

# LES ORDONNANCES-LOIS DANS LA CONSTITUTION DU 18 FEVRIER 2006 : UN REcul OU UNE AVANCEE A LA DEMOCRATIE ?

■ Yves BIBOMBE KADIMA

*Chef de Travaux à la Faculté de Droit/Université de Kinshasa*

## INTRODUCTION

Il ne fait plus de doute que désormais la théorie des ordonnances-lois fait partie intégrante du paysage juridique congolais, qui depuis l'avènement de la constitution du 18 février 2006 plus de douze ordonnances-lois ont été prises. Elle est considérée comme une réalité de plus en plus normalisée s'il faut aussi tenir compte des décrets-lois antérieurs à l'avènement de l'actuelle constitution. Malgré l'admission de cette théorie, la norme juridique qui la régit suscite toujours de nombreux questionnements. Cela tient au fait que c'est l'ensemble du système juridique forgeant le droit qui va donner à cette théorie sa pleine signification.

La notion des ordonnances-loi est ancienne, connue sous l'appellation des décrets-lois, qui, selon Jean Rivero et Jean Waline, sont apparus en France à partir de 1926, le législateur ne se sent plus en mesure de faire entièrement face à sa mission. La multiplication des interventions de l'Etat suppose une production législative plus abondante et des solutions rapides<sup>1</sup>.

Dans ce système, l'acte pris dans le domaine de la loi reste formellement un acte de l'exécutif, soumis dès lors au contrôle du juge ; mais du point de vue de son autorité, il emprunte les caractères de la loi. C'est pourquoi on lui donne le nom de décret-loi<sup>2</sup>.

Les ordonnances-lois sont donc des actes ayant force de loi qui permettent au gouvernement, en exécution d'un programme urgent, d'empiéter sur les compétences du pouvoir législatif à la suite d'une procédure prévue par la Constitution<sup>3</sup>.

Le droit d'empiéter les compétences législatives du Parlement doit se soumettre à une double contrainte. Tout d'abord, le Parlement doit consentir à cet empiètement, car on ne doit pas perdre de vue qu'il affecte l'équilibre des pouvoirs dans l'Etat. Ensuite, le Parlement délimite le champ temporel et matériel ouvert à l'action gouvernementale dans le domaine législatif.

---

<sup>1</sup> RIVERO J et WALINE J., *Droit administratif*, 15<sup>e</sup> éd, Dalloz, Paris, 1994, p.53

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Article 129 de la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011, in *JORDC*, 52<sup>ième</sup> année, numéro spécial.

En droit belge, durant la Première Guerre mondiale et la Seconde Guerre mondiale, des Arrêté-lois ont été pris, sans habilitation, dans des matières urgentes mais réservées à la loi, compte tenu de l'impossibilité de réunir le Parlement (sur le visa de l'urgence, de l'attribution du pouvoir législatif au Roi et à la Chambre des représentants et au Sénat et de l'impossibilité de réunir ces deux Chambres en temps utile). De plus, durant la Seconde Guerre mondiale et même après, de nombreux Arrêté-lois ont été pris, en vertu de pouvoirs extraordinaires très larges conférés, à la veille de la guerre, par la loi à l'exécutif.

Indiscutablement les ordonnances-lois s'imposent comme une nécessité conforme aux intérêts de la nation de ne pas rester inactive lorsqu'il faut mettre en exécution un programme présentant un intérêt vital pour elle.

Dans les premières années de l'existence de la Constitution française de 1946, les décrets-lois sont passés du tout au rien. Ils vont même disparaître, car la Constitution entendit restaurer dans sa plénitude la souveraineté du législateur et revenir à la distinction classique<sup>4</sup>.

L'ancienne pratique des décrets-lois réapparaît sous la constitution française de 1958, en son article 38, et son principe ne sera plus remis en question. Quant à la forme, les décisions prises par le Gouvernement en vertu de l'habilitation prennent le nom d'ordonnances : délibérées en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat<sup>5</sup>.

En droit congolais, c'est l'article 129 qui constitutionnalise la pratique des décrets-lois, mais sous l'appellation d'ordonnances-lois. Par conséquent, douze ordonnances-lois ont vu le jour depuis l'avènement de la Constitution du 18 février 2006.

En effet, à l'instar de toutes les époques, le constituant congolais, comme le constituant français, ont usé de l'arme procédurale, c'est-à-dire ils ont établi les conditions de fond et les conditions de forme pour aboutir à l'habilitation législative. Ces conditions de fond et de forme sont, selon Jean Carbonnier, les deux composantes irréductibles l'une à l'autre, du phénomène juridique. Concevoir le droit sans l'une ou l'autre, c'est méconnaître l'idée de droit<sup>6</sup>.

En ce qui concerne les conditions de fond, l'habilitation ne peut s'opérer qu'en cas d'exécution urgente d'un programme gouvernemental et quant à la forme, le gouvernement doit faire sa demande au Parlement et l'ordonnance doit être délibérée en conseil des ministres et signée par le Président de la République.

---

<sup>4</sup> RIVERO J et WALINE J., *op. cit.*, p.53.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> CARBONNIER J., *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 7<sup>ième</sup> éd., 1992, p.419.

La mutation du droit constitutionnel relative à l'habilitation législative a entraîné une réflexion pour réinventer des modes de régulation de l'équilibre des pouvoirs dans l'Etat. L'acuité du problème d'adaptation du droit aux faits se retrouvent donc perpétuellement en droit constitutionnel et précisément dans le droit du plein pouvoir.

Face aux aspirations de chaque pouvoir qui sont incompatibles avec un cadre imposé, il a fallu trouver une alternative pour régler les conflits des pouvoirs pouvant surgir.

Ainsi, en droit congolais l'article 129 de la Constitution prévoit qu'à l'expiration du délai accordé par l'Assemblée nationale ou le Sénat autorisant le Gouvernement de prendre par ordonnances-lois des mesures qui sont normalement du domaine de la loi, si le Parlement ne ratifie pas ces ordonnances-lois, celles-ci cessent de plein droit de produire leurs effets.

Les ordonnances-lois délibérées en Conseil des ministres et ratifiées ne peuvent être modifiées dans leurs dispositions que par la loi. Les ordonnances-lois cessent de plein droit de produire leurs effets en cas de rejet du projet de loi de ratification.

Nous pouvons donc nous interroger sur le fait que, dans un Etat démocratique où la séparation des pouvoirs est un principe de base, peut-on le concilier avec la théorie de délégation législative ?

Surtout que le Gouvernement peut modifier l'équilibre des pouvoirs politiques de l'Etat par le biais des ordonnances-lois, à l'exemple de l'Allemagne, par la loi d'habilitation de 1933 qui a donné à Adolf Hitler le droit de gouverner par décret, c'est-à-dire de promulguer des textes à portée législative sans approbation parlementaire.

Quoi qu'il en soit, il convient d'indiquer que la démocratie implique la théorie et la pratique des limitations effectives, systématiques et institutionnelles du pouvoir politique et gouvernemental en vue de la protection des droits individuels.

La séparation des pouvoirs est ainsi conçue comme garantie des droits du citoyen de tout abus des gouvernants et, est, par référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, une caractéristique voire un élément fondamental de la définition de la notion de Constitution<sup>7</sup>.

Cependant, la question qui nous taraude l'esprit, reste celle de savoir comment harmoniser le hiatus qui existe entre la volonté gouvernementale d'exécuter urgemment un programme qualifié vital pour l'Etat et le besoin de

---

<sup>7</sup> Art. 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

sauvegarder la démocratie par la théorie de la séparation des pouvoirs chère à Montesquieu ?

Nous allons donc nous atteler de répondre à cette questions dans les lignes qui suivront.

## I. DE LA DETERMINATION DES ACTES AYANT FORCE DE LOI

Principalement, le Gouvernement ne peut intervenir dans le domaine législatif que pour proposer un projet de loi ou pour assurer l'exécution des lois. Il n'en est toutefois pas exclu de façon permanente que le Gouvernement intervienne dans le domaine de la loi par le biais des lois de plein pouvoir ou lois d'habilitation<sup>8</sup>. Dans un régime exceptionnel, il est en outre reconnu au Gouvernement d'intervenir dans le domaine législatif en vertu de la théorie des circonstances exceptionnelles<sup>9</sup>.

Par acte ayant force de loi, il faut entendre toutes déclarations de volonté émanant de l'exécutif et destinées à produire, en vertu de la constitution ou des théories des circonstances exceptionnelles, des effets juridiques équipollents à ceux d'une loi<sup>10</sup>.

Habituellement, on retiendra le principe selon lequel, l'auteur des actes ayant valeur de la loi se trouve être le chef de l'Etat et parfois son délégué ou son représentant. Cependant, de façon rare, le chef du gouvernement peut être habilité à prendre des actes ayant force de loi<sup>11</sup>.

La doctrine nous enseigne que dans l'hypothèse où les actes ayant force de loi sont prévus par la loi fondamentale, celle-ci définit les conditions de leur validité formelle et substantielle. La Charte coloniale par exemple en son article 22, alinéa 4 soumettait les ordonnances législatives émanant du Gouverneur général à un délai de six mois. Dépassé ce délai, les ordonnances législatives ainsi prises ne pouvaient être maintenues en vigueur que si elles étaient approuvées par décret. A défaut, telle ordonnance était frappée de caducité<sup>12</sup>.

Sous la Constitution de Luluabourg, les articles 95 à 97 et 183 réglaient le régime juridique des actes ayant force de loi. Ainsi, par décision des chambres parlementaires ou à la demande du Chef de l'Etat, une loi d'habilitation

---

<sup>8</sup> A ce sujet, lire RIVERO J., *op cit*, 1980, p.228 ; lire également l'article 129 de la Constitution

<sup>9</sup> Article 145 de la Constitution

<sup>10</sup> VUNDUAWE te PEMAKO, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005) », *in pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise : Liber amicorum Marcel Antoine LIHAU*, Bruxelles, Presse de l'Université de Kinshasa, 2006, p.274

<sup>11</sup> Idem

<sup>12</sup> KALUBA DIBWA, *Du contentieux constitutionnel en république démocratique du Congo, contribution à l'étude des fondements et des modalités d'exercice de la justice constitutionnelle*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Kinshasa, année académique 2009-2010, p.319

pouvait permettre à ce dernier d'exercer le pouvoir législatif national, pour certaines matières et pour la durée qu'elle fixait. Dans le délai fixé par la loi d'habilitation, si un décret-loi était rejeté par l'une des chambres, il ne pouvait être promulgué<sup>13</sup>.

Par ailleurs, dans les conditions d'extrême urgence et nécessité, le Président de la République pouvait prendre des décrets-lois autres que ceux prévus à l'article 97 de la Constitution mais à condition de les présenter dans les 24 heures de leur signature aux bureaux des chambres en vue de leur approbation par une loi et à la Cour constitutionnelle pour vérification de leur conformité à la Constitution<sup>14</sup>.

Ainsi, il sera question dans ce chapitre d'examiner la détermination des actes ayant force par la constitution (section .1.) mais, à défaut de la constitution, on fait recours à l'application de la théorie des circonstances exceptionnelles (section .2.)<sup>15</sup>.

### **1.1. Détermination par la Constitution (les ordonnances lois)**

En droit congolais l'article 129 de la Constitution dispose que : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution urgente de son programme d'action, demander à l'Assemblée nationale ou au Sénat l'autorisation de prendre par ordonnances-loi pendant un délai limité et sur des matières déterminées, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi.

Ces ordonnances-lois sont délibérées en Conseil des ministres. Elles entrent en vigueur dès leur publication et deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement au plus tard à la date limite fixée par la loi d'habilitation.

A l'expiration du délai visé à l'alinéa premier du présent article, si le Parlement ne ratifie pas ces ordonnances-lois, celles-ci cessent de plein droit de produire leurs effets.

Les ordonnances-lois délibérées en Conseil des ministres et ratifiées ne peuvent être modifiées dans leurs dispositions que par la loi.

Les ordonnances-lois cessent de plein droit de produire leurs effets en cas de rejet du projet de loi de ratification ».

Il appert de l'analyse de la disposition pré-rappelée que le gouvernement doit solliciter son intervention dans le domaine de la loi soit à l'Assemblée Nationale, soit au Sénat. Il devra ainsi obtenir de l'assemblée nationale ou du

---

<sup>13</sup> Idem, p.319. Voy également article 95 de la Constitution du 1<sup>er</sup> aout 1964.

<sup>14</sup> Idem. Voy «également article 96 de la Constitution du 1<sup>er</sup> aout 1964.

<sup>15</sup> VUNDUAWE te PEMAKO, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005) », *op cit*, p.274.

Sénat l'autorisation de prendre ces ordonnances-lois. Il apparaît que l'autorisation conjointe de deux Chambres ne soit pas nécessaire. L'une ou l'autre Chambre est habilitée à prendre une telle décision. Cette autorisation est prise sous la forme d'une loi d'habilitation<sup>16</sup>.

On peut soutenir, au regard de ce qui précède, que la loi d'habilitation est une loi spéciale, car dérogeant aux prescrits des articles 135 et 160 de la Constitution respectivement sur la procédure d'élaboration et d'adoption d'une loi et sur le contrôle de constitutionnalité de loi.

Il est utile de préciser que depuis l'entrée en vigueur de la Constitution congolaise de 2006, le Gouvernement n'est jamais intervenue, en application d'un programme qu'il estime urgent, par ordonnance-loi, alors que sous la deuxième République cette pratique était monnaie courante. On peut à ce propos, à titre illustratif, citer l'ordonnance-loi n°82-020 du 31 mars 1982 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires, l'ordonnance-loi 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la cour suprême de justice, l'ordonnance-loi n°84-023 du 30 mars 1984 relative au privilège de juridiction et aux immunités des poursuites des membres des assemblées régionales, des conseillers urbains, des conseillers des zones urbaines et rurales et des conseillers de collectivité, l'ordonnance-loi n°88-056 du 29 septembre 1988 portant statut des magistrats etc.

Par la loi de plein pouvoir, le Gouvernement peut ainsi prendre pour une durée déterminée, des actes réglementaires dans les matières relevant normalement de la compétence législative<sup>17</sup>. Ces actes sont élaborés en Conseil des ministres et entrent en vigueur dès leur publication. Elles ont un caractère réglementaire avant leur ratification par le Parlement.

Avant la ratification parlementaire, ces actes ne peuvent être modifiés que par voie réglementaire. Mais après ratification de ces actes par le Parlement, ils ne peuvent être modifiés que par une loi. Car tant que le Parlement n'a pas statué sur le projet de loi de ratification, les ordonnances demeurent des actes de l'exécutif, soumises au principe de légalité<sup>18</sup>.

C'est ainsi que le Conseil d'Etat français a parfois pu dénier à certains textes ayant force de loi le caractère d'actes législatifs. Ce contrôle de l'existence de la loi, qu'Eisenmann nommait « contrôle de la constitutionnalité de l'opération législative » a été inauguré par un arrêt Dame Veuve Massois du 2 décembre 1854. Il a conduit le Conseil d'Etat à juger, par exemple, qu'une ordonnance du 30 décembre 1958 ayant « force de loi » en application de

---

<sup>16</sup> BOSCHAB MABUDJ E. et MATADI NENGA GAMANDA G., *Le statut de représentants du peuple dans les assemblées politiques délibérantes*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, Bruxelles, 2010, p.44

<sup>17</sup> GUINCHARD S. et DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2012, p.530.

<sup>18</sup> RIVERO J., *Droit public*, Sirey, Paris, 1980, p.230.

l'article 92 de la nouvelle Constitution, n'avait pu être regardée comme un acte ayant valeur législative, dès lors que le Président de la République demeuré en fonction jusqu'au 8 janvier 1959, dont les pouvoirs étaient encore déterminés par la Constitution du 27 octobre 1946, n'avait pas compétence pour la signer. L'ordonnance a donc été annulée<sup>19</sup>.

Le Gouvernement est obligé de déposer le projet de loi de ratification devant le Parlement au plus tard à la date limite fixée par la loi d'habilitation, faute de quoi, les ordonnances-loi deviendront caduques. Mais aussi, en cas de rejet du projet de la loi de ratification, les ordonnances-loi cessent de plein droit de produire leurs effets.

En France, avant 2010, une fois la ratification intervenue, les ordonnances acquièrent force de loi, elles ne sont plus soumises à aucun contrôle juridictionnel<sup>20</sup>. Mais depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, à l'occasion d'une instance en cours, une partie peut soulever un moyen tiré de ce principe qu'une disposition législative applicable au litige ou à la procédure ou qui constitue le fondement des poursuites, porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. La question de constitutionnalité doit être examinée en priorité par rapport à une éventuelle question de conventionalité. Si elle n'est pas dépourvue de caractère sérieux et si cette disposition n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil Constitutionnel, sauf changement de circonstances, la juridiction saisie doit statuer sans délai sur sa transmission au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation selon le cas. La haute juridiction saisie se prononce alors, dans un délai de 3 mois, sur le renvoi au Conseil Constitutionnel. Si ce dernier déclare la disposition non conforme à la Constitution, elle est abrogée<sup>21</sup>.

En droit congolais, les règlements intervenus dans le domaine de la loi en vertu de la loi d'habilitation, peuvent être censurés par le juge constitutionnel par voie d'action ou par voie d'exception. Si ces règlements n'avaient pas fait l'objet du contrôle de constitutionnalité par le juge constitutionnel, ils peuvent subir, après leur ratification par le Parlement, un contrôle par voie d'action principale « a posteriori » conformément à l'article 162 al 2 de la Constitution et 50 de la loi sur la Cour constitutionnelle. La possibilité d'un contrôle par voie d'exception n'est pas aussi exclue.

---

<sup>19</sup> SAUVE J.M., « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat », in *Sixième Printemps du droit constitutionnel*, Journée d'étude organisée au Conseil d'Etat par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris I Panthéon -Sorbonne. Vendredi 1<sup>er</sup> avril 2011.

<sup>20</sup> RIVERO J., *op. cit.*, p.231.

<sup>21</sup> GUINCHARD S. et DEBARD T., *op cit.*, p.709

## **1.2. Détermination par la théorie des circonstances exceptionnelles : l'article 145 de la Constitution**

En vertu de ce texte, le Président de la République, en cas de crise nationale grave, prend les mesures exigées par les circonstances<sup>22</sup>.

La théorie des circonstances exceptionnelles est d'origine jurisprudentielle, s'analysant principalement en une extension temporaire des compétences normales de l'Administration dans la mesure nécessaire pour permettre la poursuite du fonctionnement des services publics, en présence de situation de fait exceptionnel<sup>23</sup>.

Dans le cas d'espèce, il s'agit donc des pouvoirs exceptionnels du Gouvernement à intervenir dans le domaine législatif sans habilitation du Parlement. Ces pouvoirs renforcés, reconnus au Président de la République par l'article 145 de la Constitution en cas de circonstances particulièrement graves, répondent à cette idée que l'état de nécessité commande et justifie un droit constitutionnel d'exception. L'application de cet article aboutit en effet à mettre à la disposition du Président de la République la totalité des pouvoirs qui s'exercent dans l'Etat ou plus de ceux qu'il juge nécessaires pour faire face à la crise<sup>24</sup>.

Le Président de la République est donc seul juge du recours à l'article 145. Il prend, sans contre seing ministériel, les mesures exigées par les circonstances. Mais il ne peut dissoudre l'Assemblée Nationale ni réviser la Constitution. La Cour Constitutionnelle procède de plein droit au contrôle de constitutionnalité des ordonnances prises pendant la période des circonstances exceptionnelles dès leur signature par le Président de la République. Si la Cour déclare l'acte non conforme à la Constitution, c'est l'article 168 al 2 de la Constitution qui sera d'application, en ce que l'acte déclaré non conforme à la Constitution est nul de plein droit.

En droit français Le Conseil d'Etat français n'a pas hésité à contrôler et même à annuler une ordonnance référendaire, dans l'arrêt C.E, 19 oct. 1962, Canal, en ces termes : « ... qu'il résulte de ses termes même que ce texte a eu pour objet, non d'habiliter le Président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire, pour prendre, par ordonnance, des mesures qui normalement relèvent du domaine de la loi ; qu'il suit de là que l'ordonnance attaquée du 1<sup>er</sup> juin 1962 qui a été prise en application de l'article 2 de la loi du 13 avril 1962, conserve le

---

<sup>22</sup> RIVERO J et WALINE J., *op cit*, p.61

<sup>23</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, *op cit*, p.154

<sup>24</sup> RIVERO J. et WALINE J., *op cit*, p.61

caractère d'un acte administratif et est susceptible, comme tel, d'être déférée au Conseil d'Etat par la voie de recours pour excès de pouvoir... »<sup>25</sup>.

Aux Etats Unis l'on invoque la doctrine de l'« emergency » pour qualifier le recours à la théorie des circonstances exceptionnelles. C'est ainsi que Président américain Lincoln l'avait formulé pendant la guerre de sécession. Il avait ainsi, pour justifier le recours à cette théorie, affirmé que : « j'aime mieux méconnaître une disposition de la Constitution et sauver l'Union que de respecter strictement la Constitution et voir l'Union s'effondrer entraînant dans sa chute cette Constitution »<sup>26</sup>. « Des mesures inconstitutionnelles peuvent devenir légitimes quand elles sont indispensables... »<sup>27</sup>, poursuit-il.

Comme en droit français, le problème qui se pose ici est de savoir la nature juridique de ces mesures. La solution en a été donnée par le Conseil d'Etat français en 1962 comme suit<sup>28</sup> :

- La décision de mettre en vigueur l'article 16 échappe à tout contrôle de légalité car c'est un acte de gouvernement ;
- Les ordonnances prises sur base de l'article 16 restent définies par les matières sur lesquelles elles portent. Lorsqu'elles interviennent dans le domaine de la loi, elles empruntent la nature de la loi et par conséquent ne sont susceptibles d'aucun contrôle juridictionnel ; lorsqu'elles portent sur une matière réglementaire, elles sont considérées comme de règlement et leur conformité au droit peut être vérifiée.

Ce raisonnement est également valable en droit congolais mais avec quelques nuances. La décision de mettre en vigueur l'article 145 de la Constitution est un acte de gouvernement échappant à tout contrôle du juge administratif. C'est une décision politique du Chef de l'Etat.

Ainsi en a décidé le Conseil d'Etat français, dans l'arrêt C.E., 2 mars 1962, Rubin de Serves, comme suit : « ...que cette décision présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'Etat ni d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application ; que ladite décision a eu pour effet d'habiliter le Président de la République à prendre toutes les mesures exigées par les circonstances qui l'ont motivé et, notamment, à exercer dans les matières prévues à l'article 34 de la Constitution le pouvoir législatif et dans les matières prévues à l'article 37 le pouvoir réglementaire... »<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> RIVERO J., *op cit*, p.231

<sup>26</sup> AJAMI S.M., « Légalité et constitutionnalité des actes juridiques au Congo », in *Revue congolaise de droit*, n°1, ONR, Kinshasa, 1971, .p.17

<sup>27</sup> Idem

<sup>28</sup> RIVERO J et WALINE J., *op cit*, p.61

<sup>29</sup> RIVERO J., *op cit*, p.232

Toujours en France, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Conseil constitutionnel procède de plein droit à un contrôle du recours à l'article 16 après 60 jours d'exercice des pouvoirs exceptionnels. Ce qui n'est pas le cas en droit congolais car la Cour constitutionnelle ne contrôle pas le recours à l'article 145 de la Constitution, mais les mesures prises sur base de l'article 145, quelle que soient leur nature juridique, sont, dès leur signature, soumises à la Cour constitutionnelle qui, toutes affaires cessantes, déclare si elles dérogent ou non à la Constitution.

L'article 145 de la Constitution de 2006, inspiré de l'article 16 de la Constitution française, n'a pas nécessairement une portée générale dans la mesure où les circonstances permettent encore le fonctionnement régulier des institutions, et où le Président de la République ne juge pas nécessaire de statuer lui-même, le législateur et le pouvoir réglementaire peuvent, en période d'application de cette disposition, continuer à exercer leurs compétences selon les règles normales<sup>30</sup>.

## **II. LA DEMOCRATIE ET LES ORDONNANCES LOIS**

Dans cette section, il sera question de scruter le fondement du principe constitutionnel de la délégation législative en vue de comprendre sa nécessité et de savoir s'il fait évoluer la démocratie en République Démocratique du Congo ou s'il la fait régresser.

### **2.1. La nécessité des ordonnances lois**

A la lecture de la Constitution congolaise, argue Delphine Pollet-Panoussis, on est frappé par sa grande ressemblance avec la Constitution française de la V<sup>e</sup> République, telle que révisée en 1962. Ce n'est d'ailleurs pas rare que les pays d'Afrique francophone ont une culture juridique commune. S'il est évident que le constituant congolais a agi par mimétisme, la Constitution congolaise n'est cependant pas un simple décalque de la Constitution française : ce dernier a, en effet, adapté la Loi suprême française au contexte africain en prenant notamment davantage de précautions dans la rédaction pour combler l'absence de culture démocratique du pays ; de plus, ayant une connaissance profonde du cadre institutionnel français, de sa pratique et de son interprétation, le constituant n'a volontairement pas reproduit certaines faiblesses/lacunes y figurant ; enfin, il introduit également un certain nombre de spécificités certainement dues à d'autres influences étrangères<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> La situation en France entre la décision du 23 avril 1961 inaugurant cette application, et celle du 29 septembre 1961 y mettant fin. RIVERO J. et WALINE J., *op cit*, p.61.

<sup>31</sup> DELPHINE P-P, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », in *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/3 n° 75, p. 455.

C'est sur le plan de l'organisation institutionnelle que la ressemblance de la Constitution congolaise avec la Constitution française est la plus frappante. Elle met en effet en place un cadre institutionnel très proche de la Ve République<sup>32</sup>.

A lire ainsi l'article 129 de la Constitution congolaise, on se rend donc compte qu'il est la copie de l'article 38 de la Constitution française à quelques exceptions près. L'on peut bien comprendre pourquoi Mboko Dj'andima, opine, à ce sujet, que les auteurs de la législation congolaise sont largement influencés par certains droits étrangers, notamment le droit belge et le droit français, qui constituent des sources d'inspiration intellectuelle d'importance pour le droit national<sup>33</sup>.

L'interprétation faite par la pratique constitutionnelle et la jurisprudence françaises en matière d'habilitation législative aura ainsi une influence en droit congolais.

En République Démocratique du Congo comme c'est le cas en France, l'habilitation n'est possible que s'il y a urgence à agir, que dans un délai limité et que sur des matières déterminées (par la loi d'habilitation), matières qui, par principe, relèvent du domaine de la loi.

Les ordonnances-lois, délibérées en Conseil des ministres, cessent de produire leurs effets (autrement dit deviennent caduques) si le projet de loi de ratification n'est pas déposé et voté par le Parlement au plus tard à la date limite fixée par la loi d'habilitation. La République Démocratique du Congo prend, sur ce point, davantage de précautions qu'en France où l'important est le dépôt d'un projet de loi de ratification – ou projet de non caducité – (avant l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation), la ratification pouvant, elle, intervenir très tardivement, voire ne pas intervenir (l'ordonnance continue malgré tout de produire des effets en tant qu'acte réglementaire). Naturellement, une fois ratifiées, les ordonnances-lois acquièrent valeur législative (art. 129, al. 4)<sup>34</sup>.

Aux termes de l'article 38 de la Constitution française, l'habilitation pour légiférer par ordonnances est donnée au Gouvernement « pour l'exécution de son programme ».

Pendant, la notion de « programme » inscrite à l'article 38 n'est pas équivalente à celle figurant à l'article 49 relatif à l'engagement de la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale. L'expression

---

<sup>32</sup> DELPHINE P-P, *op. cit.*, p. 455.

<sup>33</sup> MBOKO DJ'ANDIMA, *Principe et usage en matière de rédaction d'un travail universitaire*, Kinshasa, CADICEC, 2004, p.27.

<sup>34</sup> DELPHINE P-P, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *op cit.*, p.479

susvisée signifie que le Gouvernement doit justifier la demande d'habilitation en indiquant la finalité des mesures qu'il entend prendre par voie d'ordonnance. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont été conduits à définir la portée de cette exigence constitutionnelle<sup>35</sup>.

Il y a une jurisprudence abondante en droit français sur la question, cela ne peut pas laisser indifférent le droit congolais.

Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé la lettre de la Constitution, a dans sa décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, affirme que « ce texte doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, lors du dépôt d'un projet de loi d'habilitation et pour la justification de la demande présentée par lui, quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre ». Le juge constitutionnel a réitéré à plusieurs reprises cette obligation faite au Gouvernement de « définir avec précision les finalités de l'habilitation » et d'indiquer précisément le « domaine d'intervention des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnance<sup>36</sup>.

L'article 38 de la Constitution a été conçu par les constituants comme une dérogation encadrée à la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Seul le gouvernement peut prendre l'initiative de ce dessaisissement du Parlement. Il le fait « pour l'exécution de son programme », ce qui impose qu'il précise « la finalité des mesures qu'il se propose de prendre et leurs domaines d'intervention » (CC, déc. 86-207 DC). Ces dispositions sont restées longtemps peu utilisées. La situation, après une montée en puissance progressive, perceptible dès la fin du siècle dernier, a radicalement changé depuis 2003<sup>37</sup>.

S'il est vrai que le gouvernement, pour agir par voie d'ordonnance, doit au préalable disposer d'une loi d'habilitation votée par le Parlement. Quid de cette loi en cas de changement de législature ou de gouvernement ?

La Constitution congolaise est muette à ce sujet, mais la jurisprudence française a tenté de donner une réponse à cette question.

Un gouvernement est autorisé à agir par voie d'ordonnances dans le cadre temporel prescrit par la loi d'habilitation et ce même s'il n'est pas à l'origine de la demande initiale. Si une habilitation se trouve à cheval sur deux législatures, le nouveau gouvernement pourra agir par ordonnances en vertu de celle-ci<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> [www.Sénat.fr/role/ordonnances](http://www.Sénat.fr/role/ordonnances). Consulté le 8 juin 2017.

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> GUILLAUME M., « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? » in *Revue Pouvoirs* (n° 114), seuil Paris, 2005.

<sup>38</sup> Voir JCl. adm. Fasc. 35, n° 35 et 42.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que : « Sous réserve de précisions contraires apportées par la loi d'habilitation prise sur le fondement de ces dispositions, l'autorisation donnée par le Parlement produit effet jusqu'au terme prévu par cette loi, sauf si une loi ultérieure en dispose autrement, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que le Gouvernement en fonction à la date de l'entrée en vigueur de la loi d'habilitation diffère de celui en fonction à la date de signature d'une ordonnance »)<sup>39</sup>.

L'exception c'est lorsqu'il résulte de l'intitulé même de la loi d'habilitation que le Parlement a expressément entendu habiliter un gouvernement déterminé<sup>40</sup>.

Depuis 1958, cela ne s'est produit qu'une seule fois avec la loi n° 60-101 du 4 février 1960 qui avait exclusivement attribué « au Gouvernement actuellement en fonction » (le gouvernement Debré) le droit d'agir par voie d'ordonnances<sup>41</sup>.

## 2.2. Rapport entre la démocratie et les ordonnances-lois

Comme l'opine Jean Jacques Rousseau, le détenteur de la souveraineté est au sommet d'une hiérarchie et fixe les règles qui sont applicables par tous<sup>42</sup>.

On distingue alors globalement deux théories de la souveraineté à savoir les théories théocratiques de la souveraineté et les théories démocratiques de la souveraineté.

Sans pour autant constituer l'objet de notre étude, il sied de développer en quelques lignes les théories théocratiques de la souveraineté.

On doit juste retenir, concernant ces théories, que l'idée fondamentale sous-jacente est que tout pouvoir vient de Dieu et c'est de Dieu que les gouvernements qui l'exercent tiennent leur autorité : « non est potestas nisi deo »<sup>43</sup>.

Ces théories se présentent ainsi sous trois formes principales suivantes <sup>44</sup> :

- ✓ La théorie de la nature divine de gouvernants ;
- ✓ La théorie de l'investiture divine ;
- ✓ La théorie de l'investiture providentielle.

---

<sup>39</sup> CE, sect., 5 mai 2006, n° 282352, Schmitt : Juris Data n° 2006-070060 ; RFDA 2006, p. 678, concl. R. Keller, RFDA 2006, p. 686, note C. Boyer- Mérentier ; AJDA 2006, p. 1362, chron. F. Landais et C. Lenica.

<sup>40</sup> [www.lexisnexis.fr](http://www.lexisnexis.fr), consulté le 08 juillet 2017

<sup>41</sup> Idem

<sup>42</sup> DJOLI ESENG'EKELI J., *Droit constitutionnel : principes structuraux*, T1, Kinshasa, EUA, 2012, p.66

<sup>43</sup> Ibidem, p.67.

<sup>44</sup> Idem

Le principe fondamental de la démocratie est que la souveraineté nationale appartient au peuple qui en est donc le titulaire légitime. On l'appelle d'ailleurs « souverain primaire »<sup>45</sup>.

Les théories démocratiques de la souveraineté renversent les constructions selon lesquelles le pouvoir émane de Dieu<sup>46</sup>.

La démocratie peut être directe ou indirecte. Elle est directe lorsque le peuple exerce directement le pouvoir et indirecte lorsque le peuple délègue l'exercice du pouvoir à ses représentants<sup>47</sup>.

Pour des raisons d'ordre pratique, d'ordre économique, d'ordre politique et même d'ordre logique, il n'est plus possible d'exercer ni la démocratie directe ni le gouvernement direct dans sa forme athénienne, car les pays modernes ont une population si nombreuse et dispersée dans des contrées lointaines qu'il est impossible de la réunir en une assemblée plénière<sup>48</sup>.

A ce propos, Jean Jacques Rousseau opine qu'il n'y a jamais existé une véritable démocratie directe et pour gouverner démocratiquement, il faut être un peuple de Dieu<sup>49</sup>.

Dans le système de démocratie représentative, toutes les lois sont votées par les représentants du peuple. Le peuple n'aurait qu'à voter ses représentants et n'aurait qu'à les sanctionner à l'occasion du vote<sup>50</sup>.

#### *A. Les ordonnances-lois, déséquilibre voulu par le détenteur de la souveraineté*

Le Gouvernement, par le biais des ordonnances-lois, participe, certes de façon bien limitée, à la fonction législative. Cette technique s'analyse en un tempérament du principe de la séparation des pouvoirs.

Le principe de la séparation des pouvoirs vise à assurer la liberté en défendant les droits des gouvernés contre l'arbitraire éventuel des gouvernants. Montesquieu en conclut qu'on ne peut arrêter le pouvoir que par le pouvoir : il faut donc le partager et attribuer ses différentes parts à des titulaires différents qui feront mutuellement contrepoids<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> Lire à ce sujet BOSHAB E. et MATADI NENGA GAMANDA., *op cit*, p.12

<sup>46</sup> DJOLI ESENG'EKELI J., *op cit*, p.68

<sup>47</sup> BOSHAB E. et MATADI NENGA GAMANDA., *op cit*, p.14

<sup>48</sup> *Idem*

<sup>49</sup> DJOLI ESENG'EKELI J., *op cit*, p.70

<sup>50</sup> BOSHAB E. et MATADI NENGA GAMANDA., *op cit*, p.14

<sup>51</sup> Lire RIVERO J., *op cit*, p.40

La séparation des pouvoirs est synonyme de gouvernement modéré ou organisation politique non despotique. Elle signifie aussi la nécessité et l'exigence de la répartition des pouvoirs entre différents organes de l'Etat quel qu'en soit le contenu<sup>52</sup>.

Il en résulte en d'autres termes que la séparation des pouvoirs, c'est la Constitution car elle demeure la base d'une bonne constitution. Ainsi se justifie l'affirmation devenue classique de l'article 16 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon laquelle « s'il n'y a pas de séparation des pouvoirs, il n'y a pas de constitution »<sup>53</sup>.

On distingue ainsi trois pouvoirs dans l'Etat à savoir :

- Le pouvoir législatif, qui fait les lois ;
- Le pouvoir exécutif, qui assure l'exécution des lois ;
- Le pouvoir judiciaire, qui applique les lois.

A l'époque de Montesquieu, on avait imaginé une séparation rigide des pouvoirs par laquelle chaque pouvoir représentant une force rigoureusement égale à l'autre était absolument indépendant et privé de toute communication avec un autre pouvoir.

Cette conception que l'on retrouve dans les régimes politiques de la période révolutionnaire a conduit à des échecs. En effet, les pouvoirs qui s'ignorent sont amenés à lutter l'un contre l'autre et à gouverner sans unité. Il faut donc prévoir entre les deux pouvoirs, (législatif et exécutif), des liaisons organiques, afin d'éviter les inconvénients signalés plus haut (...). Les pouvoirs, au lieu de s'ignorer, doivent aller de concert, travailler en commun à certaines tâches, avoir entre eux des rapports et des liaisons qui empêcheront leur opposition<sup>54</sup>.

Le referendum, tout comme le suffrage universel, constitue l'expression de la volonté du peuple.

Dans le referendum, le peuple manifeste par un vote l'approbation ou le rejet d'une mesure ou d'un acte proposé par les pouvoirs publics. Les votants répondent par oui ou par non à une question qui lui est posée.

Evidemment, le référendum peut présenter un risque plébiscitaire dès lors qu'une réponse positive est présentée comme une manifestation de confiance ou de soutien à l'égard de l'auteur de la question qui, dans beaucoup de cas, est un chef de l'Etat politiquement irresponsable devant le parlement<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> 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, op cit*, p.149

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> RIVERAO J., *op cit*, p.40

<sup>55</sup> BIBOMBE MWAMBA B., «Un Référendum pour quoi faire ?», *Fédéralisme Régionalisme* [En ligne], Volume 5 : 2004-2005 - La Troisième République Démocratique du Congo, URL : <http://popups.ulg.ac.be/1374-3864/index.php?id=291>.

La Constitution congolaise du 18 février 2006 avait été soumise au referendum et le peuple l'avait approuvé dans toutes ses dispositions.

Le fait pour le peuple d'avoir approuvé toutes les dispositions de la Constitution, met à l'abri cette dernière de toute critique relative au déséquilibre de pouvoir entre les deux pouvoirs politiques de l'Etat dont elle regorge.

Il appert donc de ce qui précède que le détenteur de la souveraineté a voulu expressément que le pouvoir exécutif participe également à la fonction législative, par la procédure de l'habilitation législative. En d'autres termes, l'empiètement du pouvoir exécutif sur les compétences dévolues au pouvoir législatif est légitime.

### ***B. L'habilitation législative, un danger permanent contre la démocratie ?***

Comme dit ci-haut, l'habilitation législative doit intervenir pour permettre au gouvernement d'exécuter urgemment son programme.

Il faut donc redouter le fait que le gouvernement ayant une majorité au parlementaire, use de son influence ou de sa main mise sur le parlement pour prendre des ordonnances qui ne répondent pas à une logique d'urgence et qui ne sont plus centrés sur des mesures économiques et financières ou sur des mesures exceptionnelles.

Le Gouvernement qui n'aurait pas de majorité à l'Assemblée nationale mais qui en aurait au Sénat, peut, en vertu de l'article 129 de la Constitution, imposer des législations rejetées par l'Assemblée nationale, en se référant au Sénat pour l'habiliter à intervenir dans le domaine de la loi. L'Assemblée nationale serait ainsi progressivement dépouillée de ses fonctions.

Dans ce contexte on aboutirait naturellement à dénaturer l'équilibre des pouvoirs qui aura nécessairement une conséquence négative sur la démocratie qui veut que la volonté de la majorité prime sur la volonté de la minorité.

Ainsi, l'histoire nous apprend donc que la loi allemande des pleins pouvoirs de 1933, également connue sous le nom de loi d'habilitation ou sous sa dénomination officielle de Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933 (Loi du 24 mars 1933 de réparation de la détresse du peuple et du Reich), est une loi allemande qui donna à Adolf Hitler le droit de gouverner par décret, c'est-à-dire de promulguer des textes à portée législative sans approbation parlementaire<sup>56</sup>.

Ladite loi du mars 1933 porta un coup de grâce à la Constitution de Weimar : « elle décide tout simplement l'abrogation de la séparation des pouvoirs et l'auto-affirmation du gouvernement en matière législative, ce qui

---

<sup>56</sup> [http://fr.wikipedia.org/wiki/loi\\_allemande\\_de\\_plein\\_pouvoir\\_de\\_1933](http://fr.wikipedia.org/wiki/loi_allemande_de_plein_pouvoir_de_1933) (consulté le 25 juin 2017).

infirmes de facto les compétences inchangées du président et du Parlement [...] jusqu'au déni de tout appareil constitutionnel au bénéfice du seul Führer ». Avec l'entrée en vigueur de la loi des pleins pouvoirs, le Reichstag devient inutile et Hitler gouverne par décrets, avec ou sans la caution du président Hindenburg, sans devoir formellement modifier la Constitution : la domination de Hitler est institutionnellement sécurisée. La loi est reconduite en 1937 et en 1939, puis, en 1943, elle acquiert une validité illimitée<sup>57</sup>.

La loi des pleins pouvoirs permet au régime nazi d'imposer ses premières mesures législatives antisémites<sup>50</sup>, avec la loi sur la restauration du fonctionariat du 7 avril 1933. Elle sert de base légale, entre autres, à la loi du 1<sup>er</sup> décembre 1933 qui scelle l'unité du parti et de l'État, à la loi pour la reconstruction du Reich du 30 janvier 1934 qui transforme les gouvernements des États fédérés en organismes administratifs du Reich, puis à la loi de réforme des dispositions de la législation et de la procédure pénale du 23 mars 1934, qui met en place le Volksgerichtshof. Le 1<sup>er</sup> août 1934, alors que Hindenburg agonise, Hitler s'affranchit des limites posées par l'article 2 de la loi des pleins pouvoirs, en décrétant la fusion des fonctions de président et de chancelier : doté d'« un pouvoir global, polyvalent, exclusif, illimité et juridiquement consacré, le Führer devient la nation, la volonté et la loi de la nation »<sup>58</sup>.

Cette loi votée le 23 mars 1933 a donc permis au gouvernement d'Adolf Hitler d'adopter des lois sans l'approbation du Reichstag toujours en place ou du Reichsrat, et sans le contreseing du président du Reich. Cette plénitude de pouvoirs s'applique aussi, presque sans restriction aucune, aux dispositions portant modification de la Constitution et aux traités internationaux. Par là-même, cette loi entraînera la dissolution irrémédiable de l'État de droit et l'abolition de la démocratie parlementaire.

Précisons qu'en droit congolais, les ordonnances-lois sont signées par le Président de la République au nom du Gouvernement. La Constitution ne laisse pas entendre que ces actes soient contresignés par le Premier ministre<sup>59</sup>.

Face à ce danger, la Cour constitutionnelle reste donc la seule garantie de la démocratie, car elle est chargée du contrôle la constitutionnalité de tout acte législatif et réglementaire.

### *C. Cour constitutionnelle, garante de la démocratie*

La séparation du pouvoir judiciaire est l'un des fondements d'un État de droit. Bien que nommés par le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, les juges n'ont pas de compte à rendre aux élus ou aux citoyens et il est très difficile de les destituer. Leur indépendance leur permet de juger de manière impartiale

---

<sup>57</sup> [http://fr.wikipedia.org/wiki/loi\\_allemande\\_de\\_plein\\_pouvoir\\_de\\_1933](http://fr.wikipedia.org/wiki/loi_allemande_de_plein_pouvoir_de_1933) (consulté le 25 juin 2017)

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> BOSHAB E. et MATADI NENGA GAMANDA., *op cit*, p.46

les actes commis par l'Etat ou un gouvernant. L'indépendance de leur pouvoir vient aussi du fait que les juges rendent leur décision, sur la base des textes de loi dont ils ne sont pas à l'origine, exception faite de la jurisprudence<sup>60</sup>.

Intimement liés aux droits de l'homme et des peuples, le constitutionnalisme et la démocratie figurent parmi les concepts les plus utilisés dans le discours politique et aussi les plus controversés en sciences sociales<sup>61</sup>.

Le constitutionnalisme tire donc sa raison d'être et sa légitimité d'une volonté de modérer l'exercice du pouvoir de l'Etat au moment même où celui-ci tend à devenir omnipotent<sup>62</sup>.

Carl Friedrich relevait six sens d'utilisation du mot constitutionnalisme. Le premier sens, philosophique, inclue la définition aristotélicienne de *politeia*. Le second, structurel, se réfère à l'organisation générale d'un gouvernement. Le troisième est un sens légal qui se réfère à la constitution ou loi fondamentale d'une entité politique. Le quatrième sens est documentaire, il se rattache aux constitutions écrites. Le cinquième sens, procédural, interroge les processus complexes d'amendement de constitutions en comparaison avec les lois ordinaires. Le sixième sens, "moderne et normatif", implique la théorie et la pratique des limitations effectives, systématiques et institutionnelles du pouvoir politique et gouvernemental en vue de la protection des droits individuels<sup>63</sup>.

Il faut donc comprendre que l'idée d'une justice constitutionnelle est intimement liée au développement du constitutionnalisme, qui tient à soumettre le fonctionnement des pouvoirs publics à l'ensemble des règles établies, en tant que celles-ci ont une force juridique supérieure et dont le respect s'impose à tous<sup>64</sup>.

La séparation des pouvoirs, conçue comme garantie des droits du citoyen de tout abus des gouvernants, est, par référence à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, une caractéristique voire un élément fondamental de la définition de la notion de Constitution<sup>65</sup>. Elle a influencé aussi bien le constitutionnalisme américain en 1803 avec la décision fondatrice

---

<sup>60</sup> <http://www.toupie.org/Dictionnaire/Judiciaire.htm>

<sup>61</sup> MBATA MANGU A., Vers un nouveau contrat social en République Démocratique du Congo? Une réflexion sur le constitutionnalisme et la démocratie au regard de la constitution post-transitoire, in *11ème assemblée générale du conseil pour le développement de la recherche en sciences sociales en Afrique*, Codesria, p.3

<sup>62</sup> FROMENT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, p.44

<sup>63</sup> MBATA MANGU A., vers un nouveau contrat social en République Démocratique du Congo? Une réflexion sur le constitutionnalisme et la démocratie au regard de la constitution post-transitoire, *op cit*, p.3

<sup>64</sup> FROMENT M., *op cit*, p.27

<sup>65</sup> Art. 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

du contrôle de constitutionnalité (Marbury C/ Madison 1803), qu'européen, avec le travail théorique remarquable du Maître de Vienne Hans Kelsen (dans les années 1920). Elle est reconnue aujourd'hui comme « l'un des principes fondamentaux du constitutionnalisme moderne et de l'État de droit »<sup>66</sup>.

La Cour constitutionnelle congolaise, comme le Conseil constitutionnel français, est chargée de veiller au respect de la Constitution prise dans sa double dimension politique et sociale. L'examen de ces deux dimensions, chères à Maurice Hauriou, démontre comment la justice constitutionnelle a été et continue d'être une garantie efficace du constitutionnalisme, même si du chemin reste encore à parcourir<sup>67</sup>.

Yves Poirmeur et Dominique Rosenberg enseignent à ce propos, que « si le contrôle exercé par le Conseil est juridique dans son objet, il est politique dans ses effets ». Cette construction doctrinale de la duplicité de l'activité du Conseil à la fois juridique et politique, permet au juriste de tenir légitimement un discours juridique sur la politique<sup>68</sup>.

Dès lors la figure du juge constitutionnel, affirme Dominique Rousseau, apparaît comme une nouvelle figure dans le paysage démocratique dont l'exigence démocratique se construit sur la base de la raison *axiologique* et *pratique*, c'est-à-dire celle qui soumet la légitimité des actions à leur conformité aux valeurs et à l'éthique dans lesquelles la société se reconnaît et s'identifie. Et les sociétés modernes multiplient les lieux où se réfléchissent, se discutent, s'apprécient le sens et la valeur des actions politiques ; dans cette dynamique émerge la figure du juge comme miroir ou comme scène de cette réflexion, comme tiers par qui et devant qui s'énoncent les principes sur la base desquels une action sera jugée légitime ou non. Il est promu à la fois révélateur et opérateur de la qualité démocratique des décisions<sup>69</sup>.

Il est donc à noter que le contrôle de constitutionnalité des lois prévu par la Constitution du 18 février 2006 peut être opéré soit par voie d'action, soit par voie d'exception

Le contrôle par voie d'action peut être a priori ou a posteriori.

---

<sup>66</sup> TROPER M. : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/index.php?id=286> (Séparation des pouvoirs, Dictionnaire électronique Montesquieu [En ligne], mis à jour le : 01/12/2010, consulté le 16 mars 2017)

<sup>67</sup> BOUALEM BESSAÏH M., la justice constitutionnelle –garantie efficace du constitutionnalisme: l'expérience algérienne in *Constitutionnalisme – Clé pour la Démocratie, les Droits de l'Homme et l'Etat de Droit*, Lisbonne, 28-29 novembre 2006, Strasbourg, le 5 avril 2007 CDL-JU(2007)004 Fr. seul, p.6

<sup>68</sup> POIRMEUR Y. et ROSENBERG D. : [https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/23/poirmeur\\_al.pdf](https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/23/poirmeur_al.pdf) (la doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français : consulté le 04 avril 2017)

<sup>69</sup> Cité par 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*, op cit, p.152

Les règlements intervenus dans le domaine de la loi en vertu de la loi d'habilitation, peuvent être censurés par le juge constitutionnel par voie d'action ou par voie d'exception. Si Ces règlements n'avaient pas fait l'objet du contrôle de constitutionnalité par le juge constitutionnel, ils peuvent subir, après leur ratification par le Parlement, un contrôle par voie d'action principale « a posteriori » conformément à l'article 162 al. 2 de la Constitution et 50 de la loi sur la Cour constitutionnelle. La possibilité d'un contrôle par voie d'exception n'est pas aussi exclue.

Evariste Boshab et Matadi Nenga opinent que ce contrôle n'est pas a priori comme dans le cas des lois organiques ou dans celui des règlements des chambres du Parlement, du Congrès et des institutions d'appui à la démocratie<sup>70</sup>.

Par ailleurs, le rôle de la Cour constitutionnelle sera grand car elle va être amenée à prendre position sur des questions politiquement controversées notamment lorsque l'opposition a fortement combattu devant le pays ou la représentation nationale telle loi au moment de son vote. En sauvegardant ainsi les droits de l'opposition, le juge constitutionnel devient un élément du jeu démocratique en favorisant ainsi la reconquête du pouvoir par l'opposition<sup>71</sup>.

Ensuite, les minorités sociologiques, par le biais du juge constitutionnel, recouvrent la possibilité de contester le discours majoritaire traduit en termes juridiques par la loi qu'elles ne peuvent autrement combattre. La monopolisation ou la domination des débats et décisions politiques est de ce fait quelque peu nuancée<sup>72</sup>.

Enfin, le recours au juge constitutionnel par l'opposition politique offre à ce dernier la possibilité de contrôler l'objectivité et la précision technique des lois jouant ainsi le rôle de technicien dans le processus d'élaboration des normes législatives<sup>73</sup>.

Pour bien assurer sa mission, la Cour constitutionnelle doit être audacieuse et faire preuve de son indépendance. Malheureusement, la Cour constitutionnelle congolaise semble être inféodée par le pouvoir exécutif, qui l'utilise comme des béquilles en vue d'asseoir un pouvoir ad vitam au mépris des dispositions constitutionnelles.

Semble qu'elle n'a pas encore, au travers de ses arrêts, affirmée son indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif. La plupart de ses arrêts en rapport avec la survie de ce dernier lui a donné l'image d'une institution à son solde, et cela au mépris de la Constitution.

---

<sup>70</sup> BOSHAB E. et MATADI NENGA GAMANDA., *op cit*, p.46

<sup>71</sup> 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, op cit*, p.161.

<sup>72</sup> Ibidem

<sup>73</sup> Ibidem

Bien que la Constitution prévoit la procédure de contrôle de la constitutionnalité des lois, l'institution chargée de ce contrôle, la Cour constitutionnelle, apparaît comme une institution désuète, maintenue davantage pour servir d'artifice supplémentaire au décor démocratique du régime, que pour jouer son rôle de gardien de la Constitution et de protecteur des droits et des libertés des citoyens. Alors même que les mécanismes de contrôle ont fonctionné, ils ont été déformés par une interprétation présidentialisée de la constitution, se mettant au service du chef de l'Etat. La Cour constitutionnelle, comme toutes les autres juridictions civiles ou administratives, s'efforcent d'éviter tout conflit avec l'exécutif, principalement le Chef de l'Etat, préférant parfois adopter des solutions défilant toute logique juridique plutôt que de contrarier le pouvoir<sup>74</sup>.

Cependant, il faut tout de même nuancer les critiques portées contre la haute juridiction congolaise, d'autant plus que le tableau jurisprudentiel en matière d'ordonnance loi est inexistant, une analyse critique sur le comportement de la cour face à cette question nous est impossible.

Au regard de ce qui précède, il y a donc une peur bleue que la pratique des ordonnances-lois constitue une régression des pratiques démocratiques en référence à l'article 129 de la Constitution, si l'organe chargé de contrôler la constitutionnalité des actes normatifs de l'Etat ne joue pas convenablement le rôle lui assigné.

---

<sup>74</sup> KAMTO M., *Pouvoir et droit en Afrique*, Paris, LGDJ, 1987, p.446.

## CONCLUSION

Il est impossible de prétendre avoir exploré toutes les pistes de manière suffisamment précise et exacte attestant que les ordonnances-lois ne sont pas incompatibles avec la démocratie. Cela dit, la confrontation de différents éléments étudiés est suffisante pour confirmer la compatibilité de ces deux notions. L'ensemble de la procédure de l'habilitation législative se développe dans un environnement consensuel.

Les ordonnances-lois n'apparaissent pas comme la conséquence objective de la faillite du législateur et la puissance de l'exécutif, mais elles apparaissent comme une nécessité pour faire face, de manière urgente, à certaines situations qui surviennent au moment où le Parlement n'est pas en mesure de les résoudre.

Il est certes vrai que le droit de recourir à l'habilitation législative sacrifie un peu de la splendeur du Parlement, mais il constitue en définitif un simple moyen pour résoudre un problème urgent.

Il faut néanmoins reconnaître que l'émergence de l'habilitation législative a donc fait perdre au pouvoir législatif son statut privilégié de « législateur ordinaire, qui, désormais, le partage avec le Gouvernement, non pas seulement par la procédure de loi d'habilitation, mais aussi parce que toutes les matières autres que du domaine de la loi, ont un caractère réglementaire.

Le Gouvernement est ainsi devenu, aux côtés du Parlement, législateur ordinaire. Il peut bien se prévaloir de cette qualification juridique car le Parlement a perdu de sa supériorité législative.

Par le biais de la procédure d'habilitation législative, le Gouvernement peut rompre l'équilibre des pouvoirs à son avantage et donner ainsi un coup dur à la démocratie. Pour parer à ces éventualités, la justice, spécialement la Cour constitutionnelle, doit pleinement jouer son rôle.

L'intervention du juge, précisément du juge constitutionnel, dans la procédure d'habilitation législative souffre d'une absence. Le juge n'intervient pas en amont, comme en aval dans cette procédure, contrairement à la procédure de l'article 145 de la Constitution relative à l'empiétement du législatif par le Gouvernement en cas des circonstances exceptionnelles où les ordonnances prises par le Président pour en faire face, sont, dès leur signature, soumises à la Cour constitutionnelle qui, toutes affaires cessantes, déclare si elles dérogent ou non à la Constitution.

Bien que n'apparaissant pas visiblement dans la procédure d'habilitation législative, le juge constitutionnel est et demeure le garant de la constitutionnalité. Les ordonnances lois, bien que ne subissant aucun contrôle a priori, peuvent néanmoins être contrôlées par la Cour constitutionnelle a posteriori par voie d'action ou par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité en vertu de l'article 162 de la Constitution.

Malheureusement, un constat amer est fait concernant la Cour constitutionnelle de la RDC. Elle apparaît comme une institution désuète, ayant comme seule mission de servir d'artifice supplémentaire au décor démocratique du régime, que pour jouer son rôle de gardien de la Constitution et de protecteur des droits et des libertés des citoyens.

Or, c'est seulement dans la faillite du juge Constitutionnelle, que les ordonnances lois peuvent constituer une régression des pratiques démocratique en RD Congo.

Avoir un juge constitutionnel efficace est une nécessité non seulement pour parachever l'édifice constitutionnel et assurer sa solidité mais aussi et surtout une exigence d'efficacité du pouvoir dans l'Etat.

## INDICATION BIBLIOGRAPHIQUE

1. Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011, in *JORDC*, 52<sup>ième</sup> année, numéro spécial, 5 février 2011.
2. AJAMI S.M., « Légalité et constitutionnalité des actes juridiques au Congo », in *Revue congolaise de droit*, n°1, ONR, Kinshasa, 1971.
3. BIBOMBE MWAMBA B., «Un Référendum pour quoi faire ?», *Fédéralisme Régionalisme* [En ligne], Volume 5 : 2004-2005 - La Troisième République Démocratique du Congo, URL : <http://popups.ulg.ac.be/1374-3864/index.php?id=291>.
4. BOSHAB MABUDJ E. et MATADI NENGA GAMANDA G., *Le statut de représentants du peuple dans les assemblées politiques délibérantes*, Louvain-la-Neuve, Academia Bruylant, Bruxelles, 2010.
5. BOUALEM BESSAÏH M., « La justice constitutionnelle –garantie efficace du constitutionnalisme : l’expérience algérienne », in *Constitutionnalisme – Clé pour la Démocratie, les Droits de l’Homme et l’Etat de Droit*, Lisbonne, 28-29 novembre 2006, Strasbourg, le 5 avril 2007 CDL-JU(2007)004 Fr. seul.
6. CARBONNIER J., *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 7<sup>ième</sup> éd., 1992.
7. CE, sect., 5 mai 2006, n° 282352, Schmitt : Juris Data n° 2006-070060 ; RFDA 2006, p. 678, concl. R. Keller, RFDA 2006, p. 686, note C. Boyer- Mérentier ; AJDA 2006, p. 1362, chron. F. Landais et C. Lenica.
8. DELPHINE P-P, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/3 n° 75, p. 455
9. DJOLI ESENG’EKELI J., *Droit constitutionnel : principes structuraux*, T1, Kinshasa, EUA, 2012.
10. FROMENT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996.
11. GUILLAUME M., « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », in *Revue Pouvoirs* (n° 114), seuil Paris, 2005
12. GUINCHARD S. et DEBARD T., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz 2012.
13. KALUBA DIBWA, *Du contentieux constitutionnel en république démocratique du Congo, contribution à l’étude des fondements et des modalités d’exercice de la justice constitutionnelle*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Kinshasa, année académique 2009-2010.
14. KAMTO M., *Pouvoir et droit en Afrique*, Paris, LGDJ, 1987.

15. MBATA MANGU A., « Vers un nouveau contrat social en République Démocratique du Congo ? Une réflexion sur le constitutionnalisme et la démocratie au regard de la constitution post-transitoire », in *11<sup>ème</sup> assemblée générale du conseil pour le développement de la recherche en sciences sociales en Afrique*, CODESRIA.
16. MBOKO DJ'ANDIMA, *Principe et usage en matière de rédaction d'un travail universitaire*, Kinshasa, CADICEC, 2004.
17. POIRMEUR Y. et ROSENBERG D. : [https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/23/poirmeur\\_al.pdf](https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/23/poirmeur_al.pdf) (la doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français : consulté le 04 avril 2017)
18. RIVERO J et WALINE J., *Droit administratif*, 15<sup>e</sup> éd, Dalloz, Paris, 1994.
19. RIVERO J., *Droit public*, Sirey, Paris, 1980.
20. SAUVE J.M, « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat », in *Sixième Printemps du droit constitutionnel*, Journée d'étude organisée au Conseil d'Etat par le Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne. Vendredi 1<sup>er</sup> avril 2011.
21. TROPER M. : <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/index.php?id=286> (Séparation des pouvoirs, Dictionnaire électronique Montesquieu [En ligne], mis à jour le : 01/12/2010, consulté le 16 mars 2017).
22. VUNDUAWE te PEMAKO, « L'histoire constitutionnelle des actes ayant force de loi au Congo-Zaïre (1885-2005) », in *Pour l'épanouissement de la pensée juridique congolaise : Liber amicorum Marcel Antoine LIHAU*, Bruxelles, Presse de l'Université de Kinshasa, 2006.

