

La fundamentalité dans la Constitution congolaise et l'exigence d'une protection juridique spéciale

L'introduction

En droit positif, la Constitution d'un État est une loi fondamentale du fait qu'elle ne résulte d'aucune norme, mais que toutes les règles en découlent et doivent lui être conformes. Sur cette base, toutes les dispositions constitutionnelles sont fondamentales. Néanmoins, on trouve dans la Constitution congolaise (ci-après : la Constitution) des expressions telles que « principes fondamentaux¹ », « droits fondamentaux² » et « libertés fondamentales³ », voire garanties fondamentales⁴. Ces expressions suggèrent l'existence d'une fundamentalité différente de celle que confère la simple appartenance au texte constitutionnel. Cette fundamentalité peut fonder une certaine hiérarchie normative interne la Constitution et requérir une protection juridique spéciale. L'étude de cette problématique exige d'abord de définir la notion même de fundamentalité et d'en déterminer les critères.

I. La notion de fundamentalité

La fundamentalité est la propriété de ce qui est fondamental. Est fondamental ce qui est à la base, aux fondements d'un système juridique. C'est son socle, ce sans quoi, il ne

¹ Art. 47 al. 2; 61.

² Art. 150 .

³ Titre II .

⁴ Art. 122, ch. 1. À noter que les garanties fondamentales qui ne sont pas définies par la Constitution peuvent être entendues comme des dispositions que doivent prendre les organes étatiques pour permettre aux citoyens d'exercer leurs libertés publiques. En vertu du mandat accordé au législateur, ces garanties doivent être prévues dans une loi. Elles ne concernent pas notre propos ici.

tiendrait pas⁵. C'est pourquoi, le fondamental est également primordial chronologiquement et axiologiquement. Ainsi compris, le fondamental peut être considéré comme d'origine fictivement présociale et méta-sociétale, c'est-à-dire non octroyé, mais reconnu par la société. C'est donc l'interprétation des normes qui permet d'établir la fundamentalité. Celle-ci peut être perçue sous l'angle formel ou matériel.

1. La fundamentalité formelle

La fundamentalité formelle est la caractéristique des dispositions constitutionnelles ou internationales. Elle implique à leur bénéfice une certaine permanence qui n'est pas variable en fonction des gouvernements. En effet, il est procéduralement plus compliqué de réviser légitimement une Constitution ou de revenir sur un traité que de modifier une loi.

La fundamentalité formelle équivaut donc à la "constitutionnalité" et à l'"internationalité"⁶. Aussi, les droits, les libertés et les principes fondamentaux sont-ils ceux qui figurent dans la Constitution ou dans un traité international, et non dans un acte inférieur, fût-il législatif⁷.

Toutefois, certaines dispositions constitutionnelles ont un contenu normatif pouvant être considéré comme jouissant d'une autre fundamentalité.

2. La fundamentalité matérielle

La fundamentalité matérielle ou substantielle résulte du contenu d'une disposition indépendamment de sa forme. Les normes fondamentales peuvent être dans la Constitution, dans la loi ou dans un traité international. Dans la Constitution, en effet, pour ne parler que d'elle, il existe des normes qui ont une portée plus large que d'autres et/ou dont la généralité et l'abstraction sont telles qu'elles ne sont applicables que par le

⁵ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^e éd., Quadrige, Paris 2011, *verbo* "fondamental".

⁶ Denis ALLAND / Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-PUF, Paris 2003, *verbo* "fundamentalité".

⁷ Xavier BIOY, *Droits fondamentaux et des libertés publiques*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris 2011, p. 101-102. Sur la critique de la thèse formelle, p. 102-103.

biais d'autres normes qui les concrétisent et/ou les précisent. Ces normes, à la différence des autres normes, sont substantiellement fondamentales⁸.

La fundamentalité substantielle couvre donc l'idée de priorité au sens chronologique (antériorité) et au sens hiérarchique (supériorité). Le droit positif lui reconnaît une valeur prééminente, en vertu de la substance et de la portée propres des droits et des principes qu'elle caractérise. Les droits et les principes substantiellement fondamentaux sont des droits et des principes primaires qui ne dérivent pas d'autres droits, mais qui constituent les fondements et les conditions d'existence de tous les autres droits et principes.

Les droits substantiellement fondamentaux, en tant que prérogatives reconnues et protégées par le droit, sont inhérents à l'humanité même de leur titulaire, à l'existence de la personne humaine, indépendamment de son appartenance sociale. Ainsi, le droit à la vie de l'article 16, alinéa 2, de la Constitution. Les principes fondamentaux, en tant que règles ou maximes les plus importantes, sont, eux, des piliers du système d'un État à la différence d'autres principes qui peuvent en découler. Ils sont essentiels à l'ordre juridique qui les porte. Ces principes figurent dans le Préambule et/ou pas dans les règles constitutionnelles. Ils sont aux fondements du système étatique congolais. On pourrait citer notamment la liberté, la fraternité, la solidarité, l'État de droit, démocratie, la forme républicaine (Préambule et article premier Cst), la sacralité de la personne humaine (art. 16 Cst) et la garantie de la liberté individuelle (art. 17 Cst) qui sont à la base d'autres droits et principes⁹.

La fundamentalité matérielle, en tant que "priorité substantielle, est à la base d'une certaine hiérarchie entre les normes constitutionnelles. En effet, une norme concrétisée

⁸ Andreas AUER / Giorgio MALINVERNI / Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II: *Les droits fondamentaux*, 2^e éd., Stämpfli, Berne 2006 (cité: AUER II), p. 8; BIOY, p. 103. Sur la critique de la thèse matérielle, *ibidem*.

⁹ Parlant des droits fondamentaux en droit suisse, la doctrine précise que ceux-ci sont fondamentaux non pas seulement parce qu'ils sont garantis par la constitution, "mais aussi parce qu'ils concernent, de par leur contenu, une finalité essentielle de l'État: la liberté, l'État de droit, l'État social, la démocratie. Ils atteignent "le seuil qualitatif qui fait que la question de leur respect et de leur violation sort du contexte du droit ordinaire pour concerner les fondements mêmes de l'État et de sa constitution" (AUER II, p. 8).

est supérieure à une norme concrétisante; un droit et un principe générateurs sont supérieurs aux droits et principes générés. Dès lors la question se pose des critères de détermination de la fundamentalité dans la Constitution.

II. Les critères possibles de détermination de la fundamentalité dans la Constitution

Dans la Constitution, on pourrait retenir quatre critères de détermination de la fundamentalité matérielle. Il s'agit de la structure même de la Constitution, du qualificatif "fondamental", du caractère inné et de l'intangibilité.

1. La structure de la Constitution

La Constitution offre une structure qui révèle une certaine hiérarchie entre ses normes. Elle définit d'abord l'État et ses attributs de souveraineté. Viennent ensuite la garantie et la reconnaissance des droits et des libertés auxquels sont ajoutés des devoirs. Enfin, on a la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs à travers la répartition des compétences entre diverses institutions nationales et provinciales.

Cette structure suggère que le but de l'État est de protéger les droits et les libertés des personnes, en vue du mieux vivre ensemble. Ces personnes ont, en retour, des devoirs vis-à-vis de l'État. Pour arriver, d'une part, à la réalisation du but de l'État et, d'autre part, à l'accomplissement des devoirs des particuliers à l'égard de l'État, est opérée une répartition du pouvoir étatique entre différents organes avec une détermination des compétences respectives. La continuité des services publics et la sécurité juridique justifient la présence des dispositions transitoires dans la Constitution.

Il résulte de cette structure que sont fondamentaux le principe de séparation des pouvoirs ainsi que les droits et libertés.

2. L'utilisation du qualificatif "fondamental" dans la Constitution

Le Titre II de la Constitution est intitulé: "Des droits humains, des libertés fondamentales". Ce titre pourrait faire penser que seules les libertés sont fondamentales. Pourtant, on trouve aussi des "droits à des libertés", tels que les droits aux libertés de pensée, de conscience, de religion et d'expression (art. 22 et 23). De plus, à l'article 150, alinéa premier, il est fait mention des libertés individuelles et droits fondamentaux. Il y a donc des droits fondamentaux et des libertés fondamentales dans la Constitution.

L'utilisation des expressions "droits" et "libertés" acculent à préciser le *distinguo* entre les deux notions. Pour Xavier Bioy, trois critères permettent de les distinguer : la portée, le droit subjectif et la créance. Selon le critère de la portée des prérogatives octroyées au sujet, le mot liberté conviendrait aux hypothèses où le spectre des possibilités serait large, contrairement au droit n'offrant qu'une possibilité d'agir. Mais une fois que l'on a choisi, la liberté devient le droit. D'après le critère du droit subjectif, le droit est l'exigence en justice de ce que la norme permet et la liberté la spontanéité de faire ce que le droit objectif n'interdit pas. Enfin, au regard du critère de la créance, les libertés impliquent l'abstention de l'État et les droits-créances exigent l'action¹⁰.

Il en résulte que la liberté est une faculté d'adopter un comportement. Cette faculté est fondée sur un droit. Ainsi, par exemple, la liberté des réunions pacifiques, garantie par l'article 25, est fondée sur "le droit d'expression collective des idées et des opinions"¹¹.

La liberté s'exerce par un comportement et selon le bon vouloir du titulaire. Le droit impose un comportement à autrui. En être titulaire ne dépend pas du bon vouloir de la personne; c'est plutôt son exercice¹². Aussi, le droit qui sous-tend une liberté s'exerce à

¹⁰ BIOY, p. 107.

¹¹ C'est la trouvaille du Conseil constitutionnel français (CC 18 janvier 1995, décis. n°94-352 DC). On rencontre également l'idée, non pas l'expression, chez AUER II, p. 323-324; BIOY, p. 689 et Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10e éd. refondue, PUF, Paris 2011, p. 609 ss.

¹² BIOY, p. 191.

travers cette dernière et la liberté s'exerce à travers un comportement adopté par son titulaire¹³.

À noter, cependant, que le chapitre 1^{er} a pour titre "des droits civils et politiques". Sous ce titre, on a des libertés: liberté individuelle (art. 17); liberté de presse, liberté d'information et d'émission par la radio et la télévision (art. 24). C'est comme s'il y avait une équivalence entre droit et liberté. Mais, la question suivante n'est pas dirimée: le qualificatif "fondamental" suffit-il comme critère de détermination de la fundamentalité d'un droit, d'une liberté ou d'un principe? Il ne faut pas le penser, car il existe, entre autres, des droits non qualifiés de fondamentaux mais qui ne le sont pas moins, à l'instar des droits innés.

3. Le caractère inné des droits

L'article 11 de la Constitution dispose: "Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Toutefois, la jouissance des droits politiques est reconnue aux seuls Congolais, sauf exceptions établies par la loi."

D'après cette disposition, la liberté et l'égalité en dignité et en droits sont essentiellement liées à la nature humaine. Ce sont des principes de liberté et d'égalité, mais également des droits innés à la liberté et à l'égalité. On est ici en face d'une fiction selon laquelle ces droits préexistent à la réalité sociale et on sort du sein maternel en en ayant la jouissance et non l'exercice direct. Ainsi, aucun être humain ne peut être arbitrairement discriminé, ni rendu servile¹⁴.

Puisque consubstantiels à l'essence et à l'existence de leurs titulaires, les droits innés jouissent de la fundamentalité substantielle, car ils sont une condition d'existence

¹³ Cette conception française reprise dans la Constitution est différente de la conception suisse d'après laquelle les libertés sont des droits civils et politiques opposables principalement à l'État (AUER II, p. 8, 12, 71).

¹⁴ Une discrimination peut, cependant, être envisagée. Ainsi, la Constitution elle-même prévoit une discrimination entre nationaux et étrangers à propos des droits politiques qu'elle octroie aux seuls congolais, sous réserve des « exceptions établies par la loi ». On comprend dès lors que les droits politiques ne sont pas innés; ils sont accordés, et non reconnus, par la société.

d'autres droits qui en résultent et dont ils sont matériellement supérieurs. Ils partagent l'intangibilité avec d'autres principes.

4. L'intangibilité

L'article 220 de la Constitution prévoit des principes et des prérogatives insusceptibles d'être l'objet de révision constitutionnelle et sont, donc, intangibles. Il s'agit de la forme républicaine de l'État, du suffrage universel, de la forme représentative du Gouvernement, du nombre et de la durée des mandats du Président de la République, de l'indépendance du pouvoir judiciaire, du pluralisme politique et syndical, de l'irréductibilité des droits et libertés de la personne et de celle des prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées.

Certes, cette disposition ne prévoit pas sa propre irrévisabilité ; mais en réviser le contenu aurait pour effet de porter atteinte à l'intangibilité qu'elle prévoit. En conséquence, l'interprétation téléologique permet d'affirmer qu'elle est aussi matériellement intangible, sauf à procéder à son abrogation par celle de toute la Constitution. Car cette dernière n'envisage que la possibilité d'une révision partielle et exclut toute révision des principes et prérogatives énumérés par l'article 220¹⁵.

L'intangibilité est un critère déterminant pour établir la fundamentalité dans la Constitution. Les principes et les prérogatives qui en sont bénéficiaires ne peuvent pas être révisés sans porter atteinte à l'essence-même de l'État congolais qui est une République et non pas une monarchie ou une oligarchie. Une République qui se veut respectueuse du droit et des droits et des libertés, et dont l'architecture institutionnelle se veut unitaire et fortement décentralisée.

Comme on peut le constater, le caractère inné des droits et l'intangibilité fondée sur l'irrévisabilité constituent deux critères relevant de détermination de la fundamentalité

¹⁵ Cf. Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE, "L'inconstitutionnalité substantielle de la révision des dispositions constitutionnelles relatives au Pouvoir judiciaire et aux institutions provinciales", <http://www.droitcongolais.info/etudes-particulières.html>; IDEM, "La révision constitutionnelle dans la Constitution congolaise du 18 février 2006", http://www.droitcongolais.info/etudes_particulières.html.

dans la Constitution. Les deux autres critères, à savoir la structure de la Constitution et l'utilisation du qualificatif "fondamental" ne sont que subsidiaires.

La détermination de la fundamentalité dans la Constitution n'a pas d'intérêt pour le juriste, si elle ne bénéficie pas d'une protection juridique.

III. L'exigence d'une protection juridique spéciale de la fundamentalité

En dehors de la protection ordinaire des normes constitutionnelles contre les actes législatifs, il n'existe pas de sanctions que peut subir une norme constitutionnelle ou une révision constitutionnelle contraires aux normes fondamentales. C'est une lacune à combler, en accordant expressément une protection juridictionnelle à la fundamentalité.

1. La sanction constitutionnelle ordinaire

L'article 168 dispose, en son deuxième alinéa, que "tout acte déclaré non conforme à la Constitution est nul de plein droit".

La sanction ordinaire est la nullité de tout acte déclaré contraire à la Constitution. Sous le mot "acte", il faut mettre "lois et actes ayant force de loi", conformément au premier alinéa de l'article 160. Il n'existe pas de sanction à l'encontre d'une règle formellement fondamentale qui serait contraire aux normes matériellement fondamentales. Cette absence pourrait trouver sa justification dans la conception purement formelle de la Constitution qui exclut toute hiérarchie entre ses normes et, donc, un contrôle de constitutionnalité des normes constitutionnelles. Or, en tenant compte du contenu normatif, on peut envisager une protection renforcée pour des normes substantiellement fondamentales.

2. Pour une protection renforcée de la fundamentalité matérielle

En dehors de l'article 220 prévoyant l'irrévisabilité des droits et principes en raison de leur fundamentalité matérielle, il n'existe pas de protection spéciale de ces droits et principes. Pourtant, on peut envisager une interprétation conforme des normes

constitutionnelles, un contrôle de constitutionnalité de la révision constitutionnelle et l'auto-saisine du Parquet près la Cour constitutionnelle.

2.1. L'interprétation des normes constitutionnelles

L'interprétation est une opération qui consiste à discerner abstraitement le véritable sens d'un texte obscur¹⁶; c'est un procédé intellectuel qui consiste à rechercher le sens d'une norme applicable à un cas donné¹⁷. Lorsque l'application de cette norme risque d'aboutir à un résultat contraire à une norme fondamentale, il vaudrait mieux se conformer à cette dernière; c'est-à-dire, en attendant de la réviser, il faut l'interpréter conformément à la norme fondamentale. Il faudrait prévoir qu'une norme constitutionnelle révisée par la voie législative puisse être attaquée pour contrariété à la norme fondamentale. Celle révisée, en revanche, par la voie référendaire ne peut qu'être interprétée conformément à la norme fondamentale à laquelle elle est contraire, par respect pour le souverain, l'unique détenteur du pouvoir constituant.

2.2. Le contrôle de constitutionnalité de la révision constitutionnelle

La Constitution peut être révisée selon une procédure qu'elle-même prévoit aux articles 218 à 220. Mais, en vertu de l'article 220, certaines dispositions ne peuvent faire l'objet d'aucune révision. Elles sont relatives aux droits de la personne humaine et aux fondements de la République Démocratique du Congo, en tant qu'État unitaire et fortement décentralisé. De ce fait, elles sont matériellement fondamentales. C'est pourquoi, elles bénéficient de l'irrévisabilité, à la différence d'autres dispositions constitutionnelles qui restent révisables, sous réserve du respect de la procédure prévue à cet effet.

Aussi, une révision constitutionnelle qui ne respecterait pas le prescrit de l'article 220 devrait être sanctionnée de nullité, conformément à l'article (art. 168 al. 2), même si la

¹⁶ CORNU, *verbo* "interprétation"; Pierre AVRIL / Jean GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 3^e éd., PUF, Paris 2012, *verbo* "interprétation".

¹⁷ Yves LE ROY / Marie-Bernadette SCHENENBERGER, *Introduction générale au droit suisse*, 3^e éd. entièrement refondue, L.G.D.J / Schultess, Paris/Genève. Zurich. Bâle 2011, p. 432.

Constitution ne parle que des actes législatifs ou réglementaires et non constitutionnels (art. 160 al. 1, 162 al. 2). Néanmoins, d'après la jurisprudence de la Cour suprême de justice, le critère déterminant pour définir l'acte législatif est l'organe qui a émis l'acte¹⁸. Une loi constitutionnelle est, de ce point de vue, un acte législatif qui doit se conformer à la Constitution sous peine de nullité. Fort malheureusement, tel ne semble pas encore être le cas. C'est ainsi que l'on a assisté à une révision constitutionnelle portant atteinte à l'article 220 de la Constitution, du fait d'avoir touché à l'indépendance organique du pouvoir judiciaire en en détachant le Parquet, le privant ainsi formellement du statut constitutionnel. En effet, l'ancien article 149 conférait le pouvoir judiciaire aussi bien aux cours et tribunaux qu'aux parquets rattachés à ces juridictions. La loi constitutionnelle du 20 janvier 2011 a amendé cette disposition en supprimant le Parquet parmi les titulaires du pouvoir judiciaire.

Il est regrettable que le Constituant n'a pas prévu l'intervention du juge constitutionnel dans la procédure de révision de la Constitution, laissant au seul Parlement la compétence d'examiner le bien-fondé de la pétition, du projet et de la proposition de révision constitutionnelle (art. 219, al. 2).

L'examen du bien-fondé d'une suggestion de révision constitutionnelle est une tâche technique qui ne doit pas être laissée aux seuls députés et sénateurs. L'exigence de la majorité absolue pour la validité de la décision n'est pas de nature à régler la question. Il est judicieux de prévoir un contrôle juridictionnel *a priori* ou *a posteriori* de la révision constitutionnelle. Car, de toutes les manières, les dispositions de l'article 220 doivent impérativement être respectées.

La contrôle *a posteriori* ne peut concerner qu'une révision obtenue par la voie législative, à l'exclusion de celle adoptée par la voie référendaire qui est l'acte du corps

¹⁸ Cour suprême de justice, Arrêt n° R. Const. 51/TSR du 31 juillet 2007, requête en inconstitutionnalité de la décision de l'Assemblée provinciale du Kasai Occidental du 07 juin 2007 portant motion de défiance contre le gouverneur Trésor Kapuku Ngoy, sous "De la recevabilité".

électoral, et donc non justiciable¹⁹. À propos du contrôle *a priori*, on pourrait ainsi envisager de soumettre au juge constitutionnel toute loi constitutionnelle pour examen de sa conformité à la Constitution, à l'instar des lois organiques (art. 160 al.2), et toute pétition, projet ou proposition de révision avant la convocation du référendum. Aussi, une loi constitutionnelle déclarée non conforme à la Constitution serait nulle²⁰. De même, toute suggestion de révision déclarée matériellement contraire à la Constitution ne devrait pas être soumise au référendum, car après celui-ci le juge devient incompétent pour contrôler l'acte du souverain²¹.

2.3. L'auto-saisine du Parquet près la Cour constitutionnelle

La distinction entre fondamentalité formelle et fondamentalité matérielle permet d'accorder plus de protection juridictionnelle aux droits et principes dont la fondamentalité est aussi bien formelle que matérielle, notamment par une auto-saisine du Parquet auprès du juge constitutionnel, en cas de leur violation, fût-il par une révision législative de la Constitution. La violation notoire d'une norme constitutionnelle par une autorité publique ne peut laisser indifférent le Parquet près la Cour constitutionnelle, car l'affaire relève de l'intérêt public. Ce Parquet devrait

¹⁹ Voir Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE, "L'inconstitutionnalité substantielle de la révision des dispositions constitutionnelles relatives au Pouvoir judiciaire et aux institutions provinciales", http://droitcongolais.info/files/loi_constitutionnelle_et_constitution.pdf

²⁰ À noter que le Conseil constitutionnel français, après quelques hésitations, a exclu les lois constitutionnelles du domaine du contrôle de constitutionnalité par sa décision du 26 mars 2003 (CC 2003-469 DC du 26 mars 2003, R. p. 293). En France, la question reste débattue en doctrine: Certains considèrent que le Constituant dérivé ayant pour mission de modifier la constitution ne doit pas être soumis à la constitution; d'autres estiment que l'acte du pouvoir législatif, fût-il la révision constitutionnelle doit être soumis à la constitution. (Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Montchrestien / Lextenso, Paris 2012, p. 220-223). Pour moi, il s'agit d'une lacune qui doit être comblée par une révision constitutionnelle. Cette lacune aurait été reprise par la Constitution congolaise. Le constitutionnalisme congolais exige que l'activité politique, en l'occurrence celle du législateur, soit encadrée par la Constitution et contrôlée par le juge constitutionnel.

²¹ Dans ce sens, la décision du Conseil constitutionnel français qui, en 1962, s'était déclaré incompétent pour se prononcer sur l'inconstitutionnalité d'une loi référendaire adoptée par les électeurs à une forte majorité et non encore promulguée, car elle était l'expression directe de la souveraineté nationale (CC 6 nov. 1962, Rec. 27). Cette position a été réaffirmée en 1992 (Décis. n° 92-313 DC du 23 sept. 1992, RDP 1992. 1618).

défendre non pas les intérêts du pouvoir politique, mais les intérêts et les buts de la Constitution²².

Conclusion

La fundamentalité dans la Constitution se réduit à la fundamentalité matérielle. Ainsi donc, sont supérieures aux autres dans la Constitution, les normes matériellement fondamentales, dont le contenu est intangible et/ou composé des droits innés. Ces normes devraient constituer des critères de validité d'autres normes, nonobstant leur égalité formelle.

La fundamentalité matérielle établit une certaine hiérarchie normative qui doit être protégée juridictionnellement, en plus de la protection garantie à toutes les normes constitutionnelles. Concrètement, il faudrait prévoir qu'une norme constitutionnelle contraire aux normes matériellement fondamentales doive faire l'objet d'une auto-saisine du Parquet près la juridiction constitutionnelle et être considérée comme nulle, après la déclaration de cette contrariété par le juge constitutionnel.

Constantin YATALA NSOMWE NTAMBWE

Dr iur

²² Voir Nicolo ZANIN, "Le parquet dans le système institutionnel italien", in Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, Paris 2012, p. 29.