pays du Tiers-monde en général et à l'Afrique en particulier remonte aux années 1960 et se recrutent aussi bien dans la doctrine que les dans les milieux politiques. Elle fait essentiellement de la spécificité culturelle, sur la conception du pouvoir dans la tradition des Etats africains qui serait sacré et personnel, ainsi que sur la nécessité du développement et de l'unité, pour dénier aux nouveaux Etats leur aptitude à la démocratie, les conduisant ainsi vers la dictature. Pour une présentation de cette thèse qui n'emporte pas forcément adhésion des auteurs ici référencés voir entre autres : Mair (L.), Primitive Government, Londres, Penguin Books, 1962 ; Gillissen (J.), Introduction historique au droit, Bruxelles, Bruylant, 1979 ; Gonidec (P.F.), L'Etat africain, Paris, LGDJ, 1970 ; Lombard (J.), Structures de type féodal en Afrique noire, Paris, Mouton, 1965 ; Le Roy (E.),

être admise à cause de ses sous-entendus, celui de l'agonie sociale, du repli sur soi, du Nègre qui ne peut suivre l'évolution universelle parce qu'il est Nègre (⁴⁸⁷).

Ainsi cette spécificité culturelle ne saurait s'entendre du cramponnement des Etats africains à des traditions politiques qui serait immuable, ou momifiées. Dans la nature même des choses, toute culture est appelée à évoluer au contact avec d'autres cultures fussent-elles impérialistes. Ensuite, cette spécificité culturelle n'est pas automatiquement contraire ni à l'Etat de droit ni à la démocratie, comme on l'a souvent pensé. Pour preuve, il convient de remonter un peu dans l'Afrique précoloniale notamment dans l'analyse sommaire des valeurs qui gouvernent les institutions politiques de l'époque (⁴⁸⁸).

La notion de pluralisme ne saurait être ignorée en Afrique, puisqu'elle est essentiellement plurale du point de vue des peuples et des ethnies (⁴⁸⁹).

Par ailleurs, indépendamment des formes qu'elles peuvent revêtir, ces sociétés sont gouvernées par des mécanismes qui oscillaient entre centralisation et diffusion du pouvoir. Ce dernier mécanisme atteste de l'idée de la séparation des pouvoirs (⁴⁹⁰).

Histoire des institutions politiques d'Afrique noire. Cours enseigné à l'université de Brazzaville, 1970-1971, inédit, Revue et corrigé, Paris, LAJ, 1979-1980 ; Coquery-Vidrovitch (C.), « Les structures et le village africain précolonial », in Coloque organisé par le CEJA de Paris, 1989, p.8 et ss. (Dactyl) ; Glèlè-Ahanhanzo (M.), Religion, Culture et pouvoir en Afrique, Présence Africaine, Cotonou, 1991 ; Emerson (R.), 'Parties and National Integration in africa', in Lapalombara (P.)/Weiner (M.), Political Parties and Political Development, Ed., Princeton, New Jersey, PUP, 1966, pp.296 et ss ; Hamon (L.), « Société, pouvoir, et armée dans le tiers-monde », RJPIC, n°2, avril-juin 1980, pp.526 et Ss.

⁴⁸⁷ Mongo (B.), « Identité et tradition, in Michaud (G.), *Négritude : tradition et développement*, Bruxelles, éd., Complexes, 1978, pp.18 et Ss.

⁴⁸⁸ Cheik Anta Diop, l'Afrique noire précoloniale, présence africaine, 1987, Potholm (ch.P.), la politique africaine : Théories et pratiques, Paris, Economica, 1981.

⁴⁸⁹ Cfr. II-B-1

⁴⁹⁰ Dans la majorité des cas, les Africains considéraient la société comme une communauté dont l'autorité dirigeante avait pour mission de promouvoir le

Plus significative, l'idée de la soumission du pouvoir à une valeur fondamentale, transcendante, qui limite ce pouvoir (et qu'on appelle constitution en occident), n'était pas ignorée. Maurice Kanto a magistralement démontré, qu'en Afrique précoloniale, le pouvoir était sacré, que le droit est la production sacrée d'un pouvoir lui-même sacré ; que le cadre de la cosmogonie de l'ordre juridique était fondé sur le mythe, qui fondait un ordre transcendant auquel on pouvait accorder une « *valeur constitutionnelle* » et qui était au-dessus du pouvoir.

Ainsi, sur le plan matériel, les grands principes du constitutionnalisme occidental étaient connus en Afrique, et fondés sur la tradition, ce qui pourrait la rapprocher du constitutionnalisme anglais classique. Mais la dernière interrogation est de savoir leur importance en termes de hiérarchie des valeurs.

Une autre exigence de la culture politique est dite évaluative. Elle comprend les jugements portés sur les phénomènes par une référence à une échelle des valeurs hiérarchisées. Il résulte d'une analyse des cycles constitutionnels en Afrique noire francophone que depuis les indépendances jusqu'à nos jours, les peuples africains n'ont jamais cessé d'être à la quête de la liberté, de l'Etat de droit, de la démocratie, aussi bien dans le milieu intellectuel que politique comme en témoignent d'ailleurs, les préambules des différentes constitutions, même celles de l'époque de la dictature, une sorte d'hommage du vice à la vertu.

En tout cas, dans un monde en pleine évolution, la doctrine invite à creuser l'idée de constitution en Afrique et se demande si le

bien commun et dont les chefs étaient directement liés au peuple qu'ils conduisaient. Un proverbe africain met clairement l'accent sur cette analyse : « *le roi ou le chef était juridiquement assujéti à la société qu'il dirigeait et pouvait être déposé en cas d'agissements nuisibles ou d'incapacité. Le roi ou le chef ne pouvait pas non plus espérer que le fait d'exercer la magistrature suprême l'aiderait à se maintenir longtemps au pouvoir si son comportement était entièrement irresponsable ou arbitraire. Voir Marquet (J.), Pouvoir et société en Afrique, Paris, Hachette, 1971.*

modernisme constitutionnel ne devrait pas se conjuguer avec la prise en compte institutionnelle des réalités.

II.2. Le constitutionnalisme situé

Une autre idée qui transparaît dans les écrits, milite en faveur de ce que le constitutionnalisme en Afrique soit teinté d'une originalité qui permette la création de systèmes politiques propres et enracinés dans le passé de l'Afrique, au risque de se trouver « *décervelé* », selon la formule de Kizerbo⁽⁴⁹¹⁾. Les deux réalités aujourd'hui indexées et considérées par la doctrine comme des parias constitutionnels à reconsidérer sont, d'une part, la nature non unitaire de l'Etat (1), et d'autre part, l'armée (2).

II.2.1. La prise en compte de la nature non unitaire de l'Etat

On a toujours estimé que le constitutionnalisme occidental ne pouvait s'épanouir que dans le cadre d'une organisation homogène, fondée sur l'idée de l'Etat-nation. Or, c'est la pluralité culturelle qui caractérise la société politique africaine, comme l'observent les acteurs⁽⁴⁹²⁾. La société plurale est un groupement dont les « *membres sont divisés en catégories ou groupes en fonction de facteurs tels que la langue, la race, l'appartenance ethnique, la communauté de départ ou d'origine, la religion, les institutions sociales, spécifique ou la culture* »⁽⁴⁹³⁾. Les Etats africains indépendants, pouvaient-ils tenir compte de cette réalité ou devraient-ils fermer les yeux et adopter la logique constitutionnelle de l'occident ? C'est cette seconde solution qui a été retenue⁽⁴⁹⁴⁾, car, depuis 1960, le texte fondamental des

⁴⁹¹ L'auteur remarque que le respect de la norme fondamentale transcendante est source de la légalité et facteur de la légitimité du pouvoir qui passe par le respect de la norme du groupe, et sa transgression est la cause de la déchéance du pouvoir, *Pouvoir et devoir en Afrique noire*. Essai sur les fondements du constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone, préc., pp.75 et ss.

⁴⁹² Chrétien (J.P.), Prunier (G.), (Dir.), *Les ethnies ont une histoire*, Paris, Karthala, 1989 ; Ruano/Borbala (J.C.), (coord.). *L'identité*, Paris, éd. Sciences humaines, 1998.

⁴⁹³ Smith (M.G), « *Pluralisme, violences et l'Etat moderne : une typologie* », *l'Etat pluriel*, Paris, Economica, 1985, p.207.

⁴⁹⁴ Badie (B.), *L'Etat importé*, Paris, Fayard, 1992.

nouveaux Etats africains proclame les principes de l'Etat-nation ⁽⁴⁹⁵⁾.

En fait, la réalité plurale les a vite rattrapés, puisque le basculement vers le second cycle constitutionnel y trouvait sa justification. En effet, même si cette spécificité n'est pas directement reconnue dans la constitution. Le présidentielisme négro-africain, le pouvoir fort, et surtout le parti unique avaient pour objectifs la réalisation de l'unité nationale et formellement ignorés, même dans les textes du renouveau démocratique, sauf dans le rares cas, comme au Bénin, alors que le système politique depuis les indépendances a toujours fonctionné avec le baromètre de ces interdits constitutionnels ⁽⁴⁹⁶⁾. Mais, par suite de l'échec des régimes autoritaires militaires ⁽⁴⁹⁷⁾ et du parti unique ⁽⁴⁹⁸⁾, dans la réaction de la nation, les voix de la doctrine (constitutionnalistes et sciences politiques) deviennent plus sonores en vue de l'adaptation positive des institutions constitutionnelles à ces réalités ⁽⁴⁹⁹⁾.

La question n'étant évidemment plus de s'appesantir sur l'étude de la nature de la société politique africaine ⁽⁵⁰⁰⁾, il fallait penser,

⁴⁹⁵ Luc Sindjoun avance que « généralement, la notion de sociétés plures à peine mentionnée déclenche une avenacé d'image reflétant la division, les clivages et la séparation », surtout que la communauté politique issue d'un processus d'unité, s'est traduite par l'existence de l'Etat-nation, « *La démocratie est-elle soluble dans le pluralisme ?* », préc., p.5

⁴⁹⁶Coulon (C.), « *Les dynamiques de l'ethnicité en Afrique noire* », In Birnbaum (P.), dir., *Sociologie des nationalisme*, Paris, PUF, 1995, pp. 135-141.

⁴⁹⁷Lavroff (D.G.), « *Les régimes militaires et le développement politique en Afrique noire* », RFSP, vol. XXII, n°5, 1972, pp.973-991.

⁴⁹⁸ Mahiou (A), *L'avènement du parti unique en Afrique noire : l'expérience des Etats d'expression française*, Paris, LGDJ, 1969.

⁴⁹⁹Voire entre autres, Sindjoun (L.), « *La démocratie est-elles soluble dans le pluralisme culturel ?* Eléments pour discussion politiste de la démocratie dans les sociétés plures », Colloque International Francophonie-Commonwealth, Démocratie et sociétés plurielles, Yaoundé, 24-26 janvier 2000.

⁵⁰⁰En effet, comme le rappelait Ahadzi-Nonou Koffi, « *La doctrine spécialisée a, à juste titre, beaucoup glosé sur le caractère artificiel des Etats, négro-africains issus de la colonisation dans les années 1960 et le caractère ethniquement composite de leurs populations* », In « *Réflexions sur un tabou*

à l'instar des Etats d'Europe de l'Est (⁵⁰¹), la réconciliation du droit constitutionnel écrit et la réalité politique et sociologique. En cela, il faut que par la disposition des choses, l'ethnie arrête l'ethnie.

Sans renier l'instrumentalisation de l'ethnie par exemple (⁵⁰²), ainsi que les conséquences désastreuses sur la stabilité de l'Etat, cette doctrine affirme que le pluralisme n'est pas rédhibitoire à l'existence de la démocratie. Les auteurs commencent d'abord par démutiser l'Etat-nation en démontrant que les sociétés politiques occidentales sont-elles marquées du sceau de la pluralité, de l'hétérogénéité. Suivant la philosophie de Jürgen Habermas (⁵⁰³), la société plurielle peut constituer une communauté politique à condition de la fonder sur l'égalité des droits de chacune de ses composantes, même si l'atteint de cet objectif passe par les discriminations positives.

Après ce postulat, pour accorder la démocratie dans une société plurielle où la diversité est le critère déterminant, c'est Jean-Leca qui pense à une « *technique de domestication et de contrôle de la*

du constitutionnalisme négro-africain : « *Le tribalisme* » les voyages du droit, Mélanges Breillat en l'honneur de Dominique, préc., pp. 19 et svtes. Sur cette question, voir par exemple, Amselle (J.L.), Mbokolo (E.), *Au cœur de l'ethnie, Ethnies tribalisme et Etat en Afrique*, Paris, La Découverte, 1985 ; Ahadzi-Nonou (K.), « *Réflexion sur la notion de peuple* », APJ, Janvier-juin 2002, n°1, pp.86 et ss.

⁵⁰¹ Bidegaray (C.), dir., *Europe occidentale : le mirage séparatiste*, Paris, Economica, 1997, *l'Etat autonome : forme nouvelle ou transitoire en Europe ?* Paris, Economica, 1994 ; Milacic (S.), « *Le devenir des Etats fédéraux disloqués : la problématique de l'Est nouveau* », *Le devenir des Etats : Souveraineté, Intégration*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1995, pp.153-211, « *La démocratie malade du consensus, pour une utopie réaliste autour d'Edgard Morin* », Chateaufallon, Arlea, 1996, pp.93-115

⁵⁰² Bigombe Logo (P.), « *Changement politique et dynamique d'instrumentalisation de l'ethnicité Kirdi* », in Sindjoun (L.), *La révolution passive au Cameroun*, préc., 1999, pp.231-268/Chrétien (J.P.), *Le défi de l'ethnie au Rwanda et au Burundi, 1990-1996*, Paris, Karthala, 1997, Médard (C.I.), « *Les conflits ethniques au Kenya : une question de votes ou de lettres ?* » *Afrique Contemporaine*, n°180, 1996, pp.62-74.

⁵⁰³ *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998, pp.70-90.

guerre sociale par la soumission à un gouvernement qui a pour objet de faire admettre une représentation collective du corps social aux parties toujours potentielles (et réellement) en conflit » ⁽⁵⁰⁴⁾.

Enfin, la doctrine peut déduire, qu'à l'épreuve de la démocratie, le pluralisme amène à prendre en compte la société politique à deux niveaux : un premier niveau, la base qui reflétera les différences et un second niveau où celles-ci doivent se conjuguer l'intérêt de la communauté politique.

Pour respecter ce schéma, certaines propositions ont été faites. Pour les uns, la reconstruction du droit constitutionnel en Afrique, en ce qui concerne l'Etat, passe par le modèle fédéral qui prend en compte l'autonomie des groupements ethniques, leur participation, et la rotation au niveau du pouvoir exécutif ⁽⁵⁰⁵⁾, au regard du nombre pléthorique d'ethnies, de langues que l'on peut dénombrer dans un Etat.

C'est pour cette raison, que pour d'autres, tout en adhérant au regroupement et à l'autonomie des ethnies à la base, il convient de procéder à la cogestion de l'exécutif. Le chef de l'Etat sera élu mais il formera un gouvernement de coalition, d'union nationale ⁽⁵⁰⁶⁾, qui prendrait en compte la règle de la proportionnalité dans le cadre des nominations politiques et de la représentation politique ⁽⁵⁰⁷⁾.

En fait, ce qui est certain, c'est qu'il faut assurer l'unité dans la diversité, en constitutionnalisant la seconde. En cela, la recherche du compromis, la concurrence entre partis politiques, entre

⁵⁰⁴ « *Perspectives démocratiques* », Les démocraties sont-elles gouvernables ? préc. ? p.15

⁵⁰⁵ Pambou Tchivounda (G.), *Essai sur l'Etat africain post-colonial*, Paris, LDGJ, 1982, pp.94-102.

⁵⁰⁶ Sindjoun (L.), « *Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou en reconstruction* », In *Démocratie et liberté, dialogue, confrontation*, Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, préc., pp.967-1011

⁵⁰⁷ Voir Lipjhart (A.), *Consociational Democracy*, World Politics, 1969.

tendances dissemblables, sont des principes tout aussi importants que la séparation des pouvoirs, la limitation du pouvoir par la constitution, dans l'option de l'affermissement de l'Etat de droit, que doit par ailleurs respecter l'armée, qui du reste mérite un nouvel encadrement.

II.2.2. L'encadrement de l'armée

La position dominante milite en faveur d'une politisation de l'armée, c'est-à-dire la mise à l'écart de cette constitution des questions politiques dans le respect du principe de sa soumission au pouvoir politique. La fin des coups d'Etat militaires doit donc être sifflée et les militaires ne doivent plus s'introduire en politique sous couvert d'une légitimité octroyée par un service messianique de salut public. Pour y arriver, l'on propose certains antidotes aux coups d'Etat militaires ⁽⁵⁰⁸⁾.

La première est le renforcement des autres institutions constitutionnelles, et surtout la redéfinition des conditions d'élections démocratiques. En effet, pour que les coups d'Etats ne soient qu'un mauvais souvenir, il faut que les gouvernants soient issus d'élections libres, transparentes, et régulières ; que l'exercice du pouvoir soit démocratique en évitant d'instrumentaliser les contre-pouvoirs, notamment la justice et surtout les juridictions constitutionnelles, en se regardant aussi de tripatouiller la loi fondamentale et le code électoral en vue d'empêcher toute possibilité d'alternance ⁽⁵⁰⁹⁾. On voit donc bien que la première responsabilité incombe au pouvoir politique lui-même, qui doit chercher à se renforcer et à se rendre capable d'assumer son rôle : pacifier la société en recourant aux règles contenues dans la constitution. Le gouvernement civil doit donc respecter lui-même la loi et les libertés, et éviter de transformer la démocratie en un instrument de « répression » des forces sociales.

⁵⁰⁸ Vignon (Y.), « *Le coup d'Etat en Afrique noire francophone* », préc. pp.617-620, Benghemane (M.), *Les coups d'Etat prétorien au Sud du Sahara*, Toulouse, Presses de l'IEP, 1990 ; Aboudou-Salami (M.S.), « *Démocratie et coup d'Etat en Afrique* », Revue Nigérienne de Droit, n°5, 2003, pp.9-55.

⁵⁰⁹ Idem

De ce renforcement des institutions civiles, va dépendre le second remède : le rétablissement de la soumission de l'armée. On sait bien qu'une autorité qui est soutenue ou portée au pouvoir par l'institution militaire est obligée de lui faire allégeance, ne serait-ce que pour respecter le devoir de gratitude, par crainte d'être désinvestie du pouvoir. C'est pour cette raison que la subordination du pouvoir militaire ne peut s'opérer qu'en démocratie, où le faiseur de roi est le peuple, une autorité civile. En fait, l'institution militaire en se soumettant à l'organe civil, obéit directement au peuple qui investit cet organe de cette onction de légitimité. C'est la raison pour laquelle l'exécutif dispose de la force armée, et le plus souvent c'est le chef de l'Etat qui est le commandant en chef des armées, non pas du fait de ses relations personnelles ou partisans avec cette soumission que l'armée sera réellement républicaine.

Aussi, la nomination des Généraux ou Hauts officiers aux grands postes de responsabilité par l'exécution, ne pourra intervenir qu'avec l'avis conforme du législatif, ce qui permettra d'atténuer les risques des relations trop personnelles avec le premier.

La troisième thérapie peut être recherchée dans la redéfinition des missions de l'armée. Même si de par le passé très lointain, les gouvernants ont cherché défendre leur pouvoir thomiste par le recours à l'armée, il est clair que de nos jours, les fonctions de cette institution ont évolué du moins avec l'apparition de l'Etat libéral. L'armée doit sauvegarder l'intégrité territoriale, les frontières de l'Etat contre l'agression externe, et même si elle doit protéger les institutions, elle ne le fait que par rapport à l'extérieur. La protection de sécurité de l'Etat, de sa souveraineté, de son indépendance est un devoir sacré de l'armée. C'est pour cette raison qu'elle doit rester dans les casernes et ne peut sortir que si ces éléments sont en jeu. Mais tout ceci est aussi l'affaire d'éducation et d'établissement de lois de programmation militaire avec des objectifs clairs. On sait aussi que le militaire est un citoyen pas comme les autres, mais un citoyen quand même, qui peut ressentir des fluctuations inhérentes à la gestion de l'Etat. Justement, c'est parce qu'il possède les armes, qu'on

lui interdit de revendiquer ses droits comme le citoyen normal mais en fin de ne pas couper les points entre ce corps et le gouvernant civil, on pourra également imaginer l'institution d'un médiateur militaire, qui fera les liens entre les deux institutions. Sa mission sera d'alerter le gouvernement et de trouver des solutions pacifiques aux problèmes de l'armée, car comme on le sait, les coups d'Etat naissent bien souvent de certaines rancœurs et amertumes.

Et si ces antidotes n'arrivaient pas à guérir le mal ? Devons-nous franchir le cap, en ne considérant plus l'armée comme une institution apolitique ? Doit-on avoir peur de l'armée en politique ? Même si la doctrine ne s'est pas encore clairement prononcée sur le dépassement de ce qui reste encore de nos jours un tabou, il nous semble important de réfléchir sur le possible encadrement de l'intervention du pouvoir militaire dans la politique. Comme on a pu réglementer « *la dictature de circonstance* » c'est-à-dire le pouvoir exceptionnel de l'exécutif, ou bien le droit à la désobéissance civile, on pourra imaginer une intrusion de l'armée, sur demande des autres institutions de la république, lorsqu'un organe constitutionnel bloque gravement le fonctionnement régulier des institutions et met en danger l'Etat et la démocratie, surtout en Afrique. Encore une fois, le problème n'est pas totalement résolu, puisque tout est affaire d'interprétation. Mais, le mérite de cette solution résiderait peut être dans l'obligation pour l'armée de respecter une procédure juridique, plutôt que d'intervenir *ex abrupto* dans le débat politique sans aucune justification valable, et souvent même pour des intérêts partisans de quelques Généraux. Un contrat social autour de cette question fixera ainsi des limites surtout si l'on sait la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du chef de l'Etat ou du devoir de désobéissance civile, est inhabituelle.

CONCLUSION

La faiblesse de la juridicisation du jeu politique africain ou son évitement aboutit à la prévalence de la violence comme mode de régulation et de pacification du pouvoir politique. On observe globalement la « *difficulté d'être du droit en Afrique* » : des déformations, des contorsions ou la paralysie du droit. Les textes constitutionnels sont très souvent « *des papiers-documents* » ou des feuilles de vigne incapables de cacher la violence d'un pouvoir très souvent nu. Ainsi, les institutions politiques mises sur pied par la Loi Fondamentale du 19 mai 1960 ont évolué dans un contexte de troubles et de crises multiples qui ont éclaté quelques jours seulement après les festivités organisées à l'occasion de l'accession du Congo à l'indépendance ⁽⁵¹⁰⁾.

Le Congo devint le théâtre de mutineries, sécessions, rébellions, de crises politiques et institutionnelles à répétition. Le bel édifice construit par la conférence de la Table ronde et parachevé par le Parlement belge n'a pu résister aux tensions et pressions qu'il couvait en son sein. En effet, on aboutit à l'institutionnalisation de la violence à partir du moment où les mécanismes constitutionnels ne permettent pas d'obtenir par le droit des changements et la satisfaction des attentes : l seule issue est le recours à la violence ⁽⁵¹¹⁾.

Le Congo est une terre des conflictualités, guerres, rébellions, insurrections, complots, assassinats, répressions massives, mouvements sociaux, grèves, villes mortes, désobéissances, contestations postélectorales, etc. Sur les quatre chefs d'Etat qui ont dirigé le Congo, le premier est mort en exil intérieur, le deuxième est mort en exil extérieur, le troisième est mort assassiné dans son palais ⁽⁵¹²⁾.

⁵¹⁰ DJOLI ESENG'EKELI J., *Droit constitutionnel : l'expérience congolaise*, Tome II, Edition Espérance, 2023, p.31

⁵¹¹ GONIDEC P.F., *Les systèmes politiques africains*, Paris, LGDJ, 1971, p.309, cité par DJOLI ESENG'EKELI J., *Droit constitutionnel : l'expérience congolaise*, Tome II, Edition Espérance, 2023, p.32

⁵¹² DJOLI ESENG'EKELI J., *Droit constitutionnel : l'expérience congolaise*, Op.cit., p.32

BIBLIOGRAPHIE

- 1) BORIS MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », RDP 1928, vol. 45.
- 2) BRETON (J.-M.), « L'évolution historique du constitutionnalisme africain : Cohérences et incohérences », Recht in Afrika, Zeitschrift der Gesellschaft für Africanisches Recht, Köhln, 2003.
- 3) DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), « Trente ans d'institutions constitutionnelles et politiques : Points de repères et interrogatoires », In ALIBERT (J.), DU BOIS DE GAUDISSON (J.) (Dir.), Trente années d'Afrique, Afrique Contemporaine, n°164, octobre/Décembre 1992.
- 4) LOUIS FAVOREU, AHADZI (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain », préc. Babacar, Paris, Dalloz, 2007.
- 5) PIETERMAAT-KROS (M.), « Vers la renaissance du constitutionnalisme en Afrique, Dakar, Gorée Institute, 1998.
- 6) BERGEL, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, Méthode du droit, 2012.
- 7) Maus (D.) « Où en est le droit constitutionnel ? », Mouvement du droit public, Mélanges Franc Moderne, Paris, Dalloz, 2004.
- 8) CUBERTAFOND (B), « Souveraineté en crise », RDP, 1989, n°5.
- 9) JOSEPH OWONA, Droit constitutionnel et régimes politiques africains, Paris, Berger Levraut Collection Mondes en devenir, 1985.
- 10) RICŒUR P., « La symbolique du mal », cité par Moleka L., La poétique de la liberté dans la réflexion éthique de Paul Ricœur, L'Harmattan, Paris, 2005.
- 11) DELPEREE, F. « Réflexions de l'étranger sur le projet de Constitution de la IIIème République du Zaïre », Rév. de Dr., Afric, n°2, Bruxelles, Avril, 1997.
- 12) CONAC G., Le juge constitutionnel en Afrique Censeur ou Pédagogie », In Les Cours Suprêmes en Afrique, Economica, Paris, 1989.

- 13) MBAYA NGANG, Droit constitutionnel et tradicentrisme des institutions politiques de 1960-1997, Kinshasa, Ergo sum, 1997.
- 14) DEBBASCH Ch. Et alii, Droit constitutionnel et Institutions politiques, Paris, Economica, 1990.
- 15) ADAM (A), «Sur les valeurs juridiques fondamentales », In Démocratie et liberté: tension dialogue, confrontation, mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, prec..
- 16) LAVROFF (D-G.), les grandes étapes des pensées politiques, Paris Dalloz, 1999.
- 17) FRIEDRICH (C.J.), « Le problème du pouvoir », le pouvoir, annale de philosophie politique, 1951.
- 18) AHANHANZO-GLELE (M.), « Pour un Etat de droit en Afrique », Mélanges offerts à Pierre-François Gonidec, l'Etat moderne Horizon 2000, aspects interne et externe.
- 19) GONIDEC (P.R), L'Etat de droit en Afrique, le sens des mots » RJPIC, n°1 janvier-avril 1998.
- 20) CONAC (G.), « La modernisation des droits en Afrique, du droit de l'Etat à l'Etat de droit », un passeur entre les mondes, Mélanges en l'honneur de Michel Alliot, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000,
- 21) VIGNON (Y.B.), « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines», Revue nigérienne de droit, n°3, décembre 2000.
- 22) ESMEIN (A.), Elément de droit constitutionnel, 1927.
- 23) MILACIC (S.), La démocratie politique éclipse par l'Etat de droit », In Illessy (I.), (dir), constitutionnal conséquences of the Eu Membreships, Université de préc., Faculté de droit, 2005.
- 24) DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme : poursuite d'un Dialogue sur une quinze années de transition en Afrique et en Europe, in Mélanges en honneur de Slobodan Milacic...,
- 25) COT (P.), MOUNIER (J.P.), Pour une sociologie politique, Paris, Seuil, Tome III, 1974.

- 26) GILLISSEN (J.), Introduction historique au droit, Bruxelles, Bruylant, 1979.
- 27) GONIDEC (P.F.), L'Etat africain, Paris, LGDJ, 1970.
- 28) LOMBARD (J.), Structures de type féodal en Afrique noire, Paris, Mouton, 1965.
- 29) LE ROY (E.), Histoire des institutions politiques d'Afrique noire. Cours enseigné à l'Université de Brazzaville, 1970-1971.
- 30) COQUERY-VIDROVITCH (C.), « Les structures et le village africain précolonial », In Colloque organisé par le CEJA de Paris, 1989.