



REVUE DE L'U.KA

Volume 10, n. 19 (juin 2022)

**Des idées novatrices
Des actions transformatrices**

**Université Notre-Dame du Kasayi
KANANGA**

Rapports de force entre la Constitution et les accords politiques

Médard MULENGA KALENGA

Chef de Travaux à l'Université Notre-Dame du Kasayi

Introduction

Lorsqu'on observe un pays comme la RDC, les Constitutions apparaissent comme de simples pièces de musée sans espoir d'être considérées comme la norme supérieure et mère de toutes les normes au sein de l'Etat. Les accords politiques ont parfois un contenu juridique qui banalise ou supplante la Constitution. D'où l'intérêt de cette réflexion qui va tourner autour de la question fondamentale de savoir si les accords politiques entretiennent des liens de conflictualité ou de convivialité avec la Constitution. Il sera question de s'interroger sur leur valeur juridique et leurs rapports avec la Constitution.

En effet, lorsque la Constitution - texte fondateur et organisateur du pouvoir politique dans un Etat - est mise en jachère au profit d'un accord politique, la hiérarchie des normes préconisée par le positivisme juridique est entamée. Dès lors, les questions sur la suprématie constitutionnelle qui taraudent notre esprit méritent d'être étudiées.

En fait, chacun y recourt en y cherchant des avantages dans la lutte pour le pouvoir. On pourrait dire les armes aptes à renforcer sa position, à « marquer des points », si possible, à faire triompher ses idées et sa politique¹.

Nous allons, non seulement nous investir dans la compréhension des accords politiques et de la Constitution (I), mais aussi nous interroger sur le lien entre les deux concepts (II) avant de déboucher sur la juridicité des ditsaccords (III).

1 J. C. ZARKA, *Introduction au droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2003, p. 7.

1. Approche sémantique : accord politique et Constitution

Il s'agira de définir les accords politiques, d'analyser les causes de leur naissance et de les rapprocher des conventions constitutionnelles avant de définir la Constitution.

1.1. Les accords politiques

L'accord est un arrangement entre deux ou plusieurs parties pour régler un différend en vue de vivre dans l'entente ou l'harmonie. L'accord consiste en une conformité des pensées, des sentiments et des volontés ou mieux une « rencontre des volontés en vue de produire l'effet de droit recherché par les parties »².

En effet, les textes ici dénommés « accords politiques » ou « accords de paix » ou encore « actes politiques de règlement de crise » font dorénavant partie du paysage politique et social africain. À la fois produit d'une conflictualité politique et instrument visant la résolution de cette conflictualité, ces textes participent à ce qui apparaît bien comme un nouveau modèle de régulation du conflit politique, faisant croire sans détours, à un nouveau constitutionnalisme africain ou au renversement du constitutionnalisme par ce que certains auteurs ont qualifié de « conventionnalisme »³.

Partis du droit privé avec la transaction, les modes alternatifs de règlement des différends sont entrés dans le droit public par le biais du droit international public qui consacre aux côtés des modes juridiques de résolution des différends, des modes politiques essentiellement basés sur la négociation. Ils irriguent ensuite sur le droit administratif par des institutions comme le Médiateur de la République avec pour point culminant la transaction⁴. Cette dernière est une convention synallagmatique par laquelle les parties se consentent des concessions afin de mettre fin à un procès ou de l'éviter. En droit civil, la transaction est un « contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contes-

2 R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 5.

3 S. OUEDRAOGO, *Lutte contre la fraude à la constitution en Afrique noire francophone*. Thèse de Doctorat, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 16 mai 2011, p. 11.

4 P. BARBAKOUA, *La constitution à l'épreuve des accords politiques dans le nouveau constitutionnalisme africain*. Mémoire de DEA en droit public fondamental, Université de Lomé, 2008, p. 59.

tation en consentant des concessions réciproques »⁵. Avec les accords politiques, le droit constitutionnel ouvre finalement ses portes à la négociation, avec à la clef, une place au principe du respect de la parole donnée et surtout de bonne foi.

Ces accords, pour la plupart, vont à l'encontre des lois fondamentales en vigueur. Mais quelles sont leurs causes en Afrique ?

1.2. Les causes des accords politiques

D'une manière générale, les causes des accords politiques sont les conflits armés, les conflits électoraux et les crises constitutionnelles. Les conflits armés pullulent dans la plupart des Etats africains. Les groupes armés internes entretiennent ces conflits, remettent en question le pouvoir établi ou défendent leurs intérêts (exploitation minière, défense du groupe ethnique ou de la religion...) et défient l'armée régulière de l'Etat. Selon le *Department for International Development* (DFID, britannique) il y a des causes profondes, secondaires et tertiaires⁶.

Les causes profondes sont notamment à rechercher dans l'effondrement de l'Etat, le déclin économique, la culture de violence héritée de l'Etat colonial et la rareté ou l'abondance des ressources. Les causes secondaires seraient le chômage, le manque d'éducation, la pression démographique, l'instrumentalisation de l'ethnicité, la disponibilité des armes, la faiblesse de la société civile. Les causes tertiaires proviendraient de débordements régionaux des conflits, de la faible consolidation de la paix qui entraîne une reprise des hostilités, de l'absence de garants de la paix, de la médiation inappropriée qui permet aux combattants de se réarmer, de l'instrumentalisation de l'aide humanitaire pour assurer la survie des groupes armés.

Qu'en est-il des conventions constitutionnelles ? Ne sont-elles pas des accords politiques ? Le rapprochement entre les deux n'est pas à forcer car il y a une distinction que l'on peut faire entre ces deux notions.

1.3. Les conventions de la Constitution

Une convention constitutionnelle est une pratique implicite ou explicite, non écrite mais connue, acceptée et suivie par les acteurs politiques

5 R. GUILLIEN et J. VINCENT, *op. cit.*, p. 480.

6 Department for International Development, *The causes of conflict in Sub-Saharan African. Document de travail*, October 2001, p. 14.

d'un Etat ou, éventuellement, par les partis politiques comme si cette convention était une règle de droit.

Lorsqu'on parle des conventions de la Constitution on voudrait démontrer que la Constitution ne se réduit pas au droit écrit mais qu'elle comporte également des règles qui ne sont pas écrites et dont l'origine est proprement politique⁷.

On l'aura compris, le phénomène constitutionnel n'est réductible ni au droit seul, ni à la seule science politique. Il faut donc tenir les deux bouts de la chaîne et combiner la technique juridique avec la réflexion politique.

Il est vrai qu'au-delà et en dehors du texte constitutionnel existent des « règles non écrites qui, parce qu'elles commandent l'interprétation de la Constitution et organisent son application, sont partie intégrante de celle-ci aux yeux des acteurs directement concernés et, plus largement, de l'opinion⁸ ». Telles sont les conventions de la Constitution, cette « chair qui habille les os desséchés du droit » et que, pour taquiner les civilistes, nous serions tentés de résumer en ces termes : en politique, les conventions, même illégalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites⁹. A la différence d'une règle écrite, la convention peut disparaître quand cesse la configuration qui a permis sa naissance.

Les conventions de la Constitution sont des règles qui, « directement ou indirectement, affectent la distribution et l'exercice du pouvoir souverain de l'Etat. Sont-elles alors des règles de droit constitutionnel ? Non. Les conventions de la Constitution n'étant pas écrites, ne peuvent être sanctionnées par un juge. Ce sont des simples règles de "moralité constitutionnelle" ».

Comme on peut le constater, en dehors du fait que les conventions de la Constitution ne sont pas écrites, elles ne sont pas différentes des accords politiques. On peut dire qu'elles sont le précurseur aux accords politiques auxquels elles ont laissé place pour la dynamique politique. Les deux sont suivis comme une règle de droit et peuvent disparaître quand cesse la situation qui a permis leur naissance.

7 P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution*, (coll. « Léviathan »), Paris, PUF, 1997, p. 2.

8 *Ibid.*, p. 232.

9 Ch. BIDEGARAY, *Pierre Avril à la recherche des Conventions de la constitution*, dans *Revue française de science politique*, n. 5 (1998), p. 665.

La nature des conventions constitutionnelles est à relever pour éviter toute confusion avec la règle de droit. La convention de la constitution est une règle politique et non juridique. Ce n'est donc pas une règle qui peut être jugée, sanctionnée ou interprétée par un tribunal. C'est une règle qui s'établit entre les acteurs politiques. Ceux-ci établissent un consensus malgré leur divergence d'intérêts, les différences idéologiques entre les parties. Ils sont d'accord pour respecter ces règles fondamentales (conventions ou accords politiques) du fonctionnement de l'Etat.

Les tribunaux ne peuvent toutefois pas sanctionner un acteur qui ne respecte pas une convention constitutionnelle. La sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique. Mais, en sera-t-il de même pour les accords politiques à contenu juridique ? Cette question reste pendante et nous y reviendront à la fin de cette réflexion. Qu'en est-il de la Constitution dont elle entend montrer la voie à suivre ?

1.4. Définition de la Constitution

La Constitution est la Loi fondamentale d'un Etat. Elle est coextensive à l'Etat. La naissance de l'Etat coïncide avec le moment précis où il se dote d'une Constitution. Il ne saurait exister, à proprement parler, d'Etat sans Constitution ni de Constitution sans Etat. Elle est incontestablement la règle de base du droit interne. C'est elle qui constitue l'assise de l'Etat. La Constitution est « un corps des règles écrites ou non, destinées à fixer les modalités d'acquisition, d'exercice et de transmission du pouvoir politique au sein de l'Etat »¹⁰.

On sait que traditionnellement la Constitution est conçue comme un contrat, un engagement du peuple avec lui-même ; elle fonde la légitimité du pouvoir politique¹¹. Mais, on peut retenir deux sens différents pour la définir. Au sens matériel, elle privilégie le contenu : elle s'entend comme l'ensemble des règles écrites ou non relatives à l'accession, à l'exercice et à la dévolution du pouvoir politique, aux droits et libertés des citoyens. Alors qu'au sens formel, elle privilégie le contenant, c'est-à-dire la procédure juridique de son élaboration et de sa révision. Elle est alors définie comme un ensemble des règles juridiques élaborées et révisées selon une procédure supérieure spécifique à celle utilisée pour

10 J. DJOLI ESENG'EKELI, *Droit constitutionnel*. T.1, *Principes structuraux*, Kinshasa, EUA, p. 165.

11 P. MOUDOUDOU, *La constitution en Afrique*, Paris, Hemar, 2014, p. 22.

la loi ordinaire. D'où elle est privilégiée et protégée. Privilégiée en ce sens qu'elle est unique en son genre. Protégée, dès lors qu'elle est hors d'atteinte des autres normes qui, par définition, lui sont inférieures. Elle relève de la supra-légalité¹².

En définitive, la combinaison de deux critères privilégie une forme supérieure (critère forme), pour accorder une grande stabilité au contenu de la Constitution, étant entendu que celle-ci comporte dans ses grandes lignes le compromis politique entre les composantes de la société. Sous cet angle Marie-Anne Cohendet définit la Constitution comme « l'ensemble des règles considérées comme étant fondamentales dans l'Etat, généralement relatives aux principes essentiels et aux normes de production des normes, et par conséquent située au sommet de la hiérarchie des normes et protégées par une procédure de révision plus complexe que celle des autres lois »¹³.

Les contours de la Constitution ayant été sommairement circonscrits, il serait dès lors aisé d'aborder la question relative aux liens qui existeraient entre elle et les accords politiques.

2. Rapports entre Constitution et accords politiques

La relation entre la Constitution et les accords politiques se cristallise autour de l'idée de rupture de la cohérence et de l'unité de l'ordre constitutionnel dans son ensemble. Cette rupture est révélée par le bouleversement institutionnel occasionné et par la redéfinition des compétences prévues dans la constitution.

Si les accords politiques présentent essentiellement la vertu de résoudre les crises, leur application conduit généralement à une remise en cause de la structure institutionnelle de certains États d'Afrique. La déstabilisation de l'ordre institutionnel se remarque ainsi dans la reconfiguration du système politique et dans les incidences que les compromis font peser sur le pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire. L'avenir de l'Etat ne se fonderait plus sur la Constitution mais sur l'accord.

Ainsi, les normes constitutionnelles sont déclassées ou dénaturées dans leur fonction principale d'encadrer la politique étatique. De fait, les règles fondamentales de l'organisation de l'Etat sont politisées et remplacées par les normes politiques issues des accords entre les anta-

12 J. DJOLI ESENG'EKELI, *op. cit.*, p. 171-172.

13 M. A. COHENDET, *Droit Constitutionnel*, 2è éd., Paris, Montchrestien, 2002, p. 71.

gonistes. D'où la politisation du droit à la place de la « juridicisation » de la politique. Ne s'agit-il pas d'une « hétérodoxie normative » ?

Dans le cas présent, les accords politiques constituent généralement d'autres normes qui viennent se superposer à celles qui existent déjà et surtout à la Constitution. Ces nouvelles normes entretiennent des relations tantôt pacifiques ou complémentaires avec pour conséquence la stabilisation de la Constitution (B), tantôt conflictuelles avec un effet déstabilisateur de la Constitution (A). Il s'agit du caractère ambivalent des accords politiques.

2.1. Un rapport conflictuel ou déstabilisateur

La relation entre la Constitution et les accords politiques est souvent caractérisée par des rapports conflictuels. Cette conflictualité conduit au renversement de la pyramide des normes et favorise la déstabilisation de l'ordre constitutionnel. On constate ainsi une déconstruction de la logique du positivisme classique. Dans la doctrine de Hans Kelsen, une norme ne saurait appartenir à un ordre juridique donné qu'à la condition que sa création soit déterminée par une autre norme.

L'étude des systèmes africains permet de relever que, dans l'hypothèse d'un conflit de normes entre la constitution et les accords politiques, ces derniers prévalent sur la loi fondamentale, « comme par un renversement du sens de la roue », selon la riche expression de Meledje¹⁴. On peut remarquer, en pareilles circonstances, la négation ou la remise en cause du primat de l'ordonnement juridique sur l'ordonnement politique.

Il s'agit là de la suprématie normative des accords politiques. C'est classique dans la théorie juridique que les règles de droit sont dotées d'un caractère impératif obligeant ses destinataires à se conformer à leurs prescriptions. Mais, depuis plus d'unedécennie, certaines dispositions de la Constitution perdent leur charge normative. La diminution de la force obligatoire de la norme constitutionnelle tient davantage à l'entrée solennelle des arrangements politiques dans l'ordre juridique établi. Certes efficace dans la gestion de sortie de crise, ce conventionnalisme apparaît généralement déstabilisateur de la Constitution.

14 F. MELEDJE, *Le système politique ivoirien dans la géopolitique ouest-africaine*, dans *Revue de droit public et science politique*, n. 3 (2006), p. 703.

En effet, c'est une tendance dans l'ordre juridique des Etats en conflit armé ou politiquement en crise : le développement des compromis politiques se fait soit au détriment, soit en lieu et place de la Constitution. Il est vrai, comme l'illustrent plusieurs accords politiques, que la généralisation de ces compromis politiques se fait en marge de la constitution¹⁵.

Les cas du Rwanda, de la Cote d'Ivoire et de la RDC sont des exemples suffisants. Hormis le compromis politique qu'il réalise entre les antagonistes ou la majorité et l'opposition, l'Accord d'Arusha modifie la constitution du 10 juin 1991 car le domaine de la loi fondamentale est élargi à des normes établies en dehors du pouvoir constituant et des modalités appropriées : « les deux parties acceptent que la constitution du 10 juin 1991 et l'accord de paix d'Arusha, constituent indissolublement la loi fondamentale qui régit le pays durant la période de transition »¹⁶.

L'on constate que la Constitution est modifiée sur le plan des institutions et sur le plan des principes fondamentaux. Au plan institutionnel, l'accord crée des nouvelles institutions transitoires dont un gouvernement à base élargie et détermine ses compétences. La Constitution rwandaise est enrichie des nouveaux principes fondamentaux comme « l'Etat de droit », « la démocratie » et le multipartisme.

Les accords politiques signés en RDC en 2016 viennent étayer davantage ce complot politique qui vient supplanter le cadre normatif constitutionnel établi pour gérer le pouvoir de l'Etat dans les différentes institutions politiques.

Phidias Ahadi Senga soutient qu' « on peut en douter, les accords politiques signés le 18 octobre et 31 décembre 2016 violent silencieusement la Constitution du 18 février 2006 sous un regard amorphe du peuple, enchaîné derrière les idéologies des parties prenantes à ces pourparlers politiques »¹⁷. Fodjo Kadjo Abo l'explique bien lorsqu'il affirme qu'on ne peut pas s'afficher comme un sauveur et se comporter en même temps comme un bourreau¹⁸.

15 F. J. AIVO, *La crise de normativité de la Constitution en Afrique*, dans *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger*, n. 1 (décembre 2012), p. 19.

16 Article 3 de l'Accord de paix d'Arusha du 15 août 1993.

17 Ph. MILEMBA, *Les accords politiques du 18 octobre et 31 décembre 2016 en République Démocratique du Congo : entre sacrifice de la démocratie et gain de la paix*, dans IOSR-JHSS, Vol. 22, Issue 5, (2017), p. 69.

18 A. FODJO KODJO, *La pratique de la terreur au nom de la démocratie*, Paris,

En RDC l'article 78 de la Constitution a été expressément torturé par les deux accords précités dans le but du partage du pouvoir. Au sujet de la nomination du Premier ministre et la formation du Gouvernement, les dispositions constitutionnelles pertinentes en la matière sont écartées au profit de celles de l'Accord politique. L'article 78 de la Constitution dispose que « Le Président de la République nomme le Premier ministre au sein de la majorité parlementaire après consultation de celle-ci... ».

Le Premier ministre n'est pas un produit des conciliabules politiques. C'est au sein de la majorité parlementaire qu'il doit être désigné après consultation de celle-ci. Le parti qui a obtenu la majorité absolue après les législatives nationales est celui indiqué d'aligner le candidat qui sera nommé par le Président de la République comme Premier ministre. A défaut, il sera nommé au sein de la coalition majoritaire de la chambre basse du Parlement. Nulle part où il est fait allusion à l'opposition pour le choix et la nomination du Premier ministre.

Le gouvernement étant l'émanation des accords politiques du 18 octobre et du 31 décembre 2016, un ordre politique créé en la circonstance pour gérer la conjoncture politique et juridique, l'article 78 de la Constitution congolaise sort l'une des premières victimes à être sacrifiée sur l'autel des négociations politiques. Par ce fait, ces compromis politiques hypothèquent la Constitution et *illico presto* se présentent comme supérieurs à celle-ci par leurs dispositions novatrices qui lui sont contraires¹⁹.

Bref, les accords de paix s'imposent matériellement comme des constitutions ou alors des « paraconstitutions ». Ces accords, dans plusieurs pays, parce qu'ils constituent le statut de l'Etat en crise ou en reconstruction, s'appliquent en définitive comme des constitutions matérielles. Certains accords créent des institutions de transition, parfois reconstituent les pouvoirs classiques de l'Etat. C'est le cas de l'Accord global et inclusif de Sun City du 17 décembre 2002 pour la RDC, l'Accord de paix et de réconciliation d'Arusha du 28 août 2000 pour le Burundi. D'autres érigent carrément des nouveaux principes fondamentaux, modifient la forme de l'Etat en créant, comme c'était le cas au Soudan, un Etat fédéral par l'autonomisation d'une région (l'Accord global du 9 janvier 2005).

« Mais par scrupule démocratique, ces instruments ne sont pas présentés comme étant des constitutions instituées telles quelles dans les faits et par les pratiques politiques. Or, comme une loi

L'Harmattan, 2009, p.10.

19 Ph. MILEMBA, *op. cit.*, p. 71.

fondamentale établie selon l'orthodoxie constitutionnelle, les dispositions de ces conventions politiques affectent de manière substantielle l'organisation de l'Etat et la répartition de ses pouvoirs. Au-delà d'acquiescer dans la pratique une normativité constitutionnelle, ces dispositions conventionnelles parviennent par le jeu des acteurs politiques à modifier l'ordre constitutionnel initialement établi... elles déstabilisent la constitution et la supplantent en certaines matières »²⁰.

La Constitution se trouve alors reléguée au second plan et les compromis politiques acquièrent une place prépondérante dans l'architecture normative de l'Etat. Certains auteurs parlent même, à cet égard, de renoncement à la Constitution ou de mise en veilleuse des règles constitutionnelles²¹. L'on assiste ainsi au primat des normes politiques et au déclasserement des règles constitutionnelles. C'est un recul du constitutionnalisme.

Dans ces conditions, on le voit bien et c'est ce que décrivait Dominique Rousseau, le texte constitutionnel n'a aucun impact sur la vie politique, c'est-à-dire sur le fait ou sur la pratique, qui prennent le pas sur le droit. Les accords politiques deviennent, par la même occasion, la véritable source de l'exercice du pouvoir d'Etat²².

Cette prédominance des arrangements politiques a pour conséquence la dénégation de la primauté constitutionnelle, telle que schématisée dans la théorie kelsénienne de la pyramide des normes, c'est-à-dire qu'elle entraîne un déclasserement des règles constitutionnelles.

2.2. Une relation pacifique ou protectrice de la Constitution

Le rapport entre accords politiques et norme constitutionnelle se réalise parfois pacifiquement. On relève dans ces situations, selon la configuration des compromis obtenus, une cohabitation marquée par la résurgence de l'hégémonie constitutionnelle ainsi que l'enrichissement de la Constitution par les conventions politiques.

Malgré tout cela, il convient de noter que, souvent, la suprématie que détient la Constitution dans l'ordonnancement juridique des Etats

20 F.-J. AIVO, *La crise de normativité de la Constitution en Afrique*, p. 21-23.

21 A. KPODAR, *Politique et ordre juridique : les problèmes constitutionnels posés par l'accord de Linas Marcoussis du 23 janvier 2003*, dans *Revue de la recherche juridique*, n. 4 (2005), p. 2521-2522.

22 D. ROUSSEAU, *Question de constitution*, dans J.-C. COLLIARD et Y. JEGOUZOT (dir.), *Le nouveau constitutionnalisme*. Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC, Paris, Economica, 2001, p.13.

africains semble préservée en période de crise, notamment en raison de l'évanescence des accords politiques et de l'application conditionnée des normes conventionnelles. Le conventionnalisme, d'une manière générale déstabilisateur de la constitution, est exceptionnellement protecteur de la loi fondamentale.

Deux exemples suffisent pour mettre en évidence cette autre face de la médaille. Il s'agit des cas du Togo et de la RDC. L'accord-cadre de Lomé entre les antagonistes togolais signé en 1999 a sauvé la Constitution du 14 octobre 1992. Cet accord avait réussi à ajourner la révision de la Constitution et exigeait « le strict respect de la Constitution » comme « l'une des garanties indispensables au libre jeu démocratique et de l'alternance ». En 2006, ce type d'accord compris comme une norme « supra constitutionnelle » fut de nouveau expérimenté.

En RDC, l'Accord global et inclusif signé à Pretoria en 2002 table sur la réorganisation des institutions de l'Etat. C'est une convention aux allures d'un texte fondateur de l'Etat. Elle crée des organes politiques, les dote des compétences et prévoit leur fonctionnement. Certes, la résolution de la crise congolaise n'était pas que politique, mais aussi constitutionnelle. La Constitution de transition issue de l'Accord global et inclusif, même si elle peut être qualifiée d'atypique, n'est pas moins une Constitution. Cependant, elle reste une « Constitution conditionnée ». L'accord global et inclusif, comme source matérielle qui sous-tend l'idée de droit à la base de cette Constitution est, en effet, la norme fondamentale et ce sont ses dispositions qui organisent le régime de la transition²³.

L'exemple de la RDC est atypique, car la Constitution de transition jette les bases d'un nouvel ordre politique, stabilise l'Etat en édictant les normes d'institutionnalisation et de fonctionnement du pouvoir. C'est l'idée du « pouvoir constituant originaire à caractère exceptionnel » émise par Luc Sindjoun²⁴. Ce pouvoir permet d'édicter une Constitution opérationnelle en période de crise parce que les circonstances politiques ne permettent pas l'expression du peuple souverain et constituant originaire classique.

Lié à un conventionnalisme constituant, le pouvoir constituant originaire à caractère exceptionnel est détenu et exercé par des acteurs

23 F. J. AIVO, *art. cit.*, p. 23-24.

24 L. SINDJOUN, *Le gouvernement de transition : éléments pour une théorie politico-constitutionnelle de l'Etat en crise ou en reconstruction*, dans *Mélanges Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 995.

dépourvus de souveraineté mais également de tout mandat approprié. Produit d'une souveraineté finalement usurpée, ce type de constituant établit une Constitution sans peuple et ne peut en conséquence générer qu'un système démocratique déficitaire.

Ces compromis ou ces arrangements sont des actes transitoires, dont la vie et la survie dépendent de la volonté des acteurs du jeu politique, ainsi que de l'évolution même de la crise. Si les textes constitutionnels ne sont pas des « tentes dressées pour le sommeil »²⁵, comme l'a dit Royer-Collard, ils peuvent être destinés à disparaître ou à subir des mutations. Les accords politiques non plus ne sauraient prétendre à la pérennité ou à l'éternité. Ils constituent une législation de crise. Leur existence est passagère, et l'on comprend que la fin de la crise annonce généralement leur inapplicabilité pour l'avenir.

On pourrait expliquer ce phénomène par le besoin, exprimé en Afrique, de faire reposer nécessairement la légitimité politique sur la légalité constitutionnelle. C'est donc surtout par leur intégration au bloc de constitutionnalité que les accords politiques signalent leur infériorité au texte constitutionnel. Un auteur a pu parler, fort pertinemment, d'une « revanche du droit sur le politique »²⁶ et, partant, du constitutionnalisme sur le conventionnalisme.

L'incorporation des normes conventionnelles au texte juridique replace la Constitution dans son statut de loi suprême de l'État, et souligne au passage cette tendance à lui reconnaître, en Afrique, une vocation programmatique, pédagogique ou symbolique.

Il en résulte que les arrangements politiques, à contenu juridique, n'ont de valeur en fin de compte que si des dispositions constitutionnelles sont prises pour qu'il en soit ainsi. On a pu observer, dans ce contexte, la permanence des principes constitutionnels et considérer dans le même temps la Constitution comme un point de repère pour les conventions de sortie de crise. Le principe de la constitutionnalité des lois et des accords internationaux semble repris et appliqué aux accords politiques.

25 F. GUIZOT, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration*, Paris, Ladvocat, 1921, p. 77.

26 J.L. ATANGANA AMOUGOU, *Les accords de paix dans l'ordre juridique interne en Afrique*, dans *Revue de la recherche juridique et Droit prospectif*, n. 3 (2008), p.1744.

Par ailleurs, on peut remarquer que les accords politiques ne sont pas signés *ex nihilo*; leur élaboration se réfère à des dispositions constitutionnelles particulières qui se trouvent contestées²⁷ ou difficilement applicables dans le contexte de la crise²⁸. De sorte que ces accords s'inspirent parfois de la Constitution en place. Malgré tout, il reste que le texte constitutionnel est enrichi par les conventions politiques, à travers ce processus de reconquête de prépondérance au sommet de la hiérarchie des normes. Ce qui souligne le caractère utilitaire de la cohabitation des normes en présence.

Cet enrichissement de la norme constitutionnelle par les règles conventionnelles exprime finalement le rôle positif que peuvent jouer les normes politiques lorsqu'elles sont placées dans le marbre du droit constitutionnel, c'est-à-dire lorsqu'elles sont intégrées dans le dispositif constitutionnel de l'État. Par ailleurs, le recours alterné à la Constitution et aux accords politiques dénote, s'il était encore besoin de le souligner, une certaine souplesse du constitutionnalisme africain, spécifiquement dans les États en crise.

C'est sur base du respect du compromis politique que les dispositions constitutionnelles sont modifiées, contournées, abrogées de fait, améliorées ou protégées. Il devient alors intenable d'occulter que ces « bizarreries institutionnelles »²⁹, sont aussi une voie de détournement du pouvoir constituant.

Mais, lorsque la Constitution manipulée ou instrumentalisée est indigne de la confiance de certains acteurs politiques et qu'elle est contestée par l'opposition, que faire face à la crise ? La réponse est à rechercher dans les compromis politiques qui, souvent, ont un contenu juridique.

3. La juridicité des accords politiques

La question principale qui nous servira de poteau indicateur est celle de savoir si les accords politiques, malgré leur caractère pacifiste ou perturbateur, constituent une normativité juridique. Et en cas de violation

27 Voir par exemple les conditions d'éligibilité à la présidence de la République ivoirienne que renferme l'article 35 de la Constitution ivoirienne.

28 Voir la question des élections au suffrage universel au Burundi avant la conclusion de l'Accord d'Arusha pour le Burundi.

29 R. CARAYOL, *Madagascar : Trois présidents pour une île*, dans *Jeune-Afrique*, n. 2549 (novembre 2009), p. 49.

de leurs dispositions, quelle juridiction sera capable de trancher des litiges qui peuvent en découler ?

3.1. La crise de normativité de la Constitution

Le principe de la hiérarchie des normes, après avoir inspiré les constituants occidentaux, dans leur grand ensemble, a été repris par la nouvelle vague du constitutionnalisme africain. C'est le pouvoir constituant qui prescrit l'obligation de leur reconnaissance et de leur respect par l'Etat, la société et par l'individu. « Les valeurs juridiques définies par la Constitution se placent à la tête des valeurs juridiques normatives »³⁰.

Ainsi, l'ordre juridique d'un Etat se présente à la manière d'un « édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide formée de couches de normes hiérarchiquement subordonnées et tirant leur validité de leur appartenance à cet ordre »³¹. Il en découle que les règles juridiques d'un degré hiérarchique plus bas que la Constitution peuvent d'une part détailler le contenu des valeurs constitutionnelles et leur manière de réalisation, d'autre part elles peuvent désigner des valeurs juridiques nouvelles ne violant pas les valeurs constitutionnelles³².

Dans la perspective kelsénienne, le caractère juridique d'une norme ne peut donc être compris en observant le contenu de la norme en question ; il résulte bien plutôt de sa structure et du fait que son édicition a eu lieu conformément à la hiérarchie du système juridique dans son ensemble. Autrement dit, Kelsen avance que toute norme juridique reçoit sa validité de sa conformité à une norme supérieure, formant ainsi un ordre hiérarchisé. Cet ordre est dit statique car les normes inférieures doivent respecter les normes supérieures, mais il est également dynamique car une norme peut être modifiée en suivant les règles édictées par la norme qui lui est supérieure. La norme placée au sommet de la pyramide étant, dans des nombreux systèmes juridiques, la Constitution³³.

Il est préférable, sur ce point, de rendre la parole à Kelsen lui-même :

« (...) la norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme est par rapport à celle-ci une norme supérieure. Mais il est

30 A. ADAM, *Sur les valeurs constitutionnelles*, dans *Mélanges en l'honneur de Patrice Gélard, Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 5.

31 J. CHEVALIER, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 45-46.

32 A. ADAM, *op. cit.*, p. 6.

33 W. MAKIASHI, *Histoire du droit*, Kinshasa, Médiaspaul, 2015, p. 28-29.

impossible que la quête de fondement de la validité d'une norme se poursuive à l'infini, comme la quête de la cause d'un effet. Elle doit nécessairement prendre fin avec une norme que l'on supposera dernière et suprême. En tant que norme suprême, il est impossible que cette norme soit posée (...) La norme suprême ne peut donc être que supposée... Nous appellerons une semblable norme, une norme supposée suprême : la norme fondamentale (Grundnorm)... La norme fondamentale est la source commune de la validité de toutes les normes qui appartiennent à un seul et même ordre ; elle est le fondement commun de leur validité »³⁴.

Par ailleurs, le principe de la hiérarchie des normes serait une pure illusion s'il n'était pas garanti par des mécanismes chargés d'en sanctionner les violations. D'où la nécessité des juridictions constitutionnelles tels que la Cour constitutionnelle, le Tribunal constitutionnel ou le Conseil constitutionnel pour l'exercice du contrôle de constitutionnalité des actes législatifs inférieurs à la Constitution.

Cependant, l'on peut observer que depuis plus de deux décennies, les Etats d'Afrique noire francophone sont confrontés au phénomène de « la désacralisation progressive de la Constitution »³⁵. S'il ne s'agit pas des amendements intempestifs des dispositions constitutionnelles organisés par la caste au pouvoir pour s'y éterniser, l'on recourt à des accords politiques par les protagonistes au détriment des prescrits de la Constitution. Cela entame la sécurité juridique, l'Etat de droit et la stabilité de la Constitution.

Cette instabilité de la Constitution entraîne sa banalisation. La vulnérabilité de la norme constitutionnelle devient de plus en plus monnaie courante en Afrique. Les révisions intempestives et les arrangements politiques vident le sens et le contenu même de la Constitution.

Ne s'agit-il pas d'une nouvelle catégorie de normes qui sont en train de s'imposer en Afrique subsaharienne ? Et si c'est une nouvelle catégorie de normes, quelle juridiction sera capable de trancher des litiges en cas de leur violation ?

34 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann, Paris, LGDJ, 1999, p. 194-195.

35 P. PACTET, *La désacralisation progressive de la constitution de 1958*, dans *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, p. 390.

3.2. La justiciabilité des accords de sortie de crise

Est-il normal que les accords de sortie de crise échappent à toute censure juridictionnelle ? Cela constitue-t-il une zone de non droit comme c'est le cas pour certains litiges qui n'admettent pas de règlement juridictionnel ?

En effet, les actes des autorités étrangères établies en RDC, les litiges en rapport avec les actes dits de gouvernement et les actes dits de démocratie directe ou les lois référendaires³⁶ échappent à toute censure juridictionnelle en RDC.

A l'évidence, les accords politiques ne sont pas à classer dans ces trois catégories d'actes pour échapper à la censure des juridictions congolaises. Toutefois, leur contenu normatif et la place qu'ils occupent étant égale ou supérieure à la Constitution, les litiges qui peuvent en découler devraient intéresser le juge congolais. Mais de quelle juridiction ces compromis politiques peuvent-ils relever ?

Sur pied de l'article 155 de la Constitution, « le Conseil d'Etat connaît, en premier et dernier ressort, des recours pour violation de la loi, formés contre les actes, règlements ou décisions des autorités administratives centrales... ». Mais les accords politiques ne sont pas des actes administratifs unilatéraux ou contractuels (les marchés publics) afin de relever de la compétence du Conseil d'Etat qui est une juridiction administrative. Le recours pour violation de la loi ne sera formé que contre les décisions des autorités centrales qui convoquent les négociations ou contre celles prises pour faciliter l'exécution des résultats du compromis politique. En cas de non-respect de la légalité, leurs actes peuvent être attaqués en justice devant la haute juridiction administrative.

Cependant, lorsqu'il s'agit des conflits qui proviennent de la violation des dispositions de l'accord politique, il est loisible de recourir à la Cour constitutionnelle car sa nature, sa portée et sa place égale ou rivalise avec celle de la Constitution. Sa nature étant hybride, c'est-à-dire, politique de par ses origines, et juridique par son contenu. Sa portée ou sa valeur est juridique car son rôle est de régir l'Etat pendant la période de crise. L'accord s'entend comme une législation de crise. Parce que l'accord décline la Constitution dans certaines de ses dispositions les

36 F. VUNDUAWTE PEMAKO, *Cours de contentieux administratif congolais*, Vol. 1, *Notions de juridictions et délimitation du contentieux administratif en République Démocratique du Congo*, Kinshasa, 2017, p. 70.

plus pertinentes, en cas de litige il convient que le juge constitutionnel puisse trancher.

L'article 160, alinéa 1^{er} de la Constitution de la RDC dispose : « La Cour constitutionnelle est chargée du contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes ayant force de loi ». Qu'entendre par « actes ayant force de loi » ? S'agit-il seulement de ceux énumérés à l'alinéa 2 ou l'on peut étendre la liste aux autres actes qui peuvent être soumis à ce contrôle ? Pour nous, ce contrôle devrait concerner tous les actes ayant une incidence sur l'organisation et la structuration des pouvoirs au sein de l'Etat pour ne pas tomber dans des situations de non-droit dans un Etat qui se dit « Etat de droit ».

Le contrôle de constitutionnalité est une règle universellement admise pour assurer l'unité de l'ordre juridique dans un Etat. Ce contrôle est, en RDC, la garantie de la suprématie de la Constitution du 18 février 2006 telle que modifiée aujourd'hui. Il est exercé soit par le Parlement soit par la Cour constitutionnelle³⁷.

En plus du contrôle juridictionnel exercé par la Cour constitutionnelle, il s'avère indispensable d'éviter d'élaborer des constitutions taillées sur mesure, d'opter pour la démocratie majoritaire ou la démocratie consensuelle, d'instaurer une éthique des responsabilités, d'instaurer une institution de facilitation de dialogue et de réviser la Constitution sur le partage du pouvoir.

Les Constitutions élaborées pour soutenir les détenteurs du pouvoir sont une source de conflits entre les gouvernants et les opposants. D'où la nécessité des textes constitutionnels qui garantissent l'intérêt général et non celui d'un camp politique ou d'un individu. Cela éviterait un constitutionnalisme indigène de précaution, dont les éléments ont été diversement dosés, comportant « des remblais, des digues et des barrages, pour s'assurer qu'aucun des pouvoirs ne sorte de son lit »³⁸.

Le contrôle direct des citoyens est très important pour protéger la loi fondatrice de l'Etat. L'article 64 vise à protéger l'ordre constitutionnel menacé par les tendances autoritaires. Ce qui constitue une infraction imprescriptible contre la nation et qui est punie conformément à

37 M. ILUME MOKE, *Droit constitutionnel et institutions politiques de la République Démocratique du Congo*, Kisangani, PUPELK, 2018, p. 173.

38 T. HOLO, *La présidence impériale : du Potomac au Sahel*, dans *Revue béninoise de sciences juridiques et administratives*, n. 9, (décembre 1987), p. 5.

la loi, c'est tout renversement du régime constitutionnel et non un régime inconstitutionnel. En référence aux régimes ou institutions qui fonctionnent en violation de la Constitution, cela cesse d'être un crime pour un devoir patriotique³⁹. Ainsi, cet article donne le droit et le devoir aux citoyens congolais de s'opposer à un régime établi en dehors de la Constitution.

Les contradictions au sein de la société congolaise entre la majorité et l'opposition peuvent être résolues par un organe collégial mis en place pour faciliter les négociations sans trahir ou tronquer la Constitution. Cet organe non juridictionnel aura pour tâche d'entendre les parties en conflit, organiser des discussions avec tous les concernés autour d'une même table en vue d'un consensus équitable.

Il s'agit là d'un mécanisme qui rassemble la majorité et l'opposition autour de la même table pour trouver des solutions au problème qui les oppose car la démocratie c'est le respect de la minorité. La RDC devrait instaurer une structure du genre « médiateur de la République » (l'Ombudsman) comme dans certains pays scandinaves ou une Commission nationale permanente de dialogue sans qu'il ne soit nécessaire de trouver des astuces pour torpiller la Constitution.

Le mal qui tue notre société n'est pas l'absence de cadre normatif qui puisse la régler, mais c'est un problème d'hommes respectueux des valeurs morales fondamentales. Notre collectivité souffre de la carence d'éthique dans la gestion des affaires publiques. Les responsabilités politiques exigent des autorités un degré moral suffisant et une culture démocratique acceptable pour parvenir à la bonne gouvernance des biens de l'Etat.

Il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit et l'éthique. La politique ne peut pas se pratiquer indépendamment du cadre constitutionnel qui détermine le rôle des différentes institutions de l'Etat. Le respect du droit et des valeurs morales est une obligation prioritaire, à la base de tout pouvoir, afin de réaliser le bien commun pour et par le bonheur de tous⁴⁰.

39 <http://www.congo-Kinshasa>, André Mbata dénonce les « péchés mortels » de la CENI, le 10 novembre 2007/phare, consulté le 21/04/2022.

40 A. MAMPUYAKANUNK'a-TSHIABO, *Le respect des textes légaux comme problème d'éthique de gouvernance au Congo*, dans *Revue de l'U.KA.*, Vol. 1, n. 1 (février 2013), p.150.

Le partage du pouvoir est le nerf de la guerre entre les forces politiques congolaises. Cette question divise ces dernières à telle enseigne qu'elles s'arrangent plusieurs fois pour aller au-delà des prescrits constitutionnels. Dans un Etat composé d'une mosaïque des peuples et des cultures, il est nécessaire de créer des mécanismes qui facilitent à tout le monde l'accès au pouvoir. La révision constitutionnelle sur ce point s'impose car la démocratie ne signifie pas un mimétisme aveugle des autres alors que nos vrais problèmes demeurent sans réponse. Qui nous impose la manière d'organiser notre société en suivant tel ou tel autre modèle ? Il est temps pour nous de penser et d'organiser notre collectivité sur un modèle inventé par nous-mêmes, c'est-à-dire un mécanisme fondé sur des valeurs endogènes, traditionnelles et modernes.

« Lorsqu'un peuple a tant réfléchi sur ses erreurs, lorsqu'il veut s'organiser autrement afin d'atteindre des meilleurs résultats, il n'a plus d'autres choix que de prendre des fermes engagements pour réaliser la paix et la cohésion nationale sans recourir à la guerre »⁴¹.

Bref, tout laisse supposer la nécessité de créer des nouvelles formes de gestion du pouvoir. Et il existe dans ce domaine précisément des fondations éparses au niveau international, national et même traditionnel. Les pratiques africaines traditionnelles de partage de pouvoir et de résolution des conflits poussent à exhumer certains savoirs et à revisiter les méthodes qui avaient fait leurs preuves autrefois.

C'est le cas, par exemple, de l'instauration d'une présidence rotative ou « collégiale » car chaque fois qu'on organise l'élection présidentielle, les résultats sont contestés avec véhémence et cela entraîne des conflits armés ou non. Ces crises politiques post-électorales peuvent être évitées en prévoyant une présidence rotative selon les quatre espaces linguistiques de la RDC ou selon les provinces. Cela peut préserver le pays des conflits tribaux avec toutes leurs conséquences. Lorsqu'une communauté sait d'avance qu'après cinq ans, par exemple, un de leurs membres accédera au pouvoir, il y a lieu qu'elle adopte un comportement conforme à la Constitution et aux lois de la République.

S'il n'est pas possible d'instaurer une présidence rotative, on peut recourir à la présidence collégiale pour juguler les crises récurrentes que la RDC connaît et qui obligent les politiques à signer des accords parfois contraires à la Constitution. Cette collégialité peut aussi être re-

41 A. MUNGALA, *Le consensus politique et la renaissance de la République Démocratique du Congo*, Kinshasa, Cerdaf, 2002, p. 144.

présentative de quatre espaces linguistiques congolais. L'exemple de la Bosnie-Herzégovine est très éloquent à ce sujet.

La présidence de la Bosnie-Herzégovine est un triumvirat exerçant collectivement les fonctions de Chef de l'Etat. Selon l'article V de la Constitution de 1995, la présidence est assurée collégalement par trois membres élus au suffrage direct : un Bosniaque et un Croate élus par la Fédération de Bosnie-et-Herzégovine et un Serbe élu par la République serbe de Bosnie.

Conclusion

La suprématie de la Constitution est encore possible si les gouvernants et les citoyens ont une attitude de respect envers elle comme un arbitre neutre au-dessus de la lutte pour le pouvoir. Il faudra éviter de la considérer comme une arme à utiliser contre ses adversaires ou un texte rédigé au crayon que l'on peut tout le temps corriger, ou encore une simple déclaration sans valeur contraignante que l'on peut remplacer après une crise par un arrangement politique.

De ce fait, les dirigeants politiques éviteront d'être servis par une certaine classe d'intellectuels devenus maîtres dans l'art de la fraude et de la manipulation constitutionnelle ainsi que par un corps judiciaire qui n'a de pouvoir que de nom et fonctionne comme un département spécialisé du gouvernement et du parti au pouvoir. La cour constitutionnelle et le Parlement doivent remplir efficacement leur rôle de protecteur de la loi fondamentale qu'est la Constitution. La politique doit être encadrée par le droit et non le droit par la politique.