

LES DROITS DE L'HOMME DANS LA CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE DÉMOCRATIQUE DU CONGO DU 18 FÉVRIER 2006

Par

Paul-Gaspard NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA

*Docteur en Sciences juridiques et Diplômé d'études spécialisées en Droits de l'Homme
Professeur de Droit public à l'Université de Kinshasa et invité à l'Université Catholique du Congo
Juge au Conseil d'État
Ancien Vice-Doyen chargé de l'Enseignement à la Faculté de Droit*

INTRODUCTION

La deuxième partie de cette Journée est consacrée – comme le mentionne bien le programme – à la « mise en œuvre des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne ». Tout naturellement, c'est à la *norma normarum* de cet ordre juridique – la Constitution – que les organisateurs ont pensé, afin d'inaugurer cette série de communications¹. Je les remercie de m'avoir choisi comme premier orateur de cette partie, autant que d'avoir ainsi aligné ce sujet. Car, comme on le sait, dans la pyramide des normes juridiques, tous les positivistes, à commencer peut-être par Hans Kelsen, placent la Constitution – la *Grundnorm* – au sommet de tout ordre juridique, de qui dépend d'ailleurs la validité de toute autre norme juridique². C'est « la loi fondamentale et suprême que se donne un peuple libre », écrit Elizabeth Zoller³. Aussi Francis Delpérée conclura-t-il, à la manière d'une litanie de grand-prêtre, qu'« au commencement, comme à la fin du Droit, est la Constitution »⁴.

Dans ma communication, j'essaierai de démontrer qu'*en matière des droits de l'homme, au commencement, comme à la fin de ce Droit nouveau, est la Constitution* : tout part d'elle et tout revient à elle ; rien de ce qui se fait ne peut se faire avec succès sans elle et surtout contre elle ; rien de ce qui existe dans un ordre

¹ Le présent article est une version enrichie d'une communication faite le 10 décembre 2018 à Kinshasa, à l'occasion de la commémoration du 70^{ème} anniversaire de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, ce à la faveur des deux Journées scientifiques organisées par la Commission Nationale des droits de l'Homme de la RDC. S'il conserve le style parlé d'une communication, l'article n'a cependant pas moins été réécrit pour répondre, semble-t-il, à tous les « canons » de la « scientificité » d'une œuvre intellectuelle écrite !

² KELSEN (H.), *Théorie pure du droit* (trad. Charles EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962, pp. 12, 255 et ss.

³ ZOLLER (E.), *Droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, P.U.F., 1999, p. 57.

⁴ DELPERÉE (F.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2000, p. 996.

juridique donné ne peut exister et ne peut résister sans elle. C'est dire qu'en cette matière comme en toute autre du Droit, *la Constitution est l'alpha et l'oméga de toute norme juridique, son poids et sa mesure*⁵.

Entendons-nous bien. Quoique l'internationalisation de la question des droits de l'homme, depuis notamment l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme par l'Assemblée générale de Nations Unies le 10 décembre 1948, soit devenue de nos jours une donnée indéniable, l'on ne doit pas perdre de vue que, dans l'histoire des Etats, *les droits de l'homme ont toujours été reconnus et protégés avant tout par des textes d'origine interne*, dont certains sont de nature constitutionnelle ou l'ont acquise par suite notamment des décisions judiciaires. Sans remonter jusqu'au fameux *Cylindre de Cyrus* (539 av. J.-C.) ou à la *Charte du Manden* (Mali, 1236 av. J.-C.) - qui semblent être, l'une ou l'autre, « la première charte des droits de l'homme » au monde⁶ - ou encore à nos illustres épopées ancestrales - dont notamment celle de *Nsongo'a Liandja* chez les Mongo qui illustre les exploits d'un héros défendant vigoureusement et miraculeusement son peuple⁷ - ; sans évoquer non plus le très célèbre *Décalogue chrétien* - qui contient indubitablement de nombreuses prescriptions sur le respect de la vie et de la dignité humaines - il suffit, pour s'en convaincre, de mentionner plusieurs « déclarations » des droits dans l'histoire de certains Etats.

Chez les Anglais, par exemple, on citera la *Grande Charte* de 1215 (ap. J.-C.), la *Pétition des Droits* de 1628 (ap. J.-C.), l'Acte d'*Habeas Corpus* de 1678 (ap. J.-C.) et le *Bill of right* de 1689 (ap. J.-C.). Chez les Américains, on connaît bien l'existence de la *Déclaration des droits humains* de l'Etat de Virginie du 12 juin 1776, laquelle sera intégrée dans la *Déclaration d'indépendance* des 13 colonies anglaises d'Amérique du 4 juillet 1776. De manière plus particulière, il faut mentionner surtout la *Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789, laquelle aura inspiré non seulement la Déclaration universelle des droits de l'homme elle-même, mais, bien avant elle ou après elle, tant de Constitutions de l'Europe occidentale et des pays africains⁸.

⁵ NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA (P.-G.), *Introduction générale à l'étude du Droit (Partie II : Droit public)*, Université de Kinshasa, Faculté de Droit, cours photocopié, 2017-2018, p.

⁶ Lire, pour le premier texte, par exemple, CARPENTIER (J.), *L'émergence des droits de l'homme en Europe. Anthologie des textes*, Bruxelles, Editions du Conseil de l'Europe, 2001, p. 253 et ss.

⁷ BOELAERT E., *Nsong'a Lianja, Congo (1934)* I, 49-71; 197-216 ; BOELAERT E., « Nsong'a Lianja, L'épopée nationale des Nkundo », in *Aequatoria* 12(1949)1-75 et De Sikkel, Antwerpen, 1949 (Rééditions en 1956, 1964, 1968 et 1986).

⁸ Pour une histoire des droits de l'homme, lire notamment KIARA NERI et LILIANA HAQUIN SAENZ, *Histoire des droits de l'homme de l'antiquité à l'époque moderne*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 220 p. et ROUVILLOIS (F.), *Les déclarations des droits de l'homme*, Paris, Flammarion, coll. « Champs classiques », 2009.

Ancienne colonie belge, la République démocratique du Congo ne peut nier cette influence. Sur ce registre, sa principale source d'inspiration constitutionnelle a toujours été et demeure le texte de la Déclaration universelle des droits de l'homme⁹, dont plus personne ne conteste aujourd'hui ne serait-ce que *l'autorité morale et politique*¹⁰. En témoignent, non seulement le renvoi fait par la « Charte coloniale » à quelques articles de la Constitution belge sur les droits fondamentaux¹¹, mais aussi et surtout, l'adoption, le 16 juin 1960, de la toute première « Loi fondamentale relative aux libertés publiques » dont on ne peut pas nier qu'elle soit une reprise congolaise du texte de l'Assemblée générale des Nations Unies¹². D'ailleurs, tous les textes constitutionnels du pays depuis l'indépendance, restant fidèles à cette tradition libérale occidentale, avouent ouvertement s'être inspirés de ce texte, voire même jusqu'à sa lettre¹³.

Cette communication me donne l'opportunité de rendre brièvement compte de cette expérience congolaise de reconnaissance et de protection des droits de l'homme, non pas en partant de tous les illustres textes constitutionnels connus par le pays depuis son existence en tant qu'Etat (approche diachronique), mais en me concentrant uniquement sur l'analyse du texte constitutionnel en

⁹ In *J.O.RDC.*, n° spécial, pp. 13-18.

¹⁰ A propos du caractère contraignant de cette Déclaration, plutôt que de s'attarder sur la nature de ce texte – qui est incontestablement une simple recommandation de l'Assemblée générale des Nations Unies dépourvue de force juridique – les auteurs préfèrent mettre en exergue le fait que ses dispositions, du fait de leur référence constante et généralisée, tant au niveau tant national qu'international, ont acquis « valeur de règles de droit international coutumier », voire même que son idéal commun – à savoir la protection de la dignité de la personne humaine – est devenu « contraignant ». Lire notamment MAMPUYA KANUNK'A-TSHIABO- (A.), *Traité de droit international public*, Kinshasa, Médiaspaul, 2016, pp. 772-773.

¹¹ « Tous les habitants de la colonie jouissent des droits reconnus par les articles 7, alinéas 1^{er} et 2, 8 à 15, 16 alinéa 1^{er}, 17, alinéa 1^{er}, 21, 22 et 24 de la Constitution belge... », « Charte coloniale », in PIRON Pierre et DEVOS Jacques, *Codes et lois du Congo Belge*, Bruxelles-Léopoldville, Larcier Editeurs & Edition des codes et lois du Congo Belge, 1954, p. 10.

¹² Deuxième composante du premier texte constitutionnel du nouveau pays indépendant, cette « Loi fondamentale », première à avoir été adoptée par le Parlement belge, constitue, à côté de la « Loi fondamentale du 19 mai 1960 relative aux structures du Congo », la toute première Constitution congolaise. Elle peut, à cet égard, être regardée comme la toute première *Déclaration congolaise des droits de l'homme*, in *Moniteur congolais*, 24 juin 1960, pp. 393-391.

¹³ Lire notamment le « Préambule » de la Constitution du 1^{er} août 1964, 1^{er} paragraphe, in *Moniteur congolais*, n° spécial, 1^{er} août 1964, p. 1 et celui de la Constitution du 24 juin 1967, 1^{er} paragraphe, in *Moniteur congolais*, n° 14, 15 juillet 1967, p. 564. La Constitution du 18 février 2006 essaye d'élargir cette référence à d'autres textes internationaux et régionaux, mais la Déclaration universelle des droits de l'homme n'y a jamais perdu ses lustres, Cfr. « Préambule » de la Constitution du 18 février 2006 (version originelle), 6^{ème} paragraphe, in *J.O.RDC.*, n° spécial, 18 février 2006, p. 9.

vigueur (approche positiviste), à la fois pour rappeler les droits qui y sont garantis (I) et pour indiquer les garanties des droits qui y sont consacrées (II).

I. LES DROITS GARANTIS PAR LA CONSTITUTION DU 18 FÉVRIER 2006

S'inscrivant dans la logique de la tradition libérale occidentale inaugurée par ses devancières, la Constitution congolaise du 18 février 2006 proclame solennellement l'existence d'un catalogue de droits fondamentaux dont l'essentiel est, certes, concentré sur le titre II du texte suprême - précisément dénommé « des droits humains, des libertés fondamentales et des devoirs du citoyen » - mais dont les éléments ne peuvent pas moins être recherchés dans d'autres titres de la Constitution - consacrés, l'un, à « l'Etat et à sa souveraineté » (Titre I) et, l'autre, à « l'organisation et à l'exercice du pouvoir » (Titre III)¹⁴. A côté des droits de cette filiation idéologique libérale, la nouvelle Constitution congolaise s'inscrit également dans la pure tradition africaine de proclamation des droits de l'homme¹⁵, en ce que, à côté des fameux droits traditionnellement qualifiés de *civils et politiques* - qui représenteraient la « première génération » des droits de l'homme - et des *droits collectifs* - qui seraient les droits de la « troisième génération » - sont également affirmés -

¹⁴ Voir Constitution de la République Démocratique du Congo, telle que modifiée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution, in *J.O.RDC*, n° spécial, 5 février 2011, pp. 6-70.

¹⁵ Lire notamment M'BAYE (KEBA), *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 1992, 312 p. ; OUGUERGOUZ (F.), *La Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, Paris, PUF/IUHEL, 1993, XXIX, 479 p. ; NGOM (B.S.), *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Silex, 1984 ; NGUEMA (I.), *L'Afrique, les droits de l'Homme et le développement*, in *Revue de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples*, vol. I, octobre 1991, pp. 16-50 ; KODJO (E.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. I, 1989, pp. 29-34 ; MUBIALA MUTOYI, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Dix ans après*, in *Zaire-Afrique*, n° 264, 1992, pp. 192-275. Il y a lieu de consulter également : BEKHECHI (M.A.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, in *Revue algérienne des relations internationales*, 6, 1987, pp. 79-103. ; BEN ACHOUR (R.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, in *Etudes internationales (Tunis)*, 28, 1988, pp. 10-23 ; BENNANI (M.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, in *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, 9, 1985, pp. 161-179 ; DEGNI-SEGUI (R.), *L'apport de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples au droit international des droits de l'homme*, in *Revue africaine des droits de l'homme*, 2, 1992, pp. 33 et ss. ; DIENG (A.), *Les droits de l'homme en Afrique*, in *Zaire-Afrique*, n° 191, 1985, pp. 7-23 ; GLELE-AHANHANZO (M.), *Théorie et pratique des droits de l'homme dans l'Afrique contemporaine*, in *Annales africaines*, 1986-1988, pp. 131-141.

comme droits de la « deuxième génération » - les *droits économiques, sociaux et culturels*¹⁶.

Dans le cadre de la présente communication, nous nous limiterons à la première catégorie de ces droits (A), non pas tant parce que les autres catégories ne sont dignes pas de mention, mais simplement parce que, dans cette circonstance, il faille faire honneur à la Déclaration universelle des droits de l'homme dont on célèbre aujourd'hui les septante ans d'existence. L'exercice permet de constater non seulement que c'est la catégorie la plus largement « servie » dans la Constitution, mais aussi et surtout, que c'est au sein de cette première catégorie des droits de l'homme que le Constituant de 2006 a entendu isoler l'essentiel de ce qu'on peut qualifier de « jus cogens » national des droits de l'homme (B).

A. Essai d'identification des droits civils et politiques dans la Constitution de 2006

Une lecture attentive et holistique de la Constitution du 18 février 2006 révèle que, pour une protection optimale de la dignité et des intérêts de la personne humaine, le Constituant a entendu, à la fois, *affirmer des droits et consacrer des principes* qui, tous, à y regarder de près, contribuent à la consolidation d'une société réellement démocratique. C'est précisément le but que s'assigne toute entreprise de reconnaissance et de protection des droits qualifiés de civils et politiques ou, en tout cas, la conséquence que leur respect induit dans une société humaine. Afin d'isoler les caractéristiques propres à chacune de ces deux sous-catégories de droits fondamentaux, on fera bien la distinction entre, d'une part, les droits réellement civils (1) et, d'autre part, les droits singulièrement politiques (2).

1. Les droits réellement civils

Parfois appelés droits « civiques » même s'ils ne se confondent pas (cfr. notamment art. 122, point 1, de la Constitution), les droits *civils* sont ceux qui, indépendamment de leur qualification et par conséquent de l'organisation

¹⁶ On ne peut manquer de voir dans cette classification une forte pénétration du discours onusien sur les droits de l'homme dans le subconscient du Constituant de 2006, ainsi qu'en témoigne notamment l'influence considérable exercée sur lui tant par le groupe d'experts internationaux conviés à la rédaction du texte constitutionnel que par le fameux « Comité International d'Accompagnement de la Transition » (CIAT), institué, à l'issue de la guerre, par la Constitution de la transition du 4 avril 2003. Pour une genèse de cette Constitution, lire notamment ESAMBO KANGASHE (J.-L.), *La Constitution congolaise du 18 février 2006 à l'épreuve du constitutionnalisme. Contraintes pratiques et perspectives*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, Coll. Bibliothèque de droit africain, 2010.

sociopolitique dans laquelle évoluent leurs bénéficiaires, sont *inhérents à la personne humaine* en tant qu'être vivant doué de raison, de conscience et de volonté. Ils renvoient à ceux que la tradition humaniste assimile à des *prérogatives reconnues à toute personne humaine*, telles la liberté et l'égalité, sans attache particulière à une nationalité. C'est à propos de ces droits que les jusnaturalistes, dans leur opposition avec les positivistes, ont considéré que l'Etat ne peut feindre d'ignorer ou de violer parce que, précisément, ces droits sont *antérieurs, voire même, supérieurs* à l'Etat.

A lire intelligemment la Constitution congolaise du 18 février 2006, l'on s'aperçoit que ces droits civils sont reconnus, sous certaines conditions, *à toute personne humaine* se trouvant sous la juridiction de la RDC, que celle-ci se trouve en état de liberté (a) ou en situation de privation de liberté (b). Il est important de souligner cette distinction car, très souvent, l'on pense qu'une personne privée de sa liberté - au sens large d'une détention administrative ou judiciaire - perd, de ce fait, le bénéfice de tous les autres droits. Il n'en est absolument rien, la Constitution étant à cet égard le rempart de tout citoyen, bon ou mauvais.

a) *Les droits civils reconnus à une personne en état de liberté*

Sur ce terrain, l'on peut dire que la Constitution congolaise du 18 février 2006 est effectivement libérale. D'une part, elle affirme un certain nombre de *principes matriciels* dont la présence dans le texte solennel de l'Etat témoigne des sentiments humanistes de son auteur. D'autre part, elle fait dériver de ces principes un certain nombre de *droits subjectifs*, d'origine libérale, qui confèrent à leurs titulaires un droit d'action judiciaire directe dont la violation est susceptible d'entraîner la sanction de l'autorité judiciaire.

Parmi les *principes matriciels* de rang constitutionnel affirmés par le texte de 2006, on peut citer, à titre d'exemple, le ***principe de la sacralité de la personne humaine***. Découlant du principe universel de la *dignité humaine*, ce principe cardinal du nouveau constitutionnalisme congolais, issu du contexte de belligérance particulièrement « humanicide » des années 1996-2003 (entre 4 à 5 millions de morts d'après certaines sources !), entraîne de la part de l'Etat l'obligation de respecter et de protéger à tout prix la personne humaine, à la fois dans son existence et dans son intégrité. Il témoigne ainsi de cette volonté constituante implacable que la personnalité humaine, du point de vue de l'auteur de la Constitution, n'a pas été, en tant que telle, laissée à la disposition des pouvoirs publics, lesquels sont ainsi interdits d'en disposer comme bon leur semble. Il suffit d'ailleurs de s'en tenir aux termes mêmes de l'article 16 al. 1^{er} de la Constitution pour se rendre compte que, sur ce point, il n'y a pas lieu

de transiger avec le commandement constitutionnel : « La personne humaine est sacrée » ! De cette affirmation péremptoire, il est permis de déduire une certaine volonté abolitionniste du Constituant, qui autorise ainsi la doctrine à considérer que, depuis la Constitution du 18 février 2006, la peine de mort est désormais devenue, en RDC, « hors-la-loi »¹⁷.

On peut citer aussi le *principe de l'égalité de tous les êtres humains*. Avec tous ses corollaires et ses multiples applications (Cfr. art. 11-14), ce principe « instrumental » se déploie dans tous les domaines de la vie humaine et confirme, si besoin en était, l'égale appartenance de tous les êtres humains à la grande famille humaine, du moins du point de vue du Constituant. De cette égalité juridique découle, en conséquence, l'interdiction de toute une série de discriminations fondées, en l'occurrence, sur la religion, l'origine familiale, la condition sociale, la résidence, les opinions ou convictions politiques ainsi que sur l'appartenance à une race, à une ethnie, à une tribu, à une minorité culturelle ou linguistique (art. 13 de la Constitution). Pour étendre l'interdiction de cette discrimination en matière sexuelle, le Constituant de 2006 s'est particulièrement illustré ici par l'affirmation d'un autre principe dérivé – *le principe de la parité homme-femme (art. 14, al. 5)* – dont on ne trouve des traces ni dans les Constitutions ni dans les accords politiques antérieurs, mais qui n'est affirmé qu'au profit des seuls Congolais, en rapport avec leur droit de participation à la gestion politique de leur pays. Il s'en faut d'ailleurs de beaucoup que le législateur de 2014, en ayant posé la règle de la représentation minimale des femmes dans les institutions publiques à hauteur de 30%¹⁸, ait bien saisi la quintessence et la portée de ce principe qui, de toute évidence, suppose, au contraire, une *représentation égalitaire des deux sexes à hauteur de 50%*. N'est-ce pas probablement pour viser un tel quota que le juge constitutionnel a, à bon droit, retoqué toutes les dispositions légales y afférentes ?¹⁹.

Enfin, il convient de mentionner le *principe de la liberté*, reconnu, lui aussi, à tous les êtres humains (art. 11). Avec ses différentes facettes, la liberté apparaît ainsi comme *le fondement même de tous les « droits humains » et de toutes les « libertés fondamentales »* que le Constituant de 2006 a retenus. Elle agit d'abord en tant que droit propre et autonome, en ce qu'elle peut être

¹⁷ Lire entre autres MBATA BETUKUMESO MANGU (A.), *Abolition de la peine de mort et constitutionnalisme en Afrique*, Paris, L'Harmattan, Coll. « Etudes africaines, 2011, 198 p.

¹⁸ Cfr. art. articles 4, alinéa 3 et 4, 5, 6, 8, 9, 36 et 38, de la loi n° 15/013 du 1^{er} août 2015 portant modalités d'application des droits de la femme et de la parité, in *J.O.RDC.*, n° 16 du 15 août 2015.

¹⁹ Cfr. C.S.J., Arrêt *R.Const. 274/TSR* du 24 janvier 2014 (inédit).

revendiquée indépendamment d'autres droits et uniquement en tant qu'elle vise à empêcher toute ingérence ou toute immixtion extérieure dans la sphère d'autonomie de chaque personne ; et c'est le sens proclamé par l'article 17 de la Constitution : « La liberté individuelle est garantie. Elle est la règle, la détention l'exception ». Elle agit ensuite en tant que droit-gigogne, c'est-à-dire en tant que principe instrumental entraînant, dans son sillage, toute une série d'autres libertés particulières qui peuvent être considérées comme ses facettes (Cfr. *infra*).

A ces principes humanistes, il convient d'ajouter – pourquoi ne pas le relever - *celui moins humaniste de la réciprocité des droits fondamentaux* (art. 50, al. 2), une liberté constituante que s'est malencontreusement permise le peuple congolais en 2006, alors même que, dans le cadre international, il s'en est allègrement privé de plein gré l'exercice²⁰. Pourquoi soumettre le bénéficiaire par les étrangers de leurs droits à la condition d'un séjour « légal » sur le territoire national, alors même que certains de ces droits – tel le droit à la vie – sont irréductibles ? En dehors de la manifestation d'un certain nationalisme inadéquat qui aurait refait jour au lendemain de la guerre de 1996-2002, et ce à la faveur de plusieurs soupçons de crise identitaire qui auraient frappé les belligérants, l'on ne peut y trouver quelque autre justification. Sinon, comment faire la distinction entre la vie ou la liberté d'un Congolais et celles d'un Rwandais ou d'un Angolais si, par cela même, l'on ne remettait pas en cause l'égalité de dignité de la personne humaine, c'est-à-dire la valeur suprême de l'humanité qui est à l'origine de toute protection des droits de l'homme !²¹ Il n'empêche qu'au nom de ce principe constitutionnel, l'Etat congolais se trouve ainsi juridiquement fondé à exiger d'autres Etats, sur leur territoire, plus de garanties de droits fondamentaux en faveur de ses propres ressortissants *avant et à la mesure de ce qu'il est disposé à accorder, sur son territoire, à des ressortissants étrangers*. C'est le contenu même de la notion de réciprocité en Droit.

Ainsi qu'on peut s'en rendre compte, l'utilité de l'ensemble de ces principes matriciels est de servir de normes de référence au contentieux des droits fondamentaux, au cas où les justiciables ou le juge lui-même venaient à les invoquer. En outre, certains d'entre eux – pouvant être considérés comme des « droits instrumentaux » - sont à l'origine non seulement d'une protection

²⁰ Voir notamment les Conventions de Genève sur « le droit de la guerre » ou « le droit international humanitaire », lesquelles interdisent toute réciprocité en matière des droits humains. Dès lors, pourquoi le Constituant s'en est-il autorisé en 2006 ?

²¹ Précisément, l'article 1^{er} de la DUDH ne proclame-t-il pas *urbi et orbi* que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » ?

externe, mais aussi de l'avènement d'un certain nombre de droits intrinsèques faisant partie de la présente communication (cfr. *infra*), à un degré d'efficacité et de précision tel qu'il est parfois permis de les assimiler carrément, eux-mêmes, à des **droits subjectifs**. Voilà pourquoi, sur la liste des droits fondamentaux substantiels de l'homme, ils ne peuvent pas être omis. A la suite de Bertrand MATHIEU et Michel VERPEAUX, on peut les considérer comme des « principes consubstantiels à l'homme »²², en tout cas suffisamment liés à sa dignité pour pouvoir faire partie, en RDC tout au moins, de ce qu'on appelle le Droit constitutionnel des droits de l'homme²³.

A propos des *droits consacrés*, on peut d'abord dire qu'ils apparaissent tous exactement comme une traduction juridique des trois premiers principes matriciels ci-haut cités. Certains d'entre eux sont des *droits précis* ou *concrets* qui n'exigent du juge aucun effort particulier d'interprétation. D'autres, en revanche, sont des *méta-droits* qui provoquent, grâce à l'interprétation, la naissance de *droits dérivés* ou, selon l'expression de Dominique TURPIN, des « droits par ricochet »²⁴. Dans le cadre de la présente communication, l'on ne peut évidemment se limiter qu'à quelques-uns de ces droits.

Parmi les droits civils découlant du principe de la dignité humaine, il y a, avant tout, les trois droits personnels que le Constituant de 2006 a entendu affirmer au sein d'un seul et même article – l'article 16 – et ce, dans le sillage de la sacralité de la personne humaine, et auxquels il a joint trois interdictions constitutionnelles en découlant. Il s'agit tout d'abord du *droit à la vie* (art. 16, al. 2, A de la Constitution), un méta-droit qui, déjà dans la jurisprudence internationale, est considéré comme « suprême »²⁵, « indispensable à la jouissance de tous les autres droits et libertés »²⁶. La recherche des contours exacts de ce droit fondamental ou de sa portée réelle soulève cependant quelques questions non encore réglées, d'ordre juridique certes, mais où des considérations d'ordre éthique ne sont pas éloignées. L'on peut s'interroger, à titre d'exemple, à partir de quand commence la vie et où s'arrête-t-elle pour reposer notamment les problématiques de l'avortement, du suicide ou de

²² MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Op. cit.*, pp. 419-421.

²³ NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA (P.-G.), *Droit constitutionnel des droits de l'homme*, cours photocopié, DESS en droits de l'homme, Université de Kinshasa, 2017-2018.

²⁴ TURPIN (D.), *Libertés publiques et droits fondamentaux*, *Op. cit.*, p. 61.

²⁵ Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies, Communications n° 146/1983 et 148 à 154/1983, *Baboeram Adhin et autres c/ Surinam*, constatations du 4 avril 1985, A/40/40, p. 209, §14.3.

²⁶ Commission Européenne des Droits de l'Homme, req. N° 10479/83, *Kirkwood c/ Royaume-Uni*, Décision du 12 mars 1984, DR 37, p. 158.

l'euthanasie dans le système juridique congolais. Mais, cela n'est guère d'un très grand intérêt spéculatif, le législateur congolais ayant, d'ores et déjà et clairement, pris position sur certaines de ces questions. Ainsi en est-il de la problématique de l'avortement (ou de toute autre pratique similaire d'ailleurs), réprimé en Droit positif congolais et qui suppose au préalable la détermination du *dies a quo* de la vie. A ce sujet, le droit à la vie (même sous son aspect de la liberté de disposer de son propre corps) ne saurait servir d'alibi aux partisans de cette pratique en RDC puisque l'article 165 du code pénal punit, sans ambages, l'avortement au titre d'« infractions contre l'ordre des familles » ; ce qui conduit à affirmer que, selon le législateur congolais, la vie à protéger commence dès la conception. C'est d'ailleurs ce que confirme l'article 144 du nouveau Code de la famille, aux termes duquel « Toute personne jouit des droits civils *dès sa conception* » ! Quant aux délicates questions du suicide et de l'euthanasie, l'on ne peut déduire du silence actuel du législateur une certaine volonté de les tolérer. Constatons simplement que, de nature constitutionnelle, le droit à la vie est bel et bien présent dans le corpus constitutionnel, et cela suffit pour encadrer toute volonté réformatrice potentielle du législateur de ce droit fondamental particulièrement intrinsèque au principe de la dignité humaine.

Dans le même contexte, le Constituant cite également, tout à la fois, le droit à l'intégrité physique de sa personne (art. 16, al. 2, B de la Constitution) et le droit au libre développement de sa personnalité (art. 16, al. 2, C). En ce qui le concerne, le *droit à l'intégrité physique de sa personne* - lequel se déduit aisément de l'ancien droit à la sûreté - est un autre méta-droit pouvant faire l'objet de revendication de plusieurs autres droits, comme le droit de disposer de son corps, le droit à des dons d'organe, le droit à ne pas subir des expérimentations médicales ou scientifiques non désirées, le droit à ne pas être violenté ou souillé, voire même le droit à la réputation ou à l'image (...). Tout au moins, tel est le contenu qu'en donnent plusieurs Droits nationaux ou quelques-uns des systèmes juridiques internationaux existants. En RDC, *de lege lata*, ce droit est protégé de plusieurs manières. Il l'est d'abord sous-forme d'incriminations diverses et variées, regroupées sous le vocable de « lésions corporelles », que celles-ci soient volontaires ou involontaires. A titre d'exemples, on peut citer les coups et blessures (art. 46 à 48 CPO, livre II), l'administration des substances nuisibles (art. 50 CPO, livre II), les voies de fait ou violences légères (art. 51 CPO, livre II), etc. On peut trouver aussi l'une des formes de cette protection dans l'incrimination de certains actes barbares comme la mutilation des cadavres (art. 61 CPO, livre II) et l'anthropophagie

(art. 62 CPO, livre II). L'intégrité physique de la personne est également protégée sous la forme de l'incrimination récente de la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, jadis sanctionnés sous forme de circonstances aggravantes de l'infraction d'arrestations arbitraires et de détention illégale, mais qui, depuis une loi récente, est devenue une infraction autonome²⁷. Reste que par intégrité physique, il ne faut pas ignorer non plus *l'intégrité morale*, notion qui cadre parfaitement avec le but poursuivi par l'article 16 de la Constitution – à savoir la protection de la personne humaine. Quant au *droit au libre développement de sa personnalité*, souvent présent dans les Constitutions antérieures, il n'a guère reçu un contenu matériel précis. Le mot « personnalité » doit cependant être pris ici dans tous ses sens, à commencer peut-être par celui qui, en psychologie, le désigne mieux, à savoir : l'ensemble des comportements qui constituent l'individualité d'une personne, ses modes d'action et de réaction, *l'originalité et la spécificité de sa manière d'être* (...). C'est ce que Hans Eynseck appelle « la somme totale des schémas de conduite d'un organisme, actuels ou potentiels, déterminés par l'héritage et l'environnement »²⁸. Ainsi, la personnalité renvoyant au comportement inné ou acquis d'un individu, son libre développement supposerait non seulement un environnement familial et social propice à son éclosion, mais aussi et surtout une absence quasi-totale d'actions ou d'actes coercitifs de la part de cet environnement susceptibles de mettre en mal *l'éclosion de cette individualité*. Le libre développement d'une personnalité implique donc une certaine idée de progrès, qui part du stade de l'immaturation psychologique d'un individu à celui de sa maturité.

A ces trois droits de la personnalité, le Constituant a associé trois types d'interdictions qui, à y regarder de près, peuvent, elles aussi, apparaître comme des droits par ricochet. Il s'agit d'abord de *l'interdiction de tout traitement cruel, inhumain ou dégradant* (art. 16, al. 4), laquelle peut être traduite par le « droit de ne pas subir lesdits traitements ». Il s'agit aussi de *l'interdiction du travail forcé ou obligatoire* (art. 16, al. 5), décrétée dans le sillage du principe de la sacralité de la personne humaine pour affirmer, en quelque sorte, le droit à un travail librement choisi. Il s'agit enfin de *l'interdiction de l'esclavage ou de toute condition analogue* (art. 16, al. 3), summum de toute protection de la dignité humaine.

²⁷ Cfr. Loi n° 11/008 du 09 juillet 2011 portant criminalisation de la torture.

²⁸ EYNSECK (H.), « Différences entre personnalité, tempérament et caractère – Nos Pensées », in *Nos Pensées*, 26 mars 2018.

Participe également des droits de la personnalité le ***droit au respect de la vie privée, au secret de la correspondance, de la télécommunication ou de toute autre forme de communication***, que l'article 31 consacre dans un seul et même contexte. En dépit du fait que de la vie privée l'on ne dispose guère d'une définition légale, le droit qui cherche à protéger celle-ci vise nécessairement *tout ce qui relève de l'intimité de l'existence d'une personne*, comme par exemple les relations sexuelles de cette dernière, sa vie sentimentale, sa vie familiale, sa situation financière, son état de santé, ses souvenirs personnels, etc. On comprend dès lors pourquoi, rentrant dans la sphère de cette intimité, le Constituant a visé ici spécifiquement la correspondance, la télécommunication et toutes formes de communication. Par cette dernière expression, il faut entendre entre autres les communications par téléphone, par Internet ou au moyen de tout réseau social que cette plateforme pourrait véhiculer. A leur propos, *ce que le Constituant protège c'est leur « secret », c'est-à-dire toute information ou tout savoir caché qui s'y rapporterait*. Il ne peut donc y avoir d'intrusion dans ces domaines qu'avec le consentement de la personne titulaire du droit en cause, sauf « dans les cas prévus par la loi ».

Enfin, il faut ranger parmi les droits protecteurs de la dignité humaine, ce que l'on peut qualifier de ***droit à l'inviolabilité du domicile*** parce que, aux termes de l'article 29 de la Constitution, « Le domicile (d'une personne) est inviolable. Il ne peut y être effectué de visite ou de perquisition que dans les formes et les conditions prévues par la loi ». En interdisant ainsi toute forme de visite ou de perquisition domiciliaire en dehors des conditions et des prévisions légales, le Constituant a consacré, en réalité, un droit protecteur d'un aspect de la vie privée que certains systèmes ou instruments juridiques ont déjà qualifié de tel. Tels sont donc les quelques droits fondamentaux spécifiques reconnus par la Constitution congolaise du 18 février 2006 et qui découlent du principe de la dignité de la personne humaine.

Parmi les droits civils directement dérivés, cette fois, du principe de liberté, il faut citer tout d'abord le ***droit à la liberté d'expression*** (art. 23), un droit qui s'exerce notamment par le biais de la parole, de l'écrit ou de l'image. Il faut citer également le ***droit à l'information*** (art. 24), consacré uniquement sous son aspect *actif*, celui de pouvoir livrer l'information à autrui, et pas clairement sous son aspect *passif*, celui de pouvoir recevoir l'information d'autrui, et notamment des administrations publiques. On y découvre également le ***droit à des réunions pacifiques*** (art. 25), droit d'expression collective qui prohibe toute utilisation de la force notamment des armes.

Le principe de la liberté se trouve être consacré encore davantage à travers la *liberté de manifestation* (art. 26), un droit fondamental devant nécessairement s'exercer dans le cadre d'un régime libéral ayant tourné le dos au système d'autorisation préalable ayant existé depuis l'époque coloniale, ainsi remplacé par celui de la simple *déclaration* de la manifestation projetée en plein air ou sur la voie publique. Il s'en faut d'ailleurs de beaucoup que son exercice effectif s'affirme dans le cadre d'un régime peu soucieux de la liberté politique des habitants. On peut citer également, dans la même veine, la *liberté d'association* (art. 37), un droit qui s'exerce aussi bien dans le domaine social, politique, économique, intellectuel, moral que culturel ou spirituel ; le *droit à la libre circulation* (art. 30, alinéa 1^{er}), qui permet à toute personne de se déplacer sans entrave sur toute l'étendue du territoire national, d'y fixer sa résidence, de le quitter et d'y revenir sans restriction, sauf les restrictions légales en matière d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire national. C'est également au nom du même droit qu'interdiction est faite aux autorités d'expulser les Congolais du territoire national ou de les contraindre à l'exil ou à l'habitation hors de leur résidence habituelle (Cfr *supra* également). Enfin, le principe de la liberté se manifeste notamment à travers le *droit à la liberté du mariage et à la fondation d'une famille* (art. 40), un droit particulièrement réservé aux seuls couples hétérosexuels en raison des termes mêmes de l'article 40, ainsi que, paradoxalement ici, les trois *libertés de l'esprit* que sont le *droit à la liberté de pensée, la liberté de conscience et la liberté de religion* (cfr. art. 22).

Parmi les droits dérivés enfin du principe d'égalité, on peut se contenter de citer le *droit à la non-discrimination* « en matière d'éducation et d'accès aux fonctions publiques » et « en toutes matières » (art. 13) ; le *droit à la non-discrimination à l'égard de la femme* (art. 14), qui est différent du droit à la parité ; le *droit à des mesures spécifiques de protection pour la personne de troisième âge et celle vivant avec handicap* (art. 49) ainsi que certains *droits spécifiques reconnus à l'enfant et à la jeunesse* (art. 40-41).

Tous ces droits et principes bénéficient, à quelques exceptions près, à toute personne humaine se trouvant sous la juridiction de la RDC, quel que soit son statut juridique. En clair, ce sont des droits et principes pouvant être invoqués par quiconque se trouvant en état de liberté ou de privation de liberté.

b) Les droits civils reconnus à une personne en situation de privation de liberté

L'on vise ici toute forme de privation légale de liberté, que celle-ci soit une détention administrative opérée par l'autorité administrative compétente ou une détention judiciaire provisoire ou définitive prononcée spécifiquement par

l'autorité judiciaire compétente. Ici, la Constitution se préoccupe d'abord de l'encadrement de la procédure pénale et ce, par l'affirmation d'une série de principes qui peuvent être regardés comme « sacro-saints », avant de se montrer, notamment dans le prolongement de l'« habeas corpus », particulièrement attentive aux droits de la victime d'une arrestation, d'une détention et même d'une condamnation.

Au nombre des principes sacro-saints régissant la procédure pénale, les principes ci-après, hier d'origine législative, ont été constitutionnalisés. Il s'agit notamment du *principe de la primauté de la liberté sur la détention* (art. 17, al. 1^{er}) : « (La liberté individuelle) est la règle, la détention l'exception ». Ce principe vient ainsi non seulement renforcer, mais surtout donner une assise constitutionnelle aux articles 27 et suivants du Code de procédure pénale qui assortissent (notamment) la détention préventive d'une série de conditions et de délais sans le respect desquels celle-ci devient irrégulière²⁹. D'ailleurs, l'article 28 dudit Code, conforme en cela à la lettre et à l'esprit de la Constitution, précise *expressis verbis* que la détention préventive n'est qu'une mesure exceptionnelle³⁰. A *fortiori* doit-il en être ainsi de la garde à vue prévue à l'article 18, alinéas 3 et 4 de la Constitution. Il faut citer également, dans la même veine, le *principe de la légalité des crimes, des poursuites, des détentions et des condamnations* (art. 17, al. 2-4) ; le *principe de la rétroactivité de la peine la plus douce* (art. 17, al. 6) ; le *principe de la responsabilité pénale individuelle* (art. 17, al. 7) ; le *principe de la proportionnalité de la peine à l'infraction* (art. 17, al. 5) ; le *principe de la présomption d'innocence* ; le *principe de la motivation des jugements* (art. 21, al. 1^{er}, A) ainsi que le *principe de la publicité des audiences* (art. 20 et art. 21, al. 1^{er}, B). Sur le plan de la protection des droits des personnes, tous ces principes apparaissent comme particulièrement contraignants puisqu'ils sont, ici, de rang plutôt constitutionnel.

Quant aux droits consacrés, et en application des principes évoqués ci-haut, la Constitution du 18 février 2006 les énonce d'une manière si dense et si variée que l'on ne peut se limiter ici qu'à en donner une liste énonciative. Il s'agit, à titre d'exemples, du *droit d'être informé de ses droits, des motifs de son arrestation et de toute accusation portée contre soi* (art. 18, al. 1^{er} et 2) ; du *droit d'entrer immédiatement en contact avec sa famille ou son conseil en cas d'arrestation* (art. 18, al. 3) ; du *droit d'être mis à la disposition de l'autorité*

²⁹ Cfr. Décret 6 août 1959 portant code de procédure pénale, art. 27 et ss, in *Les Codes Larcier République démocratique du Congo*, Tome I : *Droit civil et judiciaire*, Bruxelles-Kinshasa, Larcier-Afrique Editions, 2005, pp. 290 et ss.

³⁰ *Idem*, p. 290.

judiciaire compétente ou d'être relâché en cas de dépassement du délai de garde à vue (art. 18, al. 4) ; du *droit de bénéficier d'un traitement sain et digne* (art. 18, al. 5) ; du *droit au juge que la loi assigne* (art. 19, al. 1^{er}) ; du *droit à un procès dans un délai raisonnable* (art. 19, al. 2) ; du *droit à la défense et à l'assistance judiciaires* (art. 19, al. 3-5 + art. 61, 5 A) ; du *droit au recours contre tout jugement* (art. 21, al. 2 + art. 61, 5 B) ; voire même de *l'interdiction de tout emprisonnement pour dette* (art. 61, 6). En s'arrêtant ainsi sur cette série, on se rend compte que, dans le cadre d'une procédure judiciaire régulière, tous les droits « judiciaires » sont liés et que certains d'entre eux, bénéficiant du statut de droits indérogeables (Cfr. *infra*), renforcent, de manière plus particulière encore, la liberté, voire même la dignité de la personne humaine. Ils peuvent ainsi être regroupés sous la bannière tantôt du droit à l'information judiciaire (le premier droit), du droit d'être en contact avec sa famille ou son conseil (le second droit), de celui d'être mis à la disposition de l'autorité judiciaire compétente ou d'être relâché (le troisième droit) ainsi que du « droit à d'autres droits ».

Bref, il y a dans la Constitution congolaise du 18 février 2006 plein de droits, plein de libertés et bon nombre de principes reconnus à toute personne humaine qui permettent de considérer la RDC comme étant un Etat démocratique, à supposer que les seules prévisions textuelles suffisent à conférer un brevet de « démocratie » à un Etat.

2. Les droits singulièrement politiques

S'agissant de cette deuxième sous-catégorie de droits, la lecture de la Constitution du 18 février 2006 conduit également à constater que les droits politiques qui y sont affirmés découlent essentiellement d'un certain nombre de *principes matriciels inhérents à toute société démocratique*. Parmi ceux-ci, il y en a qui apparaissent comme s'étant assignés spécialement la mission d'encadrer cet Etat de droit démocratique tant chanté dans les programmes politiques. Il s'agit notamment du *principe démocratique lui-même* (art. 1^{er} + art. 62, al. 1^{er}), du *principe de la souveraineté populaire* (art. 5, al. 1^{er}), du *principe du suffrage universel* (art. 5, al. 4 + art. 222) et du *principe de la laïcité de l'Etat* (art. 1^{er}). D'autres principes matriciels y sont affirmés *pour la protection du statut des citoyens dans l'Etat*. Il s'agit notamment du *principe de la réservation exclusive du bénéfice des droits politiques aux Congolais* (art. 11 B, art. 50, al. 2, *in fine*) et du *principe de la reconnaissance universelle des droits autres que politiques à toute personne* (art. 32 et 50, al. 2).

Sans qu'il y ait de démarcations étanches entre eux, on se limitera ici à indiquer, tour à tour, les droits qui mettent en œuvre le principe démocratique lui-même (a), ceux qui sont particulièrement liés au principe du suffrage universel (b) et ceux assurant la protection du statut national des citoyens (c).

a) Les droits mettant en œuvre le principe démocratique

C'est le groupe de droits qui assurent réellement et effectivement la participation des citoyens à la gestion de leur communauté politique, de leur Etat. On peut citer, à titre illustratif : - *le droit à un Etat de droit démocratique, indépendant, souverain, uni, indivisible et laïc* (art. 1^{er}), droit d'expression collective qui fonde le pouvoir du peuple à s'opposer à tout projet de restauration d'une société autocratique ou d'une société sous domination étrangère³¹ ; - *le droit à la souveraineté ou droit à l'exercice de la souveraineté étatique* (art. 5, al. 1^{er}), méta-droit collectif qui peut s'exercer soit collectivement, soit individuellement au moyen des mécanismes de l'élection ou du référendum (démocratie directe) ou par le biais des représentants du peuple (démocratie indirecte) ; - *le droit à un parti politique*, qui comprend à la fois le *droit spécifique de créer un parti politique ou de s'affilier à un parti politique de son choix* (art. 6, al. 1^{er}) ainsi que *le droit plus général au pluralisme politique* ou *droit de vivre dans un contexte politique pluraliste* (art. 6 al. 1^{er}) ; ce dernier droit allant jusqu'à la prohibition du parti unique (art. 7) et à la protection de l'opposition politique (art. 8).

Il faut enfin classer, dans cette catégorie, ce que l'article 64 de la Constitution appelle « le devoir de faire échec à tout individu ou groupe d'individus qui prend le pouvoir par la force ou qui l'exerce en violation des dispositions de la Constitution ». Manifestation d'un scrupule constitutionnel qui n'a de place que dans des Etats fragiles et hésitants, il s'agit de la consécration, ici, du fameux *droit à la résistance pacifique contre tout pouvoir de fait ou contre tout pouvoir inconstitutionnel* ; un droit qui, dans d'autres sociétés, a consolidé l'ensemble des autres droits politiques démocratiques. Avec le *droit du refus d'exécution de tout ordre manifestement illégal ou contraire aux droits et libertés de la personne* reconnu à l'article 28, encore appelé *droit à la*

³¹ Un tel droit, directement dérivé du caractère démocratique de l'Etat congolais, est comparable à celui reconnu à l'article 30 de la DUDH, aux termes duquel « Toute personne a droit à ce que règne, sur le plan social et sur le plan international, un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver plein effet », in DE SCHUTTER (O.), TULKENS (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), *Code de droit international des droits de l'homme* (Textes au 1^{er} mai 2003), 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 16. Comment trouver « plein effet » d'un Etat de droit réellement démocratique en RDC si un tel droit, contre les velléités contraires d'éventuels fauteurs en eau trouble, n'était pas reconnu aux citoyens !

désobéissance civile, ce droit achève de démontrer que, sur le plan des principes, la Constitution du 18 février 2006 est un texte particulièrement progressiste sur le terrain de la démocratie politique.

b) Les droits liés au principe du suffrage universel

Il s'agit tout particulièrement du *droit à l'électorat* (art. 5, al. 4), accordant aux Congolais majeurs la *faculté* - et non l'obligation - de se choisir leurs dirigeants politiques dans certaines institutions nationales, provinciales et locales, et *du droit à l'éligibilité* (art. 5 al. 4), qui ouvre la possibilité pour certains d'entre eux d'être choisis dans le cadre desdites institutions. La Constitution du 18 février 2006 innove cependant par la consécration ici d'un droit particulièrement utile en démocratie directe, à savoir le *droit pour tout citoyen d'adresser des pétitions aux autorités* (art. 27). Tel qu'affirmé, ce droit n'est reconnu qu'aux seuls Congolais (ce qui confirme sa nature politique). En outre, nul ne peut faire l'objet d'incrimination, c'est-à-dire de poursuites judiciaires, du seul fait d'avoir adressé une pétition aux autorités publiques. L'interdiction gagnerait cependant à être assortie de sanctions à l'encontre de toute personne qui exercerait des représailles sur les pétitionnaires.

Enfin, sur le même registre, en reconnaissant, dans le cadre de cette démocratie constitutionnelle, que « Le suffrage est universel, égal et secret » et qu'« Il est direct ou indirect », l'article 5 de la Constitution proclame, là, non seulement un principe constitutionnel hérité de la Révolution française, parvenu jusqu'à nous par le biais de la colonisation belge, mais aussi et surtout, un droit particulièrement protégé parce que verrouillé par l'article 220 de la Constitution (Cfr. *infra*). On peut le qualifier de *droit au suffrage universel*, quels qu'en soient les caractères (égal et secret) et les modalités (direct ou indirect). D'essence philosophique, parce que très liée à l'idéologie libérale, ce droit constitue l'un des piliers modernes de toute société démocratique. Il s'exerce dans le cadre des modalités prévues pour chaque type d'élections (présidentielle, législatives nationales, législatives provinciales, législatives ou exécutives provinciales et locales), en sorte que l'on ne peut passer d'un suffrage à un autre sans avoir égard à l'interdiction du retour en arrière contenue dans l'alinéa 2 de l'article 220³². Sans lui, on peut presque dire qu'il

³² Aux termes de l'article 220, alinéa 2, de la Constitution, est formellement interdite toute révision de la Constitution ayant pour objet ou pour effet de réduire les droits et libertés de la personne. Comme il le sera précisé plus loin, cet effet cliquet interdit toute législation à rebours tendant à réduire, à titre d'exemples, le droit pour les Congolais à un suffrage universel direct, dans un type donné d'élections, au profit du suffrage universel indirect, là où le Constituant s'est déjà prononcé.

n'y a pas société démocratique, celle-ci étant précisément fondée sur le consentement libre de tous ceux qui, à un titre quelconque, prennent part à la construction et au vécu d'une société basée sur le principe du « pouvoir du peuple, par le peuple, pour le peuple » (A. Lincoln).

c) Les droits protégeant le statut national des citoyens

Au premier rang de ces droits, on peut citer d'abord ce que nous appelons **le droit à la nationalité** ou plus exactement, **le droit à la nationalité congolaise d'origine**, qu'une certaine doctrine peut rechigner à reconnaître peut-être, mais dont la constatation de l'existence ne peut faire l'objet d'un doute. En effet, la nationalité congolaise d'origine étant *d'office* reconnue à toute personne qui justifie de sa filiation parentale congolaise ou de son appartenance à l'un quelconque des groupes ethniques et nationalités s'étant trouvés sur le territoire actuel depuis 1960 (art. 10), il faut considérer – du fait de cette filiation ou de cette appartenance *spontanée* – que la nationalité congolaise d'origine est, dès lors, indubitablement un *droit subjectif* reconnu aux personnes ainsi identifiées. En aucun cas, elle ne peut être analysée comme une *faveur* accordée par les autorités. En plus, dans la mesure où cette prérogative inhérente à la filiation parentale congolaise ou à l'appartenance ethnique et territoriale congolaise *ne peut faire l'objet ni d'un refus de reconnaissance ni d'un retrait de nationalité*, il faut donc ranger ce statut particulier de nationalité dans la catégorie des droits fondamentaux des Congolais. D'après nous, il aurait même figuré sur la liste des droits du « jus cogens » national (Cfr. *infra*).

Il faut également considérer la triple interdiction de l'article 30 de la Constitution comme constitutive de trois droits fondamentaux bien distincts, liés à la nationalité. Il s'agit avant tout du **droit à ne pas être expulsé du territoire national**. Il s'agit ensuite du **droit à ne pas être contraint à l'exil**. Il s'agit enfin du **droit à ne pas être déplacé de force**. Cette triple interdiction se fonde sur la considération que, le droit de nationalité emportant aussi celui du sol, personne ne peut en être privé.

On classe généralement **le droit d'accès aux fonctions publiques** (art. 13) dans la catégorie des droits politiques, puisqu'il est intimement lié à l'exercice de la souveraineté d'un Etat (Jur. Cour européenne des droits de l'homme notamment ; jur. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples également). Il faut ajouter qu'il l'est surtout parce qu'il n'est généralement reconnu qu'aux seuls nationaux.

Dans la même veine, il faut considérer **la parité** instituée par la nouvelle Constitution, au sens du **droit de représentation de tout sexe aux institutions**

nationales, provinciales et locales, comme un droit politique fondamental (art. 14, al. 4 et 5). Il l'est non seulement parce qu'il ne s'exerce que dans le cadre du droit d'accès aux « institutions nationales, provinciales et locales », mais aussi et surtout parce que, ne bénéficiant qu'aux seuls Congolais des deux sexes, il s'agit donc d'un droit lié au statut national.

Quant au *droit d'asile* reconnu aux étrangers par l'article 33 de la Constitution, il est également un droit politique, non seulement parce qu'il met en jeu les relations politiques entre deux Etats, mais aussi et surtout parce que, s'il est demandé pour des motifs d'ordre politique, il l'est forcément.

Dans le même contexte aussi, lorsque la *liberté de manifestation* est exercée pour des motifs politiques ou lorsque la *liberté d'association* comporte un objet ou un but politique (par exemple la conquête du pouvoir), sans cesser d'être civils, ces deux droits prennent parfois aussi une coloration politique indéniable.

Au total, droits civils et politiques constituent l'essentiel du catalogue congolais des droits fondamentaux. Et même si les deux autres catégories de droits fondamentaux – droits économiques, sociaux et culturels d'une part et d'autre part droits collectifs – n'ont pas fait l'objet de la présente communication, le constat est que, accaparant l'essentiel des articles de la Constitution consacrés aux droits fondamentaux, les droits de la « première génération » d'inspiration libérale sont ceux qui ont fait l'objet de la plus grande attention du Constituant. La liste congolaise des droits inscrits au titre de droits indérogeables démontre-t-elle cette importance ?

B. Le « jus cogens » national des droits de l'homme

A l'instar du Droit international des droits de l'homme, le Droit national congolais dispose de sa propre liste des droits indérogeables, dont il convient de découvrir le contenu (1). Par la suite, il faudra pouvoir établir une sorte de rapport entre la liste de ces droits fondamentaux et celle des droits que mon collègue Kirongozi a décrits tout à l'heure comme étant le « jus cogens » des droits de l'homme au niveau international (2). Car, dans un cas comme dans un autre, il s'agit des droits dont tout citoyen congolais et toute personne sous la juridiction de la RDC peut chercher la protection.

1. Contenu du « jus cogens » congolais

Nous empruntons cette expression propre à nos collègues du Droit international pour montrer qu'il existe également en République démocratique du Congo une liste de droits fondamentaux *indérogeables* dont le statut

juridique s'apparente, à peu de choses près, à celui qu'ont certains droits de l'homme au niveau universel. Ils méritent ce statut car, à propos d'eux, la Constitution congolaise dispose péremptoirement de la manière suivante : « En aucun cas, et même lorsque l'état de siège ou l'état d'urgence aura été proclamé conformément aux articles 85 et 86 de la présente Constitution, il ne peut être dérogé aux droits et principes fondamentaux ci-après... »³³. A quelques exceptions près donc, et comme nous l'avons déjà évoqué plus haut, cette liste nationale se construit essentiellement autour de quelques droits de nature civile et politique (a). Deux de ces droits appartiennent cependant à la catégorie des droits que l'on peut assimiler aux droits économiques, sociaux et culturels (b).

a) *Les droits civils et politiques relevant du jus cogens*

L'article 61 de la Constitution énumère d'abord le **droit à la vie**, en tant que le tout premier droit civil qui puisse exister (point 1). Cette inclusion ne peut guère étonner car ce droit est un véritable « droit-mère » ou « droit-père » ou encore, si l'on veut, un *droit géniteur*. En effet, à part quelques droits qui lui subsistent (p. ex. droit à une sépulture, droit à l'image...), une personne humaine n'a que des droits viagers. Il eut été étonnant que ce droit ne fut ainsi retenu. L'article 61 énumère ensuite **l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants** comme une des garanties les plus importantes et les plus inexpugnables du droit à l'intégrité physique et morale d'une personne (point 2). Droit-gigogne, cette interdiction mérite, comme le fait la Cour européenne des droits de l'homme, qu'une gradation soit faite entre la torture, la peine ou le traitement cruels, la peine ou le traitement inhumains ainsi que la peine ou le traitement dégradants. Viennent ensuite **l'interdiction de l'esclavage et de la servitude** comme cette autre face importante de la protection de la dignité et de la personnalité humaines (point 3), exigeant du coup que le terme « servitude pénale », d'origine coloniale, disparaisse de notre arsenal pénal; **le principe de la légalité des infractions et des peines**, clé de voûte de tout système répressif d'un Etat (point 4), qui reçoit ainsi valeur constitutionnelle, ainsi que **les droits de la défense et celui du recours**, deux garantis essentiels du procès équitable (point 5) qui exigent plusieurs aménagements de notre système judiciaire³⁴.

³³ Art. 61, Const. 18 fév. 2006, *Op. cit.*, p. 21.

³⁴ Par exemple, au nom du droit indérogeable au recours, pourquoi n'organiserait-on pas certaines voies de recours même au sein des plus hautes juridictions suprêmes du pays statuant « en premier et dernier ressort ». Pour une proposition dans ce sens au niveau de la Cour constitutionnelle, lire NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA P-G.), *Le contrôle de constitutionnalité en République démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice*

On peut cependant regretter que le Constituant n'ait pas – pour protéger spécialement l'ordre démocratique instauré – intégré dans l'énumération certains droits politiques dont on a souligné l'importance plus haut, tels le droit à la nationalité congolaise d'origine (qui est une donnée consubstantielle à l'existence même de la citoyenneté congolaise) ainsi que la plupart des droits de protection de la démocratie comme le droit à un Etat de droit démocratique..., le droit au pluralisme politique, le droit au suffrage universel, le droit à l'électorat, le droit à l'éligibilité, etc. (cfr. *supra*). Est-ce à dire que les autorités politiques peuvent, dans les conditions fixées aux articles 85 et 86 de la Constitution, déroger au respect desdits droits ? Une réponse positive semble compatible avec la rédaction de l'article 61, à condition toutefois de respecter toutes les conditions posées par les articles 85 et 86 de la Constitution. Il n'empêche que cette absence de « bétonnage » ne plaide pas véritablement en faveur de la protection de l'ordre démocratique lui-même ; ce qui est un véritable danger.

En tout état de cause, **il est regrettable que plusieurs autres droits politiques n'aient pas été intégrés sur la liste de l'article 61**. On voit ainsi que ceux qui n'y sont pas expressément cités, **ne font pas partie du jus cogens national des droits de l'homme**. Il existe cependant une garantie que ces droits ne puissent plus jamais disparaître de l'ordonnement juridique national : *c'est l'existence de l'interdiction de révision des articles de la Constitution les concernant visée par l'article 220*. En ce que cette révision ne peut toucher ni le pluralisme politique et syndical, ni le principe du suffrage universel et ne peut, non plus, aller dans le sens de l'abaissement des standards des droits de l'homme déjà atteints par le pays (Cfr. *infra et supra*), il subsiste là quelques lueurs d'espoir. Mais, on peut tout autant objecter que l'article 220 porte une interdiction de *révision de la Constitution* et non une « mise hors la loi » de la technique de *dérogation aux droits fondamentaux* !

b) Les autres droits fondamentaux relevant du jus cogens

Rachitique en ce qui concerne les droits civils et politiques, l'article 61 de la Constitution l'est davantage en ce qui concerne d'autres catégories de droits. Alors qu'on n'y trouve aucun droit qualifié par le Constituant lui-même de « collectif », l'article 61, en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et

constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique, Thèse de Doctorat en Droit, Université catholique de Louvain, 2008 ; (le même auteur), « De l'organisation de la Cour constitutionnelle : le Constituant congolais induit-il le principe d'une organisation décentralisée de la juridiction constitutionnelle ? », Communication, in Actes des Journées de réflexion de la Faculté de Droit de l'Université de Kinshasa, 21-23 janvier 2009, (inédit).

culturels, n'en retient que deux. Il s'agit, d'une part, de *l'interdiction de l'emprisonnement pour dettes* (point 6) et, d'autre part, de la *liberté de pensée, de conscience et de religion* (point 7).

Droit pouvant à première vue être considérée comme ne protégeant que la liberté, *l'interdiction de prison pour dette* contient des répercussions sur le patrimoine de quelqu'un, qui ne peuvent être considérées comme une simple chimère. En outre, le Constituant ne vise pas toute forme d'emprisonnement, mais uniquement celui prononcé *pour motif de dette*. En ce sens, on peut dire que, fondamentalement, ce que l'article 61 protège, c'est non seulement la liberté en tant que telle, mais aussi et surtout, de manière indirecte, *le droit à la propriété individuelle et collective* prévu par l'article 34 de la Constitution. On peut donc dire que, dans la « deuxième génération » des droits de l'homme, le Constituant congolais n'a retenu comme faisant partie du « jus cogens » national des droits de l'homme qu'un droit économique (la propriété) et un droit culturel (la liberté de pensée, de conscience et de religion).

Bref, comme pour la première génération des droits de l'homme, mais davantage pour les autres, il est fort regrettable que le Constituant de 2006 n'ait pas accru les exigences du respect par les gouvernants d'un certain nombre de droits touchant à la vie économique, sociale et culturelle des habitants. Deux hirondelles ne faisant pas le printemps, on peut dire que deux droits économique et culturel ainsi « bétonnés » ne constituent pas une garantie suffisante pour le bonheur social et culturel d'un peuple. Pour n'avoir pas intégré dans cette liste, à titre illustratif, le « droit à l'éducation scolaire » (art. 43), le « droit à la santé et à la sécurité alimentaire » (art. 47), le « droit au logement décent, à l'accès à l'eau potable et à l'énergie » (art. 48), « le droit à la culture » (art. 46) mais aussi différents droits à l'environnement (art. 53 à 57), ainsi que, de manière générale, le « droit au développement » garanti notamment par « le droit de jouir des richesses nationales » (art. 58), le Constituant a manqué ainsi une occasion bien propice pour accroître les obligations de l'Etat en cette matière afin de garantir le développement économique, social et culturel du pays ; ce qui restera toujours un motif permanent de ne pas chercher à promouvoir à tout prix ces droits, surtout « en période des circonstances exceptionnelles » !

Ainsi, le *jus cogens* national des droits de l'homme se réduit aux droits fondamentaux suivants : **droit à la vie ; droit à ne pas subir de torture et de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ; droit à ne pas être exposé à l'esclavage et à la servitude ; droit à bénéficier du principe de la légalité des infractions et des peines ; droit aux droits de la défense ; droit au**

recours contre toute décision judiciaire ou administrative ; droit de ne pas être emprisonné pour dette et droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion. Existe-t-il un lien entre cette liste et celle consacrée en Droit international des droits de l'homme ? Quelle est la solution en cas de confrontation entre ces deux listes ?

2. Rapport du « jus cogens » national et du « jus cogens » international des DH

Que doit faire le bénéficiaire lorsqu'il se trouve devant la liste nationale et la liste internationale des droits fondamentaux qualifiés d'indérogeables ? Qu'arrive-t-il lorsque, manifestement, ces deux listes se contredisent, se complètent, se surpassent ou, tout simplement, se neutralisent ? L'un des deux *jus cogens* prime-t-il alors sur l'autre ? C'est à ces interrogations que le présent point essaye de répondre (b). Mais, auparavant, il convient d'abord de mettre en parallèle les deux listes pour voir s'il y a compénétration et/ou complétude du point de vue des droits souhaités (a).

a) Eléments de comparaison

Le pendant de l'article 61 de la Constitution congolaise se trouve être, sur le plan universel, l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ratifié par la RDC le 1^{er} novembre 1976, tandis qu'on ne trouve rien de comparable dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Aux termes de l'article 4 dudit Pacte, « 1. Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les Etats parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale. 2. *La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par. 1^{er} et 2), 11, 15, 16 et 18. (...)* ».

Il ressort de la lecture du point 2 de cet article 4 du PIDCP que, par rapport à l'article 61 de la Constitution congolaise, *la liste du jus cogens international est, à quelques exceptions près, presque la même que celle du jus cogens national.* Parmi les éléments de convergence, on trouve, dans les deux cas, **le droit à la vie**, avec une nette tendance abolitionniste de la peine de mort pour le PIDCP (art. 6) ; **le droit à ne pas être soumis à la torture et à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**, avec en particulier l'interdiction formelle de soumettre une personne humaine, sans son libre consentement, à une

expérience médicale ou scientifique dans le Pacte (art. 7); *le droit à ne pas être tenu en esclavage ou en servitude* (art. 8); *l'interdiction d'emprisonnement pour défaut d'exécution d'une obligation contractuelle*, ce qui constitue à la fois un élargissement et un dépassement de la notion de « dette » utilisée par la Constitution congolaise (art. 11); *le principe de la légalité des crimes et des peines*, auquel s'ajoute, dans le Pacte, *celui de la proportionnalité de la peine* (art. 15) ainsi que *le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion* (art. 18). Sur ce plan, il est difficile de nier que la Constitution congolaise, postérieure au Pacte de 1966, se soit inspirée de ce dernier.

En revanche, comme éléments de divergence, il n'en y a que très peu. C'est, du côté congolais, la présence des *droits de la défense et du droit au recours* dans la liste retenue et, du côté onusien, la consécration d'un droit nouveau appelé « *droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique* » (art. 16). On peut difficilement douter de l'importance de ces deux droits dans les deux ordres juridiques. Si la RDC, compte tenu de son expérience particulière, avait probablement plus besoin que les autres membres de la communauté internationale d'inscrire dans son marbre constitutionnel les droits de la défense et le droit au recours, en revanche, il faut noter que la consécration du droit à la reconnaissance de la personnalité juridique, sur le plan international, n'est pas un fait anodin; ce droit équivaut, à notre sens, au droit à la vie sur le plan biologique. Car, méconnaître à quelqu'un sa personnalité juridique, c'est signer sa mort ou nier son existence sur le plan juridique. Aussi convient-il de regarder ces deux droits comme complémentaires, du moins sur ce point.

Qu'arrive-t-il, cependant, si un bénéficiaire des droits fondamentaux en RDC avait besoin d'invoquer devant un juge national, comme indérogeable, le droit à la reconnaissance juridique ou si, devant le Comité des droits de l'homme - organe de surveillance du Pacte - il entendait se prévaloir du caractère indérogeable des droits de la défense et du droit au recours? Si la règle de l'autonomie et de la subsidiarité du Droit international paraît fournir une réponse à cette interrogation, en revanche, le problème ne peut être minimisé car il concerne, en réalité, la problématique la plus large des rapports entre le Droit national et le Droit international. En l'occurrence, il s'agit de rechercher la règle de solution en cas de confrontation des deux Droits sur ce terrain des droits indérogeables.

b) Les règles de solution en cas de confrontation du jus cogens national et du jus cogens international

Lorsqu'un bénéficiaire des droits fondamentaux en RDC excipe, devant une instance juridictionnelle internationale - comme le Comité des droits de l'homme des Nations Unies - le caractère indérogeable des droits de la défense ou du droit au recours reconnu comme tel par l'article 61 de la Constitution congolaise, bien entendu, il n'aurait aucun gain de cause car, au nom du principe de l'autonomie du Droit international, le Comité des droits de l'homme n'applique pas la Constitution congolaise. Sauf à rappeler à la RDC qu'aux termes de l'article 2, point 2, du Pacte, elle avait, elle-même, déjà pris l'engagement de « prendre, en accord avec (ses) procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur », une telle action n'aurait aucun succès. Et si condamnation de la RDC devait tout de même s'en suivre, ce ne serait pas pour avoir violé le caractère indérogeable des droits de la défense ou du droit au recours - effet librement conféré à ces deux droits par sa Constitution - mais pour avoir manqué de *concrétiser dans la pratique* l'effet souhaité de l'article 2, point 2, du Pacte. Il en sera d'ailleurs ainsi du caractère indérogeable de *tous* les droits fondamentaux retenus par la Constitution congolaise.

En revanche, lorsqu'un bénéficiaire entend se prévaloir de la liste internationale des droits indérogeables devant le juge national, alors même qu'il existe, au plan interne, une liste nationale à ce sujet, dans ce cas, on peut dire qu'il y a *confrontation des deux jus cogens* car l'individu peut utiliser aussi bien l'un que l'autre, étant donné, comme nous l'avons déjà signalé, que la RDC est un Etat partie au Pacte de 1966. Pour trouver solution devant pareil dilemme, **ce bénéficiaire devrait d'abord rechercher l'effet utile de chacun des deux jus cogens** pour pouvoir mieux défendre ses intérêts, avant de **tâter la force juridique de chacune des deux listes devant le juge national**, et ce pour espérer avoir gain de cause. L'effet utile de chacune des deux listes est la possibilité que celle-ci offre au bénéficiaire de trouver un droit fondamental qui, non seulement serait mieux reconnu (tant dans son affirmation que dans son contenu), mais aussi et surtout, qui recouvrerait la meilleure garantie possible quant à son efficacité (caractère indérogeable par exemple). Sur ce plan, et compte tenu de ce qu'on a dit sur la « richesse » de la liste internationale, celle-ci semble avoir plus d'effet utile que la liste nationale (c'est une question de simple intérêt). Quant à la force juridique de chacune des deux

listes devant le juge national, les faveurs iraient, en revanche, vers la liste nationale. Et pour cause !

Dans le système juridique congolais, **la Constitution est la norme fondamentale et suprême de l'Etat** qui, en vertu de son article 216, complété par l'article 153 alinéa 4, **est supérieure à un traité**. C'est elle qui détermine les organes nationaux chargés de négocier et de conclure des traités. C'est elle qui dispose qu'un traité international régulièrement négocié ne peut être ratifié ou approuvé, c'est-à-dire entrer en vigueur en RDC, que s'il ne comporte aucune clause contraire à elle ; à défaut, elle ne s'insère pas dans l'ordonnement juridique national et, par conséquent, ne devient pas supérieure à nos lois comme le veut son article 215. *Il est donc du plus grand intérêt pour un bénéficiaire d'invoquer, devant le juge national, le jus cogens national plutôt que le jus cogens international*, en raison de cette différence de force juridique en interne. Certes, l'on peut souhaiter qu'il soit admis la règle pratique selon laquelle *au juge national le jus cogens national et au juge international le jus cogens international* - car chacun des deux juges connaît la force juridique de son *jus cogens*, mais cela n'est pas à dire que le juge national, lui, n'applique nullement le *jus cogens international*. Dans le contexte juridique de la RDC, ce serait même un manquement à l'article 215 de la Constitution qui, complété par le même alinéa 4 de l'article 153, reconnaît l'existence des traités dans la pyramide normative nationale et consacre même sa primauté sur les lois votées par le Parlement. Mais, il faut le souligner, ceci ne résoudrait que très peu le problème d'un risque de balancement des intérêts du citoyen par rapport aux deux systèmes juridiques. Voilà pourquoi il ne reste à ce citoyen - à cette personne - que la stratégie de rechercher, devant le juge national, la liste des droits indérogeables la plus porteuse. Et comme nous venons de le souligner, en raison de l'autorité juridique suprême de la Constitution sur un engagement international, **seul le jus cogens national arrêté par la Constitution, du moins dans ceux des droits y insérés, serait d'un plus grand effet utile pour la justiciable congolais**.

Au terme de l'examen de ce premier point de ma communication, il faut constater que, la liste des droits civils et politiques dans la Constitution congolaise du 18 février 2006, retenue ici à titre de simple échantillon, est certes importante, mais elle reste perfectible. On y rencontre autant des *principes* que des *droits*, autant des *droits-gigogne* que des *droits dérivés*, mais ceux-ci gagneraient à être mieux étoffés. Et si l'on sanctionne généralement toute violation desdits droits, c'est non seulement parce qu'il s'agit ainsi d'une atteinte intolérable à un *quelconque principe* ou à une *quelconque disposition* de la loi fondamentale et suprême d'un Etat (ce qui est le propre de toute la

mécanique du raisonnement juridique), mais aussi et surtout parce que, dans l'ordre de protection des valeurs suprêmes de l'Etat, 'il s'agit d'une transgression inacceptable des *droits constitutionnellement garantis*, c'est-à-dire des prérogatives reconnues à la personne humaine par des principes ou des dispositions constitutionnelles. Encore faut-il que le système institutionnel et procédural de protection desdits droits soit efficace et efficient pour une meilleure garantie desdits droits.

II. LES GARANTIES DES DROITS INSTITUÉES PAR LA CONSTITUTION DU 18 FÉVRIER 2006

A quoi sert-il de disposer d'un catalogue de droits fondamentaux – si riche soit-il – si l'on ne peut en assurer une jouissance et un exercice effectifs à leurs bénéficiaires ? A quoi sert-il de reconnaître des droits fondamentaux à des citoyens si l'on ne peut les protéger ? Existe-t-il une protection efficace des droits de l'homme en l'absence d'institutions efficaces et de procédures appropriées pour la prise en charge institutionnelle desdits droits ? C'est comme pour répondre à pareilles interrogations que le système constitutionnel a mis en place, à la fois, des garanties d'ordre institutionnel (A) et des garanties de type procédural (B) pour permettre aux bénéficiaires de mieux assurer la défense de leurs droits. Et sur ce point, ayant satisfait à tous les standards voulus en la matière, du moins en théorie, on peut dire que la RDC n'a rien à envier à d'autres Etats démocratiques.

A. Les garanties d'ordre institutionnel

Par garanties d'ordre institutionnel, l'on entend l'ensemble de mécanismes organiques créés pour recevoir les doléances, les plaintes et les recours en cas de violation des droits fondamentaux. Dans le système constitutionnel congolais, l'on observe, pour ce faire, l'existence de plusieurs garanties d'ordre institutionnel dont certains sont de nature juridictionnelle (2) et d'autres de nature non-juridictionnelle (1).

1. Les garanties non-juridictionnelles

Si l'on met de côté les différentes associations de défense des droits de l'homme qui, avec leur force de dénonciation dissuasive, contribuent d'une certaine manière à la protection des droits fondamentaux, les garanties non-juridictionnelles que l'on trouve dans le système constitutionnel congolais sont offertes essentiellement par les différents Ombudsman que le Droit positif, à ses différents compartiments, a pu consacrer. L'on pense, ainsi par exemple, d'abord à un Ombudsman assez atypique qui existerait au sein du Pouvoir

exécutif et que l'on nomme le ministère des droits humains, qu'il soit du Gouvernement central ou des gouvernements provinciaux (a). L'on pense surtout à la toute récente Commission nationale des droits de l'homme, que le Droit positif range parmi les « institutions d'appui à la démocratie » (b).

a) *Le ministère des droits humains*

La création, en 1998, par le Président L.D. Kabila, d'un ministère dénommé « Ministère des Droits Humains » est intervenue dans un contexte politique et juridique particulièrement nouvelle, après l'expérience connue du « Département des Droits et Libertés du Citoyen ». Cette création fut ressentie non seulement comme un pis-aller pour les nouvelles autorités « révolutionnaires », mais surtout comme un test de leur bonne volonté à cesser de considérer les droits de l'homme comme une « petite question ».

Dans un Document de présentation générale publié à l'époque avant la promulgation du Décret du 16 septembre 2003, le ministère des Droits humains se présentait lui-même d'une façon pour le moins ambitieuse. Il s'agissait d'un ministère « créé par la seule volonté de M^zee Laurent-Désiré Kabila, président de la République, pour mieux *promouvoir* et *protéger*, en temps de paix comme en temps de guerre, les droits des Congolais et des étrangers résidant sur le territoire de la République Démocratique du Congo »³⁵. Aux contacts des réalités, le ministère devait cependant se présenter comme celui qui devait se limiter à « ...aider les nationaux et les étrangers à *mieux connaître* leurs droits et à les *faire valoir* en toutes circonstances...*sans se substituer ni aux cours et tribunaux, ni aux services d'ordre et de sécurité* ». Bien plus, renchérisait-on, « Le ministère *intercède en qualité de 'Médiateur de la République'* (sic) appelé à *amener les autorités administratives et judiciaires à rétablir les citoyens lésés dans leurs droits*. Il joue ce rôle, devait-on préciser, *selon les règles de l'art, en usant du tact et en tenant compte du contexte du cas d'espèce...* »³⁶.

Puis, lorsque le décret du 16 septembre 2003 sera signé par le Président de la République, il fut précisé que le ministère avait pour compétences « la *promotion* et la *protection* des droits de l'homme et des libertés fondamentales; la *diffusion* et la *vulgarisation* des droits de l'homme; le *suivi du respect* des droits humains; et la *collaboration* avec le Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme,

³⁵ REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO, MINISTERE DES DROITS HUMAINS, *Mission-Projets prioritaires-Principales réalisations-Difficultés rencontrées-Perspectives d'avenir. Tout savoir sur le ministère des Droits Humains*, Dépliant de connaissance générale, s.d. Italiques ajoutées.

³⁶ *Idem*. Italiques ajoutées.

avec la Commission Africaine aux Droits de l'Homme et avec d'autres Institutions Nationales, Régionales et Internationales compétentes en matière des droits de l'homme ». La mission de l' « *examen des cas flagrants de violation des droits humains* » ne pouvait, quant à elle, être exercée que « par des mécanismes propres tels que la *Médiation* en matière de droits de l'homme et la *Commission de contrôle, sans se substituer aux Cours et Tribunaux, ni aux procédures administratives prévues par la loi* »³⁷. Bien plus, réaffirmant la soumission du ministère à la politique du Gouvernement, l'ordonnance du 16 mai 2007 révélera, plus tard, la vraie mission du ministère : « *défense des intérêts de la République...devant les instances internationales et régionales des droits de l'homme (Conseil des droits de l'homme, Commission africaine des droits de l'homme et des peuples) ; conception, élaboration, rédaction, présentation et défense des rapports initiaux et périodiques destinés aux comités de surveillance des traités internationaux et régionaux des droits de l'homme* »³⁸. Depuis, ces compétences sont demeurées presque inchangées³⁹.

Tel que prévu par les textes, le ministère des Droits humains se définit donc comme le *médiateur de la République*, avec cependant cette particularité qu'il fait partie du Gouvernement et ne relève pas, comme dans d'autres pays ayant adopté le modèle suédois, du Parlement⁴⁰. D'où l'éternelle question de l'*indépendance* de ce « médiateur » d'un statut plutôt particulier. Cette indépendance lui est-elle acquise ? Il est permis d'en douter, ne serait-ce que parce que le ministère des Droits humains est un *organe du Gouvernement*. Bien plus, son titulaire, appelé ministre des Droits humains, est une femme ou un homme politique appelé à « concevoir, élaborer et mettre en œuvre la politique du Gouvernement dans le secteur qui lui est confié »⁴¹ et, comme tous les autres ministres, soumis aux règles déontologiques régissant la fonction ministérielle, dont la redoutable règle de la solidarité gouvernementale. Un tel personnage, fut-il issu des rangs de la « société civile », peut-il, à titre d'exemple, dénoncer une violation des droits de l'homme si telle n'est pas « la politique du Gouvernement » ? Il est permis d'en douter. En tant que tel, le ministère des

³⁷ Art. 1^{er} B, 7^e, du Décret n°03/027 du 16 septembre 2003 fixant les attributions des ministères, in *J.O.RDC.*, n° spécial, 20 septembre 2003, p. 5. Italiques ajoutées.

³⁸ Art. 1^{er} B, 39^e, de l'Ordonnance n° 07/018 du 16 mai 2007 fixant les attributions des ministères, in *J.O.RDC.*, n° spécial, 22 mai 2007, p. 18. Italiques ajoutées.

³⁹ Cfr. notamment Ordonnance n° 17/025 du juillet 2017 fixant les attributions des ministères, art. 1^{er}, B, n° 40, in *J.O.RDC.*, n° spécial, 19 juillet 2017, pp. 55-56.

⁴⁰ Lire p. ex. DELEPEREE (F.), « Un nouveau mode de contrôle politique et administratif », in *Le médiateur* (ouvrage collectif, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 84 et ss ; VERDUSSEN (M.), « Le médiateur parlementaire : données comparatives », *Loc. cit.*, pp. 30 et ss.

⁴¹ Art. 1^{er}, A, premier, tiret de l'Ordonnance fixant les attributions des ministères, *Idem*, p. 24.

Droits humains est donc, tant structurellement que fonctionnellement, un mécanisme plutôt inefficace dans la protection des droits humains.

Le Département des droits et libertés du citoyen qui l'avait précédé avait reçu des compétences bien plus robustes que ceux qu'on vient de décrire. Leur qualificatif de compétences « extra-judiciaires » avait même, un moment, fait jaser la doctrine. Je me souviens encore qu'en 1989, tout nouvel étudiant que j'étais, dans cette même salle de promotions, son titulaire de l'époque - l'illustre avocat Maître Nimy Mayidika Ngimbi - s'était époumoné à en convaincre la « colline inspirée » du bien-fondé, non seulement de ce nouveau « méga-département ministériel », mais surtout de ses « giga-compétences ». C'était peine perdue car, à l'époque, beaucoup d'intellectuels ne digéraient guère que ce département ministériel ait reçu de l'Exécutif⁴² la mission - je cite - de « de défendre le Citoyen injustement lésé dans ses droits ou atteint dans ses libertés par une décision d'une Cour ou d'un Tribunal, d'une administration publique ou privée, ou par des voies de fait, en prenant toute mesure propre à le rétablir dans ses droits ou libertés, lorsqu'il aura régulièrement épuisé toutes les voies de recours légales habituelles (...) et que celles-ci se seront révélées inefficaces, l'injustice dénoncée subsistant d'une manière flagrante »⁴³. Sous la critique acerbe de « troisième voie de recours illégalement instituée » ou de « super-Cour suprême de Justice inconstitutionnelle », le ministre n'avait essuyé ici que des flèches verbales, venant notamment d'un certain Kaluba Dibwa, alors brillant étudiant en troisième graduat. En fait, cette critique n'avait de légitime que le fait d'avoir déploré l'attribution d'une telle mission à un organe de l'Exécutif dont l'indépendance, à coup sûr, était sujette à caution. Mais, fondamentalement, la critique paraissait moins fondée car, de mon point de vue, il ne peut être nié que certaines décisions de justice peuvent laisser subsister des violations des droits de l'homme qui méritent d'être réparées par d'autres instances. D'où le souci permanent de la recherche d'un mécanisme plus idoine et plus efficace dans la protection desdits droits.

b) La Commission nationale des droits de l'homme

Introduite en RDC à la faveur du vent de démocratisation qui a soufflé depuis les années 90 et à la suite du constat de l'inefficacité des instances

⁴² Cfr. Ordonnance n°87-034 du 22 janvier 1987 modifiant l'ordonnance n° 86-268 du 31 octobre 1986 portant création d'un Département des Droits et Libertés des Citoyens, in *J.O.R.Z.*, n° 4, 14 février 1987, p. 21.

⁴³ Art. 1^{er} du Règlement interne organique du Département, in Arrêté départemental n° 0004/CAB/CE/DLC/87 du 2 février 1987, in *J.O.R.Z.*, n°5, 1^{er} mars 1987, p. 23. Italiques ajoutées.

gouvernementales dans la protection des droits fondamentaux, la Commission nationale des droits de l'homme, créée en vertu de l'article 222, alinéa 3, de la Constitution du 18 février 2006, est une *institution d'appui à la démocratie* à l'instar de la Commission électorale nationale indépendante et du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication⁴⁴. Parfois qualifiée d'« Institution citoyenne »⁴⁵, cette structure étatique (et non gouvernementale) est « chargée de la *promotion* et de la *protection* des droits de l'homme », impliquant pour elle la mission de « veiller au respect (de ces) droits de l'homme et des mécanismes de garantie des libertés fondamentales »⁴⁶ prévus tant par la Constitution que par les autres textes nationaux, régionaux et internationaux en matière des droits de l'homme⁴⁷. Elle exerce son action à l'égard tant des personnes physiques que morales, de nationalité congolaise ou étrangère, en RDC ou à l'étranger, victimes des violations des droits de l'homme⁴⁸.

Comme institution d'appui à la démocratie, la Commission ne fait pas partie des institutions traditionnelles de l'Etat et n'est soumise, dans l'accomplissement de sa mission, qu'à l'autorité de la loi (art. 4 al. 2). D'ailleurs, dans la Constitution de la transition du 4 avril 2003, il était déjà précisé que toutes les institutions d'appui à la démocratie, disposant de la personnalité juridique, bénéficiaient d'une « indépendance d'action » tant entre elles que par rapport aux autres institutions de la République (art. 156). Dans la loi organique du 21 mars 2013, cette indépendance lui est réaffirmée et il y est même disposé que la Commission « jouit de l'autonomie administrative, financière et technique » (art. 1^{er}). On peut dire que cette autonomie réaffirmée

⁴⁴ « Les institutions d'appui à la démocratie sont dissoutes de plein droit dès l'installation du nouveau Parlement. Toutefois, par une loi organique, le Parlement pourra, s'il échet, instituer d'autres institutions d'appui à la démocratie », Constitution, *Loc. cit.*, p. 74.

⁴⁵ L'expression a été surtout utilisée aux négociations de Sun City pour souligner que ces institutions devaient être « animées par les forces-vives de la société civile » mais, curieusement, tant dans l'Accord global et inclusif ayant sanctionné ces négociations que dans la Constitution de la transition qui en est issue, le terme a disparu. Cfr. Constitution de la transition du 4 avril 2003 et Accord global et inclusif sur la transition en République Démocratique du Congo, in *J.O.RDC*, n° spécial, 5 avril 2003, resp. art. 154-160 (pp. 39-20) et titre V, point 4 (p. 59).

⁴⁶ Art. 4, Loi organique n° 13/011 du 21 mars 2013 portant institution, organisation et fonctionnement de la Commission nationale des droits de l'homme, in *J.O.RDC*, n° spécial, 1^{er} avril 2013, p. 3. Sur ce point, la qualification de la loi organique selon laquelle la CNDH est un « organisme technique et consultatif » ne reflète pas exactement l'intention du Constituant.

⁴⁷ Art. 2, *Idem*

⁴⁸ Cfr. art. 5, *Ibidem*, avec cette précision que les personnes morales ne relèvent de son action qu'en tant qu'« auteurs » et non « victimes » des violations des droits de l'homme ; ce qui est regrettable.

lui garantit ainsi une indépendance non seulement fonctionnelle (indépendance d'action), mais aussi et surtout organique (indépendance institutionnelle), en dépit du fait que l'implication de l'Assemblée nationale dans la désignation corporative de ses membres (art. 16) et l'investiture de ceux-ci par ordonnance présidentielle (art. 17) relativisent quelque peu ladite autonomie. Néanmoins, la Commission reste indépendante en ce que, tant dans son organisation administrative que dans l'exercice de sa mission, elle n'est soumise qu'à l'autorité de la loi (Cfr. *supra*), la Constitution en étant la toute première.

Ce qui est relativement nouveau est que, au vu de ses attributions, la Commission congolaise des droits de l'homme est un *mécanisme quasi-juridictionnel* dans la protection des droits de l'homme, ce caractère quasi-juridictionnel ressortant très clairement, non seulement des principales attributions que la loi lui assigne, mais aussi de la procédure qu'elle est appelée à mettre en œuvre dans la protection desdits droits. Il est ainsi prévu, à titre d'exemple, que la Commission nationale des droits de l'homme a notamment pour attributions d'enquêter sur tous les cas de violations des droits de l'homme ; d'orienter et d'aider les plaignants ainsi que les victimes dans leurs actions judiciaires ; de procéder à des visites périodiques des centres pénitentiaires et de détention, voire même, de régler certains cas de violation des droits de l'homme par la conciliation⁴⁹. Il est aussi prévu que toute personne physique (agissant individuellement ou collectivement) ainsi que toute personne morale (essentiellement les organisations de défense et de promotion des droits de l'homme) peuvent saisir la Commission de toute violation des droits consacrés dans la Constitution ou dans les instruments internationaux ratifiés par la RDC, sans préjudice du pouvoir de saisine d'office qui revient à la Commission elle-même⁵⁰. Il est même reconnu à la Commission le pouvoir de requérir, sans refus de leur part, la collaboration des forces de l'ordre, des autorités administratives et judiciaires ainsi que le pouvoir d'accéder à tout lieu pour vérifier toute allégation relative à une violation des droits de l'homme (art. 30 et 31 de la loi organique)⁵¹.

⁴⁹ Art. 6, points 1, 2, 3 et 11 de la loi organique précitée, *Loc.cit.*, pp. 4-5.

⁵⁰ Art. 28, *Idem*, p. 11.

⁵¹ Les autres attributions de la CNDH sont essentiellement de l'ordre de la *promotion* - par exemple « faire connaître aux citoyens leurs droits fondamentaux » (art. 6, point 7) et « concourir à la promotion de l'éducation civique et de la culture des droits de l'homme... » (art. 6, point 8), de la *surveillance* - par exemple « veiller au respect des droits de la femme, des personnes avec handicap, des personnes du troisième âge, des personnes vivant avec VIH, des prisonniers, des réfugiés, des déplacés de guerre... » (art. 6, points 4-6) ou « veiller à

Par ces dispositions, la Commission nationale des droits de l'homme apparaît ainsi comme une structure quasi-juridictionnelle puisqu'au-delà des compétences d'appui aux victimes et en dépit de ses autres missions de promotion, de surveillance ou de rapportage *elle peut aller jusqu'à régler certains cas de violation des droits de l'homme, fut-ce par voie de la conciliation* (art. 6, point 11 de la loi organique). En outre, elle dispose d'un pouvoir d'enquête et d'autosaisine sur ces cas, procède à des visites périodiques des centres pénitentiaires et de détention et peut même, dans l'exercice de toutes ces missions, requérir la force publique. Il s'agit d'une série de pouvoirs ou de privilèges qui ne paraissent pas généralement être reconnus à tous les Ombudsman dans le monde, lesquels se limitent, en général, à n'exercer qu'une « magistrature d'influence »⁵² ou une « magistrature d'ordre moral »⁵³ auprès d'autres administrations ou institutions de la République. En clair, pour revêtir la nature d'un Ombudsman, la Commission congolaise des droits de l'homme ne l'est pas totalement puisque, n'étant pas seulement le « relai » entre les bénéficiaires des droits de l'homme et les Administrations publiques, elle est surtout une sorte de « procureurs du peuple » en matière de violations des droits de l'homme. Dans certains cas même – on vient de le voir – elle se comporte en « juge », mieux, en « arbitre » des droits de l'homme puisqu'elle peut, elle-même, « régler certains cas de violation desdits droits ».

Toutefois, en cette matière, il ne convient pas de faire preuve d'une imprudente naïveté ou d'un optimisme exagéré. *La Commission nationale des droits de l'homme n'est pas un mécanisme juridictionnel de protection des droits de l'homme*, et la Constitution congolaise ne la considère pas comme une juridiction. Elle ne figure pas au titre III de la Constitution réservé aux « institutions (classiques) de la République » (art. 68 et suivants) et n'est pas citée, en tant que telle, à la section 4 du chapitre premier dudit titre, consacrée au « Pouvoir judiciaire ». En outre, à la lecture des autres dispositions de la loi organique l'instituant et l'organisant, il n'est pas acquis que son efficacité institutionnelle soit garantie. *En effet, l'inefficacité de la CNDH vient essentiellement de la loi elle-même*. Tout d'abord, le chef de cette institution

l'harmonisation de la législation, des règlements et des pratiques nationaux avec les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme » (art. 6, point 13) ou encore du *rapportage* – par le biais des rapports, des recommandations ou des avis à donner (art. 6, points 12, 14-19) -

⁵² MONETTE (Pierre-Yves), « Du contrôle de la légalité au contrôle d'équité : une analyse du contrôle exercé par par l'ombudsman parlementaire sur l'action de l'administration », in *Revue belge de droit constitutionnel*, n° 1, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5.

⁵³ ANDERSSSEN (Robert), « Conclusions générales », in *Le médiateur*, *Op. cit.*, p. 260.

citoyenne n'est traité que comme un ministre, c'est-à-dire comme membre d'un corps constitué, alors même que sa reconnaissance comme chef de corps - au même titre que les chefs des corps législatif, exécutif et judiciaire - aurait pu, en tant qu'institution citoyenne, accroître son poids et son influence dans le jeu politique et institutionnel national, ne serait-ce que dans son combat pour disposer réellement d'un budget conséquent et des installations dignes. Or, à ce jour, sur ce point, le constat est lamentable ! Ensuite, lorsque la loi reconnaît à la Commission le pouvoir d'être saisie ou de se saisir des cas de violation des droits de l'homme, avec pouvoir de les « régler », *ce n'est pas pour la voir prononcer des sanctions de type juridictionnel* - comme la réparation, les restitutions, les remédiations - *mais simplement pour la voir jouer le rôle de « conciliatrice »* entre l'auteur et la victime de violation des droits de l'homme. Bien plus, ne disposant d'aucun pouvoir de contrainte sur les pouvoirs et services publics, cette Commission ne se limite qu'à leur « faire des recommandations » !

On peut donc dire que la Commission nationale des droits de l'homme n'est finalement qu'une sorte de chien qui aboie et ne mord pas, laissant ainsi filer plusieurs caravanes de violation des droits de l'homme⁵⁴. Son **inefficacité congénitale** démontre ainsi - si besoin en était - les limites d'un mécanisme non-juridictionnel qui n'est là, au mieux, que comme un pis-aller, au pire, comme un bon faire-valoir dans le cadre de la « diplomatie des droits de l'homme »⁵⁵.

2. Les garanties juridictionnelles classiques : les cours et tribunaux

Les seuls mécanismes de protection des droits de l'homme dont l'efficacité institutionnelle relative est reconnue à ce jour sont, en fait, ceux qu'on qualifie généralement de type juridictionnel, constitués par ce que la Constitution congolaise appelle classiquement les « cours et tribunaux ». Leur efficacité institutionnelle présumée vient essentiellement de ce que, ce sont les seuls qui, parmi les autres institutions de la République, disposent non seulement des garanties requises, mais aussi et surtout du pouvoir de contrainte obligatoire, leur donnant ainsi tant la légitimité que la capacité de prononcer différents types de sanctions prévues, dont les confiscations pécuniaires, les restitutions

⁵⁴ « *He can bark but he can not bite* », ROWAT (D.), « Médiateurs et ombudsman », in *Revue française d'administration publique*, numéro spécial, 1992, vol. 64, p. 569.

⁵⁵ Pour une dénonciation de l'instrumentalisation des droits de l'homme dans la diplomatie des Etats, lire notamment SUDRE (F.), *Droit international et européen des droits de l'homme*, 13^{ème} éd., Paris, P.U.F., 2019, p. 14.

patrimoniales, les réparations morales, les privations de liberté, voire même – dans les pays où la peine de mort n'est pas abolie – les privations de la vie.

En Droit constitutionnel, l'article 150, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 18 février 2006 dispose que « **Le pouvoir judiciaire est le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens** ». Ce pouvoir éminent est celui qui, aux termes de l'article 149 de la Constitution, « est dévolu aux cours et tribunaux qui sont la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, la Haute Cour militaire ainsi que les Cours et Tribunaux civils et militaires ». En principe, c'est à chacune de juridictions qu'est confiée, au premier chef, la mission de protection des droits fondamentaux. *Ces dernières exercent cette mission à travers les compétences qui leur sont expressément confiées. L'accomplissent-elles de manière efficace ou, plus exactement, cette efficacité institutionnelle voulue est-elle réellement garantie ? C'est ce qu'il convient de vérifier, respectivement, à propos de la Cour constitutionnelle (a), de la Cour de cassation et des autres juridictions sous son contrôle (b) ainsi que du Conseil d'Etat et des autres juridictions administratives (c).*

a) La Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle est en soi une garantie institutionnelle de protection des droits fondamentaux. Comme ne cesse de le démontrer la doctrine, parmi les rouages essentiels d'un système de protection constitutionnelle des droits fondamentaux figurent, en bonne place, la juridiction constitutionnelle. Elle est alors chargée, *dans le respect des compétences qui lui sont dévolues*, de déployer un « contentieux constitutionnel des droits fondamentaux » que très peu d'Etat organisent⁵⁶. En effet, toute juridiction constitutionnelle qui est chargée de la protection de la Constitution a nécessairement, dans ses attributions, la protection des droits fondamentaux, même si cela n'est pas dit expressément dans ses textes organiques⁵⁷. Elle assure cette protection, d'abord *de manière directe*, si cette compétence lui est expressément attribuée. Elle l'assure, ensuite *de manière indirecte*, à travers l'ensemble des contentieux qui lui sont dévolus et dont le règlement jaillit nécessairement sur les droits fondamentaux.

⁵⁶ Cfr. notamment MATHIEU (Bertrand) et VERPEAUX (Michel), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.G.J., 2002, 791 p.

⁵⁷ En ce sens, notamment plusieurs auteurs dans Nicolas BONBLED et Marc VERDUSSEN (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2011.

De manière directe, la Cour constitutionnelle congolaise assure la protection des droits constitutionnels, d'abord, à travers l'*action populaire en inconstitutionnalité* organisée par l'article 162, alinéa 2, de la Constitution, aux termes duquel « Toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle pour inconstitutionnalité de tout acte législatif ou réglementaire »⁵⁸. En *instituant un tel droit de saisine directe du juge constitutionnel par toute personne*, la Constitution permet ainsi que toute personne puisse provoquer l'annulation, c'est-à-dire l'extirpation de l'ordonnement juridique national, de toute loi ou de tout acte réglementaire susceptible de constituer une base légale aux violations des droits fondamentaux. Ensuite, la Cour constitutionnelle assure la protection des droits fondamentaux à travers le *recours direct du Procureur général en protection des droits fondamentaux* institué par l'article 49 de la loi organique sur la Haute Cour. Aux termes, en effet, de cette loi, « A l'exception des traités et accords internationaux, le Procureur Général saisit d'office la Cour pour inconstitutionnalité des actes visés à l'article 43 de la présente Loi, lorsqu'ils portent atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine ou aux libertés publiques »⁵⁹. Par cette disposition, le législateur organique complète ainsi la disposition de l'alinéa 2 de l'article 162 de la Constitution par l'introduction d'une action directe en protection des droits fondamentaux à l'initiative du seul Procureur général près la Cour constitutionnelle. Contrairement au *recours constitutionnel* allemand⁶⁰ ou au *recours d'amparo*⁶¹ espagnole, cette action n'est

⁵⁸ Const., art. 162, al. 2., *Op. cit.*, p. 54.

⁵⁹ Art. 49, loi organique sur la Cour constitutionnelle, *Op. cit.*, p.11. Italiques ajoutées. Lesdits actes sont : « les traités et accords internationaux, les lois, les actes ayant force de loi, les édits, les règlements intérieurs des Chambres parlementaires, du Congrès et des Institutions d'appui à la démocratie ainsi que les actes réglementaires des autorités administratives ». D'où l'intérêt de considérer la réserve introduite à propos des traités et accords internationaux comme ne s'appliquant qu'au seul Procureur général, c'est-à-dire comme n'excluant pas le contrôle de constitutionnalité de ceux-ci par d'autres requérants. Sur ce point de vue, lire NGONDANKOY NKROY-ea-LOONGYA (P.-G.), *Le contrôle de constitutionnalité en République Démocratique du Congo. Etude critique d'un système de justice constitutionnelle dans un Etat à forte tradition autocratique*, Thèse pour le doctorat en Droit, Université catholique de Louvain, 2008, pp... ; (même auteur), « La loi organique portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle : un accouchement au forceps qui provoque une maladie congénitale », in *Cahiers africains des droits de l'homme et de la démocratie*, n° 42, col. I, janvier-mars 2014, pp. 23-34.

⁶⁰ Cfr. art. 90 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « Quiconque se prétend lésé par la puissance publique dans un de ses droits fondamentaux...peut former un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle fédérale ». Pour aller loin, lire notamment BEGUIN (J.-C.), *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en RFA*, Paris, Economica, 1982, p. 105

⁶¹ Cfr. art. 53-2 de la Constitution espagnole : « Tout citoyen pourra invoquer la protection des droits et libertés reconnus (par la Constitution)...par l'intermédiaire du recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel ». Pour aller loin, BON (P.), MODERNE (F.) et RODRIGUEZ (Y.), *La justice constitutionnelle en Espagne*, Paris, Economica-PUAM, 1984, p. 211.

pas exercée directement par le peuple, mais, on peut tout autant dire que le Procureur général ne peut l'exercer qu'au profit du peuple.

De manière indirecte, la Cour constitutionnelle assure la protection des droits fondamentaux *à travers l'ensemble des compétences qui lui sont dévolues* par la Constitution et par les lois de la République. Ces compétences, on le sait, sont déterminées tant par les articles 74, 76, 99, 128, 139, 145, 160, 161, 162, 163, 164, 167 alinéa 1^{er} et 216 de la Constitution que par les articles 43 à 86 de sa loi organique. Dans le lot de ses compétences contentieuses - qu'il s'agisse du contrôle de la constitutionnalité des normes juridiques (contentieux normatif), du contrôle de la régularité et de l'authenticité des manifestations de la volonté populaire (contentieux électoral et référendaire), du contrôle du respect des règles répartitrices de compétences entre pouvoirs publics (contentieux relatif aux conflits de compétence) ou du jugement pénal de certaines autorités politiques (contentieux pénal) - il apparaît que *tous ces types de contentieux sont des mécanismes organisés pour la protection indirecte des droits fondamentaux*, si toutefois des actes juridiques, des situations ou des personnes qui relèvent de la compétence de la Cour constitutionnelle sont auteur(e)s des violations desdits droits fondamentaux⁶². Les « violations graves et caractérisées des droits de l'homme » sont même une de ces compétences explicitement visées qui, par le biais de l'infraction de la haute trahison (art. 165, alinéa 1^{er}, de la Constitution), permet ainsi à la Haute Cour de s'acquitter, au pénal, indirectement de cette mission.

b) La Cour de cassation et les autres juridictions de l'ordre judiciaire

La Cour de cassation exerce, aux termes de l'article 153 de la Constitution, deux types de compétences : en matière de cassation, elle connaît des pourvois formés contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par tous les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire ; en tant que juge pénal ordinaire, elle connaît, en premier et dernier ressort, des infractions commises par certains justiciables bénéficiant du privilège de juridiction⁶³.

Comme juge de la cassation, la Haute Cour (et par ricochet toutes les autres juridictions de l'ordre judiciaire examinant les voies de recours relevant de leurs compétences) assure la protection des droits constitutionnels *en faisant*

⁶² Il est important de souligner qu'au nom du principe selon lequel *En Droit public, la compétence est d'attribution*, la Cour constitutionnelle ne peut indirectement assurer la protection des droits fondamentaux que sur les actes (législatifs et réglementaires), les situations (élections, référendum, conflits d'attribution...) et à l'égard des personnes (président de la République, Premier ministre...) qui relèvent expressément de sa compétence matérielle et personnelle.

⁶³ Cfr. art. 153, al. 2 et 3, Const., *Loc. cit.*, pp. 50-51.

*application directe des garanties judiciaires prévues aux articles 17, 18, 19, 20 et 21 de la Constitution*⁶⁴. Jadis de nature législative, ces principes sont à ce jour de statut constitutionnel. Voilà pourquoi il est de la plus haute responsabilité du juge de la cassation de les appliquer directement aux recours relevant de sa compétence, une manière pour lui de contribuer, avec un sens élevé d'écoute du juge constitutionnel, au respect de la Constitution comme loi fondamentale et suprême de l'Etat. L'idée qui ressort de cette réflexion est que, comme juge de la cassation, c'est-à-dire comme « juge de la légalité » (au sens général du terme), la Haute Cour ne peut être considérée comme gardienne des droits constitutionnels que si et seulement si, fondés sur la violation d'une disposition expresse de la Constitution protectrice d'un droit fondamental, les pourvois en cassation formés devant elle contre les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les Cours Tribunaux...seront accueillis favorablement par elle.. Si ces pourvois sont réellement fondés sur la violation d'une disposition expresse de la Constitution protectrice d'un droit fondamental (p. ex. sur l'article 21 qui commine l'obligation de motiver tout jugement, sur le droit de ne pas être soustrait ou distrait du juge que la loi assigne, le droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par un juge compétent ou le droit de la défense ou du droit à l'assistance judiciaire prévus à l'article 19 de la Constitution) et que la Haute Cour n'a pas prononcé un arrêt de cassation desdits arrêts et jugements, il est évident que, dans ce cas, elle ne peut être regardée comme telle. Seule la première hypothèse permet de considérer qu'il s'agit d'une protection indirecte des droits fondamentaux.

Comme juge ordinaire, la Cour de cassation (et par ricochet les autres juridictions de l'ordre judiciaire dans leurs compétences respectives) se positionne comme protectrice indirecte des fondamentaux lorsqu'elle *sanctionne pénalement des comportements liberticides préalablement érigés en infractions par le législateur*. En effet, la Cour de cassation assure, ici, la protection des droits fondamentaux lorsque, réprimant une infraction de sa compétence matérielle et personnelle, elle parvient à sanctionner pénalement un

⁶⁴ Il s'agit des principes ci-après : principe de la primauté de la liberté sur la détention ; principe de la légalité des crimes, des poursuites, des détentions, des condamnations et des peines ; principe de la proportionnalité des peines ; principe de la rétroactivité de la loi pénale douce ; principe de la responsabilité pénale individuelle ; principe de la présomption d'innocence ; principe de la publicités des audiences ; principe de la motivation des jugements ; droit d'être informé, dans sa langue, des motifs de son arrestation et toute accusation portée contre soi ; droit d'être informé de ses droits en cas d'arrestation ; droit d'entrer en contact avec sa famille ou avec son conseil en cas de garde à vue ; droit à un traitement digne en cas de détention ; droit au juge que la loi assigne ; droit à un procès raisonnable ; droits de la défense ; droit au recours contre un jugement.

bénéficiaire du privilège de juridiction, dans la mesure où la violation de la loi pénale est, en l'occurrence, une violation des droits et libertés consacrés juridiquement et que la répression de telles infractions s'analyse comme une manière pénale de protéger un droit ou une liberté prise en charge pénalement. L'hypothèse suscite-t-elle quelque doute ? Un tel scepticisme ne peut se justifier car, comme on le sait, l'institution de l'infraction de meurtre et d'assassinat n'est qu'une manière pour le législateur de sanctionner pénalement toute atteinte au droit à la vie, de même que le sont les arrestations arbitraires et détentions illégales pour la liberté individuelle. Il en est de même des diffamations et dénonciations calomnieuses qui sont considérées, en fait, comme des dispositifs de protection du droit à l'honneur et à la dignité d'une personne.

c) Le Conseil d'Etat et les autres juridictions de l'ordre administratif

Les juridictions administratives en Droit positif congolais, surtout lorsqu'il s'agit de la plus haute d'entre elles, disposent essentiellement de deux types de compétences : au contentieux, elles assurent le contrôle de la légalité des actes administratifs et la réparation des préjudices exceptionnels « résultant des mesures prises ou ordonnées par les autorités de la République, dans le cas où il n'existe pas d'autres juridictions compétentes » et, en matière consultative, elles donnent des avis motivés sur des textes juridiques en chantier ou en vigueur ainsi que sur des « réformes que les pouvoirs publics.....⁶⁵. Bien entendu, elles disposent également de quelques attributions spécifiques, en matière par exemple du contentieux électoral et des nominations politiques, en matière du contentieux fiscal et du contentieux social ainsi qu'en matière... etc. Ces compétences sont exercées soit au premier ressort - c'est le cas du Tribunal administratif - soit au premier et au second degré - c'est le cas de la Cour administrative d'appel - soit encore au premier et dernier ressort - prérogative exclusive du Conseil d'Etat -⁶⁶. Si l'on ne s'en tient qu'aux seules compétences de nature contentieuse, l'on peut retenir les deux chefs de compétence cités ci-haut pour démontrer comment le Conseil d'Etat et les autres juridictions de l'ordre administratif assurent la protection des droits constitutionnels.

Par le biais du contentieux de la réparation des préjudices exceptionnels, le Conseil d'Etat assure la protection juridictionnelle des droits fondamentaux essentiellement *par le truchement d'une indemnité réparatrice ou compensatoire* qu'il peut octroyer à la victime d'une mesure prise ou ordonnée par une autorité publique qui aurait violé un de ses droits fondamentaux, qu'il s'agisse

⁶⁵ Cfr. art. 155 de la Constitution, *Op. cit.*, p. 51.

⁶⁶ Cfr la loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, in *J.ORDC*, n° spécial, juin 2018, col 291 et ss.

d'une indemnité de nature pécuniaire, matérielle ou simplement morale. Dans la mesure, en effet, où cette indemnité est destinée à réparer, selon les termes mêmes du Constituant, un « dommage matériel ou moral » subi, l'on s' imagine que celui-ci est nécessairement une atteinte qui a dû avoir été portée à un *droit civil, économique, social, culturel ou politique* (p.ex. droit à la liberté de circulation, droit à la propriété, droit au logement, droit à la réputation ou droit d'accès à une fonction publique), pourvu que le préjudice ainsi subi ne puisse être réparé par une autre juridiction compétente. Par celui du contrôle de la légalité des actes administratifs, un peu à la manière de la Cour constitutionnelle, le Conseil d'Etat (et les autres juridictions de l'ordre administratif) peut être amené à assurer la protection des droits constitutionnellement garantis lorsque, transposés dans une loi ou dans un acte ayant force de loi, *ceux-ci doivent lui servir de norme de référence au contentieux de l'annulation pour excès de pouvoir des actes administratifs* ; l'annulation par la juridiction administrative de l'acte administratif illégal constituant, dans ce cas, *une mesure préventive, voire curative, protectrice desdits droits*. Ladite protection peut même paraître comme *directe au contentieux de pleine juridiction*, la réparation du préjudice résultant de l'acte illégal pouvant se traduire ici par l'octroi d'une indemnité compensatoire ou réparatrice.

Il semble qu'ici quelque doute peut être permis. Faisant la distinction entre le « contentieux objectif » et le « contentieux subjectif », Michel LEROY, par exemple, conteste un tel rôle au juge administratif, s'agissant tout spécialement du Conseil d'Etat belge. Pour lui, le critère de distinction entre droit objectif et droit subjectif « ...place le Conseil d'Etat dans une situation particulière au regard des articles 144 et 145 de la Constitution (belge). *Le recours en annulation ne porte pas sur un droit. Ni sur un droit civil, ni sur un droit politique*. La contestation qu'il engage n'est ni une *contestation portant sur des droits civils ni une contestation portant sur des droits politiques...* »⁶⁷. Il ne s'agit là, cependant, que d'un point de vue, tenant compte des seules réalités belges. L'administrativiste belge en arrive à cette conclusion parce que, d'après la conception que la France et la Belgique auraient de la juridiction administrative, « Toute la différence vient de ce que le recours en annulation n'est pas la sanction d'un droit qui serait déposé dans le patrimoine du requérant. Le recours en annulation *se situe sur le plan du droit objectif*, locution qui désigne globalement l'ensemble des règles de droit applicables dans un territoire ou à un ensemble de situations déterminées. La question que tranche le juge, c'est de savoir si un acte administratif ou un règlement est ou n'est pas

⁶⁷ LEROY (M.), *Contentieux administratif*, 2^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 90. Italiques de l'auteur.

compatible avec l'ensemble des règles qui figurent dans cet arsenal juridique. Si l'acte ou le règlement y est contraire, il l'annule, éliminant du droit objectif une antinomie qui s'y était glissée. *Le procès ici n'est pas dirigé contre la personne morale qui a édicté l'acte irrégulier ; il est dirigé contre cet acte lui-même...* », de sorte qu'il n'y a aucun droit subjectif qui est en cause ici⁶⁸

Naturellement, ce raisonnement ne peut tenir que si, dans l'annulation d'un acte administratif illégal, l'on refuse de voir une mesure préventive protectrice d'éventuels droits subjectifs et si, comme on l'a dit, l'on refuse d'admettre que, quelque fois, le contentieux de l'annulation peut se combiner avec le contentieux de l'indemnité. C'est ce que Michel LEROY lui-même semble reconnaître lorsqu'il relative ses premiers propos : « Cela dit, il n'est nullement impossible de concevoir un contentieux administratif comportant un recours en annulation *qui soit axé sur la défense des droits subjectifs* : c'est la conception allemande... » ; il existe, poursuit-il, une « ...position mitigée (attribuant) au recours en annulation *à la fois un caractère objectif et un caractère subjectif...* »⁶⁹. L'auteur semble même multiplier des contradictions puisque, dans le même contexte, il avoue que son « ...analyse ne vaut que pour le contentieux de l'annulation des actes et règlements. Au contentieux de la cassation administrative, le contexte constitutionnel est différent. *Les juridictions administratives connaissent de litiges qui portent sur des droits subjectifs, nécessairement de nature politique*, étant donné les articles 144 et 145 de la Constitution. Quand le Conseil d'Etat statue (en effet) comme juge de cassation, il rend une décision qui s'intègre dans un procès qui a commencé par être soumis à la juridiction administrative de premier degré, *et qui porte sur des droits politiques...* De même, *quand il statue au contentieux de pleine juridiction*, le Conseil d'Etat se prononce *sur les droits subjectifs des parties* : il peut s'agir notamment du droit d'un mandataire politique d'être élu ou de siéger, ou du droit d'un c.p.a.s. au remboursement de frais d'assistance qu'il a exposés... »⁷⁰.

Comme on le voit, l'ensemble des cours et tribunaux classiques ont reçu compétence d'assurer, de manière directe ou indirecte, la protection des droits fondamentaux. En ce sens, ils méritent véritablement leur rôle de « garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux ». Seulement, et à quelques exceptions près, comme on vient de le voir, *ce rôle, ils ne peuvent l'assumer que par le biais des compétences qui leur sont, ainsi, expressément attribuées*. De plus, tenu au respect de la légalité, *ils ne peuvent prononcer des sanctions que celles qui*

⁶⁸ LEROY (M.), *op. cit.*, p. 87.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 88.

⁷⁰ *Ib.*, pp. 90-91.

leur ont été expressément autorisées. D'où les questions suivantes : qu'arrive-t-il lorsqu'une compétence donnée n'est pas attribuée aux cours et tribunaux classiques ? Mieux, que fait-on des droits fondamentaux dont la protection ne passe pas nécessairement ou ne peut passer par le biais de l'exercice d'une compétence déterminée d'une juridiction classique ? Et, pour aller plus loin, quelle est l'efficacité d'une protection optimale des droits fondamentaux lorsqu'un type de sanctions déterminées ne relèvent pas de la compétence des juridictions classiques ? Ces questions nous avaient inspiré, en 2003, la proposition de l'instauration d'un ordre juridictionnel spécial des droits de l'homme, comme réponses aux insuffisances institutionnelles constatées dans la manière dont les cours et tribunaux classiques s'acquittent de leur rôle constitutionnel⁷¹. Restant d'actualité, cette proposition mérite qu'on y revienne pour mieux préciser le projet et compléter, pour les besoins de la cause, la liste des mécanismes juridictionnels de protection des droits de l'homme.

3. Une garantie juridictionnelle nouvelle : l'ordre spécial des juridictions des droits de l'homme

Depuis la naissance de l'idée, nous n'avons jamais douté, un seul instant, de la nécessité et du bien-fondé de l'instauration d'un tel ordre en dépit de certaines critiques essuyées (a). Il convient cependant de mieux affiner la proposition, notamment en esquissant un tableau de l'organisation et des compétences des juridictions qui relèveraient de cet ordre (b).

a) Nécessité et justification de l'instauration de l'ordre juridictionnel des droits de l'homme

La nécessité et le bien-fondé de la création d'un ordre juridictionnel nouveau, basé sur la protection spécifique des droits de l'homme, viennent d'abord des failles et de quelques limites légales observées dans l'exercice de cette mission par les cours et tribunaux classiques.

Au nombre des failles, l'on a souligné tout à l'heure, à titre d'exemples, qu'au nom du principe selon lequel *en Droit public la compétence est d'attribution*, les cours et tribunaux classiques, sauf quelques rares exceptions, ne peuvent assurer la protection des droits de l'homme que par le biais des compétences qui leur sont explicitement dévolues : la Cour constitutionnelle ne peut le faire que par le biais de ses compétences contentieuses sur les actes législatifs et les actes administratifs ainsi que sur les personnes ou les situations lui confiées par

⁷¹ NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, *Droit congolais des droits de l'homme*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2003, pp. 373 et 422

la Constitution et la loi ; la Cour de cassation et les autres juridictions de l'ordre judiciaire par le biais de leurs contentieux pénal et civil ; le Conseil d'Etat et les autres juridictions de l'ordre administratif par le biais entre autres de leur contentieux administratif. *Il s'ensuit que les droits de l'homme dont la protection ne peut être assurée par le biais desdites compétences, en d'autres termes les droits de l'homme qui ne peuvent être pris en charge judiciairement, échappent manifestement à la vigilance du juge classique. C'est le cas notamment du droit à l'éducation, du droit à la culture, du droit au développement et de tous les autres droits dont la violation ne constitue, à titre d'exemple, ni une infraction pénale, ni un délit civil, encore moins un manquement administratif ou constitutionnel répréhensible. A consulter le catalogue des droits fondamentaux dont il a été question plus avant, on peut considérer que cette dernière catégorie - droits de l'homme non pris en charge judiciairement ou droits non justiciables - est plutôt la plus importante.*

Quant aux limites légales à l'exercice par les cours et tribunaux classiques de leur mission constitutionnelle, l'on doit faire observer que, *chargés d'appliquer à tout prix la loi et la coutume* (au sens général du terme), *le juge pénal et le juge civil - pour ne s'arrêter qu'à ces deux figures - ne sont tenus qu'à ce principe de la légalité, peu importe que cette loi ou cette coutume soit manifestement liberticide.* En d'autres termes, au nom du principe de la légalité qui leur colle à la peau, les juges classiques (sauf la Cour constitutionnelle) ne sont pas tenus de vérifier au préalable (sauf s'il y a exception d'inconstitutionnalité) si la loi appelée à être appliquée est ou non, en l'occurrence, liberticide. Ils sont tenus de l'appliquer, sous peine de déni de justice. Ainsi par exemple, dans un contexte où quelques libertés fondamentales se trouvent être interdites ou suspendues par quelque loi d'inspiration autocratique, le juge pénal et le juge civil n'ont d'autre choix que de l'appliquer. En outre, lorsqu'ils sont appelés, à titre d'exemple, de faire application, au pénal notamment, des causes légales de justification (amnistie, décès du prévenu...) ou celles de non-imputabilité (démence, minorité...), les juges pénaux - qui sont ainsi obligés d'arrêter les poursuites - ne laissent pas moins, ce faisant, subsister quelques violations des droits de l'homme qui seraient le résultat de cette infraction impunie.

On voit ainsi que, tant à cause de cette sorte de « trou noir » qui reste dans la prise en charge judiciaire de certains des droits de l'homme qu'à cause de quelques limites structurelles dans la mission juridictionnelle classique de protection desdits droits, il importe d'aller au-delà de l'organisation judiciaire classique afin de tenter d'autres expériences. C'est la raison d'être de la proposition de création d'un *ordre juridictionnel des droits de l'homme*. Faut-il

ajouter, au demeurant, que même la Constitution du 18 février 2006 est venue au secours d'une telle proposition ? En effet, d'après le nouveau texte constitutionnel, il se trouve que la loi peut créer non seulement des « juridictions spécialisées » (art. 149, al. 6), mais même « de nouveaux ordres de juridictions » (art. 122, point 6). Dès lors, ce qui reste, c'est d'indiquer clairement la place, l'organisation et les compétences précises d'un tel « nouveau venu ».

b) Place, organisation et compétences des juridictions de l'ordre des droits de l'homme

Dans notre ouvrage précité, nous avons déjà indiqué qu'au sein des structures de l'État, les juridictions spéciales des droits de l'homme appartiendront, bien entendu, à la catégorie du pouvoir juridictionnel ordinaire. Conformément à l'article 149 de la nouvelle Constitution, *elles relèveraient du « Pouvoir judiciaire »* comme les trois autres ordres juridictionnels actuels⁷². Mais, compte tenu de leur spécificité et de la délicatesse de la mission de contrôle qui leur est confiée — contrôle des actes de tous les autres pouvoirs, y compris des actes du pouvoir judiciaire classique mettant en cause les droits de l'homme — il est important que les juridictions de l'ordre spécial des droits de l'homme trouvent une place aussi spéciale au sein de ce Pouvoir judiciaire. Concrètement, dans la hiérarchie des ordres juridictionnels, *celui des droits de l'homme se placerait légèrement au-dessus des autres*, compte tenu du rôle qu'il est appelé à assumer sur les autres juridictions en matière de protection des droits de l'homme. Sans réveiller ici le débat de 1989, il assumerait ainsi, en quelque sorte et de manière décomplexée, le rôle de « super-cour suprême de justice » que l'on refusait à l'ancien Département des droits et libertés du citoyen (Cfr. *supra*).

Au niveau de son organisation, l'ordre juridictionnel des droits de l'homme serait composé des cours et tribunaux spéciaux des droits de l'homme situés, en tant que corps, au-dessus des autres compartiments du pouvoir juridictionnel et, en même temps, appartenant, comme eux, au Pouvoir judiciaire de l'Etat. Devant être essaimé à travers tout le territoire national, cet ordre devrait avoir, au niveau national, *une cour suprême des droits de l'homme*, au niveau provincial, *des cours provinciales des droits de l'homme*, et dans les échelons administratifs inférieurs, *des tribunaux locaux des droits de l'homme*,

⁷² « Pour plus d'efficacité, de spécialité et de célérité dans le traitement des dossiers, les Cours Tribunaux ont été éclatés en trois ordres juridictionnels : ...les juridictions de l'ordre judiciaire placées sous le contrôle de la Cour de cassation ;... celles de l'ordre administratif coiffées par le Conseil d'Etat, et...la Cour constitutionnelle », Const., Exposé des motifs, *Loc. cit.*, p. 81.

dont l'organisation et la compétence devraient être mieux précisées par une loi. Bien entendu, les cours et tribunaux des droits de l'homme devraient être composées uniquement des *magistrats spécialistes des droits de l'homme*, c'est-à-dire des hommes et des femmes formés à l'Université dans cette discipline, faisant preuve de connaissances juridiques particulières en matières des droits de l'homme et, par-dessus tout, *remplis d'une bonne dose de culture « droits-de-l'homme »*⁷³. On sait que le discours n'est pas toujours à la mode et, à ce sujet, le procès des droits de l'homme n'est pas toujours prêt à connaître son dénuement⁷⁴. Et pourtant, il va falloir compter avec eux, si la fin de toute organisation sociale reste l'homme.

L'ordre pourrait également se doter de « greffes » ou d'autres organes auxiliaires chargés de l'aider dans l'accomplissement de sa mission, mais l'objectif visé devait rester un contrôle effectif, efficace et efficient du respect des droits de l'homme par l'ensemble des pouvoirs publics ou des pouvoirs privés à l'intérieur de l'Etat.

En ce qui concerne la répartition interne de la fonction juridictionnelle, elle devra être faite de telle manière que les différentes actions judiciaires, même si elles peuvent se compénétrer, ne puissent pas se chevaucher avec celles relevant d'autres juridictions. Dans notre vision, toute infraction pénale, tout litige civil, tout contentieux administratif, fiscal, constitutionnel ou autre continuera à relever de son ordre juridictionnel ordinaire. *Mais, toute décision judiciaire en rapport avec ces actions qui, malgré l'autorité de la chose jugée dont elle est revêtue, constituerait manifestement une atteinte à un droit constitutionnellement, conventionnellement ou légalement protégé, serait de toute évidence justiciable des juridictions des droits de l'homme*, selon les règles de compétence et la déontologie spécifiques qu'il appartiendra à la loi de fixer. En clair, la mission du Pouvoir juridictionnel spécial des droits de l'homme sera de *dire le Droit des droits de l'homme* tel qu'il est posé dans les textes constitutionnel, conventionnels, légaux et réglementaires applicables au pays, quels que soient la catégorie ou le niveau du Pouvoir à contrôler. Il s'agira de *rendre la justice des droits de l'homme* à toute

⁷³ Dans cette perspective, comment ne pas saluer la toute récente introduction, par arrêté ministériel n° 321/MINESU/CAB.MIN/SMM/KGN/MKK/2018 du 24 août 2018, d'une toute nouvelle filière de formation au sein des facultés de Droit des universités congolaises, *le Département des droits de l'homme* ! Il faut souhaiter qu'avec le temps, ce département puisse se développer jusqu'à atteindre d'autres sommets, et pourquoi pas le niveau d'une faculté ou d'une université spécifique, où serait enseigné essentiellement le *Droit des droits de l'homme* dans toutes ses branches.

⁷⁴ Pour un échantillon des critiques, lire LACROIX (J.) et PRANCHERE (J-Y), *Le procès des de l'homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2016.

personne se trouvant sous la juridiction de la RDC, une justice fondée principalement sur le principe de la centralité de l'homme et qui s'émancipe, de ce fait, de tous les carcans légaux inutiles faisant le lit de l'inefficacité du système judiciaire actuel.

De la sorte, il serait possible d'atteindre un plus haut niveau de protection des droits de l'homme en RDC. Encore faut-il, au demeurant, aménager des règles et des principes de procédure qui permettront que des individus puissent efficacement défendre leurs droits devant toutes ces instances.

B. Les garanties d'ordre procédural

Celles-ci concernent *un certain nombre de principes utilisables dans toute procédure, judiciaire ou administrative, en vue d'assurer la défense de ses droits fondamentaux*. Comme tels, ces mécanismes procéduraux s'analysent comme des conditions de jouissance, voire même d'existence des droits proclamés dans la Constitution. Parmi ces principes, le système constitutionnel congolais aménage notamment le principe de l'applicabilité directe des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux (1), le principe de la réserve de compétence en matière d'aménagement des droits fondamentaux au législateur (2), le caractère exceptionnel et conditionné des limitations aux droits fondamentaux (3) ainsi que l'interdiction de réduction du niveau de reconnaissance ou de protection des droits fondamentaux (4).

1. Le principe de l'applicabilité directe des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux

Ce principe signifie qu'en dépit de la forme dans laquelle elle est exprimée, *une norme constitutionnelle relative aux droits fondamentaux, soit qu'elle les crée, soit qu'elle les supprime de l'ordonnement juridique, est d'application directe sans qu'il soit nécessaire de recourir à la médiation d'une autre norme juridique, fut-elle de rang législatif*. Ce principe découle de la portée même des normes constitutionnelles et peut se traduire, sur le plan légistique, notamment par un certain nombre de techniques de rédaction qui, pour être sophistiquées, ne laissent que très peu de doute sur l'effet *self-executing* des normes constitutionnelles.

a) La portée juridique des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux

Si l'on se pose la question de savoir jusqu'où va une norme constitutionnelle proclamant un droit fondamental, c'est-à-dire la question de savoir quel est son degré d'applicabilité dans la catégorie des normes juridiques en vigueur dans

un Etat, on est conduit à constater que, comme première toutes catégories, une norme constitutionnelle est et doit être *d'application directe*, sauf volonté contraire du Constituant. S'il n'en était pas ainsi, les autres normes juridiques dont la validité juridique dépend d'elle, au sens kelsénien du terme, seraient privées du même effet. Il n'en est ainsi que parce que les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux, comme toute norme constitutionnelle, sont, pour l'essentiel, revêtues d'une autorité spéciale que nous appelons « autorité de la chose constituée ou instituée ».

Les normes constitutionnelles sont revêtues de l'autorité de la chose constituée parce que, comme signalé plus haut, la Constitution est la « loi fondamentale et suprême d'un Etat » (E. Zoller). En vertu de ce double caractère, tout droit ou toute liberté qui figure dans une Constitution ne peut que revêtir les caractères d'une telle norme, ce pourquoi on les qualifie de droits « fondamentaux ». Il en est ainsi parce qu'une norme constitutionnelle est *le produit d'une volonté souveraine suprême procédant de ce qu'on appelle le Pouvoir constituant*. Or le pouvoir constituant, écrit Georges Burdeau, est « initial, autonome et inconditionné »⁷⁵. Il en résulte que les droits fondamentaux sont, eux aussi, revêtus de l'autorité de la chose constituée, en ce sens qu'ils sont institués par un pouvoir suprême qui n'a d'autre autorité que lui-même. En tant que tels, ces droits, en principe, ne naissent dans la vie juridique que de cette seule volonté suprême. Or, dans un Etat, la première autorité ayant le pouvoir d'appeler à l'existence juridique ce qui n'est que pur fait, c'est le Constituant. L'on comprend dès lors pourquoi la plupart des droits fondamentaux que l'on connaisse (droit à la vie, droit à la liberté, droit à l'égalité, droit de propriété...) soient généralement des « méta-droits » qui, souvent, sont à l'origine de l'existence d'autres droits qu'on qualifie précisément de « droits dérivés » (droit à ne pas être mis à mort, droit à la liberté d'expression, droit à la non-discrimination, droit à la propriété intellectuelle...). En ce sens, un droit fondamental est avant tout *un droit constitutif de plusieurs autres droits*.

En d'autres termes, le Pouvoir constituant étant la seule autorité politique qui peut conférer et confère à une autre autorité politique le pouvoir de création juridique - en sorte que la volonté politique initiale puisse conditionner celle qui n'apparaît que comme secondaire - la doctrine constitutionnaliste n'admet pas que les droits fondamentaux - ceux précisément inscrits dans la

⁷⁵ BRUDEAU (G.), *Traité de science politique*, Tome IV : *Le statut du pouvoir dans l'Etat*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 184.- et ss.

Constitution – puissent revêtir une portée juridique moindre parce que, précisément, *leur valeur fondamentale et suprême provient directement de la Constitution*. Il en résulte que les droits affirmés dans la Constitution bénéficient d'une autorité spéciale, d'une autorité encore plus spéciale en Droit, précisément parce que ces droits ne peuvent être créés que par le Constituant lui-même, sauf hypothèse d'une délégation de pouvoir. Tous les droits fondamentaux figurant dans la Constitution sont donc revêtus de toute la normativité juridique nécessaire – on dirait même de la plus haute normativité juridique nécessaire – qui leur permet d'être considérés comme applicables par eux-mêmes.

Les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux sont d'application immédiate sauf volonté contraire du Constituant parce que, contrairement à une certaine opinion assez largement diffusée, la Constitution n'est pas un texte de portée générale qui se bornerait à ne poser que des principes tout autant généraux, c'est-à-dire dépourvus de force juridique immédiate, et dont la mise en œuvre ne dépendrait, en fin de compte, que d'une autre normativité située en dehors d'elle. *La Constitution – faut-il le rappeler – est, elle-même, une norme juridique*, et ce rappel n'est pas anodin dans un contexte national où peu d'acteurs juridiques sont habitués au maniement et à l'utilisation de la norme constitution. Elle contient, elle-même déjà, tout le venin juridique nécessaire pour mordre, à supposer que ses dispositions soient comparables à la mâchoire d'un reptile ou d'un carnivore. De ce point de vue, l'on ne peut pas soutenir qu'elle est constitutive d'un « droit mou ». En outre, étant une norme juridique qui portent également des prescriptions applicables aux êtres humains, ces prescriptions ne peuvent pas être abandonnées à la volonté d'une autre autorité inférieure, au risque d'être constitutives de graves dommages à l'humanité. Cela signifie, comme on vient de le dire, que les normes constitutionnelles, en général, et les normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux, en particulier, ne doivent pas dépendre, pour leur application, de la volonté d'un pouvoir constitué. Ceci serait une sorte de démission du Constituant, sans oublier le transfert intolérable de souveraineté qu'une telle démission opère et peut opérer en faveur d'une autre autorité juridique suprême.

L'exemple topique de ce principe est donné notamment par l'article 18-1 de la Constitution portugaise : « Les normes constitutionnelles relatives aux droits, aux libertés et aux garanties sont *directement applicables et s'imposent aux entités publiques et privées* »⁷⁶. Adoptée après la dictature franquiste - dont on

⁷⁶ Constitution de la République du Portugal du 2 avril 1976, telle que révisée subséquemment, in CEREXHE (E.) et le HARDY De BEAULIEU (L.), *Douze Constitutions pour une Europe...*,

connaît l'importance de la liberté qu'elle s'est faite de la norme constitutionnelle - une telle prescription ne peut guère étonner. Elle est d'ailleurs reprise, à quelques exceptions près, par l'article 53-1 de la Constitution espagnole, qui l'assortit même d'un effet contraignant⁷⁷. Les deux exemples portugais et espagnole se sont fait d'ailleurs l'écho de l'aliéna 3 de l'article 1^{er} de la Loi fondamentale allemande qui, trois décennies auparavant, avait déjà affirmé le même principe : « Les droits fondamentaux énoncés ci-dessous *lient le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire à titre droit directement applicable* »⁷⁸.

En République démocratique du Congo, l'expérience des violations répétées ou des négligences dont les autorités se sont souvent rendues coupables vis-à-vis des droits fondamentaux a conduit le Constituant de 2006 à créer un article nouveau dans le corpus constitutionnel, lequel traduit, dans un même contexte, la double préoccupation rencontrée dans les pays de Franco, de Salazar et de Hitler : « Le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés dans la Constitution *s'impose aux pouvoirs publics et à toute personne* »⁷⁹. C'est une façon de proclamer le caractère contraignant des droits constitutionnels, lesquels, une fois affirmés dans la Constitution, « s'imposent à tous les pouvoirs publics », en ce compris le Pouvoir législatif. C'est également une façon de reconnaître ainsi *leur effet direct*, puisque l'imposition de leur respect par les pouvoirs publics signifie que ni le Pouvoir législatif, ni le Pouvoir exécutif, encore moins le Pouvoir judiciaire ne peuvent, dans l'exercice de leurs compétences respectives, les violer, à partir du moment où ces droits sont inscrits dans le marbre constitutionnel. Cette inscription emporte, en elle-même, l'effet direct du droit constitutionnel en cause puisque même le législateur ne peut que le traduire dans sa loi.

Et même si certains *renvois* à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs peuvent être constatés dans l'affirmation constitutionnelle des droits fondamentaux, cela ne signifie pas que le principe même du droit fondamental en question - son essence ou sa substance - se trouve être nié ou suspendu par ce renvoi. Le principe, l'essence ou la substance du droit fondamental reste

Diegem, Kluwer Editions juridiques Belgique- E. Story-Scientia, 1994, pp.12-13. Italiques ajoutées.

⁷⁷ Art. 53-1 de la Constitution espagnole : « Les droits et les libertés reconnus au chapitre II du présent titre sont *contraignants* pour tous les pouvoirs publics... », *Loc. cit.*, E-22. Italiques ajoutées.

⁷⁸ « Loi Fondamentale de la République (Fédérale) d'Allemagne du 23 mai 1949 », in CEREXHE E. et LE HARDY DE BEAULIEU (L.), *Douze constitutions pour une Europe...*, Diegem, Kluwer Editions juridiques Belgique, 1994, p. A-7.

⁷⁹ Art. 60, Constitution de la République démocratique du Congo, *Op. cit.*, p. 21.

maintenue dans la norme constitutionnelle, même si son interprétation ou son exercice effectif dépend de sa conformité à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Ces derniers référents ne sont d'ailleurs que de simples mesures de la liberté, de simples bornes à son exercice. Ils ne peuvent, par conséquent, pas la nier dans son existence même. Le renvoi à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs pour l'application ou l'exercice d'un droit fondamental n'a donc ni pour vocation ni pour signification de *vider l'article de la Constitution de sa substance ou de relativiser le principe de base du droit affirmé* ; il n'est qu'une simple modalité d'application du droit contenu dans cette norme constitutionnelle qui, elle, ne perd pas de sa positivité.

Pourquoi en est-il ainsi ? Parce que, s'agissant par exemple du renvoi fait à la loi, l'on ne peut pas soutenir que, ce faisant, le droit fondamental en question est laissé à l'entière appréciation du législateur puisque, tenu au principe d'attribution des compétences, le législateur ne peut pas aller au-delà des matières qui lui ont été réservées (Cfr. *infra*). En outre, toute liberté d'appréciation législative en la matière, à supposer que ce renvoi puisse le conduire à outrepasser l'intention du Constituant, ne peut qu'être contraire à l'article 60 précité de la Constitution qui prescrit le principe général de respect, et donc de supériorité de la Constitution.

b) La traduction juridique de l'applicabilité directe des normes constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux

Au risque de demeurer un vœu pieux ou une simple clause de style, le principe de l'applicabilité directe des normes constitutionnelles, spécialement celles relatives aux droits fondamentaux, se reconnaît à travers *plusieurs techniques* généralement utilisées, dans leur formulation, par le Constituant. On n'en citerait que deux pour rester plus proche des « réalités ». Il y a d'abord une technique plus sournoise de distiller la norme constitutionnelle sous des apparences peu révélatrices : *l'affirmation péremptoire*, c'est-à-dire autoritaire, d'une norme constitutionnelle sans qu'il ne soit besoin de recourir à un style ostensiblement impératif. Il y a ensuite, de manière claire, *la technique du refus ou d'absence de délégation du pouvoir de maîtrise des droits fondamentaux* à d'autres instances, particulièrement au législateur, une manière pour « le lion » de se reconnaître « maître en son royaume ».

En effet, du point de vue de la légistique constitutionnelle, certains droits affirmés dans la Constitution le sont d'une façon presque *péremptoire*, c'est-à-dire *décisif*, qui n'admet aucune discussion sur la force de la volonté créatrice du Constituant. C'est alors à une sorte de discours ex-cathedra que l'on a à faire

dans le texte constitutionnel pour découvrir la portée de la règle juridique. Et pour découvrir l'autorité suprême du Constituant, il suffit de faire attention aux expressions auxquelles ce dernier fait recours. Exemples : « Le pluralisme est reconnu en République Démocratique du Congo » (art. 6, al. 1^{er}) ; « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » (art. 11) ; « Toute personne arrêtée doit être immédiatement informée des motifs de son arrestation et de toute accusation portée contre elle, et ce, dans la langue qu'elle comprend » (art. 18, al. 1^{er}). En présence de telles formulations, l'esprit spéculatif ou frondeur s'arrête, le pouvoir interprétatif du juge diminue puisque la volonté créatrice du Constituant - à la manière de celle du Dieu le Père - est sans aucune équivoque. « Que la lumière soit ! Et la lumière fut » (Gn 1, 2). Un peu comme Dieu le Père, ainsi s'exprime le Constituant : « Qu'il y ait pluralisme politique ! Et le pluralisme politique vint ». Le droit est ainsi créé, la liberté affirmée. En quelque sorte, plus personne ne peut plus en nier l'existence, ni prétendre en scruter l'essence. Sinon, c'est le déni de la volonté créatrice ; c'est contredire la volonté du Constituant. Devant une telle volonté, l'esprit frondeur s'arrête ; seul l'esprit juridique, celui-là même qui s'attache à l'application stricte de la norme constitutionnelle, est, en pareille circonstance, requis.

L'on remarquera que cette volonté créatrice du Constituant recourt à plusieurs expressions pour rendre compte de sa majesté. La toute première est *l'utilisation du verbe d'action à l'indicatif présent* comme pour exprimer un impératif. Car, en légistique, tout indicatif - qu'il soit présent ou futur - est un impératif. Mais la technique la plus expressive de l'autorité créatrice, voire impératrice, du Constituant est sans aucun doute *l'utilisation des adverbes de commandement* comme « nul(le) », « aucun(e) » ou « tout(e) ». A titre d'exemples, plusieurs dispositions de la Constitution congolaise y recourent : « Nul ne peut être tenu en esclavage ni dans une condition analogue » (art. 16, al. 3) ; « *Aucun* Congolais ne peut, en matière d'éducation et d'accès aux fonctions publiques ni en aucune matière, faire l'objet d'une mesure discriminatoire... » (art. 13) ; « *Toute* personne accusée d'une infraction est présumée innocente... » (art. 17, al. 9). Vient-il à l'esprit de tout interprète que ces dispositions constitutionnelles ne sont pas des *normes*, au sens kelsénien du terme ? Peut-il les violer impunément sans quelques remontrances ?

Quant à la technique de l'absence ou du refus de délégation du pouvoir au législateur, alors que, comme on l'a dit précédemment, dans certains articles de la Constitution le Constituant peut faire un renvoi à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs pour l'application aisée d'un droit fondamental (Cfr.

supra), dans d'autres articles, ces renvois ne sont guère opérés. Parfois même, les affirmations constitutionnelles sont faites d'une telle manière qu'elles ne sont accompagnées d'aucune réserve ou d'aucune délégation de pouvoirs au législateur. A titre d'exemples, on peut relever les affirmations suivantes : « Tous les Congolais sont égaux devant la loi et ont droit à une égale protection des lois » (art. 12) ; « Tout Congolais a le droit d'adresser individuellement ou collectivement une pétition à l'autorité publique qui y répond dans les trois mois. Nul ne peut faire l'objet d'incrimination, sous quelque forme que ce soit, pour avoir pris pareille initiative » (art. 27). Cela signifie que, pour l'application de ces droits fondamentaux, le Constituant n'a pas voulu faire intervenir la volonté du législateur, qui ne peut ni en prévoir les modalités d'exercice ni y apporter des limitations. La seule affirmation constitutionnelle emportant effet décisive de la norme, elle en contient en même temps l'effet exécutoire. Et c'est ce caractère « déci-exécutoire » qui confère à la norme constitutionnelle non seulement toute son autorité, c'est-à-dire tous les attributs de la norme en vigueur, mais également toute son applicabilité, c'est-à-dire toutes les qualités d'une norme exécutoire. Par conséquent, et sauf dérogation ou habilitation expresse du Constituant, la norme constitutionnelle relative aux droits fondamentaux ne doit souffrir aucune « conditionnalité » si, pour son application, il n'existe, de la part du Constituant, aucune délégation expresse de pouvoir à un des organes inférieurs désignés dans la Constitution. C'est la règle élémentaire de la théorie de la hiérarchie des organes de la puissance publique qui le permet. A contrario, là où existe une délégation expresse de pouvoir en faveur d'un organe inférieur – soit sous la forme d'une loi d'exécution, soit sous celle d'une loi de modalisation – il est de bon ton de comprendre la portée de ce droit fondamental sous réserve des explicitations de la loi. Ceci engendre, dans le chef du législateur, une obligation constitutionnelle de légiférer, au risque d'exposer son inaction à la sanction du juge constitutionnel. Etant entendu d'ailleurs que, dans le cas de l'existence d'une loi d'exécution ou de modalisation, le principe ou la substance même du droit ne peut être altérée (Cfr. *supra*).

2. Le principe de la réserve de compétence législative en matière de droits fondamentaux

Dans le système de la démocratie représentative, si le Parlement est « l'organe qui exprime la volonté générale » (J.-J. ROUSSEAU), il en est ainsi parce que, au départ, au moment de la constitution de la « société civile » (J. LOCKE), le peuple avait accepté de lui abandonner une partie de ses prérogatives, une partie de ses droits. C'est la raison pour laquelle, en France

notamment, le Pouvoir législatif a toujours été considéré comme « le délégué à nos libertés ». A partir de là, a été défini son rôle de « gardien des libertés », notion que le Constituant congolais ne reprend guère à propos de ce Pouvoir. Bien au contraire, c'est au Pouvoir judiciaire qu'a été confiée cette mission (Cfr. *supra*). Il n'en reste pas moins que, délégué aux libertés, le Pouvoir législatif congolais dispose de quelques compétences en matière de droits fondamentaux. Quels sont le fondement (a) et l'étendue (b) d'un tel pouvoir ?

a) *Fondement du pouvoir du législateur en matière de droits fondamentaux*

Outre le fondement philosophique lié à la doctrine de la démocratie représentative, le pouvoir du législateur en matière de droits fondamentaux découle, du moins en République démocratique du Congo, directement des articles de la Constitution, lesquels dénotent de la volonté du Constituant de céder une partie de ses prérogatives au Parlement. Dans le respect de cette délégation de pouvoir, le Parlement exerce ses attributions en matière des droits fondamentaux d'abord sur pied de l'article 122-1 de la Constitution (1°), ensuite sur pied de tous les articles de la Constitution ayant trait aux droits fondamentaux et dans lesquels un pouvoir résiduel lui est laissé (2°).

1°. Sur pied de l'article 122-1 de la Constitution. A l'instar de l'article 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958, la Constitution congolaise du 18 février 2006 dispose que « Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution, la loi fixe les règles concernant : 1. les *droits civiques* et les *garanties fondamentales* accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »⁸⁰. Au-delà de l'attention qu'il convient de réserver à la distinction entre « droits civiques » et « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », la question fondamentale qui s'est souvent posée, à propos de pareils articles, est surtout celle du sens donné au bout de phrase « la loi fixe les règles concernant... » (débat doctrinal sur lequel il ne nous revient pas de revenir ici). En tout état de cause, lorsque le Constituant confère à la loi le pouvoir de « fixer les règles », que ce soit en matière de droits fondamentaux ou en d'autres matières, il lui confère par-là d'abord *un pouvoir régalien* soit de *création*, soit de *limitation* des droits fondamentaux. La délégation du pouvoir ainsi consentie signifie que *la loi doit avoir un contenu normatif ; elle doit être une norme*, au sens kelsenien du terme, c'est-à-dire « la signification d'un acte par lequel une conduite est ou prescrite, ou permise et en particulier habilitée », voire même interdite⁸¹. Il en résulte que, lorsque le

⁸⁰ Const. 18 fév. 2006, art. 122-1, *Op. cit.*, p. 39.

⁸¹ KELSEN (H.), *Op. cit.*, p. 7.

législateur intervient en matière des droits fondamentaux sur pied de l'article 122-1 de la Constitution, il a tout à fait le pouvoir, au nom du Constituant, de prescrire, de permettre, d'habiliter ou d'interdire un comportement déterminé. Il n'en est ainsi que parce que telle est la volonté du Constituant (Cfr. *supra*). En dehors de cette logique, l'on ne voit guère ou se trouverait le fondement juridique des pouvoirs du Parlement sur les droits fondamentaux.

2°. Sur pied des autres articles de la Constitution ayant trait aux droits fondamentaux. Sans être illimité, le domaine législatif défini à l'article 122-1 de la Constitution s'étend également à tous les autres articles de la Constitution ayant trait aux droits fondamentaux. Cela est sous-entendu dans le syntagme « Sans préjudice des autres dispositions de la présente Constitution... » précédant le libellé de l'article. C'est le cas par exemple de l'article 5, alinéa 5, qui soumet l'exercice du droit à l'électorat et du droit à l'éligibilité aux « conditions déterminées par la loi ». C'est aussi le cas de l'article 11 qui permet l'extension légale, à titre exceptionnel, de la jouissance des droits politiques aux étrangers. C'est encore le cas de l'article 14 qui renvoie l'exercice effectif de certains droits spécifiques de la femme (droit à la non-discrimination, droit à la protection et à la promotion de ses droits, droit à l'épanouissement et à la pleine participation au développement de la nation, droit de protection contre les violences, droit à une représentation équitable au sein des institutions nationales, provinciales et locales...) à une « loi qui (doit fixer) les modalités d'application de ces droits ». Bref, tous les articles de la Constitution renvoyant à la loi pour la jouissance ou l'exercice effectifs d'un droit fondamental constituent un autre fondement juridique du pouvoir du législateur en la matière, qui peut s'en prévaloir autant qu'il le ferait de l'article 122-1. Si ce dernier article peut être considéré comme le *fondement de base*, il n'en reste pas moins que les autres articles de la Constitution jouent le même rôle en matière de compétence du législateur sur les droits fondamentaux. L'important est de savoir circonscrire l'étendue du pouvoir ainsi reçu du Constituant.

b) Etendue du pouvoir du législateur en matière de droits fondamentaux

Si le législateur a reçu du Constituant le pouvoir de « fixer les règles » concernant les droits fondamentaux et leurs garanties (art. 122-1) ; si ce pouvoir trouve son fondement également dans les autres articles de la Constitution ayant trait aux droits fondamentaux, on peut considérer que la compétence du Pouvoir législatif en matière des droits fondamentaux s'exerce au moins dans trois directions : tout d'abord, par habilitation expresse du Constituant, le législateur peut *prendre des mesures d'application* en vue de permettre un exercice

effectif des droits déjà reconnus dans la Constitution (1°) ; ensuite, *il peut créer des droits fondamentaux ad abrupto* sans contredire ceux déjà reconnus par la Constitution (2°) ; enfin, *il peut limiter l'exercice de certains droits fondamentaux* non soustraits au pouvoir des autorités publiques (3°).

1°. Le pouvoir de prendre des mesures d'application des droits fondamentaux. Le Pouvoir législatif peut prendre des mesures d'application en vue d'assurer aux bénéficiaires l'exercice effectif de leurs droits constitutionnellement garantis. C'est l'hypothèse visée par plusieurs articles du titre II de la Constitution où l'on voit que, dans certains cas, le Constituant délaisse son pouvoir, ou plutôt, délègue une partie de son pouvoir au législateur en vue de *prévoir des modalités concrètes* ou d'*instituer des limites à l'exercice effectif desdits droits*. En vertu des principes gouvernant toute délégation de pouvoir, cette réserve de compétence législative doit cependant être *expresse*, c'est-à-dire découler directement du texte constitutionnel lui-même, sinon ce serait une usurpation de pouvoir. En outre, la délégation du pouvoir ainsi consentie doit être *limitée à certains droits fondamentaux*. On comprend dès lors pourquoi certains droits fondamentaux sont affirmés de manière péremptoire sans que le Constituant ait laissé au législateur un certain pouvoir sur eux (Cfr. *supra*). Il n'y a donc pas de pouvoir de délégation générale de réglementation en matière de droits fondamentaux au profit du législateur.

2°. Le pouvoir de création ad abrupto des droits fondamentaux. En dehors de l'hypothèse visée précédemment, le Parlement dispose cependant, en général, du pouvoir de créer - et donc de supprimer - des droits fondamentaux sur pied de l'article 122-1 de la Constitution. Ayant reçu en effet de celui-ci la compétence de « fixer les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques », il peut exercer ce pouvoir *motu proprio* pour créer *ad abrupto*, sous le contrôle de la Cour constitutionnelle bien entendu, certains droits fondamentaux. Ainsi se justifie la présence dans certaines lois de quelques catégories des droits fondamentaux ne figurant pas expressément dans le corpus constitutionnel. C'est le cas par exemple du *droit au nom* créé depuis 1987 par l'article 67 du Code de la famille⁸². C'est aussi le cas de plusieurs droits reconnus à l'enfant par la loi du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant (droit à l'identité dès la naissance, droit d'être enregistré à l'officier de l'état civil dans les 90 jours

⁸² Loi n° 87-010 du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille, Livre II, in *J.O.RDC.*, n° spécial, 25 avril 2003, p. 55.

suivant la naissance, droit à un milieu familial, droit à l'adoption, etc.)⁸³. Par rapport aux droits inscrits dans la Constitution, ces droits ne méritent pas le qualificatif de droits fondamentaux, même si leur importance sociale n'est pas à négliger.

Il en découle que, dans la procédure de défense des droits fondamentaux, le principe de la réservation de compétence au législateur en matière de droits fondamentaux, de valeur constitutionnelle, agit tant à l'égard du législateur lui-même que contre toute composante du Pouvoir exécutif qui tenterait d'usurper quelque pouvoir en la matière.

3. Le caractère exceptionnel et conditionnel des limitations aux droits fondamentaux

L'importance accordée aux droits fondamentaux est telle, de la part du Constituant, que des mesures spéciales de leur protection ont été prévues afin de ne pas les laisser à la merci de n'importe qui. Aussi, même quand il en transfère le pouvoir au législateur, le Constituant ne tolère-t-il des limitations aux droits fondamentaux qu'à titre exceptionnel et, d'ailleurs, sous certaines conditions. Car, à cause de l'importance attachée aux droits fondamentaux depuis les débuts du constitutionnalisme, la question a toujours été de savoir jusqu'où les limites aux droits fondamentaux sont-elles tolérables ou acceptables. C'est la question des « limites aux limites » apportées aux droits fondamentaux.

Deux moyens de limitation sont alors généralement utilisés pour ne pas permettre un recours excessif aux limites des droits fondamentaux. Dans un premier temps, le Constituant peut permettre que, en temps normal, des *restrictions* soient apportées à l'exercice de certains droits fondamentaux sans pour autant porter atteinte à leur substance ; c'est la problématique des conditions d'admission des restrictions aux droits fondamentaux (a). Dans un second temps et en des circonstances exceptionnelles, ce Constituant en va jusqu'à autoriser des *dérogations* aux droits fondamentaux pouvant déboucher sur leur mise en parenthèse momentanée, sans pour autant étendre ce pouvoir excessif à tous les droits fondamentaux ; se pose ainsi la question plus redoutable, non seulement des circonstances légales qui permettent le recours aux dites dérogations, mais aussi et surtout de la catégorie des droits fondamentaux susceptibles d'être considérées comme indérogeables (b).

⁸³ Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, art. 14 et ss, in *J.O.RDC*, n° spécial, 12 janvier 2009, pp. 17 et ss.

a) *Les conditions d'admission des restrictions aux droits fondamentaux.*

Quoique de portée historique, l'article 4, alinéa 2, de la Charte congolaise des droits de l'homme et du peuple affirmait déjà que « Les seules restrictions aux droits fondamentaux sont ceux qui, dans une société démocratique, sont prévues par la loi, relatives à un droit déterminé et nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public, de la sécurité nationale, des droits d'autrui, du bien-être économique, social et culturel du pays et à la prévention des infractions pénales »⁸⁴. De là découlaient au moins *cinq conditions* pour pouvoir restreindre l'exercice d'un droit fondamental : une *condition de légalité* (la restriction doit avoir été prévue par la loi), une *condition de relativité* (la restriction doit concerner un droit déterminé et non tous les droits), une *condition de nécessité* (la restriction décidée doit être nécessaire, dans une société démocratique, à la réalisation des buts ou des intérêts supérieurs que la loi détermine), une *condition de proportionnalité* (les moyens utilisés pour restreindre un droit doivent être proportionnels aux buts poursuivis, tenant compte de l'importance des uns et de la gravité de l'autre) et une *condition d'intégrité du droit protégé* (la restriction ne doit pas porter atteinte à la substance du droit concerné)⁸⁵.

Sans les avoir reprises *in extenso*, la Constitution du 18 février 2006 n'ignore pas ces exigences. Dans tous ses articles où sont affirmés les droits fondamentaux « sous réserve du respect de la loi, de l'ordre public ou des bonnes mœurs », on peut entrevoir la volonté du Constituant de laisser au législateur la possibilité d'y apporter quelques restrictions. Seulement, pour que celles-ci soient régulières, il faut que la loi elle-même qui les prévoit, adoptée dans le contexte d'un Etat démocratique, existe et qu'elle permette le recours à de telles restrictions. En outre, après les avoir passées au test de nécessité et de proportionnalité, les mesures restrictives des droits fondamentaux ainsi prises ne doivent pas, en règle générale, porter atteinte à leur substance, sinon c'est la négation même de leur existence. Il en découle que les droits fondamentaux ne se restreignent pas n'importe comment !

1°. La légalité des mesures de restriction. Selon toute logique juridique, pour pouvoir porter atteinte à un droit fondamental – droit proclamé par la Constitution – il faut que la Constitution elle-même en ait autorisé le recours.

⁸⁴ *Loc.cit.* A quelques exceptions près, voir aussi les articles 10 al. 2, 12-3, 15 al. 2 et 16 al. 2 de la Loi fondamentale relative aux libertés publiques, *Op. cit.*, pp. 392-394.

⁸⁵ Lire NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, Droit congolais des droits de l'homme, *Op. cit.*, pp. 147-151.

Déjà à ce niveau, l'on aperçoit l'exigence d'une *autorisation constitutionnelle* pour pouvoir restreindre l'exercice d'un droit fondamental. Ainsi, dans tous les articles de la Constitution où il n'est pas question de pareille autorisation, il n'est pas permis de fonder le pouvoir de restriction d'un droit fondamental que s'octroieraient certaines autorités. *A contrario*, là où la Constitution a renvoyé l'exercice d'un droit fondamental à la loi, le législateur peut y prévoir un régime de restriction, sous le contrôle du juge constitutionnel, quitte à ce que les autorités administratives s'y conforment.

Une fois l'autorisation constitutionnelle acquise, un *texte juridique attributif de compétence* (en l'occurrence la loi) est en outre nécessaire, non seulement pour désigner l'autorité habilitée à restreindre un droit, mais surtout pour indiquer la procédure ainsi que les mesures de restrictions à prendre, tout au moins leur nature ou leur portée. A titre d'exemple, si un article de la Constitution dispose que toute manifestation sur les voies publiques et en plein air impose à leurs organisateurs le devoir d'informer par écrit l'autorité administrative compétente (art. 26, Const. 18 fév. 2006), il est nécessaire, pour appliquer cette disposition constitutionnelle, que la loi ait désigné cette « autorité administrative compétente » et qu'elle ait explicité la mesure restrictive d'« information » préalable requise pour l'exercice de la liberté de manifestation. *A défaut de ces précisions, la loi manquerait de prévisibilité, de clarté et de lisibilité et, par voie de conséquence, les mesures restrictives de liberté à prendre manqueraient de base légale.* On mesure l'importance de ces exigences surtout lorsque la restriction projetée se fonde sur certains objectifs moins précis ou sur certaines exigences comme le respect de l'ordre public, une notion dont on sait qu'elle entretient des relations pas toujours équilibrées avec les droits fondamentaux⁸⁶.

2°. La nécessité et la proportionnalité des mesures de restriction. Selon la formule consacrée tant en Droit interne qu'en Droit international, *toute mesure restrictive de liberté doit être nécessaire à la sauvegarde d'un certain nombre d'objectifs ou de valeurs suprêmes poursuivis par un Etat*, lesquels doivent être définis préalablement dans le contexte d'un Etat de droit démocratique. Ces objectifs ou valeurs, c'est par exemple la sauvegarde de l'ordre public (notion qui doit être définie dans le contexte d'un Etat démocratique), le maintien de la sécurité publique, la protection des droits d'autrui ou même la protection des « intérêts supérieurs de la nation » (encore une notion à bien définir dans le contexte d'un

⁸⁶ En ce sens, lire notamment la brillante thèse de GERVIER (Pauline), *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2014, 517 p.

Etat démocratique). Cette exigence de nécessité se fonde, d'une part, sur le souci de préserver les droits fondamentaux contre des immixtions intempestives et, d'autre part, sur la liberté des Etats à poursuivre des politiques d'intérêt général.

A la condition de nécessité il faut ajouter celle de proportionnalité. Cela veut dire que *toute mesure de restriction d'un droit fondamental doit être proportionnelle à l'objectif poursuivi par la société démocratique* sans quoi elle ne serait ni nécessaire ni utile. A titre d'exemple, pour pouvoir restreindre la liberté de manifestation d'un groupe afin de préserver « l'ordre public » dans une ville ou une localité, il n'est ni nécessaire ni utile d'utiliser des chars de combat ou des avions de chasse. Le matériel habituel de la police spécialement conçu pour ce genre d'événements (p. ex. les matraques ou les camions à jet d'eau) suffirait pour atteindre l'objectif poursuivi. En l'occurrence, l'utilisation des chars de combat et des avions de chasse paraît *disproportionnée* par rapport à l'objectif poursuivi (préserver l'ordre public dans une agglomération habitée).

3°. La protection de la substance du droit en cause. Les deux premières conditions exposées plus haut visent, en fait, à protéger la substance du droit concerné par la mesure de restriction. C'est vrai que l'expression n'apparaît pas expressément dans le Droit positif congolais. Elle n'est pas moins présente dans d'autres systèmes juridiques où, telle dans la Constitution allemande, il est affirmé qu'« Il ne doit en aucun cas être portée atteinte à la substance d'un droit fondamental » (art. 19-2). Par « substance » d'un droit fondamental, il faut entendre tout simplement « le respect de la dignité et de la valeur humaine », ainsi que le suggère l'exposé des motifs d'une loi congolaise⁸⁷. *Le principe veut que l'objet même du droit fondamental - son intégrité - ne soit pas détruit par l'application de la mesure de restriction.* Si par exemple les autorités veulent restreindre la liberté de manifestation des étudiants afin de préserver l'ordre public, l'interdiction de cette manifestation apparaît comme une mesure destructive de la liberté alors qu'une simple *déviaton de l'itinéraire* aurait suffi. Dans la première hypothèse, la substance même de la liberté de manifestation est atteinte (les étudiants ne peuvent plus sortir de leurs campus) tandis que dans la seconde elle est simplement atténuée (les étudiants peuvent se mouvoir mais ils ne pourront pas perturber l'ordre public en empruntant un itinéraire de leur choix). C'est cette condition de protection de la substance ou de l'intégrité du droit fondamental qui distingue ainsi une mesure de restriction

⁸⁷ Cfr. Loi n° 13/011 du 21 mars 2013 portant institution, organisation et fonctionnement de la Commission nationale des droits de l'homme, Exposé des motifs, *Loc. cit.*, p. 1.

d'une mesure de dérogation. Si celle-là peut être appliquée à tout moment de la vie courante, celle-ci ne peut intervenir, heureusement, que dans des circonstances exceptionnelles.

b) Les circonstances exceptionnelles autorisant les dérogations aux droits fondamentaux

Une autre garantie procédurale importante en matière de protection des droits fondamentaux est accordée par la présence dans la Constitution, non seulement de dispositions permissives, mais aussi et surtout de prescriptions limitatives du pouvoir qu'ont les autorités de recourir aux mesures dérogatoires aux droits fondamentaux. Deux questions se posent ici : *primo*, quel est le cadre fixé pour que des dérogations apportées aux droits fondamentaux, sans aller jusqu'à leur suppression dans le corpus constitutionnel, soient conformes à la Constitution ? ; *secundo*, tous les droits fondamentaux sont-ils, malgré tout, susceptibles de dérogation ?

1°. La nécessité du cadre juridique de la dérogation. Aux termes des articles 85 et 86 de la Constitution, *l'état d'urgence et l'état de siège constituent les seules circonstances exceptionnelles prévues par la Constitution pour autoriser les dérogations aux droits fondamentaux.* En théorie générale, quand surviennent ces circonstances, le Président de la République, après une série de consultations, a le pouvoir de substituer à la « légalité ordinaire » une « légalité exceptionnelle » permettant de déroger au respect de certains droits fondamentaux. Pour que le recours à ces deux circonstances soit valable, il faut, *primo*, qu'elles aient été déclarées régulièrement et, *secundo*, que des mesures spéciales permettant la substitution de la légalité ordinaire par la légalité exceptionnelle aient été au préalable prises.

La régularité du cadre juridique de la dérogation est fonction du respect de deux types de critères quant au fond et quant à la forme. Fondamentalement, l'on doit se trouver dans l'hypothèse soit d'un état d'urgence, soit d'un état de siège. Si l'on n'est pas dans ces deux hypothèses, le cadre de dérogation aux droits fondamentaux n'est pas régulier et, par voie de conséquence, aucune dérogation ne peut avoir de base constitutionnelle. En dépit de la formulation quelque peu malencontreuse de l'article 85 de la Constitution, il y a état d'urgence « lorsque les circonstances graves menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ». En revanche, il y a état de siège, encore appelé état de guerre, lorsque ces mêmes circonstances « provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions ». Dans la première hypothèse, en dépit du fait que. Formellement,

l'état d'urgence ou l'état de siège doivent être déclarés conformément à la procédure prévue par la Constitution. Celle-ci prévoit en effet, d'une part, qu'il y ait consultation préalable entre le Président de la République et les Présidents des deux Chambres du Parlement et, d'autre part, que le Parlement se réunisse de plein droit dès la proclamation dudit état d'urgence ou de siège et, s'il est congé, qu'il soit convoqué en session extraordinaire. Pourquoi cette réunion permanente du Parlement ? Parce que, d'après l'article 144 de la Constitution, la durée de l'état d'urgence ou de l'état de siège – qui ne peut excéder trente jours – ne peut exceptionnellement être prorogée que sur autorisation du Parlement, et ce pour des périodes successives de quinze jours ; étant entendu que le Parlement peut, à tout moment, mettre fin audit état d'urgence ou de siège. Il apparaît ainsi que, même en cas d'état d'urgence ou de siège, le Parlement reste le dernier rempart pour la protection des droits fondamentaux, l'ordonnance portant proclamation de l'état d'urgence ou de siège, c'est-à-dire le cadre de dérogation aux droits fondamentaux, restant tout entière sous son contrôle.

2°. La nécessité de l'existence d'une légalité d'exception. En plus de l'ordonnance de proclamation de l'état d'urgence ou de l'état de siège, la Constitution exige la prise d'une autre ou de plusieurs autres ordonnances, cette fois « délibérée(s) en Conseil des ministres », pour la fixation des « mesures nécessaires pour faire face à la situation » (art. 145). De quoi s'agit-il ? Il ressort, en effet, de l'article 145 de la Constitution que toutes les mesures nécessaires pour faire face à la situation exceptionnelle doivent être indiquées dans un texte juridique pris conformément aux règles de procédure et de compétence, lequel constitue, en l'occurrence, le cadre dérivé de la légalité d'exception. Et puisqu'il s'agit d'un cadre, l'ordonnance ou les ordonnances en cause doivent être en mesure d'indiquer aux citoyens les droits fondamentaux précis sélectionnés pour faire l'objet de dérogation, c'est-à-dire de violation autorisée, durant toute cette période exceptionnelle. Sans cette indication, le cadre de la légalité d'exception manque de prévisibilité, de clarté et de lisibilité. C'est cette triple exigence qui est à la base de l'obligation faite au Président de la République de soumettre au juge constitutionnel, « dès leur signature », toutes les ordonnances contenant des mesures exceptionnelles, afin que « la Cour déclare, toutes affaires cessantes, si elles dérogent ou non à la Constitution »⁸⁸. La déclaration de dérogation à la Constitution a pour effet de conférer à la légalité d'exception une apparence de constitutionnalité, puisqu'à

⁸⁸ Art. 46, al. 1^{er}, de la loi organique n° 13/026 du 15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle, *Op. cit.*, p. 11.

défaut de sanction précise de la part du juge, elle donne à la population la conscience que les mesures exceptionnelles ont été prises au moins dans le respect des procédures prévues par la Constitution. Sans cette déclaration de dérogation, la légalité d'exception devient, elle-même, problématique puisque son absence prive le juge de la possibilité de vérifier notamment si oui ou non le Président de la République a, dans ces circonstances, respecté le noyau dur des droits fondamentaux. Or ce noyau dur est inviolable quelles que soient les circonstances.

3°. Le respect du « noyau dur » des droits fondamentaux. En dépit de l'autorisation donnée au Président de la République de prendre des mesures permettant de déroger à certains droits fondamentaux, il existe, selon la volonté du Constituant lui-même, un certain nombre de droits insusceptibles de dérogation. Ils sont appelés *droits indérogeables* ou *droits intangibles*. L'on a déjà, ici même, donné la liste desdits droits (Cfr. *supra*). Il reste à scruter la conséquence que le Constituant attache à cette dérogation à la dérogation. Pourquoi le Constituant a-t-il, en effet, prévu un certain nombre de droits échappant à la puissance de l'Administration publique ? Les travaux préparatoires ne permettent, malheureusement, pas de répondre à la question puisqu'il est difficile d'en tirer quelque motivation que ce soit. En revanche, on peut en théorie présumer que le Constituant a considéré qu'il s'agit là des valeurs suprêmes auxquelles, même en cas de nécessité, il n'est pas permis de porter atteinte. C'est la raison pour laquelle il en a tiré la conséquence pratique selon laquelle les ordonnances présidentielles portant mesures exceptionnelles « ne peuvent être mises en application que dans le respect des dispositions de l'article 61 de la Constitution »⁸⁹. En d'autres termes, selon le vœu du Constituant, quelle que soit la circonstance qui justifie l'état d'urgence ou l'état de siège, aucune autorité publique ne peut porter atteinte aux onze droits énumérés à l'article 61 de la Constitution, qui restent ainsi des droits intangibles. En d'autres termes aussi, aucune légalité d'exception ne peut justifier la violation de l'article 61 de la Constitution, quelle que soit sa nécessité. Cette interdiction de violation fonde-t-elle la possibilité de naissance d'un régime de véritable contrôle des mesures exceptionnelles dans le cadre d'un état d'urgence ou de siège ? La question reste posée. En attendant, il faut constater que, par ces multiples verrous, le Constituant a entendu, en fait, rendre exceptionnel le recours à des mesures de limitation des droits fondamentaux. La multiplication des obstacles à la dérogation en est la preuve.

⁸⁹ Art. 46, al. 2, de la loi organique sur la Cour constitutionnelle, *Op. cit.*, p. 11.

4. L'interdiction de réduction du niveau de reconnaissance et de protection des droits fondamentaux

Garantie des garanties, le Constituant congolais du 18 février 2006 s'illustre enfin par la consécration, dans le texte même de la Constitution, de ce qu'on appelle, en Droit des droits de l'homme, l'*effet de standstill* des droits fondamentaux. Aux termes en effet de son article 220, alinéa 2, « *Est formellement interdite toute révision constitutionnelle ayant pour objet ou pour effet de réduire les droits et libertés de la personne...* »⁹⁰. Quelle est la portée de cette disposition constitutionnelle ? (a) Quelle en est, finalement, l'utilité marginale (b)

a) La portée de l'article 220, alinéa 2, de la Constitution

Contrairement par exemple au système juridique belge où l'*effet de standstill* est surtout évoqué à propos des droits économiques, sociaux et culturels (particulièrement du droit à l'environnement de l'article 23 de la Constitution)⁹¹ et où, semble-t-il, ce principe est plutôt d'une irréversibilité relative⁹², en Droit constitutionnel congolais, l'*effet de standstill* proclamé de manière générale par l'article 220, alinéa 2, de la Constitution s'étend sur tous les droits constitutionnels. Aucun élément des travaux préparatoires ne permettant pas d'y déceler quelque réserve d'interprétation voulue par le Constituant, cet effet est par conséquent d'une irréversibilité absolue d'autant qu'il est affirmé dans la logique même de l'intangibilité de certaines dispositions constitutionnelles. L'article 220, alinéa 2, de la Constitution revêt donc une double portée juridique : d'abord, il interdit de manière directe toute révision constitutionnelle ayant pour objet ou pour effet la réduction des droits fondamentaux ; ensuite, il interdit par ricochet la réduction du niveau des droits fondamentaux touchant la liste de leur reconnaissance et les garanties de leur protection.

1°. L'interdiction de la révision constitutionnelle ayant pour objet la réduction des droits fondamentaux. Cette interdiction ressort clairement de la première intention du Constituant telle qu'exprimée dans l'alinéa 2 de l'article 220. On se trouve en présence d'une révision constitutionnelle de ce type lorsque l'initiative prise conformément à l'article 218 de la Constitution vise

⁹⁰ Const. 18 fév. 2006, art. 220, al. 2, *Op. cit.*, p. 73.

⁹¹ Cfr. HACHEZ (I.), « L'*effet de standstill* : le pari des droits économiques, sociaux et culturels », in *APT*, 2000, p. 30.

⁹² (Même auteure), *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles/Athènes/Baden-Baden, Bruylant/Sakkoulas/Nomos Verlagsgesellschaft, coll. « Droits fondamentaux », 2008.

directement un article du titre II de la Constitution ou quelque autre article de la Constitution proclamant un droit fondamental *dans le but d'en diminuer la portée matérielle, personnelle, temporelle ou territoriale*. A titre d'exemple, si une initiative de révision constitutionnelle est prise pour interpréter le principe de la parité de l'article 14 comme acceptant un quota de 30% de représentativité féminine - alors que la parité postule plutôt une représentativité de 50% de chacun des deux sexes - une telle initiative, visiblement ayant *pour objet la diminution de la portée matérielle de la notion de parité*, est interdite par l'article 220, alinéa 2, de la Constitution. Il en est de même de toute initiative qui tendrait à interpréter l'article 16 de la Constitution comme ne protégeant que le seul droit à la vie des personnes « nées viables et vivantes », autorisant par exemple les avortements ou autres procédés de suppression de la vie. Si l'on prend en outre l'exemple de l'article 28 de la Constitution qui prône l'une des formes du droit à la désobéissance civile, on sait que le droit de refuser d'exécuter un ordre manifestement illégal appartient, à l'heure actuelle, à toute personne puisque la Constitution n'en réserve pas le bénéfice aux seuls Congolais. Si, par aventure, une initiative de révision constitutionnelle intervenait pour en limiter le bénéfice aux seuls Congolais, la *portée personnelle* d'un tel droit serait réduit ; ce qui est formellement interdit par l'article 220, alinéa 2, de la Constitution. On voit par-là que, dans la première hypothèse, la révision qui est interdite est celle qui *attaque directement* un droit fondamental déjà consacré dans le but d'en diminuer la portée interprétative. L'*effet de standstill* exige qu'on s'arrête au niveau déjà atteint au moment de l'affirmation dudit droit fondamental.

2°. L'interdiction de la révision constitutionnelle ayant pour effet la réduction des droits fondamentaux. Dans cette seconde hypothèse, on sait que la révision constitutionnelle peut ne pas viser directement un droit fondamental déterminé, tel qu'il est consacré dans un article de la Constitution ; il suffit que cette révision *entraîne pour conséquence la diminution du niveau de reconnaissance ou de protection dudit droit*. Si, par exemple, une révision constitutionnelle est initiée pour introduire le droit à l'orientation sexuelle ; apparemment neuf, un tel ajout du nombre de droits fondamentaux consacrés par le titre II de la Constitution ne peut aboutir sans enfreindre en même temps l'article 40 de la Constitution qui ne consacre le droit au mariage que pour autant qu'il se noue entre deux personnes « de sexe opposé » ; cela veut dire que l'introduction du droit à l'orientation sexuelle bouscule, dans le sens de sa réduction, la conception que le Constituant de 2006 s'est faite du droit au mariage, lequel exclut, en l'occurrence, une union entre les personnes de même sexe. Dans le même ordre d'idées, si une révision constitutionnelle est initiée, par exemple, pour méconnaître au Pouvoir judiciaire le rôle de

« garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens » (art. 150 de la Constitution), ce au profit par exemple d'un autre Pouvoir d'Etat, une telle initiative de révision n'est pas sans baisser le niveau de garanties de protection déjà accordé aux droits fondamentaux par le Pouvoir judiciaire, considéré comme plus indépendant et plus impartial que le Pouvoir législatif ou le Pouvoir exécutif ; la garde des droits fondamentaux par les deux derniers Pouvoirs apparaît, en fait, comme une diminution du niveau de protection qui était censée mieux assurée par l'indépendance et l'impartialité du Pouvoir judiciaire. A plus forte raison en sera-t-il de toute révision des articles 70 alinéa 1^{er}, 101 alinéa 1^{er} et 197 alinéa 4 de la Constitution qui aboutirait à la soumission de l'élection des autorités y visées au suffrage universel indirect ; le passage du suffrage universel direct au suffrage universel indirect serait considéré, dans ce cas, comme contraire, non à l'alinéa 1^{er} de l'article 220 qui interdit de porter atteinte au principe du suffrage universel - encore qu'ici on ne voit pas en quoi ce passage peut être considéré comme contraire à la Constitution - mais à son alinéa 2 qui interdit la réduction des droits et libertés de la personne ; or l'élection desdites autorités au suffrage universel direct est déjà le niveau le plus élevé du droit à l'électorat déjà atteint par le peuple congolais ! Enfin, une révision constitutionnelle peut innocemment être initiée pour mieux réécrire les articles de la Constitution du 18 février 2006, dont la « maladie d'écriture », les « maladies congénitales », les « contradictions », les « iniquités », voire même le « manque d'identité » sont connues de tous et du reste fréquemment dénoncées⁹³. L'opération ne peut juridiquement aboutir que si elle n'a pas pour conséquence la suppression déguisée d'un article du titre II de la Constitution ou le contingentement de quelque autre droit constitutionnel déjà protégé.

Par ces exemples, on voit que l'interdiction de la révision constitutionnelle en vue de déboucher sur une *réduction des droits fondamentaux* peut porter aussi bien sur leur « reconnaissance » que sur leur « protection ». Ce qui signifie, d'une part, que la liste et, d'autre part, que les garanties des droits fondamentaux ne doivent, en aucune manière, subir de réduction du fait de la révision constitutionnelle.

⁹³ Lire par exemple MUKADI BONYI, *Projet de Constitution de la République Démocratique du Congo. Plaidoyer pour une relecture*, Kinshasa, Centre de Recherche en Droit Social, 2005 ; MAMPUYA KANUNK'A TSHIABO (A.), *Espoirs et acceptation de la Constitution congolaise. Clés pour comprendre le processus constitutionnel du Congo-Kinshasa*, Kinshasa, Ed. AMA, 2005 ; DJOLI ESENG'EKELI (J.), « Problématique de l'identité du projet constitutionnel », in *Congo-Afrique*, n° 395, 2005, pp. 21-22 ; BOSHAB MABUDJ-ma-BILENGE (E.), *Entre la révision de la Constitution et l'imanition de la nation*, Bruxelles, Larcier, 2013.

b) L'utilité marginale de l'article 220, alinéa 2, de la Constitution

De tous les articles de la Constitution du 18 février 2006, l'article 220 apparaît comme *celui sur lequel tout l'édifice constitutionnel est construit*. En énumérant la liste des matières insusceptibles de révision, sachant que celles-ci renvoient à plus de la moitié des articles de la Constitution, cet article constitue, en effet, non seulement la somme de toutes les prescriptions constitutionnelles, mais surtout le socle de tout l'édifice. Dès lors, la fonction de son alinéa 2 - du moins dans son volet relatif aux « droits et libertés de la personne » - est d'assurer, *sinon l'éternité, à tout le moins la stabilité des droits constitutionnellement garantis*. Les droits fondamentaux sont-ils doués du don d'éternité ? Assurément non, car les droits fondamentaux ne sont pas à l'abri d'un *changement* radical de Constitution. Dans cette hypothèse, il n'y a pas *révision* mais *disparition* des droits constitutionnellement garantis par changement de Constitution. Toutefois, en période de vide constitutionnel, il est permis de croire à la survivance de certains de ces droits - surtout le noyau dur d'entre eux - au nom de la théorie des droits acquis (...).

Les droits fondamentaux bénéficient-ils de la stabilité générationnelle ? Oui, dans le cadre de la Constitution en vigueur. Si les droits fondamentaux n'avaient pas bénéficié de ce statut spécial, si leur existence ou leur protection avait été laissée à la merci des pouvoirs constitués sans quelques verrous, on serait dans un système national des droits de l'homme complètement fragile, voire hypothétique ; le bénéfice des droits fondamentaux dépendant des fluctuations des majorités au pouvoir. Or, ce que l'article 220, alinéa 2, a voulu éviter, c'est précisément cet écueil. En conséquence, aucune majorité au pouvoir ne peut se permettre de toucher aux articles de la Constitution ayant trait aux droits fondamentaux sans être en porte-à-faux avec le *principe de standstill*. Ce principe ne conduit pas à l'immobilisme des autorités ; il ne les empêche pas d'augmenter encore le niveau de reconnaissance ou de protection des droits fondamentaux ; *il leur interdit simplement de légiférer à rebours des droits déjà consacrés ; il leur interdit, en somme, un recul significatif sur le terrain des droits de l'homme*. Car, si l'*effet de standstill* emporte aussi un *effet de cliquet* sur les droits fondamentaux, c'est parce qu'il se déduit de l'obligation positive qui incombe à l'Etat d'assurer *progressivement* un système national des droits de l'homme conforme à la pleine dignité de la personne humaine. Or, dans cette recherche progressive, *tout retour en arrière est forcément un manquement à cette obligation*. La fonction de l'article 220, alinéa 2, de la Constitution est donc d'empêcher ce retour en arrière pour continuer à magnifier la dignité humaine. Telle est son utilité.

CONCLUSION

Au commencement, comme à la fin du Droit des droits de l'homme, il y a le Droit constitutionnel des droits l'homme. Tel est le crédo que nous avons professé dès le début de cette communication. Il signifie d'abord que, dans le système juridique national, il n'y a pas « droits de l'homme » si la loi fondamentale et suprême de l'Etat ne les a pas au préalable reconnus. Il signifie ensuite que, dans le même système juridique national, aucune protection efficace desdits droits n'existe si elle ne s'origine dans la Constitution. *De facto* et *de jure*, on vient de constater que ce que la Constitution du 18 février 2006 a consacré en termes de droits garantis et de garanties des droits, les Constitutions antérieures ne l'ont que très peu offert. En vérité, même si nous n'avons mené aucune étude comparative là-dessus, il n'en existe aucun exemple similaire dans une époque antérieure récente.

Il faut néanmoins continuer à militer pour que la liste des droits fondamentaux ainsi reconnus continue à s'élargir, y compris même au sein des droits qualifiés d'indérogeables. Il faut surtout aller au-delà du système protectionnel actuel – qu'il soit juridictionnel ou non-juridictionnel – pour offrir plus de garanties institutionnelles aux bénéficiaires des droits, à l'instar de cette proposition que nous avons faite d'instituer *un ordre juridictionnel spécial des droits de l'homme*. Il faut enfin, dans le cadre des garanties de type procédural, continuer à enseigner que les principes constitutionnels tendant à magnifier et à immuniser les droits fondamentaux sont les seuls qui, dans l'ordre juridique national, offrent plus de sécurité et plus d'efficacité dans la défense des droits reconnus par le pouvoir suprême de l'Etat.

Au commencement, comme à la fin du Droit des droits de l'homme, est le Droit constitutionnel des droits de l'homme.

