**DE L’OPPORTUNITE ET DE LA CONSTUTIONNALITE DE L’ORDONNANCE N°23/042 DU 30 MARS 2023 FIXANT LA LISTE DES JOURS FERIES LEGAUX EN REPUBLIQUE DEMCRATIQUE DU CONGO A L’AUNE DE L’APPROCHE DIACHRONIQUE.**

Par :

**Pascal Auguste MPIANA KABEYA**

*Docteur en Droit*

*Professeur à l’Université Pédagogique Nationale*

*Téléphone : +243 822255995*

*E-mail :* *mpianakabe@gmail.com*

D’un point de vue essentiellement juridique, la compétence de prendre la décision fixant la liste des jours fériés légaux en République Démocratique du Congo revient au Premier Ministre, chef du gouvernement, détenteur du pouvoir réglementaire général et ce, suivant les dispositions de l’article 92 alinéa 1 de la Constitution du 18 février 2006.

Contrairement à cette assertion, le Président de la République a signé, en date du 30 mars 2023, l’ordonnance n°23/042 relative à la matière sous rubrique, texte entré en vigueur à la date de sa signature. Six jours après, soit le 06 avril 2023, l’on a observé, pour la première fois dans l’histoire de la République Démocratique du Congo et à travers l’étendue du territoire national, un jour férié, en hommage au combat de Simon KIMBANGU.

Si au fond, il n’y a rien à reprocher à cet acte juridique, d’une portée patriotique louable et non négligeable, sur le plan de la forme par contre, il est difficile de se taire face au massacre que subit le Droit administratif, cette branche de Droit public interne qui étudie les règles juridiques applicables à l’organisation, à l’action et au contrôle de l’Administration. Parmi ces règles, l’on trouve en rang utile celles ayant trait à la compétence en matière de l’élaboration des actes administratifs unilatéraux.

Dans le langage le plus courant du Droit administratif, il est admis à juste titre que « **LA COMPETENCE EST D’ATTRIBUTION ; L’INCOMPETENCE EST LA REGLE, LA COMPETENCE EST L’EXCEPTION ; LE PRINCIPE QUI PEUT LE PLUS PEUT LE MOINS N’EST PAS D’APPLICATION** ». De manière plus fine et plus incisive, il n’est pas inadéquat de rappeler que « **LES COMPETENCES ADMINISTRATIVES SONT CONFEREES ES QUALITE ET NON INTUITU PERSONNAE** ». Bien au-delà de la compétence, il est requis de toute autorité administrative le respect scrupuleux de l’approche diachronique chaque fois qu’elle est appelée à prendre une décision administrative. Dans le cas contraire, la probabilité serait grande de voir son texte être entaché d’un vice de compétence, de forme ou de procédure selon le cas.

S’agissant singulièrement des actes réglementaires du Président de la République, le texte qui permet de mieux cerner l’approche diachronique dont ce dernier a besoin avant d’agir n’est rien d’autre que le texte constitutionnel en vigueur au moment de la prise de décision. De nos jours, et tel que précisé dès les liminaires de la présente étude, référence est faite à la Constitution du 18 février 2006 telle que révisée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 (Textes coordonnés, *JORDC*, Kinshasa, n° 3, 1er février 2011, col.1 à 5). A l’alinéa 1er de l’article 92, le constituant fait du Premier ministre « le détenteur du pouvoir règlementaire général au niveau du pouvoir central », le Président de la république ne disposant, en effet, que des compétences résiduelles en la matière. En d’autres termes, les prérogatives règlementaires du Président de la république sont limitativement indiquées par la Constitution, celles du Premier ministre, cependant, ne les sont que de manière énonciative. Il s’ensuit que le domaine règlementaire au niveau national est la chasse gardée du Chef du Gouvernement, sous réserve des attributions dévolues au Chef de l’Exécutif par la Constitution, et circonscrites comme suit :

* Fixer l’organisation, le fonctionnement du gouvernement et les modalités de collaboration entre le président de la République et le Gouvernement ainsi qu’entre les membres du Gouvernement (article 91 alinéa 6) ;
* Prendre des actes règlementaires en matière de défense, de sécurité et des affaires étrangères qui sont des domaines de collaboration entre le Président de la République et le Gouvernement (article 91 alinéa 3) ;
* Fixer l’organisation et le fonctionnement de son cabinet ;
* Proclamer l’état d’urgence ou l’état de siège (articles 85 et 144) ;
* Déclarer la guerre (articles 86 et 143) ;
* Prendre, en cas d’état de siège ou d’état d’urgence, les mesures nécessaires pour faire face à la situation (article 145).

Quant aux ministres (en ce compris les vice-premiers ministres, les ministres d’Etat et les ministres délégués), il convient de souligner qu’ils sont détenteurs du « pouvoir réglementaire sectoriel », en vertu de l’article 93 de la Constitution qui fait d’eux responsables de leurs départements respectifs, et qui leur donne le pouvoir de statuer par voie d’arrêté. Ils ne peuvent cependant s’en prévaloir que dans le cadre de la délégation des pouvoirs reçue du Premier Ministre (article 92 alinéa 5 de la Constitution) ou de l’habilitation des compétences qui leur sont expressément dévolues par la loi. Pour leur part, les vice-ministres ne disposent d’aucun pouvoir réglementaire. Placés sous l’autorité des ministres auxquels ils sont adjoints et exerçant les attributions qui leurs sont conférées par l’ordonnance portant organisation et fonctionnement du gouvernement, ils ne sauraient, même dans l’hypothèse où ils assument l’intérim ou la suppléance des ministres en cas d’absence ou d’empêchement, agir par voie d’arrêté.

A la lumière de cette architecture implémentée par le constituant de manière non dubitative, l’intervention du Président de la République dans le domaine réglementaire ne devrait susciter aucune inquiétude. Les règles de jeu étant connues d’avance, il revient à chaque acteur de jouer sa partition suivant les limites que lui impose, en l’espèce, la Constitution. D’où vient alors que le Président de la République s’arroge le pouvoir d’agir au-delà de sa compétence résiduelle ? En apposant sa signature sur l’ordonnance n°23/042 du 30 mars 2023, s’était-il interrogé sur ses prérogatives de décider en cette matière ? Le vin étant tiré, quelles en sont les implications en Droit Administratif et en Droit du contentieux administratif et/ou constitutionnel ?

1. **Dénichons l’intrus**

Notre petite expérience de chercheur et d’enseignant du Droit Administratif et de toutes ses suites (Droit des services publics, Droit du contentieux administratif, Droit de la fonction publique, Droit des marchés publics) nous amène à conclure « **AU NON-RESPECT, AU NON-ANCRAGE, A LA NON-APPROPRIATION ET A LA NON-INTERIORISATION DE L’APPROCHE DIACHRONIQUE PAR UNE PORTION TRES IMPORTANTE DES AUTORITES ADMINISTRATIVES CONGOLAISES** ».

Cette approche est, à notre entendement, le fil conducteur appelé à guider toute autorité administrative dans la prise des actes administratifs unilatéraux, réglementaires ou non réglementaires. C’est la boussole censée encadrer la légalité de ses actes. Elle signifie simplement qu’avant d’agir, l’autorité administrative doit vérifier si, à travers le temps, elle est restée compétente ; si la forme que doit prendre son acte n’a pas changé, et si la procédure à suivre demeure la même. Ces trois piliers de la légalité externe des décisions administratives (la compétence, la forme et la procédure) ne se présument pas, ils trouvent leurs assises et leurs balises dans les textes en vigueur in illo tempore (c’est-à-dire, au moment de la prise de l’acte). C’est tout le sens du principe de « parallélisme des formes et des compétences ». Rebus sic stantibus dit-on !

Il s’ensuit que si les textes sur base desquels il faut agir restent les mêmes ou ne modifient pas les règles de compétence, de forme ou de procédure, l’autorité administrative compétente aura toute l’armure lui permettant de décider dans la même forme et suivant la même procédure qui s’y trouvent consacrées. Si par contre ces textes touchent tout ou partie de ces piliers, les choses ne restant pas égales par ailleurs, il faudra respecter, sans atermoiement, les règles nouvellement établies. C’est à l’autorité investie de la compétence par le texte en vigueur qu’appartiennent le pouvoir et l’aptitude de décider et ce, suivant la forme et la procédure prévues pour la validité de ses actes.

Sauf erreur de notre part, et sous toutes réserves généralement quelconques, l’ordonnance en notre possession ne comprend que l’intitulé de la décision, le dispositif, la date et la signature. Elle ne fait aucune allusion aux motifs de droit et de fait ayant conduit le Président de la République à prendre une mesure de portée générale, impersonnelle et abstraite, avec pour effet immédiat la modification de l’ordonnancement juridique d’une matière, en l’occurrence la détermination de la liste des jours fériés légaux en République Démocratique du Congo. Contrairement aux tenants de la thèse selon laquelle « l’Administration n’est pas assujettie à un formalisme absolu », nous sommes d’avis que l’ordonnance du Président de la République est une décision officielle (article 79 alinéas 3 et 4 de la Constitution), et par conséquent, elle doit être élaborée dans le respect des formes substantielles, sous peine d’être attaquée en annulation pour vice de forme. Il n’est pas anodin d’insister sur la motivation en droit et en fait de la susdite ordonnance. Si dans le second cas (motifs de fait), on s’attèle aux circonstances dans lesquelles l’autorité est habilitée à prendre sa décision, dans le premier cas (motifs de droit), obligation est faite à l’auteur d’un acte administratif unilatéral, mieux d’une décision officielle, d’indiquer avec précision les textes juridiques dans le sillage desquels il a agi. Ce qui permet éventuellement, et au nom de l’approche diachronique, d’apprécier la régularité, dans son chef, de trois piliers de la légalité externe de sa décision (la compétence, la forme et la procédure). S’agit-il, en en l’espèce, d’un silence coupable ? Le fait pour le Président de la République de s’être tu expressément à ce propos n’est-il pas révélateur d’une omission intentionnelle ?

C’est tout le nœud gordien du système administratif congolais tel qu’issu de la Constitution du 18 février 2006 et qui doit s’appliquer dans un environnement longtemps marqué par une hyperbolisation des prérogatives du président de la République. Pourtant, Sous l’égide de ce texte, le Chef de l’Exécutif doit se contenter de la petite portion de prérogatives réglementaires lui reconnues, le gros morceau étant l’apanage du Chef du gouvernement qui, s’il le veut bien et en vertu de l’article 92 alinéa 5 de la Constitution, peut en déléguer une partie à tout membre du gouvernement, exception faite des vice-ministres.

Si l’on s’en tient à la première de toutes les normes de l’ordonnancement juridique congolais, il n’y a nul doute que le non-enracinement de l’approche diachronique a fait croire au Président de la République que c’est à lui de fixer, par ordonnance, la liste des jours fériés légaux. Or, depuis la venue de ce texte, son champ d’action a connu un impressionnant rétrécissement. Il n’est compétent que dans les matières lui attribuées expressément par le Constituant (Voir supra). **UBI LEX NON DISTINGUIT, NON DEBEMUS DISTINGUERE. UBI LEX VOLUIT, DIXIT ; UBI LEX NOLUIT, TACUIT**. L’interprétation du domaine réglementaire du Président de la République est stricte, elle ne saurait bénéficier d’une quelconque extension. Par contre, le cadre d’intervention du Premier Ministre est très étendu, la Constitution a fait de lui le détenteur du pouvoir réglementaire général. En d’autres termes, hormis les cas dans lesquels le Chef de l’Etat se prévaut de sa compétence résiduelle et ceux en vertu desquels un ministre dit agir sur habilitation expresse de la loi ou suivant les pouvoirs lui délégués par le Premier Ministre, toutes les matières du domaine réglementaire, au niveau national, sont de la compétence du Chef du gouvernement. **IL EN EST AINSI DE LA FIXATION DE LA LISTE DES JOURS FERIES LEGAUX, UNE MATIERE DE LA COMPETENCE DU PREMIER MINISTRE CAR NE FAISANT PAS PARTIE DU CHAMP RESIDUEL DU POUVOIR REGLEMENTAIRE DU PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE**. **CE QU’A FAIT LE PRESIDENT DE LA REPUBLIQUE N’EST NI PLUS NI MOINS « UN EMPIETEMENT DES FONCTIONS », SITUATION DANS LAQUELLE UNE AUTORITE ADMINISTRATIVE AGIT DANS UN DOMAINE RELEVANT D’UNE AUTRE AUTORITE ADMINISTRATIVE.**

Quel devrait-être le chemin à emprunter pour ne pas en arriver là ?

1. **De l’implémentation de l’approche diachronique comme facteur déterminant de l’élaboration des actes administratifs unilatéraux**

Les règles de compétence, de forme et de procédure auxquelles est astreinte une décision administrative évoluent en considération des textes juridiques en vigueur. L’étude des textes fixant les jours fériés légaux à travers le temps en droit congolais fait état de trois ordonnances prises en cette matière. Il s’agit de:

* L’ordonnance n°79/154 du 23 juin 1979 portant fixation des jours fériés légaux ;
* L’ordonnance n°14/010 du 14 mai 2014 fixant la liste des jours fériés légaux en République Démocratique du Congo ; et
* L’ordonnance n°23/042 du 30 mars 2023 fixant la liste des jours fériés légaux en République Démocratique du Congo.

De toutes ces trois ordonnances, seule la première mérite de recevoir notre suffrage quant à la prise en compte de l’approche diachronique. En effet, la Constitution du 24 juin 1967, loi fondamentale en vigueur en 1979, même à travers ses multiples révisions, a toujours pris soin de préciser que « le Président de la République assure l’exécution des lois et fait les règlements de police et d’administration publique et qu’il exerce ce pouvoir par voie d’ordonnance » (Article 27 de la Constitution du 24 juin 1967, M.C., 1967, pp.564-576 ; article 38 de la loi n°74-020 du 15 août 1974 portant révision de la Constitution du 24 juin 1967 ; article 42 de la loi n°78-010 du 15 février 1978 portant révision de la Constitution).

En se référant aux dispositions sus évoquées, le Président de la République, détenteur du pouvoir réglementaire général, avait pleinement le pouvoir, la compétence et l’aptitude à prendre un acte réglementaire. Quant au Premier Ministre, il disposait d’une compétence réglementaire déléguée, celle d’organiser ses services et de définir les principes régissant les cabinets ministériels. Il tenait cette délégation du Président de la République qui avait le pouvoir de fixer le nombre des ministères et leurs attributions (Lire à ce sujet F. VUNDUAWE te PEMAKO et J-M. MBOKO Dj’ANDIMA, *Traité de droit administratif de la République Démocratique du Congo*, 2ème édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p.331-332).

Les deux dernières ordonnances, celles de 2014 et de 2023, ont en commun le non-respect de la répartition des compétences du domaine réglementaire telle que consacrée par la Constitution du 18 février 2006, en ses articles 92 alinéa 1, 91 alinéas 3 et 6, et 93. Elles ignorent toutes que dès l’entrée en vigueur de cette loi fondamentale, la donne a changé. En application de l’approche diachronique, la compétence en cette matière précise appartient désormais au Premier Ministre, l’actuel détenteur du pouvoir réglementaire général. Les compétences réglementaires autrefois dévolues au Président de la République sont tombées automatiquement dans le champ d’action du Premier Ministre. S’il faut de nos jours modifier, compléter ou abroger une ordonnance prise sous l’égide de la Constitution du 24 juin 1967 ou un décret pris sous l’empire du Décret-loi constitutionnel n°003 du 27 mai 1997 ou sous le règne de la Constitution de la Transition du 4 avril 2003, c’est au Premier Ministre d’agir par voie de décret, sauf dans le cas où le Président de la République est appelé à décider en fonction de sa compétence résiduelle, ou de manière très exceptionnelle, dans le cas d’un ministre agissant sur habilitation de la loi ou à la suite de la délégation des pouvoirs reçue du Premier Ministre.

Il y a des voix qui opinent que la compétence réglementaire du Président de la République de fixer les jours fériés légaux est tirée de l’article 123 de la loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail telle que complétée et modifiée par la loi n°16/010 du 15 juillet 2016. Un tel argumentaire est facile à déconstruire. La Constitution, écrit Louis YUMA BIABA, est la loi fondamentale de l’Etat et, à ce titre, elle prime sur tous les actes législatifs et administratifs, quelle que soit leur nature (L. YUMA BIABA, Manuel de droit administratif général, Kinshasa, cedi, 2012, p.33.). Quoi que disposant de l’autorité de la chose légiférée, les actes législatifs ne sauraient être préférés à la Constitution sous quelque prétexte que ce soit. Face à la loi des lois, ces actes deviennent impuissants, ils se taisent et lui laissent le libre champ d’opérer à sa guise. Les dispositions constitutionnelles sont des sources de la légalité administrative car elles s’imposent à l’Administration, soit directement lorsqu’il s’agit de règlements autonomes, soit indirectement lorsqu’il s’agit de règlements subordonnés ou d’actes individuels du fait de leur conformité à la loi, laquelle est elle-même soumise à la Constitution (L. YUMA BIABA, *op.cit.,* p.31).

C’est ici le lieu de fustiger la paresse inexplicable du législateur congolais. Il est inadmissible qu’à l’heure actuelle, certains textes législatifs d’avant 2006 continuent à être revêtus du sceau de la compétence réglementaire générale dont était investi le Président de la République et ce, en violation flagrante de la Constitution du 18 février 2006. Heureusement que la Constitution ne vit pas aux dépens de la loi. Elle est le miroir de l’ordonnancement juridique d’un Etat. L’une des missions primordiales du législateur consiste à ramener régulièrement les actes législatifs devant l’écran constitutionnel, et d’y passer suffisamment du temps afin de dénicher et d’élaguer toutes les dispositions légales contraires à la Constitution. Dans cette même optique, le législateur ferait toujours œuvre utile en modifiant ou en complétant ses œuvres suivant les donnes qu’impose la Constitution. La loi doit marcher au rythme des dispositions constitutionnelles en vigueur. L’autorité de la chose légiférée qu’elle renferme ne lui permet pas de contrarier la mère de toutes les lois. La Constitution tient en état toutes les autres normes. Ses dispositions s’imposent sur tous les autres actes juridiques de l’Etat, de l’Administration et des personnes privées. C’est de la responsabilité du législateur d’adapter la loi aux exigences de la Constitution.

Fort malheureusement, les rédacteurs de la loi n°16/010 du 15 juillet 2016, texte législatif compétant et modifiant la loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant code du travail, n’ont su répondre totalement aux impératifs de l’approche diachronique. A bien cerner les contours de leur œuvre, on peut déceler la cacophonie dans la maîtrise de cette approche. Tantôt ils en tiennent compte, tantôt ils l’ignorent. L’article 190 du code du travail tel que modifié investit le Premier Ministre de la compétence de prendre un décret fixant l’organisation et le fonctionnement de l’inspection générale du travail, aptitude autrefois dévolue au Président de la République, détenteur du pouvoir réglementaire général sous l’empire du décret-loi constitutionnel n°003 du 27 mai 1997, texte constitutionnel en vigueur au moment de l’élaboration du code du travail originel. On ne peut que louer l’intelligibilité du législateur qui, à ce point précis, a compris ce que vaut l’approche diachronique dans l’élaboration ou la modification d’un acte législatif. L’attribution de cette compétence au Premier Ministre en lieu et place du Président de la République est, à n’en point douter, une matérialisation de la mutation opérée par le constituant de 2006 dans le domaine réglementaire.

Cependant, il est curieux de constater que pour la même œuvre, le législateur fait fi de cette évolution dans bien de cas. Le fait de ne pas modifier notamment les articles 96 et 123 qui accordent au Président de la République respectivement la compétence de déterminer les modalités de fixation du salaire minimum interprofessionnel garanti (…) et celle de fixer la liste des jours fériés légaux est, en effet, une entorse au Droit administratif en général, et à l’approche diachronique en particulier. Sans prendre en compte la sphère résiduelle de ses prérogatives réglementaires telle que le veut la Constitution du 18 février 2006, et fort de la compétence lui attribuée par le code du travail à son article 96, le Président de la République a pris, en date du 30 avril 2008, l’ordonnance n°08/040 portant fixation du SMIG, des allocations familiales et de la contre-valeur du logement. La même erreur commise en 2008 se répète aujourd’hui, il n’y jamais deux sans trois dit-on ! C’est tout le bien fondé de cette sonnette d’alarme. Pourtant, à propos du SMIG, on est revenu à la raison en 2018. Le Premier Ministre a bien fait usage de son statut de détenteur du pouvoir règlementaire général. Par son décret n°18/017 du 22 mai 2018, il a abrogé l’ordonnance prise par le Président de la République en 2008 en cette matière. Encore une fois de plus, les propos de YUMA BIABA sont très éloquents à ce sujet : « la décision d’abrogation émane nécessairement de l’auteur de l’acte administratif à supprimer. Il s’agit ici de l’autorité qui exerce la fonction et qui est investie de la compétence de créer et de supprimer la décision administrative (…) une ordonnance du Président de la République peut ainsi être abrogée par décret du Premier Ministre dès lors que cette compétence reviendra par la suite à ce dernier (L. YUMA BIANA, *op.cit.,* p.138) ».

Il n’est jamais trop tard pour mieux faire. La compétence administrative ne se transige pas. A défaut pour le Président de la République de procéder au retrait pur et simple de l’ordonnance n° 23/042 du 30 mars 2023 par crainte de reconnaître implicitement son inconstitutionnalité, et de l’anéantir ab ovo ou ab initio, il revient au Premier Ministre de sauver la légalité administrative en prenant un décret fixant les jours fériés légaux, lequel aura pour effet immédiat d’abroger les décisions administratives antérieures contraires à son acte. Si l’Administration tergiverse quant à ce, le juge peut entrer en scène. Comment et pour quelles fins ?

Rédigé à Kinshasa, le 07 avril 2023.

**Prof. PAMK.**