



HAL
open science

Contre l'égalité entre l'homme et la femme : la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Congo

Stevy Juvadel Poaty

► To cite this version:

Stevy Juvadel Poaty. Contre l'égalité entre l'homme et la femme : la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Congo. *Annuaire congolais de droit et sciences politiques*, A paraître. hal-03092009

HAL Id: hal-03092009

<https://hal.science/hal-03092009>

Submitted on 1 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Contre l'égalité entre l'homme et la femme : la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Congo

Par Stevy Juvadel Poaty,

FD-UMN'G, Brazzaville.

Correspondant au Congo du CeDEP, UAC, (Bénin).

INTRODUCTION

« Certains instruments normatifs qui expriment les aspirations fondamentales des hommes et des femmes de leur temps et proclament un message clair même exaltant se révèlent dans la pratique d'un maniement beaucoup plus complexe »

François Rigaux¹

Les décisions des juridictions constitutionnelles opèrent sans équivoque le lifting du droit constitutionnel en Afrique². Elles le modulent en droit de la constitution et constitution du droit³, se posent en caisse de résonance des énoncés de la constitution⁴, véhiculent l'idée du droit de la société enfin secrètent les solutions auxquelles gouvernants et gouvernés sont, bon gré mal gré, soumis⁵. Tel qu'il en est de la décision de la Cour constitutionnelle congolaise⁶ du 22 juillet 2020 sur le principe d'égalité entre l'homme et la femme.

Descendant d'une lignée jurisprudentielle dérogatoire du droit commun⁷, ses leçons sont pléthoriques et retentissent à la faveur des auteurs les plus sceptiques à la montée en puissance des droits de l'homme dans les sociétés dites démocratiques⁸. Ainsi que cette décision le confirme « une démocratie, comme

¹ François Rigaux, *La loi des juges*, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 7.

² Séverin Andzoka Antsimou, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *RFDC*, PUF, 2017/2, p. 279-316. Stéphane Bolle, « Les Cours constituantes d'Afrique », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, Mél. Robert DOSSOU, L'Harmattan, 2020, p. 260.

³ Xavier Magnon, « Commentaire sous "Le droit constitutionnel, Constitution du droit, droit de Constitution" de L. Favoreu », *Les grands discours de la culture juridique*, 2017, hal – 01725353, p. 1.

⁴ Michel Troper cité par Séverin Andzoka Antsimou, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », art. cit, p. 279 et p. 308.

⁵ Frédéric Joël Aïvo, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises : le cas du Bénin », in *Les juridictions constitutionnelles et les crises*, V^{ème} Congrès de l'ACCPUF, www.accpuf.org 2009, p. 54.

⁶ N°004/DCC/SVA/20. Cette décision de la Cour constitutionnelle ainsi que toutes celles citées dans cette étude sont disponibles sur le site : www.cour-constitutionnelle.cg

⁷ Louis Favoreu, Loïc Phillip, *al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15^{ième} éd., 2009, p. 478.

⁸ Dominique Rousseau, « Les droits de l'homme sont-ils antidémocratique ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, Mél. Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p. 659.

Bertrand Mathieu l'observe, ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels »⁹.

À la source, la Cour constitutionnelle est saisie directement d'une requête en annulation par laquelle le saisissant défère pour vices d'inconstitutionnalité les articles 121¹⁰, 128¹¹, 135¹², 136¹³ et 141¹⁴ du Code de la famille. Au soutien de sa plainte, il allègue l'inconstitutionnalité de ces articles en les croisant au préambule de la constitution dont il avance, au fond, qu'ils violent la Déclaration de 1948.

D'abord, en ce que les articles 121, 135, 136, garantissent la polygamie, l'article 128 différencie l'âge nubile entre l'homme et la femme et, enfin, l'article 141 place la charge du versement de la dot sur la tête de l'homme, alors même que cette Déclaration garantit, en ses articles 1^{er} et 16, l'égalité de tous et entre l'homme et la femme. « À partir de l'âge nubile, en illustre l'article 16, l'homme et la femme ... ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Ceci confronte la Cour à la question suivante : la constitution est-elle violée par les articles 121, 128, 135, 136 et 141 du code de la famille ?

À y regarder de près la jurisprudence de la Cour cette question n'est point nouvelle. À se demander, face à sa résurgence¹⁵, si le principe d'égalité n'est pas frappé d'une imprécation. Il ne cesse de recevoir des coups de gourdin et d'apparaître comme « une notion en survivance »¹⁶. On se souvient que la question est soulevée en 2003 dès les premiers pas de la Cour sans qu'elle n'en reçoive une attention particulière¹⁷. Bien que ce n'est qu'avec le suspense laissé par la décision N°004/DCC/SVA/18 sur la constitutionnalité des articles 121, 128, 135, 136 du code de la famille qu'elle retentit et suscite la remise en accusation des autres dispositions régissant le mariage dans la société, tel que l'article 141 contesté dans la décision du 22 juillet 2020.

⁹ Bertrand Mathieu, « Une démocratie ne peut être exclusivement fondée sur la promotion des droits individuels », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, Mélanges Frédéric SUDRE, Lexis Nexis, 2018, p. 453.

¹⁰ Art. 121 « La loi reconnaît la polygamie et la monogamie. Une option de polygamie peut être déclarée par les époux dans les conditions fixées par l'article 136 ».

¹¹ Art. 128 « L'homme avant 21 ans révolus et la femme avant 18 ans révolus ne peuvent contracter mariage ».

¹² Art. 135 « Le mari peut contracter une nouvelle union ».

¹³ Art. 136 « La déclaration d'option de polygamie est souscrite par les futurs époux devant l'Officier d'Etat civil au moment de la déclaration du mariage à l'étranger, devant l'agent diplomatique ou consulaire territorialement compétent ».

¹⁴ Art. 141 « La dot est versée aux parents paternels et maternels de la future épouse conformément à la coutume des parties. En cas de dissentiment des père et mère sur le montant ou le principe de la dot, ce partage emporte acceptation. En cas de refus des père et mère de percevoir la dot, le Conseil de famille doit statuer sur le principe et, éventuellement sur le montant de la dot ».

¹⁵ Ibrahim Salami, « Le traitement discriminatoire des délits du mariage devant les cours constitutionnelles béninoise et congolaise », www.la-constitution-en-afrique.org

¹⁶ Georges Burdeau, *La Constitution, une notion en survivance, l'évolution du droit public*, Sirey, 1956.

¹⁷ Rolnafry Ngomha Buittys, « Une belle dose d'espoir ? Note sous : Cour constitutionnelle du Congo, décision N°002/DCC/SVA/18 du 13 septembre 2018 », in Godefroy Moyen, Placide Moudoudou (dir.), *Cours constitutionnelles, pouvoirs et droits fondamentaux*, EUE, 2020, p. 299 et s.

L'espoir étant de mise. L'étendard de l'État de droit flottant avec éclat¹⁸ sous l'effet du changement constitutionnel¹⁹ lançant la Haute juridiction sur orbite pour protéger le « nouveau visage constitutionnel »²⁰ congolais en pays des droits de l'homme. Une réponse favorable de la Cour fut donc logiquement très attendue. Mais, elle ne le sera point. En répondant, la Cour défie les pronostics²¹ et entre en résonance avec la Cour suprême dont elle ravive les turpitudes dans la protection des droits de la femme mariée.

Depuis 1973, en effet, le Palais de justice encourage l'épouse à se soumettre aux « pratiques de fétichisme ou de sorcellerie » par lesquelles son époux l'oblige « à passer par-dessus un chapelet et en lui prélevant une mèche de cheveux et des poils du pubis »²², au lieu de s'arc-bouter sur la force de l'égalité affirmée par la Déclaration de 1948, par exemple, pour admonester l'époux de traiter son épouse comme son égal et non comme son objet. La décision en étude témoigne de cette déconsidération.

La Cour constitutionnelle ratisse de façon spectaculaire la constitution à la recherche de l'idée du droit qui légitime cette discrimination et « le brevet de constitutionnalité »²³ de ces dispositions du code de la famille défiant pourtant le principe d'égalité entre les descendants d'Adam et Ève, affirmé au préambule de la norme fondamentale.

L'histoire sous la *Constitution Moudoudou*²⁴ n'est donc pas sous la promesse des fleurs²⁵. Elle est « belle, racontée avec talent mais, elle n'est pas nouvelle »²⁶. Pour les auteurs ouverts à l'extension jurisprudentielle du « bassin des libertés »²⁷ sous le « sceau de la fundamentalité »²⁸ de l'égalité ou, tout au moins espérant, sa

¹⁸ Adama Kpodar, « Les juridictions constitutionnelles et les crises en Afrique noire francophone », in *Les juridictions constitutionnelles et les crises*, V^{ème} Congrès de l'ACCPUF, www.accpuf.org 2009, p. 45.

¹⁹ Vivien Romain Manangou, « La Constitution congolaise du 6 novembre 2015 », *Les Annales de droit*, n°13, 2019, p. 121-159.

²⁰ Charles Debbasch cité par Modeste Yombi, *Les chroniques constitutionnelles africaines*, EUE, 2020.

²¹ Ibrahim Salami, « Le traitement discriminatoire des délits du mariage devant les cours constitutionnelles béninoise et congolaise », art. cit. Rolnafry Ngomha Buittys, « Une belle dose d'espoir ? Note sous : Cour constitutionnelle du Congo, décision N°002/DCC/SVA/18 du 13 septembre 2018 », *op. cit.*

²² CS, n°13 du 18 mai 1973, Kikoueri Augustine c/. Kiyindou Auguste, *Revue congolaise de droit et du notariat*, n°17, 2005, p. 11.

²³ Phillip Blachèr, « Le conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, Le conseil constitutionnel, n°105, Avril 2003, p. 27.

²⁴ Rolnafry Ngomha Buittys, « Une belle dose d'espoir ? » *op. cit.*, p. 319.

²⁵ Théodore Holo, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, 2006, n°16, p.31.

²⁶ Dominique Rousseau, « De quoi le conseil constitutionnel est – il le nom ? », *Jus politicum*, n°7, 2012, p. 1.

²⁷ F. Joël Aïvo, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle à la protection des droits fondamentaux. Retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », *Revue Afrilex*, Mai 2016, p.13

²⁸ Véronique Champeil-Desplats, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des droits et libertés ? », *Dalloz*, 30 décembre 2010, p. 13. Céline Coudert, *Réflexions sur le concept de fundamentalité en droit public français*, Droit, Université d'Auvergne – Clermont Ferrand I, 2011. p.9.

révélation en la forme d'« un principe dormant »²⁹, elle s'entend sous le chant « d'un requiem de la constitution »³⁰.

Cette triste image fait ici penser à l'histoire de Moïse. Car, comme lui, le principe d'égalité qui a conduit tous les droits de 1789 et de 1948 vers leur protection par le juge constitutionnel ne connaît pas cette terre promise et demeure, pour le dire en langue juridique, une arlésienne³¹.

I. UNE ARLÉSIENNE DES DROITS DE L'HOMME

La juridiction constitutionnelle comme tout juge fonde ses décisions en droit³². Tel qu'il en est des décisions de la Cour sur le principe d'égalité. Par contre, en grattant leur vernis juridique, elles se révèlent couvertes de la volonté divine, reprise en chœur par la plupart des États africains, de placer les femmes sous le joug des hommes « car, dit l'éternel, le mari est le chef de la femme »³³. La Cour fait souffrir le droit³⁴ pour contrer la résurrection de cette notion³⁵ conduite à la mort.

A. La mort de l'égalité

Si l'égalité entre l'homme et la femme subit des coups depuis les années 1970 devant le prétoire du juge ordinaire, sa mort ne survient qu'avec la décision N°001/DCC/SVE/03 de la Cour constitutionnelle³⁶.

Tout part en effet d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée par la partie défenderesse devant le juge pénal dont l'accusation sollicite l'application des articles 336 et 337 du code pénal³⁷. À cet effet, le procès pénal sursis conformément à l'article 149³⁸ C., la Cour, saisie, est face au problème de droit-ci

²⁹ Dominique Rousseau, « Enfin une bonne nouvelle : le principe de fraternité existe ! », *Gaz. Pal.*, 17 juillet 2018, n°GPL329e1, p. 12.

³⁰ Adama Kpodar, « Controverse doctrinale. Commentaire croisé de la décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 de la cour constitutionnelle du Bénin », in *ABJC*, Revue de contentieux constitutionnel, I-2013, p. 714.

³¹ Placide Moudoudou, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, Pub, 2019, p. 222.

³² François Rigaux, *La loi des juges*, *op. cit.*.

³³ Cf. Livre *Éphésien*, 5 : 22, 23.

³⁴ Rolnafry Ngomha Buittys, « Une belle dose d'espoir ? Note sous : Cour constitutionnelle du Congo, décision N°002/DCC/SVA/18 du 13 septembre 2018 », *op. cit.*

³⁵ Dominique Rousseau, « Une résurrection, la notion de constitution », *RDP*, 1990.

³⁶ Ibrahim Salami, « Le traitement discriminatoire des délits du mariage devant les cours constitutionnelles béninoise et congolaise », art. cit. Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, *op. cit.*, p. 837.

³⁷ Art. 336. « *L'adultère de la femme ne pourra-être dénoncé que par le mari (...)* » Art. 337. « *La femme convaincue d'adultère subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus. Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant, à reprendre sa femme* ».

³⁸ Art. 149 de la Constitution du 20 janvier 2002, abrogée : « *Tout particulier peut, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée devant une juridiction dans une affaire qui le concerne, saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois. En cas d'exception*

: les articles 336 et 337 peuvent-ils réprimer de façon unidirectionnelle l'adultère de la femme, en dépit de l'égalité de celle-ci à l'homme que garantit la constitution ?

Au regard de la société congolaise, la question peut causer la migraine. Tant, s'il est vrai que tout juriste répondra que cette répression unidimensionnelle n'est pas conforme à la constitution et doit être à ce titre censurée. C'est une vie secrète des ménages dont l'adultère est pour reprendre l'expression de Placide II Moudoudou « une sauce consommée » avec appétit qui se trouve remise entre les mains du juge et donc susceptible d'être révélée.

Le juge constitutionnel africain est ainsi confronté à son destin de dire le droit³⁹. Et ce, même s'il est acquis que comme tout juge, il ne peut le dire à n'importe quel prix⁴⁰. Dans sa décision, il déclare les dispositions pénales conformes à la constitution en se livrant à la téléologie de celles-ci par un fétichisme de l'intérêt général et l'état des mœurs⁴¹ qu'elle pose suivant un raisonnement nimbé de « palinodies et de bévues »⁴² au fondement du choix fait par le législateur pour maintenir ces normes en vie et réprimer l'adultère de la femme.

Aléa jacta est ! chanteront les férus du droit constitutionnel en requiem de cette décision⁴³ aux termes de laquelle contrant l'implosion des ménages le principe d'égalité est devenue l'incarnation d'une arlésienne. Faute d'une résurrection dans la jurisprudence de la Cour.

B. L'impossible résurrection d'un principe

L'une des révélations de la jurisprudence de la Cour sur le principe d'égalité est qu'elle est « peu bavarde »⁴⁴. Ses décisions se posent telles des blocs de glace qu'on n'en peut déchiffrer le « message crypté »⁴⁵ que via une lecture croisée ou combinée. Qui plus est, confirment que c'est au fil de ses décisions que le juge constitutionnel éclaircit davantage sa position⁴⁶.

Fort de cette lecture et d'une « scissiparité jurisprudentielle »⁴⁷ forcée on peut fixer le curseur sur la décision N°004/DCC/SVA/18 pour relever l'impossibilité

d'inconstitutionnalité, la juridiction saisie surseoit à statuer et impartit au requérant un délai d'un mois à partir de la signification de la décision ».

³⁹ Abdoulaye Soma, « Le statu du juge constitutionnel africain », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Mél. Maurice AHANHANZO - GLELE, L'Harmattan, 2014, p. 451.

⁴⁰ François Rigaux, *La loi des juges*, op. cit., p. 8.

⁴¹ Ibrahim Salami, *art. cit.*

⁴² Dominique Breillat, « Texte de René de Lacharrière, Opinion dissidente », in Dominique Breillat, Gilles Champagne, Daniel Thome, *Théorie générale de droit constitutionnel*, LGDJ, 2003, p. 119.

⁴³ Jordelin Atipo – Oko, « L'œuvre du juge constitutionnel en Afrique noire francophone : cas du Congo et du Bénin », in *Cours constitutionnelles, pouvoirs et droits fondamentaux*, op. cit., p. 155.

⁴⁴ Adama Kpodar, « Controverse doctrinale... », in *ABJC*, op. cit., p. 703

⁴⁵ Abdoulaye Soma, « Le contrôle de constitutionnalité des normes supra législatives : note sous décision du 20 octobre 2011 », in *ABJC*, op. cit., p. 130.

⁴⁶ Adama Kpodar, « Controverse doctrinale... », in *ABJC*, op. cit., p. 711 – 712.

⁴⁷ Idem.

de la résurrection du principe d'égalité entre l'homme et la femme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

À la base, faut-il conclure, la Haute juridiction est opposée au constituant ayant rassuré les femmes de ne chercher le principe d'égalité, comme Jesus Christ, parmi les morts. Car, il est ressuscité. La Haute juridiction condamne fermement sans mot dire ce principe à la mort.

En l'espèce, saisie en conformité à l'article 180⁴⁸ C., par la *fondation SOUNGA* soutenant que les articles 121, 128, 135, 136 ne sont pas compatibles à l'égalité garantie par la constitution aux articles 15 alinéa 1^{er}⁴⁹, 17 alinéa 1^{er}⁵⁰ et 38 alinéa 1^{er}⁵¹. Le juge constitutionnel doit répondre au problème de droit qui suit : la polygamie et la différence d'âge nubile entre l'homme et la femme sont-elles contraires à la constitution ? Au quel cas, les dispositions de code de la famille qui en affirment, doivent-elles être censurées ?

Aux termes des normes constitutionnelles et législatives, le débat n'y est point. Les secondes se plaçant « en état d'apesanteur juridique »⁵² des premières. Elles sont annulables. Mais, la Haute juridiction ne le dit ou ne le veut pas. Elle se penche curieusement sur la forme de sa saisine alors qu'une décision bien avant la présente elle s'en passait et constatait rapidement sa compétence⁵³. Elle rejette la requête de la fondation en application à l'article 43 de la loi organique régissant son office⁵⁴, pour vice de forme en ce qu'elle n'est pas signée et adressée au Président de la Haute instance.

À l'analyse, deux constats ressortent de ce rejet. Le premier propice à la Cour. On peut avancer qu'il afflue d'une « politique jurisprudentielle »⁵⁵ pédagogique de la Haute juridiction, en ce sens qu'elle enseigne bien qu'avec une fermeté inouïe les rouages et les exigences de la justice constitutionnelle que le requérant ne peut ignorer et doit observer pour enclencher son action en faveur de la justice constitutionnelle. Sur le second constat mettant dos à dos la position du juge congolais à celle de ses homologues. Cette décision demeure fort critiquable. L'on n'ignore pas bien évidemment que sa préoccupation est d'imposer « à tous le respect strict des lois de la République, et ce conformément à la loi fondamentale »⁵⁶. Néanmoins, certains analystes se refuseront de faire « la ronde

⁴⁸ Art. 180 « *Tout particulier peut, ... directement, ... saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois et traités...* ».

⁴⁹ Art. 15 al. 1^{er} « *Tous les citoyens congolais sont égaux devant la loi et ont droit à la protection de l'État* ».

⁵⁰ Art. 17 al. 1^{er} « *La femme a les mêmes droits que l'homme* ».

⁵¹ Art. 38 al. 1^{er} : « *Le mariage et la famille sont sous la protection de la loi* ».

⁵² Dodzi Kokoroko, « Controverse doctrinale... », in *ABJC, op. cit.*, p. 718.

⁵³ Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie, op. cit.*, p. 839.

⁵⁴ Art. 43 de la loi organique N°28-2018 du 7 août 2018, « *La Cour constitutionnelle est saisie, à peine d'irrecevabilité, par requête écrite, adressée à son Président et signée par le requérant* ».

⁵⁵ Guy Canivet, Nicolas Molfessis, « La politique jurisprudentielle », in *La création du droit jurisprudentiel*, Mélanges Jacques BORÉ, Dalloz, 2007, p. 79 – 96.

⁵⁶ Oumarou Narey cité par Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie, op. cit.*, 831.

des autres démocraties »⁵⁷ avec cette décision teintée d'anachronisme, qui fait mal aux droits de l'homme⁵⁸. Car, comme le juge constitutionnel gabonais, dit-on, le montre en accueillant malgré les contraintes procédurales qui pèsent sur sa saisine les requêtes des citoyens mêmes frappées de vices⁵⁹. Il n'y a point aujourd'hui de cause plus juste que défendre les droits de la personne, ni plus libérale que la reconnaissance partout et à tous les niveaux de l'État de cette personne dans la plénitude de ses droits.

Ceci dit avec la « substitution de base constitutionnelle »⁶⁰ osée et réalisée dans la décision N002/DCC/SVA/18, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur l'égalité entre l'homme et la femme constitue de façon éclatante l'illustration de « l'injustice constitutionnelle »⁶¹. Bref, son délaissement.

II. UN DÉLAISSEMENT DU PRINCIPE PAR LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

La dialectique de la modernisation du juge par les systèmes juridiques reçoit les suffrages quand on voit les principes malmenés s'ériger entre les mains de ce dernier en principes en résistance⁶². Sous cette vue dont on ne peut enregistrer de l'égalité entre l'homme et la femme. « La démocratie [congolaise] est bien malade »⁶³ en ce qu'elle est avivée par les droits de l'homme⁶⁴ fondés sur l'égalité des citoyens. Qui doute la justification, par la Cour, de sa violation a-t-elle d'autre visée que la protection des prérogatives des gouvernants face aux gouvernés.

A. Une justification forcenée de la discrimination envers la femme

Désormais, la position de la Cour est claire et ne peut plus tromper. Elle est du haut de ses trois décisions sur l'égalité entre l'homme et la femme livrée et peut s'attirer avec une force incommensurable les critiques acerbes des optimistes qui maintenaient leur foi à sa virée progressiste⁶⁵ et « les railleries, à peine policées »⁶⁶

⁵⁷ Rolnafry Ngomha Buittys, « Réflexion sur le conseil supérieur de la magistrature statuant comme conseil de discipline », inédit.

⁵⁸ Dominique Rousseau, « Quand l'urgence fait mal au droit », *Actualité juridique. Collectivités territoriales*, Dalloz, 2020, p. 169.

⁵⁹ Rolnafry Ngomha Buittys, « Une belle dose d'espoir... », *op. cit.*, p. 329.

⁶⁰ Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, *op. cit.*, p. 839.

⁶¹ Anne-Marie Le Pourheit, « L'injustice constitutionnelle », in *Renouveau du droit constitutionnel*, Mél. Louis FAVOREU, Dalloz, 2007, p. 223

⁶² Godefroy Moyen, « L'actualité du principe de non – ingérence dans les affaires intérieures des États », *CADI*, 2019, p. 20.

⁶³ Georges Burdeau, « Trois ouvrages sur la démocratie : croisade ou testament ? », *RFSP*, 1964, p. 109.

⁶⁴ Dominique Rousseau, « Les droits de l'homme sont-ils antidémocratique ? », in *Les droits de l'homme à la croisée des droits*, *op. cit.*, p. 659.

⁶⁵ Ibrahim Salami, « Le traitement discriminatoire des délits du mariage devant les cours constitutionnelles béninoise et congolaise », art. cit., p. 34.

⁶⁶ Joseph Djogbénou, « L'accès à la justice constitutionnelle », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, *op. cit.*, p. 518.

des sceptiques qui moquant gentiment les premiers prédisaient la perpétuité de sa position conservatrice « à l'analyse de l'ensemble de son œuvre »⁶⁷.

L'histoire dit-on est un éternel recommencement. Celle de l'égalité entre l'homme et la femme se répète et remet en cause les innovations congolaises en matière de justice constitutionnelle⁶⁸. A l'exemple de la décision N°004/DCC/SVA/20 on ne peut pas dire que « la greffe a réussi »⁶⁹. La Cour résiste à apparaître dans le contentieux des droits fondamentaux⁷⁰ avec le nouveau « visage d'une juridiction constitutionnelle »⁷¹ qu'elle a reçu par « une véritable entreprise de chirurgie juridique »⁷² réalisée sous l'onction du constituant⁷³ et « le syndrome de l'émancipation culturelle et juridique »⁷⁴ des plus hautes autorités de l'État élevant « à la tâche de juge constitutionnel non pas essentiellement des constitutionnalistes mais ceux d'entre les juristes qui ont élaboré la constitution ou en comprennent le langage »⁷⁵. En clair, au regard de l'apport des « professeurs de droit membres du Conseil constitutionnel »⁷⁶ on a l'impression que leurs homologues nommés à la Cour congolaise font une part belle à son regard misogyne en y assurant une spécieuse « performativité du langage constitutionnel »⁷⁷. Même s'il faut sans s'appesantir sur d'autres facteurs⁷⁸ admettre que la Cour avait manifesté depuis longtemps ses appétences sexistes. Ainsi qu'on peut le soutenir avec la décision du 30 juin 2003 aux termes de laquelle la Haute instance sanctifie la réprimande pénale de l'adultère de la femme sous prétexte de sauvegarder l'intérêt général et l'état des mœurs⁷⁹.

⁶⁷ Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, op. cit., p. 837.

⁶⁸ Idem, p. 835.

⁶⁹ Jean Lecanuet cité par Dominique Rousseau, Pierre -Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 11^{ème} éd. 2016, p. 46.

⁷⁰ Frédéric Joël Aïvo, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux. Retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », art. Cit., p. 13.

⁷¹ Stéphane Bolle, « La Cour DJOBENOU ou la Cour de rupture », in *La Constitution en Afrique*, www.la-constitution-en-Afrique.com 2018, p. 7.

⁷² Adama Kpodar, Cyrille Monembou, « Décision du 22 août 2019 de la Cour constitutionnelle – Bénin. La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : Quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire », Cour constitutionnelle du Bénin, *Facebook*, 2019.

⁷³ Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, op. cit., p. 836.

⁷⁴ Godefroy Moyen, *Cours constitutionnelles, pouvoirs et droits fondamentaux*, EUE, 2020, p. 15.

⁷⁵ Frédéric Joël Aïvo, « Les constitutionnalistes et le pouvoir politique en Afrique », *RFDC*, 2015/4, p. 796.

⁷⁶ Pierre Castéra, *Les professeurs de droit membres du Conseil Constitutionnel*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, p. 21 et s.

⁷⁷ Florent Larroque, *La performativité du langage constitutionnel*, thèse de doctorat, Université Montpellier, 2016.

⁷⁸ Qu'il soit permis d'expliquer, selon Sidney Adoua Mbongo, que l'apport des professeurs que compte la Haute juridiction est absorbé et contré par deux facteurs ; ils sont minoritaires et seul le président de la Cour « a voix prépondérante en cas de partage égal des voix », selon l'article 183 C.

⁷⁹ Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, op. cit., p. 837.

Or, ce double prétexte n'en est pas moins imparable. On peut le renverser en l'attaquant par le second pour finir avec le premier. D'abord, les mœurs se forment dans la société et s'imposent moralement aux hommes. Mais, cette connexion, si elle est plus visible et au contact du peuple, ne doit pas pour autant occulter et conduire à oublier qu'elle ne fait pas la société. « Toute société, énonce l'article 16 de la Déclaration des droits l'homme en 1789, dans laquelle la garantie des droit n'est assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution ». C'est la constitution qui fait la société⁸⁰. On ne doit donc pas apprécier la garantie de tel ou tel droit relativement à l'état des mœurs pour la simple et bonne raison qu'on encourait le risque de remettre en cause « l'esprit de la constitution, l'idée de droit de la norme fondamentale »⁸¹, qui fixe en quelque sorte le baromètre des comportements humains acceptables en mœurs. « Les finalités et les évolutions de l'ordre social ainsi que l'idée de droit dominante, écrivait Kpodar, sont celles dictées par la constitution que la Cour constitutionnelle a vocation à protéger et rendre intelligible par sa lecture »⁸².

Le juge congolais dans cette décision ne pouvait donc pas empaler l'égalité dans le mariage, même au nom de l'intérêt général. Car, Jean Jacques Rousseau lui-même éminent concepteur de cette notion la concevait-il au mépris des intérêts privés ou pensait-il que c'est la somme des intérêts particuliers fondée sur l'égalité des citoyens dont les suffrages expriment la volonté générale⁸³. Sur ce, la Cour ne fait pas que « mal dire le droit »⁸⁴. Elle ne veut pas tout au plus voir le principe d'égalité des citoyens - parce que homme et femme en sont - « radicaliser la démocratie »⁸⁵ congolaise dont elle repose sur « le principe énoncé par Sieyès en 1789 : le peuple ne peut parler et ne peut agir que par ses représentants »⁸⁶.

Enfin, c'est tout clairement la manifestation de l'une des « caractéristiques les plus déplorables »⁸⁷ du juge congolais d'être à rebours de l'image d'« un gardien des droits et libertés des citoyens »⁸⁸ le protecteur des « excès des gouvernants dans l'exercice de leur compétence »⁸⁹.

⁸⁰ Dominique Rousseau, Pierre -Yves Gahdoun, Julien Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, 12^{ème} éd. 2020, p. 951 et s.

⁸¹ Adama Kpodar, « Controverse doctrinale... », in *ABJC*, *op. cit.*, p. 713.

⁸² Adama Kpodar, « Autre acte (fait sociétal), ordre public. Note sous Décision DCC 03-052 du 14 mars 2003 », in *ABJC*, *op. cit.*, p. 195.

⁸³ Jean Jacques Rousseau cité par Dominique Rousseau, *Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation*, Seuil, Débats, 2015, p. 10.

⁸⁴ Rolnafry Ngomha Buittys, « Une belle dose d'espoir ... », *op. cit.*, p. 314.

⁸⁵ Dominique Rousseau, *Radicaliser la démocratie*, *op. cit.*

⁸⁶ *Idem*, p. 27.

⁸⁷ Patrick Washmann, « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire », *Jus politicum*, La jurisprudence du Conseil constitutionnel, juillet 2018, p. 244

⁸⁸ Dominique Rousseau, « De quoi le conseil constitutionnel est - il le nom ? », art. cit, p. 3 - 4.

⁸⁹ Gérard Aïvo, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? op. cit.*, p. 543

B. Une préséance des prérogatives des gouvernants

« *Les gouvernants, d'abord !* »⁹⁰. Le message du juge constitutionnel congolais en est ainsi tiré de sa jurisprudence sur le principe d'égalité entre l'homme et la femme confirmant qu'il est « inexact de le considérer comme un vrai défenseur des libertés et des droits de l'homme »⁹¹. Il apparaît dans le paysage de la justice constitutionnelle en Afrique comme une tente dressée pour le sommeil de l'État de droit que son triomphe⁹².

En effet, à la différence de ses homologues assurant sous d'autres cieux ce qui est considéré comme la « protection de l'irréductible humain »⁹³ face aux gouvernants en allant notamment à « s'opposer de front aux choix du législateur »⁹⁴. Au Congo, le juge constitutionnel paraît encore « au service du pouvoir en place »⁹⁵ que « le dernier rempart de l'État de droit »⁹⁶. Et ce constat peut être fait par tous les commentateurs, même ceux des décisions de la Cour suprême dont l'un⁹⁷ n'a pas manqué de se saisir de la décision N°002/DCC/SVA/18 pour exprimer son scepticisme à l'égard de la Cour dont il signale l'inefficacité au fond de quelques piques serrées écrivant « les premières notes de requiem »⁹⁸ de la protection du citoyen face aux gouvernants et avertissant qu'« ordinaire et banal(e) »⁹⁹ « cette décision doit être considérée comme l'exception qui confirme la règle »¹⁰⁰. Car, « trop inféodée au pouvoir politique »¹⁰¹ la Cour en est devenue le « valet politique et technique »¹⁰² en étant « de plus

⁹⁰ En référence à une tendance populaire repris en chœur par les politiques, notamment, en Afrique depuis un moment: « Le peuple, d'abord ! ».

⁹¹ Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, op. cit., p. 836.

⁹² Hilaire Akérékoro, « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire au Bénin : une approche fonctionnelle », *Afrilex*, 2020, p. 21.

⁹³ Adama Kpodar, Cyrille Monembou, « Décision du 22 août 2019 de la Cour constitutionnelle – Bénin. La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : Quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire », art. cit.

⁹⁴ Olivier Beaud, Patrick Washmann, « Ouverture », *Jus politicum*, n° 7 – 2012, p.4

⁹⁵ Fabrice Hourquebie et Wanda Mastor, « Les cours constitutionnelles et suprêmes étrangères et les élections présidentielles », *NCCC*, n°34 – 2012, p. 143 et s

⁹⁶ S. Modeste Yombi, « L'état de l'État de droit dans le renouveau démocratique en Afrique noire francophone », in *Cours constitutionnelles, pouvoirs et droits fondamentaux en Afrique*, op. cit., p. 227.

⁹⁷ Placide Moudoudou, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative du Congo-Brazzaville*, op. cit.

⁹⁸ Adama Kpodar, Dodzi Kokoroko, « Retrait De La Déclaration Du Protocole Additionnel De La Cadhp : la contribution scientifique des professeurs Adama Kpodar et Dodzi Kokoroko au débat » - Actualité Politique - mai 7, 2020.

⁹⁹ Placide Moudoudou, « Les garanties constitutionnelles du droit congolais de la propriété », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, op. cit., p. 832.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 836.

¹⁰¹ Ibid, p. 830.

¹⁰² Abdoulaye Soma, « Le statut du juge constitutionnel africain », *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* op. cit., p. 451.

en plus tolérant[e] face aux péchés que l'État peut commettre »¹⁰³ ou en recevant ses décisions à la Résidence du Plateau¹⁰⁴.

En revenant sur la décision N°004/DCC/SVA/20 on sent bien une certaine « odeur de soufre »¹⁰⁵ s'y dégagé discrètement en dépit des « habits de la justice et du droit »¹⁰⁶ qu'elle porte. Il ne pouvait en être autrement. En l'espèce, la Cour exécute une véritable démonstration des forces qui auréolent et sous-tendent son office par un recours inédit à la Charte de 1981 qui lui permet de contrer la saisine en annulation dont elle est l'objet.

En doctrine où d'aucuns sont perplexes que d'autres s'interrogent désormais sur l'existence d'« une hiérarchie entre les normes constitutionnelles des Etats africains »¹⁰⁷. La Cour donne quitus aux prétentions de ceux-ci estimant que cette hiérarchie est avérée via cette décision en atteignant des confins que même Hans Kelsen, saint patron des juristes positivistes et normativistes¹⁰⁸, n'y avait accédé pour montrer des normes qu'il y ait celles qui sont au-dessus des autres et forment, par leur obligation de conformité à la norme supérieure, une pyramide normative¹⁰⁹.

Elle établit dans cette décision une hiérarchie entre les différentes composantes normatives ou juridiques de la *Grundnorm*¹¹⁰ *kongolesisch*, à la faveur de la remise en cause de l'égalité entre l'homme et la femme au sens de la Déclaration de 1948 par le code la famille dont elle place sous la couverture de la Charte de 1981 pour forger un « bloc de constitutionnalité à l'africaine »¹¹¹ aux termes duquel les normes inférieures et contraires à la Déclaration peuvent être validées quand elles se fondent sur la Charte. Ceci, en particulier à travers la connexion établie entre l'article 6 c/ et e/ du Protocole à la Charte relatif aux droits de la femme en Afrique et ceux du code la famille qui signale la préséance de la Charte sur tous les actes juridiques, mêmes constitutionnels régissant le mariage ou traitant de la polygamie.

¹⁰³ Adama Kpodar et Dodzi Kokoroko (dir.), *Varias autour du droit public*, Mél. Koffi AHADZI-NONOU, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2019.

¹⁰⁴ Placide Moudoudou, « La Cour constitutionnelle du Congo, Décision n°002/DCC/SVA du 13 septembre 2018, Occupation et acquisition des terres et terriens : les garanties constitutionnelles du droit de propriété », in *Droit public : fragmentation, unité et diversité*, Les éditions Hemar, 2018, p. 212.

¹⁰⁵ F. Joël Aïvo, « La Cour constitutionnelle du Bénin », in *ABJC*, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁶ Bertrand Belval, « Une décision dépourvue des habits de la justice et du droit : à propos du jugement du tribunal ecclésiastique de Lyon du 28 mai 2020, Preynat c/ X », *Gaz. Pal.* 21 juil. 2020, n° GPL382w9, p. 22.

¹⁰⁷ Miranda Metou, « Existe-t-il une hiérarchie entre les normes constitutionnelles des Etats africains », *Afrilex*, février 2019, p. 20.

¹⁰⁸ David Mongoin préface de Marie Debarb, *Michel Troper : miroir de Hans Kelsen*, Universités Saint-Étienne, Lyon 3, Lyon 2, *Mémoire de droit public*, 2013-2014, p. 8.

¹⁰⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, trad. Ch. Eisenmann, 1962, p. 113

¹¹⁰ Hans Kelsen, *op. cit.*

¹¹¹ Stéphane Bolle, « Les Cours constituantes d'Afrique », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie*, *op. cit.*, 260.

Enfin, ce qui n'est pas tout aussi négligeable, la consécration de la validité de l'article 141 du code de la famille sur le fondement d'« une coutume ancrée dans la société congolaise depuis des temps immémoriaux »¹¹² au dépens de son égalité à la femme, participe de cette dynamique la Cour reléguant la Déclaration universelle des droits de l'homme « à la périphérie normative des règles constitutionnelles »¹¹³. La coutume n'étant plus à ses yeux ce « qui s'établit conformément à la loi écrite ou qui s'applique en vertu d'un renvoi exprès de la loi »¹¹⁴.

Pour ainsi poser la plume qui a permis d'écrire cet article, parti à l'assaut de la justice constitutionnelle au Congo, en l'honneur de Guy Carcassonne pour qui « il vit – dans tous les sens du terme – et qu'il vivra – s'il doit vivre »¹¹⁵.

La sagesse tirée d'Abraham Lincoln de plaindre « l'homme qui ne sent pas le fouet quand c'est le dos d'un autre qui est frappé » doit avoir une résonance particulière pour qui se réjouit de la jurisprudence étudiée. Car, il va de soi que renier l'égalité entre l'homme et la femme, c'est aussi renier que les terriens naissent selon la formule universelle consacrée libres et égaux en dignité et en droits.

¹¹² Décision N°004/DCC/SVA/20.

¹¹³ Adama Kpodar, « Controverse doctrinale... », in *ABJC, op. cit.*, p. 711 – 712

¹¹⁴ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 18^{ème} éd., 2018, p. 2007.

¹¹⁵ Dominique Rousseau, « Une décision non commentée existe-t-elle ? ou commenter est-ce délirer ? », in *L'architecture du droit*, Mél. Michel TROPER, Economica, 2006, p. 879.