

**LE CODE DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE  
DEVANT LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU BENIN**  
*La décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002*

**Stéphane BOLLE**

Maître de conférences en droit public  
à l'Université Paul Valéry – Montpellier III

La Cour Constitutionnelle du Bénin n'est pas seulement l'arbitre respecté du jeu démocratique et le censeur des violations des droits et libertés, que la doctrine cite en exemple<sup>1</sup> et que les journaux valorisent<sup>2</sup>. Elle est aussi devenue un maillon essentiel de la chaîne de fabrication de la loi. Aucune réforme votée par l'Assemblée Nationale ne peut voir le jour sans l'aval des sept sages de Cotonou, comme on a pu le constater avec les lois de décentralisation de 1999-2000<sup>3</sup>. Sur le terrain jusque là délaissé du « droit civil de la famille, [qui] participe de la constitution sociale du pays »<sup>4</sup>, la décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 vient confirmer l'analyse. La Cour y subordonne la promulgation du Code des personnes et de la famille à sa mise en conformité avec la Constitution. La déclaration d'inconstitutionnalité la plus spectaculaire frappe la polygamie, déclarée contraire à l'égalité entre l'homme et la femme. « Une grande première en Afrique »<sup>5</sup> !

Cette « grande » décision jalonne l'exécution laborieuse d'un chantier législatif majeur, ouvert par le Président Nicéphore Soglo le 5 septembre 1995<sup>6</sup>. Selon l'exposé des motifs, le projet de Code des personnes et de la famille a pour ambition d'uniformiser le droit applicable aux Béninois, de

---

<sup>1</sup> G. CONAC, « Succès et crises du constitutionnalisme africain », in *Les Constitutions africaines publiées en langue française*, Tome 2, Paris, Bruylant, La Documentation française, 1998, pp. 15-17, M. A. GLELE, « Le renouveau constitutionnel du Bénin : une énigme ? », in *Mélanges Michel Alliot*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2000, pp. 328-330, G. BADET, *Cour Constitutionnelle et régularité des élections au Bénin*, Cotonou, Friedrich Ebert Stiftung, 2000, A. BOURGI, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, n°52, 2002, p. 740 et s., A. B. FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », *Revue électronique Afrilex*, n°03, juin 2003. V. aussi J. B. DE GAUDUSSON, « Les solutions constitutionnelles des conflits politiques », *Afrique contemporaine*, n° spécial, octobre-décembre 1996, pp. 251-256.

<sup>2</sup> Ainsi, au printemps 2003, les journaux ont publié dans leur intégralité les décisions de la Cour Constitutionnelle sur l'affaire du blocage de l'élection du bureau de l'Assemblée Nationale par Rosine Soglo, doyenne des députés de la quatrième législature et chef de file de l'opposition parlementaire.

<sup>3</sup> C. N. MBACK, « La lente décentralisation de l'Etat de droit au Bénin : dynamiques politiques et régulation constitutionnelle », *Afrique contemporaine*, n°204, p. 87 et s..

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2<sup>ème</sup> édit., Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, p. 57.

<sup>5</sup> *Wildaf West Africa News letter*, n° 14, avril 2003.

<sup>6</sup> Décret n°95-236 du 5 septembre 1995 portant transmission à l'Assemblée Nationale du projet de loi portant Code des personnes et de la famille, *Petites Feuilles Juridiques*, n°001-Décembre 1996.

mettre fin, en matière civile, au dualisme juridique hérité de la colonisation<sup>7</sup> : « les citoyens restent, près de trente cinq ans après l'indépendance, soumis les uns au droit moderne, les autres au droit traditionnel. Cette dualité ne manque pas de générer d'énormes difficultés quant à l'application effective du droit »<sup>8</sup>. Pour parfaire l'Etat de droit, le codificateur se propose d'harmoniser l'état du droit, d'en réduire les incertitudes, d'en naturaliser le contenu. Il entend écarter et les « incohérences liées à la disparité des différentes coutumes » et l'inadaptation aux « réalités nationales » du Code civil français de 1958 qui, en vigueur au Bénin, « ne donne pas toujours une réponse aux problèmes contemporains »<sup>9</sup>. Mais l'édiction d'un droit civil unifié ne répond pas seulement à un impératif technique. Le projet opte pour une codification-modification résolument moderniste, inspirée de législations européennes et africaines<sup>10</sup>, avec comme leitmotiv l'égalisation des statuts de la femme et de l'homme. Il ne s'agit toutefois pas d'abolir purement et simplement les institutions familiales coutumières, en prenant exemple sur les lois ivoiriennes de 1964<sup>11</sup>. « Les auteurs de la réforme ont eu le mérite de tenir compte des résistances sociales ; tout en élaborant un droit nouveau, ils ont su associer tradition et modernité... [Ils] ont cherché à assurer une cohabitation paisible des deux systèmes sociaux en conflit (le monde rural et le monde moderne) »<sup>12</sup>. Ce modernisme empreint d'une certaine prudence détermine le contenu des dispositions-phare du projet : « La dot a un caractère symbolique et facultatif » (article 142) ; « La forme de droit commun du mariage est la monogamie. Toutefois les futurs époux peuvent de commun accord faire une option de polygamie » (article 143).

Le principe d'un Code de la famille, évoqué à la Conférence nationale en février 1990<sup>13</sup>, semble partagé par l'ensemble de la classe politique et est retenu par la coalition qui a permis le retour au pouvoir de Mathieu Kérékou en avril 1996<sup>14</sup>. Néanmoins, la deuxième législature (1995-1999) et le second

<sup>7</sup> Sur ce phénomène, v. G. A. KOUASSIGNAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974, P. LAMPUE, « Droit écrit et droit coutumier en Afrique francophone », *Penant*, n°765, juillet-août-septembre 1979, p. 245 et s., A. N. GBAGUIDI, « Droit applicable et application du droit en République du Bénin », *B.D.I.-C.S.* (Bulletin de droit et d'information de la Cour Suprême), n°01, 1997, pp. 12-21, et *B.D.I.-C.S.*, n°02, 1997, pp. 12-24. .

<sup>8</sup> Décret n°95-236 du 5 septembre 1995, *op. cit.*

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> *Ibidem* : « Les emprunts ont été naturellement nombreux : emprunts au code civil français pour partie déjà applicable à une fraction de la population, au code civil suisse, à la loi sénégalaise, ivoirienne, congolaise, camerounaise ou togolaise notamment. »

<sup>11</sup> V. M. DUMETZ, *Le droit du mariage en Côte d'Ivoire*, Paris, LGDJ, 1975.

<sup>12</sup> G. J. R. ADIDO, *Les traits essentiels du projet de code de la famille et des personnes du Bénin*, Mémoire de DEA, Perpignan, 1998, p. 164

<sup>13</sup> Conférence Nationale des Forces Vives de la Nation 19-28 février 1990, *Synthèse des travaux de la Commission constitutionnelle et des décisions prises en séance plénière*, p. 6.

<sup>14</sup> Coalition des forces de l'alternance démocratique, *Programme de Gouvernement*, p. 63. Le programme d'action du Gouvernement Kérékou, *La Nation*, 20 mai 1997, prévoyait l'adoption en 1998 du Code des personnes et de la famille.

mandat présidentiel (1996-2001) du Renouveau démocratique s'achèvent sans la législation promise. Le blocage résulte autant de la priorité accordée par l'Assemblée Nationale à la consolidation des bases institutionnelles de la jeune démocratie qu'au conservatisme affiché par nombre de députés<sup>15</sup>. Les opposants au projet de 1995 dénoncent la duplication des normes occidentales et l'abolition implicite des institutions coutumières comme le lévirat et la polygamie. Ils relaient de la sorte les préoccupations exprimées par les hommes sur la mise en vigueur d'un code ... des femmes, générateur de désordres dans les familles. L'histoire est en passe de se répéter : les mêmes griefs ont entraîné l'abandon de deux projets de codification en 1965 et 1973. Mais, avec la marche des femmes sur le palais des gouverneurs, le 12 avril 2002, le processus législatif redémarre, sept ans après son engagement. L'Assemblée Nationale entame le 15 avril l'étude du projet de Code des personnes et de la famille. Menée tambour battant par le Président Adrien Houngbédji, malgré un recours dilatoire à la Cour Constitutionnelle<sup>16</sup>, la discussion parlementaire s'achève le 7 juin. La loi n°2002-07 est adoptée par 44 députés seulement sur un total de 83 ; seule Rosine Soglo, l'épouse de l'ancien chef de l'Etat, vote contre. Le projet de 1995 été largement amendé, parfois sur la proposition de l'épiscopat catholique<sup>17</sup> : attribution à l'épouse du nom de son mari ; suppression du caractère facultatif de la dot ; option obligatoire des futurs époux pour la monogamie ou la polygamie ; possibilité de célébrer un mariage religieux avant le mariage civil ; choix de la séparation des biens comme régime matrimonial de droit commun... Ces modifications expriment la volonté des députés « d'intégrer les valeurs traditionnelles positives », de refuser « un code conçu à partir de la famille outre Atlantique »<sup>18</sup>, de conserver une partie au moins de l'ordre familial patriarcal<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Bruno Amoussou, Président de l'Assemblée Nationale, lors de l'ouverture de la première session ordinaire de l'année 1997, *La Nation*, 9 avril 1997, synthétise l'attentisme parlementaire à l'égard du projet de Code : « Les problèmes abordés dans ce projet de loi touchent aux fondements de notre société. Aussi devons-nous faire preuve de réalisme et de prudence pour éviter les réactions qui rendraient socialement difficiles l'application de la loi » ; mais « L'intérêt majeur des populations passe aujourd'hui par le vote des lois portant organisation de l'administration territoriale ».

<sup>16</sup> Le 30 avril 2002, un simple citoyen tente d'interrompre la procédure parlementaire en saisissant la Cour Constitutionnelle d'un « recours en incompétence de l'Assemblée Nationale à voter le projet de Code des personnes et de la famille » : le requérant critique un projet qui « si l'on n'y prend garde fragilisera plus de familles et posera plus de problèmes qu'il n'en résoudra » et considère que le projet, parce qu'il est « la véritable Constitution de [la] Nation », doit être soumis au peuple béninois par référendum. La Cour déclare irrecevable le recours par décision DCC 02-120 du 4 septembre 2002.

<sup>17</sup> L'église catholique avait critiqué le projet de Code, revendiqué la préservation des valeurs essentielles de la famille africaine et, en conséquence, proposé des amendements transmis, le 6 mai 2002, à l'Assemblée Nationale par Monseigneur Lucien Agboka, Evêque d'Abomey (*Beningate*, 8 mai 2002, et *Le Matinal*, 10 mai 2002).

<sup>18</sup> Expressions empruntées au député Jérôme Sacca Kina, *Le Matinal*, 11 juin 2002. La plupart des commentateurs ignorent le positionnement des parlementaires sur le contenu des lois et surestiment le mimétisme législatif. V. par ex., D. ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du Droit », *Penant*, n°842, janvier-mars 2003, p. 88 et s..

<sup>19</sup> E.-H. S. M. LAWANI AGUEMON, « L'apport de l'article 124 de la Loi Fondamentale au statut matrimonial de la femme en République populaire du Bénin », *R.B.S.J.A.* (Revue Béninoise de Sciences Juridiques et Administratives), n°12, juin 1989, pp. 15-25, souligne la prééminence de l'homme sur la femme dans la réalité socio-juridique béninoise découlant tant du droit traditionnel que du droit moderne hérités de la colonisation. B. ADJAMAGBO-JOHNSON, *Inégalités de droits*.

La version parlementaire du Code et sa correction juridique, ne pouvaient être remis en cause que devant et par la Cour Constitutionnelle.

Dès le 14 juin 2002, le réseau WILDAF/Bénin annonce son intention de saisir la Haute juridiction, sitôt le Code promulgué<sup>20</sup>, pour atteinte à l'égalité de tous devant la loi<sup>21</sup>. Avant que cette hypothétique action puisse être intentée, la loi en instance de promulgation fait l'objet de deux requêtes. Le 20 juin, le Président de la République introduit devant la Cour Constitutionnelle une « Demande d'une décision de conformité avec la Constitution de la loi n°2002-07 portant Code des personnes et de la famille »<sup>22</sup>. Le demandeur n'articule aucun grief d'inconstitutionnalité. Mathieu Kérékou se conforme à l'interprétation de la Constitution<sup>23</sup> qu'il fait depuis 1998 : il est du devoir du chef de l'Etat de provoquer l'examen systématique par la Cour de toute loi avant sa promulgation<sup>24</sup>. La saisine présidentielle est redoublée le 24 juin d'une saisine parlementaire : le député Rosine Soglo, comme elle l'a indiqué dans son explication de vote, défère « à la censure de la Haute Juridiction » cinq articles du Code, en développant sommairement la plupart des griefs d'inconstitutionnalité énoncés par le réseau WILDAF/Bénin<sup>25</sup>. C'est à l'issue de longues délibérations<sup>26</sup>, les 13, 14, 15, 21 novembre, 16, 17, 18, et 23 décembre 2002, que la Cour Constitutionnelle rend la décision DCC 02-144. Sur les 1033 articles du Code, 38 dispositions sont jugées « conformes à la Constitution sous réserve de certaines observations » (article 1<sup>er</sup>) et 32 autres inconstitutionnelles (article 2). La Cour valide donc la plupart des articles du

---

*Coexistence des droits : coutume et droit moderne, pour ou contre l'égalité ?*, communication au Colloque international Genre, population et développement en Afrique, Abidjan, 16-21, juillet 2001, démontre que l'utilisation sélective des règles modernes et coutumières conforte la domination masculine. Cette situation tranche avec les traditions pré-coloniales marquées par le matriarcat, si l'on en croit S. S. M. KANJI et F. K. CAMARA, *L'union matrimoniale dans la tradition des peuples noirs*, Paris, L'Harmattan, 2000.

<sup>20</sup> Une action en inconstitutionnalité de ce type visant une loi en vigueur pour violation des droits et libertés est régie par la Constit., art. 3 al. 3 *in fine* (« Tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour Constitutionnelle contre les lois... ») et 122 (« Tout citoyen peut saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois ... directement... »), et par la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 modifiée par la loi du 31 mai 2001, art. 22 (« De même sont transmis à la Cour Constitutionnelle ... par toute association ou organisation non gouvernementale de défense des droits de l'homme, les lois ... censé(e)s portant atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques... »).

<sup>21</sup> *Wildaf West Africa Newsletter*, n°11, juillet 2002.

<sup>22</sup> Tel est l'objet indiqué dans la lettre n°203-C/PR/CAB/SP du 20 juin 2002, source : Cour Constitutionnelle.

<sup>23</sup> Constit., art. 117 : « La Cour Constitutionnelle statue obligatoirement sur : \* la constitutionnalité ... des lois en général avant leur promulgation » ; art. 121 al. 1 : « La Cour Constitutionnelle, à la demande du Président de la République..., se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation ».

<sup>24</sup> Conceptia D. Ouinsou, Présidente de la Cour Constitutionnelle, entretien, Perpignan, 12 septembre 2003, considère en conséquence que *de facto* le régime de la loi ordinaire tend à s'aligner en pratique sur celui de la loi organique : de facultatif, le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires deviendrait obligatoire.

<sup>25</sup> Lettre du 24 juin 2002, source : Cour Constitutionnelle. Selon la Constit., art. 121 al. 1, « tout membre de l'Assemblée Nationale » peut déférer à la Cour une loi avant sa promulgation. C'est à tort que Rosine Soglo a fondé également son droit de saisine sur la Constit., art. 3 prévoyant l'action en inconstitutionnalité de tout citoyen contre une loi promulguée.

<sup>26</sup> Le caractère volumineux du Code des personnes et de la famille (1033 articles !) peut justifier le délai de six mois qui s'est écoulé entre la saisine de la Cour Constitutionnelle et la finalisation de la décision DCC 02-144. Les lenteurs du contrôle de constitutionnalité sont habituelles. La Cour, dans sa décision DCC 02-29 du 10 avril 2002, a rejeté une plainte portant sur le délai de 9 mois qu'elle avait accusé pour contrôler une loi de finances. Cette jurisprudence, justifiée par l'encombrement du rôle de la Cour Constitutionnelle, est néanmoins contraire à la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 modifiée par la loi du 31 mai 2001, art. 20, al. 3 : « La Cour Constitutionnelle doit se prononcer dans un délai de quinze (15) jours »...

Code, dont trois contestés par Rosine Soglo (article 3). Mais elle considère que les dispositions affectées par sa décision d'invalidation partielle sont inséparables de l'ensemble du texte de loi (article 4) : le Code tant attendu ne pourra être promulgué qu'après avoir été purgé de tout vice d'inconstitutionnalité par le législateur<sup>27</sup>.

La décision DCC 02-144 permet d'appréhender l'attitude du juge constitutionnel béninois à l'égard d'une loi nouvelle tranchant de grandes questions de société<sup>28</sup>. Toute codification étant l'expression d'un pouvoir politique souverain<sup>29</sup>, l'intensité du contrôle de constitutionnalité du Code des personnes et de la famille mérite examen. A cet égard, la Cour Constitutionnelle fait d'abord preuve d'une certaine retenue en confortant la liberté des élus du peuple de codifier (I). Cependant, la décision commentée porte surtout la marque d'un incontestable « activisme » : la Cour s'autorise à corriger l'œuvre de codification en imposant « son » orthodoxie juridique (II) ; elle censure des dispositions essentielles du Code, en décidant non sans hardiesse que l'égalité entre les époux impose de bouleverser les mœurs familiales (III). C'est là le signe de la pérennité d'une politique jurisprudentielle audacieuse : « Conjuguant les rôles de « législateur négatif » et de « législateur positif », la Cour Constitutionnelle exerce sur le champ juridique et politique une influence, qui outrepassé les prévisions textuelles de la Constitution, mais répond à la nécessité de voir fonctionner un organe d'experts régulateur de la création du droit »<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Conformément à la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 modifiée par la loi du 31 mai 2001, art. 30 : « Dans le cas où la Cour Constitutionnelle déclare que la loi dont elle est saisie contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée ».

<sup>28</sup> Pendant de nombreuses années, la dimension politique de la Constitution a été au cœur de la jurisprudence constitutionnelle. V. en ce sens, S. BOLLE, *Le bloc de constitutionnalité au Bénin et au Gabon*, communication au 4<sup>ème</sup> congrès français de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, juin 1999, pp. IV et s.. Avant la décision commentée, quelques décisions sur des textes anciens en vigueur attestaient de l'importance croissante de la dimension sociale de la Constitution : par ex., la décision DCC 99-051 du 13 octobre 1999, Rec. p. 191, confirmée par la décision DCC 99-054 du 29 décembre 1999, Rec. p. 205, reconnaît la constitutionnalité de la peine de mort encourue aux termes du Code pénal, art. 381 al. 1<sup>er</sup>.

<sup>29</sup> B. OPPETIT, « De la codification », in *La codification*, B. Beignier, (dir.), Paris, Dalloz, 1996, p. 8.

<sup>30</sup> S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la Constitution*, thèse de droit public, Montpellier, 13 décembre 1997, p. 709.

## **I. LE LEGISLATEUR CONFORTE**

### ***La reconnaissance de la liberté de codification***

La représentation nationale légifère librement dans le respect de la Constitution du 11 décembre 1990 ; c'est pourquoi « le juge ne doit s'opposer à la loi que s'il y est véritablement contraint »<sup>31</sup>. La Cour Constitutionnelle, dans sa décision DCC 02-144, adopte une attitude de réserve pour reconnaître à l'Assemblée Nationale la liberté de doter le Bénin du Code des personnes et de la famille de son choix. D'une part, elle admet implicitement mais nécessairement que le l'Assemblée peut à son gré disposer des coutumes en vigueur (A) ; d'autre part, elle laisse à l'Assemblée une marge importante d'appréciation, en repoussant certains moyens d'inconstitutionnalité de Rosine Soglo (B).

#### **A. Les coutumes à la discrétion du législateur**

Parmi les conclusions soulevées d'office par la Cour Constitutionnelle ne figure pas la question suivante : le législateur a-t-il bien le pouvoir de modifier ou d'abroger comme il l'entend les coutumes ? Autrement dit, la Constitution ne consacre-t-elle pas le dualisme juridique, la coexistence entre le droit moderne légiféré par l'Assemblée Nationale et le droit traditionnel légué par le colonisateur ? De la réponse à cette question dépendent le sort de la codification entreprise et son périmètre, puisque, aux termes de l'article 1032 de la loi n°2002-07, « Les coutumes cessent d'avoir force de loi, en toutes matières régies par le présent code ». La Cour considère en substance que le législateur peut opter pour l'extinction partielle ou totale du droit traditionnel, dès lors qu'elle déclare conforme à la Constitution l'article 1032. Cette solution ne va pas de soi ; elle sert la volonté stratégique du juge de conforter l'avènement d'un droit civil uniforme.

La Constitution du Bénin, contrairement à d'autres chartes africaines<sup>32</sup>, ignore les autorités traditionnelles et évoque incidemment les règles coutumières. Les constitutions postcoloniales du Bénin, y compris celle de 1990, ont maintenu en vigueur le droit colonial, sous la double réserve de sa constitutionnalité et de sa modification par des lois nouvelles<sup>33</sup>. Le constituant postcolonial, en consacrant la continuité législative de manière ininterrompue

<sup>31</sup> F. HAMON, C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 153.

<sup>32</sup> V. par ex. Togo, Constit. 1992 modifiée, titre XII, et Tchad, Constit. 1996, titre VI, Chapitre II, et titre XII.

<sup>33</sup> R. DEGNI-SEGUI, « Codification et uniformisation du droit », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome I « L'Etat et le droit », Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 453. V. Constit. 1959, art. 58, 1960, art. 76, 1964, art. 102, 1968, art. 108, et 1990, art. 158.

depuis 1959, et le législateur postcolonial, par son inertie, ont laissé subsister le droit traditionnel épargné par le colonisateur. Reste à savoir si la Constitution autorise l'Assemblée Nationale à abolir le dualisme juridique, à abroger toutes les coutumes qui feraient double emploi avec le Code des personnes et de la famille. Il est permis d'en douter à la lecture de l'article 98 alinéa 1 3<sup>ème</sup> tiret : « Sont du domaine de la loi les règles concernant : ... - la procédure selon laquelle les coutumes seront constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la Constitution ». Cette clause de compétence législative<sup>34</sup> est généralement considérée comme condamnant sans appel le droit traditionnel : « Les principes fondamentaux contenus dans les constitutions africaines n'étant que ceux découlant de la philosophie et de l'idéologie occidentales, l'harmonisation en question ne peut que signifier l'abrogation, la modification ou la dénaturation des coutumes »<sup>35</sup>. Cette interprétation ne paraît pas totalement conforme à la lettre de la Constitution qui se borne à attribuer au législateur la compétence d'organiser le recensement authentique des coutumes et de programmer leur compilation, en conformité avec les exigences de la hiérarchie des normes. Au terme d'un processus comparable à celui ayant conduit à la parution du Coutumier du Dahomey en 1933<sup>36</sup>, le législateur déciderait la mise à l'écart formelle des coutumes inconstitutionnelles que la clause de continuité législative rend déjà inapplicables. Dès lors, la codification-compilation<sup>37</sup> envisagée par la Constitution ne condamne pas les coutumes en tant que source du droit. Elle paraît au contraire impliquer l'existence d'une pluralité de coutumes et la coexistence de ces coutumes avec le droit moderne, dans une totale subordination à la « norme des normes ». Seulement, comment concilier la reconnaissance du pluralisme juridique avec l'article 98 alinéa 1 2<sup>ème</sup> tiret de la Constitution suivant lequel la loi règle « la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » ?

La Cour Constitutionnelle, en validant l'article 1032 du Code, donne à penser qu'il appartient à l'Assemblée Nationale et à elle seule de trancher entre les différentes options possibles de politique législative, y compris celle de l'éradication complète des coutumes. Mais le souci apparent de ménager le législateur s'inscrit dans une stratégie jurisprudentielle : favoriser l'abolition d'un dualisme juridique qui est la source d'inégalités au détriment des femmes

<sup>34</sup> Une clause similaire figurait dans les Constit. 1960, art. 41, 1964, art. 61, et 1968, art. 63.

<sup>35</sup> R. DEGNI-SEGUI, *op. cit.*, p. 466.

<sup>36</sup> V. Centre d'études historiques et scientifiques de l'AOF, *Coutumiers juridiques de l'AOF*, tomes 1 et 2, Paris, Larose, 1939.

<sup>37</sup> Sur cette notion et son histoire européenne, v. R. CABRILLAC, *Les codifications*, Paris, PUF, 2002, p. 10 et s..

et de manipulation des règles de droit au profit des hommes<sup>38</sup>. Une première brèche a été subrepticement ouverte par la décision DCC 96-063 du 26 septembre 1996<sup>39</sup> : la Cour a refusé de statuer sur la constitutionnalité du Coutumier du Dahomey, au motif qu'il « n'a pas force exécutoire » ; de la sorte, l'invocation par<sup>40</sup> et devant les tribunaux de cette compilation coloniale de coutumes, souvent discriminatoires<sup>41</sup>, a été désavouée. Avec la décision DCC 02-144, un nouveau palier est franchi : la Cour Constitutionnelle, pour cautionner l'avènement d'un droit civil uniforme, refuse de donner un ancrage constitutionnel au droit traditionnel; elle s'appuie même sur l'abrogation des coutumes par l'article 1032 du Code des personnes et de la famille ... pour dénier au législateur le pouvoir de maintenir la polygamie (considérants 7 et 18, paragraphe 2). La Cour avalise donc l'entreprise de codification dans la mesure où elle purge le droit positif des coutumes inconstitutionnelles. Dans ces limites, elle permet à l'Assemblée Nationale de légiférer en choisissant « une voie modérée faite de concessions au droit coutumier sur un fond résolument moderniste »<sup>42</sup>.

## **B. La marge d'appréciation du législateur**

Le Code des personnes et de la famille est marqué par l'attitude des députés : « Dans la mesure où ils entend[aient] décoloniser le droit en affirmant les spécificités africaines, ils [étaient] portés à les traiter avec révérence ou à s'y référer avec intérêt »<sup>43</sup>. Rosine Soglo invitait la Cour Constitutionnelle à censurer la reformulation conservatrice du projet de 1995. La Cour, pour valider les articles 126, 168 alinéa 3 et 185, oppose à la requérante la liberté de choix que la Constitution reconnaît à l'Assemblée Nationale. Elle conforte également la marge d'appréciation du législateur lorsqu'elle « sauve » l'article 335 d'une interprétation inexacte.

<sup>38</sup> B. ADJAMAGBO-JOHNSON, *Inégalités de droits. Coexistence des droit : coutume et droit moderne, pour ou contre l'égalité ?*, op.cit..

<sup>39</sup> Rec., p. 275.

<sup>40</sup> V. Cour suprême du Dahomey, Chambre judiciaire, 25 juillet 1974 et 20 décembre 1974, note P. LAMPUE, *Penant*, n°756, avril-mai-juin 1977, p. 203 et s..

<sup>41</sup> Coutumier du Dahomey, art. 68 : « Le mariage est fait non par les intéressés mais par leur père, à défaut de celui-ci par son frère aîné ou à défaut de frère par le Chef de famille » ; art. 122 : « Les relations au cours du mariage sont placées sous la règle de l'obéissance au mari » ; art. 127 : « La femme n'a aucun pouvoir juridique » ; art. 135 : « L'adultère n'est interdit qu'à la femme.- Dans ce cas il est considéré comme un vol d'une femme par le complice » ; art. 162 : « La femme, après la mort de son mari, est généralement héritée. Elle épouse l'héritier naturel de son mari » ; art. 270 : « Lorsque la coutume admet la succession des femmes (filles ou sœurs), celles-ci ont toujours une part moins importante sauf si elles héritent de leur mère ».

<sup>42</sup> A. N. GBAGUIDI, « De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise », *R.B.S.J.A.*, n° spécial, octobre 1995, p. 33.

<sup>43</sup> S. MELONE, « Introduction », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 6 « Droit des personnes et de la famille », op.cit., p. 19.



Le régime présidentiel béninois repose sur la souveraineté fonctionnelle de l'Assemblée Nationale qui fait seule la loi pourvu qu'elle respecte la Constitution<sup>44</sup>. Rosine Soglo contestait ouvertement cette maxime fondamentale : elle pressait la Cour Constitutionnelle de « constater » que l'Assemblée avait commis une « violation de la Constitution par omission », en décidant « la suppression pure et simple » de l'alinéa 3 de l'article 126 du projet de loi déposé par le Président Soglo<sup>45</sup>. L'alinéa supprimé consacrait la primauté du mariage civil sur le mariage religieux : « Les ministres du culte ne peuvent procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage avant qu'il ne leur ait été présenté un certificat de mariage ». La Cour déclare le moyen inopérant, au motif que la loi votée ne saurait être contrôlée au regard du projet dont elle est issue. En la forme, elle protège à juste titre le droit d'amendement que la Constitution réserve aux députés<sup>46</sup>. Seulement, au fond, la Cour homologue le choix par l'Assemblée Nationale d'une laïcisation tempérée du mariage : le principe constitutionnel de la laïcité de l'Etat<sup>47</sup> ne commande pas au législateur de retenir la règle française de l'antériorité du mariage civil, dès lors « qu'en tout état de cause, aux termes de l'article 126 alinéa 2 de la loi déferée : « Seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets légaux » » (considérant 7). C'est là une concession notable aux ministres du culte : un mariage religieux pourra être célébré à n'importe quel moment, sans que pèse sur l'officiant l'obligation de s'assurer du respect de la loi, en particulier de l'âge nubile et du libre consentement à l'union<sup>48</sup>. Le risque est alors grand, selon le député Béatrice Lakoussan, d'ouvrir « la porte au mariage forcé et à tous les abus. Ainsi, comme par le passé, des vieux de soixante ans peuvent faire un mariage religieux avec des filles de douze ans »<sup>49</sup>. Marie-Elise Gbédo, ex-candidate à l'élection présidentielle de 2001, a aussi souligné qu'en cas de mariage exclusivement religieux, le décès de l'homme priverait la femme de tout droit d'ordre patrimonial<sup>50</sup>. Enfin, la décision DCC 02-144 ne solutionne pas la contradiction entre la règle nouvelle votée par l'Assemblée Nationale et les articles 199 et 200 du Code pénal Bouvenet qui punissent le fait pour un ministre du culte de procéder aux cérémonies religieuses d'un mariage sans avoir la preuve du mariage civil.

<sup>44</sup> S. BOLLE, *op. cit.*, p. 516 et s..

<sup>45</sup> Lettre du 24 juin 2002, *op. cit.*.

<sup>46</sup> Constit. 1990, art. 103 : « Les députés ont le droit d'amendement ».

<sup>47</sup> Constit. 1990, art. 2 al. 1 : « La République du Bénin est ... laïque... » et art. 23 al. 2<sup>ème</sup> phrase : « L'exercice du culte et l'expression des croyances s'effectuent dans le respect de la laïcité de l'Etat ».

<sup>48</sup> La Cour Constitutionnelle ne tient pas compte de la seconde branche du moyen de Rosine Soglo : « tout mariage religieux doit répondre à un minimum de conditions légales : l'âge de majorité et le consentement exempt de toute pression pour les futurs époux. La loi doit imposer aux ministres du Culte religieux ce contrôle minima », *in* Lettre du 24 juin 2002, *op. cit.*.

<sup>49</sup> Dépêche IPS, Cotonou, 11 juin 2002.

<sup>50</sup> *Ibid.*.

Doit-on considérer que l'article 1031 de la loi n°2002-07 abrogeant toutes les dispositions antérieures contraires au Code supprime également l'infraction pénale ? Au total, la Cour Constitutionnelle, refusant d'apprécier les conséquences pratiques de l'article 126 amendé du Code des personnes et de la famille, exerce un contrôle très mesuré qui préserve la liberté du législateur.

La Cour procède de manière similaire s'agissant des articles 168 alinéa 3 et 185 du Code relatifs au régime matrimonial de droit commun. Rosine Soglo reprochait en substance à l'Assemblée Nationale d'avoir refondu le projet de 1995. Celui-ci s'inscrivait, comme souvent en Afrique de l'Ouest, dans « la recherche d'une corrélation entre le statut matrimonial légal et la forme de mariage autorisé »<sup>51</sup> : au mariage monogamique ordinaire était associé le régime de la communauté réduite aux acquêts, au mariage polygamique optionnel le régime de la séparation des biens. Rosine Soglo critiquait la constitutionnalité de la version parlementaire du Code plaçant les époux, à défaut de contrat, et quelle que soit la forme de leur mariage, sous un unique régime matrimonial : la séparation des biens. La Cour Constitutionnelle repousse le moyen en restituant la « lettre » et « l'esprit » du Code. Elle respecte ostensiblement le pouvoir du législateur de choisir un « modèle social, un modèle où la société exprime son idéal quant aux relations pécuniaires entre les époux »<sup>52</sup>. La Cour justifie sa retenue en se basant sur l'article 165 du Code qui consacre la liberté des conventions matrimoniales : les futurs époux sont libres de faire, par contrat de mariage devant notaire, toutes sortes de stipulations dans le respect des bonnes mœurs et des dispositions légales d'ordre public ; ils peuvent donc opter pour le régime de la communauté réduite aux acquêts, réputé plus protecteur du conjoint sans activité professionnelle ou patrimoine propre (considérant 12). L'analyse est juste en théorie mais discutable si l'on s'interroge sur les effets concrets d'une telle législation. La rédaction d'un contrat de mariage ne constitue qu'une faculté ; il est donc très probable que la plupart des couples mariés seront soumis à la séparation des biens, régime matrimonial de droit commun. Or, « pour les femmes qui ne travaillent pas, celles qui restent au foyer et celles qui ont des salaires modestes, ce régime peut apparaître comme un véritable traquenard et une source réelle d'injustice... le jour de la liquidation, elle n'aura pratiquement rien »<sup>53</sup> ; il n'offre une vraie protection que dans certains milieux aux conjoint(e)s fortuné(e)s. Par ailleurs, la Cour

<sup>51</sup> J. CODJOVI, « Le régime matrimonial légal dans les législations nouvelles des Etats francophones de l'Afrique de l'Ouest (Côte d'Ivoire, Mali, Sénégal, Togo) », *R.B.S.J.A.*, n°8, mai 1987, p. 21.

<sup>52</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>53</sup> J. CODJOVI, *op. cit.*, p. 29.

Constitutionnelle admet la constitutionnalité d'une solution pratiquée au Bénin par la plupart des ethnies et « parfaitement adaptée au système matrimonial polygamique car elle évite toute confusion entre les patrimoines des différentes épouses et simplifie les opérations du partage à la dissolution d'une ou de plusieurs unions contractées par un polygame »<sup>54</sup>. Cette tolérance surprend puisque la Cour, dans la décision commentée, s'attache à libérer la femme du carcan d'un droit traditionnel souvent discriminatoire et, en particulier, à abolir la polygamie...En validant les articles 168 alinéa 3 et 185 du Code des personnes et de la famille, la Cour reconnaît donc au législateur le droit de puiser dans le vieux fonds coutumier, quitte à ce que soit introduit un germe d'incohérence dans les principes du nouveau droit.

Pour écarter le moyen d'inconstitutionnalité portant sur l'action en justice ouverte à l'enfant né hors mariage, la Cour Constitutionnelle se réfère aussi à « la lettre » et à « l'esprit » du Code (considérant 15). Rosine Soglo, contrairement au réseau WILDAF/Bénin, ne contestait pas la suppression par l'Assemblée Nationale de l'action à fins de subsides<sup>55</sup>. Elle soutenait par contre que l'article 335, « en violation des droits fondamentaux de la personne humaine », ne permettait pas à « tout prétendu enfant, une fois arrivé à l'âge de sa majorité » d'intenter une action en recherche de paternité naturelle « pour retrouver sa dignité d'être humain »<sup>56</sup>. La Cour repousse le grief en procédant à une lecture combinée des dispositions pertinentes du Code : l'article 335 ne fait pas figurer au titre des fins de non-recevoir de l'action la qualité de majeur du demandeur ; en revanche, l'article 336 réglementant le délai pour agir, prévoit dans son alinéa 4 que l'enfant peut intenter l'action dans les deux années qui suivent sa majorité. Le moyen manque en fait ; la requérante a commis une erreur manifeste d'interprétation, l'intention du législateur, strictement identique à celle des auteurs du projet de 1995, ne souffrant d'aucune ambiguïté. La Cour Constitutionnelle met donc en évidence la signification univoque d'un article parfaitement conforme à la Constitution ; elle conforte le législateur dans son entreprise en invitant les juridictions civiles à respecter l'interprétation qu'elle énonce.

---

<sup>54</sup> S. MELONE, « Les effets du mariage dans l'ordre des rapports patrimoniaux », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 6, *op. cit.*, p. 240.

<sup>55</sup> Rosine Soglo précisait dans sa lettre du 24 juin 2002, *op.cit.*, que « [l']action en recherche de paternité n'est pas à confondre, mais à distinguer de l'action à fins de subsides consacrée par les art. 337, 338, 339 et 340, de la section 3, supprimés ». Elle approuvait donc la suppression de la faculté offerte à « l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie » de « réclamer des aliments à toute personne ayant eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de la conception ». Elle se démarquait ostensiblement du réseau WILDAF/Bénin, in *WILDAF Africa Newsletter* n°11, juillet 2002, selon lequel « en prétendant sauvegarder la morale et les bonnes mœurs, les députés favorisent plutôt la délinquance »

<sup>56</sup> Lettre du 24 juin 2002, *op. cit.*.

La Cour confirme par la décision DCC 02-144 qu'en principe « elle ne peut se prononcer sur l'opportunité de la loi »<sup>57</sup> : l'Assemblée Nationale détermine à son gré le contenu du Code des personnes et de la famille, dans le respect de la Constitution. Mais la reconnaissance de la liberté de codification occupe une place marginale dans la décision commentée. La Cour entend surtout participer à l'œuvre de codification en imposant au législateur de procéder à des corrections et en censurant en partie sa « copie ».

## **II. LE LEGISLATEUR CORRIGE** ***L'imposition d'une orthodoxie juridique***

Les sept sages de Cotonou développent depuis 1993 une politique jurisprudentielle audacieuse : « Rien que la Constitution mais toute la Constitution » : tel est le mot d'ordre des activistes. Ils se réfèrent à l'esprit du texte et à la volonté implicite de ses auteurs »<sup>58</sup> pour pratiquer un contrôle maximaliste des lois<sup>59</sup>. C'est ainsi que la Cour Constitutionnelle recourt à la technique de la déclaration de constitutionnalité sous réserve de ses observations<sup>60</sup> pour enjoindre au législateur d'éliminer les « erreurs » commises en méconnaissance d'une certaine orthodoxie juridique. Le dix septième considérant de la décision DCC 02-144 expose longuement les résultats de l'évaluation experte de la cohérence et de la pertinence du Code des personnes et de la famille. Au terme de cette évaluation, la Cour subordonne la promulgation de la loi n°2002-07 à l'adoption pure et simple soit du formalisme juridique qui a sa préférence (A), soit des propositions de normes rédigées par elle (B).

---

<sup>57</sup> Décision 7 DC du 14 mai 1992, Rec. p. 39.

<sup>58</sup> F. HAMON, C. WIENER, *op. cit.*, p. 66.

<sup>59</sup> S. BOLLE, *op. cit.*, p. 717 et s..

<sup>60</sup> La déclaration de constitutionnalité sous réserve d'observations consiste pour la Cour Constitutionnelle du Bénin à enjoindre au législateur de « corriger » la loi initialement votée. Elle se distingue donc de la déclaration d'inconstitutionnalité sous réserve d'interprétation par laquelle le Conseil Constitutionnel français « sauve » une loi en la déclarant conforme à la constitution à la condition que les autorités d'application de cette loi adoptent l'interprétation indiquée par le Conseil. V. A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999.

### A. La sanction des incorrections formelles

La Cour Constitutionnelle procède à un contrôle de la qualité formelle du Code des personnes et de la famille. L'intelligibilité de la loi apparaît comme une condition *sine qua non* de sa constitutionnalité dans un Etat de droit<sup>61</sup>. Ce contrôle inhabituel pour une juridiction constitutionnelle s'avère très utile à la garantie d'un « mieux-disant législatif » minimal : en Afrique, comme partout dans le monde, les « codes adoptés le sont dans la précipitation, regorgeant de scories de toutes sortes y compris de fautes d'orthographe »<sup>62</sup> et « le temps gagné par le rédacteur est chèrement payé par les interprètes et les justiciables »<sup>63</sup>. Dans la décision DCC 02-144, la Cour ordonne au législateur d'une part, de corriger des renvois impropres, d'autre part, de clarifier certains énoncés, enfin, d'employer une langue juridique orthodoxe.

La Cour Constitutionnelle astreint l'Assemblée Nationale « à une hygiène du renvoi »<sup>64</sup> : elle traque tous les renvois qui affectent grossièrement la lisibilité, l'applicabilité du Code. La Cour met d'abord à l'index les renvois internes manifestement erronés. Ainsi, à l'article 71 *in fine*, doit être éliminé un de ces « renvois orphelins qui débouchent sur le vide »<sup>65</sup> : le législateur ne saurait viser l'alinéa 4 de l'article 126 qui n'en comporte plus que trois, par suite de sa décision d'amputer le projet de l'alinéa 3 dudit article interdisant la célébration d'un mariage religieux avant le mariage civil... La Cour Constitutionnelle relève également que l'article 334, qui énonce les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité naturelle, est subdivisé en tirets et non en alinéas ; l'article 336 alinéa 3 doit donc être réécrit pour se référer aux dispositions correctement désignées. La Cour sanctionne ensuite les renvois internes incomplets : l'art. 69 *in fine* fait obligation à l'officier d'état civil d'inscrire l'acte de mariage sur un registre spécial et d'en faire mention d'office en marge de l'acte de naissance de chacun des époux par référence au seul article 50 alors que la seconde opération est régie par l'article 49 ; l'article 984 alinéa 2, 2<sup>ième</sup> ligne sur le mariage en la forme diplomatique ou consulaire vise « ces autorités » alors qu'aucune disposition antérieure ne permet d'identifier lesdites autorités... Enfin, la Cour invalide les renvois externes à des textes inexistantes : l'article 277 vise « la loi sur le mariage »

<sup>61</sup> Cette condition de constitutionnalité est une très lointaine parente de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi consacré en France par le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999, *Journal officiel de la République française*, p. 19041.

<sup>62</sup> R. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 257.

<sup>63</sup> A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée*, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Springer, 1988, p. 105.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

alors que le Code des personnes et de la famille régit la matière ; les articles 399 alinéa 2, 3<sup>ème</sup> ligne et 604 visent le « code des obligations civiles et commerciales » alors que ledit code n'est pas encore élaboré.

La Cour Constitutionnelle s'assure que « la loi soit claire, c'est-à-dire qu'elle fasse naître dans l'esprit une idée qui représente exactement la volonté du législateur »<sup>66</sup>. A ce titre, elle ordonne d'abord à l'Assemblée Nationale de corriger des erreurs matérielles grossières qui obscurcissent le sens littéral de certaines dispositions du Code : à l'article 32 alinéa 2, il est manifeste que « Lorsque l'absent reparaît avant le jugement déclaratif de décès, le nouveau mariage que son conjoint aurait obtenu *ne lui est pas opposable* », alors qu'il est écrit « ... lui est opposable » ; à l'article 37 alinéa 2, le procureur de la République, avisé par l'officier de l'état civil d'une déclaration susceptible d'être contraire à la loi, a la faculté d'engager « *une* » et non pas « en » action d'état; à l'article 687, le curateur d'une succession vacante « administre ... les deniers provenant du prix des meubles ou immeubles vendus dans la caisse du conservateur de la propriété foncière et à charge de *lui rendre compte* » et non « de lui rendre », ce qui serait un non-sens; à l'article 862 1<sup>er</sup> tiret, une donation peut logiquement être révoquée « *pour cause d'inexécution des charges ou conditions sous lesquelles elle a été faite* » et en aucun cas « pour cause d'exécution » de celles-ci. La Cour soumet aussi l'Assemblée Nationale à une « discipline de langage »<sup>67</sup>. Ainsi, un même service de l'Etat doit être identiquement dénommé dans l'ensemble du Code : à l'article 685, le curateur aux successions et biens vacants ne saurait les remettre « aux Domaines » mais à « *l'Administration des domaines* », visée par les articles 638, 640 et 641. Le législateur ne doit pas davantage multiplier les notions voisines qui pourraient créer des difficultés d'interprétation : les articles 70 et 127, qui mentionnent le « jugement supplétif » d'un acte de naissance dans la liste des pièces à produire en vue du mariage, doivent être revus dès lors que les articles 95 et 99 prévoient dans certaines circonstances un « jugement d'autorisation » sur la base duquel l'officier de l'état civil dresse un acte de naissance<sup>68</sup> ; les dispositions spéciales de droit international privé (Intitulé du paragraphe 4 du Chapitre II du titre I du livre IV, et articles 991 et 992) et transitoires (article 1025) se référant à la filiation d'origine ou à la filiation maternelle ou paternelle de plein droit doivent être harmonisées avec les

<sup>66</sup> J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, extrait par Et. Dumont, 3<sup>ème</sup> édit., Paris, 1830, vol. III, p. 424.

<sup>67</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2000, p. 311 : cette discipline « consiste, dans une même loi, dans un même code ou même d'une loi à l'autre, à employer toujours le même mot dans le même sens ; à toujours retenir le ou les mêmes termes, quand il s'agit de désigner le même concept, et donc de créer une association fidèle entre un terme et un sens, de manière à réduire, autant qu'il est possible les risques d'équivoque ».

<sup>68</sup> V. P. ANGONOU AKANMOUN, *La problématique de l'état civil au Bénin : cas des jugements supplétifs*, Mémoire, Université nationale du Bénin, Ecole nationale d'administration, 1999.

dispositions générales (Titre IV du Livre II) qui ne connaissent pas ces notions...

La « plume codificatrice se doit d'être d'or »<sup>69</sup>. La Cour Constitutionnelle s'attache à faire du Code des personnes et de la famille un bel ouvrage : le législateur doit adopter un style élégant pour rendre la loi accessible sinon au profane du moins au praticien du droit. La Cour sanctionne impitoyablement, en premier lieu, les imperfections d'ordre linguistique affectant les articles 153, 207 alinéa 2, 408 alinéa 2, 500, 1<sup>ère</sup> ligne, 503 *in fine*, 620 alinéa 2, 2<sup>ième</sup> ligne, 625, 2<sup>ième</sup> ligne, 691 et 692 alinéa 2. Parfois, elle laisse à l'Assemblée Nationale le soin de choisir une des solutions envisageables, d'opter, par exemple, soit pour les substantifs soit pour les verbes à l'article 408 alinéa 2 : « [L'autorité parentale] comporte notamment les droits et devoirs : - de garde, de direction, de surveillance, d'entretien et d'éducation ; - de faire prendre à l'égard de l'enfant toute mesure d'assistance éducative ; - de consentir à son mariage, à son adoption, à son émancipation dans les conditions fixées par la loi ; - de jouissance et d'administration légale des biens de l'enfant. » Dans la plupart des cas, la Cour corrige elle-même les phrases ou membres de phrases à charge pour l'Assemblée d'adopter la version corrigée. Ainsi, à l'article 500, 1<sup>ère</sup> ligne, le législateur doit écrire : « Sont incapables *d'exercer* les différentes charges de la tutelle », au lieu de « Sont incapables des différentes charges de la tutelle ». La Cour Constitutionnelle s'autorise, en second lieu, à enjoindre des reformulations pour la seule beauté de l'art de codifier, les dispositions incriminées étant manifestement applicables en l'état. Elle impose, par exemple, la réécriture de l'article 75 alinéa 1<sup>er</sup> pour faire préciser que le décès doit être déclaré au centre d'état civil du lieu « *du décès* » et celle de l'article 136 alinéa 2 pour mieux distinguer en la forme le mariage par comparution personnelle et le mariage par procuration<sup>70</sup>. La Cour ordonne encore que l'article 503 *in fine* soit amputé du membre de phrase « les différentes charges tutélaires » et reformulé comme suit : « Ceux qui ont ou dont les père et mère ont, avec le mineur, un litige mettant en cause l'état de celui-ci ou une partie notable de ses biens, doivent se récuser et peuvent être récusés » ; puisque l'article 503 est la suite logique de l'article 502<sup>71</sup>, la

<sup>69</sup> R. CABRILLAC, *op.cit.*, p. 229.

<sup>70</sup> Code des personnes et de la famille (CPF), art. 75 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase : « Tout décès doit être déclaré au centre d'état civil du lieu dans un délai de dix (10) jours non compris le jour du décès. » ; art. 136 : « Les futurs époux se présentent personnellement devant l'officier de l'état civil au jour choisi par eux et à l'heure déterminée par lui. Ils sont assistés chacun d'un témoin majeur, parent ou non.

Toutefois, lorsque la forme adoptée ne comporte pas la comparution en personne de l'un ou de l'autre des futurs époux au moment de la conclusion, ils peuvent se faire représenter par un mandataire. »

<sup>71</sup> CPF, art. 502 : « Peuvent être exclues ou destituées des différentes charges de la tutelle les personnes dont l'inconduite notoire, l'improbité habituelle ou l'inaptitude aux affaires auraient été constatées. »

précision retenue apparaît inutile... Dans toutes ces hypothèses, le texte demeure identique au fond ; aucune règle nouvelle n'est imposée. Mais la Cour Constitutionnelle, parce que la « loi est un véhicule de communication », fait devoir au législateur de « satisfaire à certaines exigences commandées par cette fonction »<sup>72</sup> : seule une loi intelligible est conforme à la Constitution. Le législateur est aussi sommé d'entériner la correction au fond de ses choix, ce qui constitue l'un des aspects les plus déroutants de la pratique du contrôle de constitutionnalité au Bénin.

### **B. La correction des choix « hétérodoxes »**

La Cour Constitutionnelle a pris l'habitude depuis 1991 de lier « la constitutionnalité de l'œuvre législative à l'adoption obligatoire de propositions rédigées par elle »<sup>73</sup>. Elle se comporte comme le ferait une seconde chambre adressant à l'Assemblée Nationale des amendements. Ceux-ci sont issus d'un contrôle implicite de l'opportunité de la loi tout à fait iconoclaste : le juge constitutionnel impose à l'Assemblée, d'une part, l'abandon des normes qu'il considère erronées sans les déclarer formellement inconstitutionnelles, d'autre part, la reproduction des normes qu'il considère appropriées. Les « amendements » inclus dans la décision DCC 02-144 dessinent une politique législative propre à la Cour Constitutionnelle. Ils obligent la représentation nationale à supprimer, à modifier ou à compléter les dispositions du Code des personnes et de la famille, dans un sens qu'il faut décrypter.

S'agissant de la première catégorie d' « amendements », la Cour enjoint au législateur de procéder à la suppression de deux membres de phrases qu'elle juge l'un sans objet, l'autre comme un dangereux abandon de souveraineté. A l'article 692 alinéa 1<sup>er</sup> du Code, la Haute juridiction exclut qu'un conseil de famille désigne parmi les héritiers, liquidateurs de plein droit de la succession, un administrateur des biens et, éventuellement, un administrateur adjoint. Elle appuie son raisonnement sur l'économie de la législation nouvelle. L'article 494 définit le conseil de famille comme « une assemblée de parents ou de personnes qualifiées, chargée sous la présidence du juge des tutelles, d'autoriser certains actes graves accomplis au nom d'un mineur ou d'un majeur en tutelle et de contrôler la gestion du tuteur ». La Cour Constitutionnelle constate que la réunion de ce conseil est superflue en

---

<sup>72</sup> A. VIANDIER, *op. cit.*, p. 103.

<sup>73</sup> S. BOLLE, *op. cit.*, p. 719.



matière successorale : d'une part, l'article 693 confie au représentant légal de l'héritier incapable l'exercice des fonctions de liquidateur ; d'autre part, l'article 698 prévoit que s'il existe plusieurs liquidateurs, ils doivent agir en commun et peuvent se répartir les tâches ou confier à l'un d'eux un mandat, les règles relatives à la gestion des affaires étant applicables en l'absence de mandat. La Cour prescrit un « allègement » de la procédure de liquidation des successions que le législateur aurait dû lui-même décider dans un souci de simplification du nouveau droit. Le second « amendement » de suppression revêt une portée plus politique. La Cour Constitutionnelle ordonne, à l'article 984 alinéa 2, 2<sup>ème</sup> ligne, l'effacement de la restriction suivant laquelle les autorités béninoises ne peuvent célébrer un mariage en la forme diplomatique ou consulaire que « dans la mesure où cela est autorisé par la loi de l'Etat du lieu de célébration »<sup>74</sup>. La Cour reproche à l'Assemblée Nationale d'avoir pêché par ignorance du droit international, qui permet l'application de la législation du Bénin dans chacune de ses représentations à l'étranger<sup>75</sup> : « Ce serait un abandon de souveraineté que de subordonner la célébration d'un mariage dans une représentation diplomatique ou consulaire à l'autorisation de la loi de l'Etat du lieu de célébration ». La Cour ne se réfère pas à la Constitution qui pose deux principes essentiels : « L'Etat du Bénin est une République indépendante et souveraine » (article 1<sup>er</sup> alinéa 1) ; « L'Etat protège à l'étranger les droits et intérêts légitimes des citoyens béninois » (article 38). Par ce silence, qu'il soit délibéré ou non, la Cour Constitutionnelle marque du sceau de l'évidence une sentence que les députés auraient pu prévenir s'ils avaient fait preuve sinon de maîtrise du droit international du moins de vigilance et de patriotisme... Il est légitime et parfaitement conforme à la Constitution d'autoriser la ratification d'un traité entraînant un abandon partiel de souveraineté pour faire progresser l'unité africaine<sup>76</sup>. Il est en revanche évidemment illégitime et contraire à la Constitution d'abandonner à un législateur étranger la détermination d'une partie quelconque des règles relatives à la célébration d'un mariage dans une représentation du Bénin.

<sup>74</sup> Les autorités diplomatiques ou consulaires du Bénin se voient conférées cette faculté de célébrer un mariage à l'étranger par dérogation à la règle classique de droit international privé consacré par le CPF, art. 984 al. 1 : « La forme du mariage est régie par la loi du lieu de célébration ».

<sup>75</sup> Selon J. COMBACAU – S. SUR, *Droit international public*, 4<sup>ème</sup> édit., Paris, Montchrestien, 1999, « On parlait jadis d'« extraterritorialité » pour qualifier le statut [ des locaux étatiques ], qui étaient réputés constituer une enclave territoriale de l'Etat en territoire étranger : celui-ci aurait été privé de sa compétence pour régir les espaces en cause, et n'aurait pu dès lors soumettre à son ordre juridique les personnes et les biens qui s'y trouvent, les relations qui s'y nouent, les situations qui s'y créent. Cette fiction ... est aujourd'hui abandonnée : les espaces en cause ne sont en aucune manière soustraits au territoire de l'Etat étranger, dont l'ordre juridique s'y applique en principe, comme ailleurs, dans toute la mesure où il peut le faire sans porter atteinte à la souveraineté qui s'y manifeste. Ce qui y est exclu notamment, mais avec la plus grande force, c'est l'application de celles des règles territoriales qui permettent l'accomplissement d'opérations matérielles sur des personnes ou sur des biens : ... c'est le principe d'invulnérabilité » des locaux étatiques... ».

<sup>76</sup> V. en ce sens, la décision DCC 19-94 du 30 juin 1994, Rec. p. 61, relative au traité de Port-Louis sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

Les « amendements » de modification inclus dans la décision DCC 02-144 témoignent, eux, du pointillisme de la Cour Constitutionnelle qui module ses exigences en fonction des « erreurs » d'appréciation commises par les députés. Elle en appelle d'abord au « bon sens législatif » : une même question de droit ne saurait recevoir plus d'une réponse. A cet effet, elle solutionne la contradiction affectant la loi n°2002-07 quant au moment où il faut se placer pour apprécier la capacité du testateur : l'article 1030, disposition transitoire, qui le fixe au jour de l'ouverture de la succession, doit s'effacer devant l'article 838, disposition permanente, qui le fixe au jour du legs. La Cour se place ensuite sur le terrain plus glissant de la « bonne » législation. Elle ordonne la correction de l'article 100 *in fine* du Code des personnes et de la famille déterminant le rôle du pouvoir réglementaire quant à la reconstitution administrative de registres ou d'actes d'état civil inexistantes ou disparus. La Cour Constitutionnelle substitue à la faculté de faire – « un décret pourra décider » - l'obligation de faire – « *un décret décidera* ». L'objectif est de fiabiliser et pérenniser l'état civil qui actuellement au Bénin comme partout en Afrique souffre d'un grave discrédit, du fait notamment de la mauvaise tenue des registres. Cet « amendement » apparaît déterminant pour l'implantation durable de l'Etat de droit dans le quotidien des béninois, car « Une personne sans identité ... induit une subversion subtile mais certaine de l'ordre juridique et finit par empêcher carrément le fonctionnement du droit. Pour ne prendre que quelques exemples..., comment assigner en justice un adversaire qui n'a ni nom ni adresse ? A quoi sert de fixer un âge matrimonial minimal si on ignore la date de naissance des gens ? Comment constituer des listes électorales si on ne peut identifier les électeurs ? »<sup>77</sup>

Enfin, par le truchement de ses « amendements » d'adjonction, la Cour Constitutionnelle contraint le législateur à compléter un code qu'elle juge en partie insatisfaisant. Insatisfaisant sur le plan technique tout d'abord, dès lors que le texte ne renseigne pas suffisamment l'usager du droit sur la requête conjointe en vue de l'adoption. L'article 338, 1<sup>er</sup> tiret, permet à deux époux non séparés de corps, dont l'un est âgé de trente cinq ans au moins, de demander ensemble l'adoption. Seulement, le dispositif législatif comporte des lacunes à combler : l'article 355 ne précise pas si c'est le couple ou l'un des deux époux seulement qui présente la requête conjointe au tribunal d'instance ; l'article 361 ne règle pas les conséquences du décès de l'un des adoptants après la présentation de la requête conjointe. En second lieu et surtout, la Cour

---

<sup>77</sup> F. LAROCHE-GISSEROT, « L'identité des personnes physiques en Afrique subsaharienne francophone », in L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé, J. Pousson-Petit (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 257.

Constitutionnelle ne se satisfait pas d'un code des personnes et de la famille qui, en l'état, protège insuffisamment les intérêts de l'enfant et de la femme. S'agissant des prénoms de l'enfant déclaré, la Cour ajoute à l'article 8 une condition à leur enregistrement par l'officier de l'état civil : obligatoirement choisis parmi ceux que consacrent la coutume, la tradition ou les différents calendriers, les prénoms ne doivent pas porter « atteinte à l'honneur et à la considération de l'enfant et/ou à celle d'autrui tel que prévu à l'article 7 de la même loi ». L'adjonction prescrite a pour objet d'élargir *ratione personae* l'obligation pesant sur l'officier de l'état civil lorsqu'il attribue des prénoms et un nom à un enfant né de parents inconnus. La Cour Constitutionnelle écarte de la sorte tout traitement discriminatoire entre les enfants et renforce le rôle actif de l'officier de l'état civil : « Plus qu'un écrivain public enregistrant simplement les déclarations, il doit au préalable procéder à certaines investigations susceptibles de lui permettre d'établir [leur] régularité »<sup>78</sup>. S'agissant des intérêts extrapatrimoniaux de la femme, la Cour ordonne au législateur de procéder à deux séries d'adjonctions. Tout d'abord, elle refuse que les articles 12 alinéa 3 et 262 alinéa 3 conditionnent la possibilité pour la femme divorcée de conserver l'usage du nom de son ex-mari au seul accord de celui-ci ; elle impose que le juge puisse aussi, en cas de désaccord, autoriser cet usage ; c'est là un retour au projet de 1995 dans une version davantage favorable à la femme qui, pour obtenir l'autorisation, n'a pas à démontrer « qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants »<sup>79</sup>. La Cour Constitutionnelle commande aussi d'ajouter une étape au cérémonial du mariage fixé par l'article 139 alinéa 1er : avant l'échange des consentements, l'officier de l'état civil donne lecture aux futurs époux des articles 154 alinéa 1<sup>er</sup>, 156 et 160 du Code des personnes et de la famille. Ces dispositions consacrent, en lieu et place de la famille patriarcale, une « conception associative du couple »<sup>80</sup> : devoirs réciproques de respect, de secours et d'assistance ; collégialité dans la direction du ménage<sup>81</sup> ; égalité et solidarité pour la contribution aux charges du ménage<sup>82</sup>. Il ne faut pas voir dans l'injonction de la Cour la volonté de dupliquer l'article 75 du Code civil français, mais celle de contribuer à faire entrer le droit nouveau dans la réalité sociale : le représentant de la loi rappellera solennellement aux futurs époux que la loi émancipe la femme « en la sortant de son ghetto de majeure quasi

<sup>78</sup> S. OMBIONO, « Les noms et prénoms », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, tome 6, *op. cit.*, p. 50.

<sup>79</sup> Projet de CPF, art. 262 al. 3.

<sup>80</sup> P. COURBE, *Droit de la famille*, Paris, Armand Colin, 3<sup>ième</sup> édit., 2003, p. 77

<sup>81</sup> A. N. GBAGUIDI, « Egalité des époux, égalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes du Bénin », *R.B.S.J.A.*, n° spécial, octobre 1995, p. 7 et s..

<sup>82</sup> I. C. S. CAPO-CHICHI, « Egalité et solidarité : la nouvelle philosophie béninoise de la contribution des époux aux charges du ménage », *B.D.I.-C.S.*, n°16, 2001, pp. 15-21.

incapable dans lequel aussi bien le droit moderne que le droit traditionnel l'enferm[aient] »<sup>83</sup>. L'utilité d'un tel rappel est indiscutable, son impact réel imprévisible...

La Cour Constitutionnelle, dans l'exercice de son singulier pouvoir de correction, accomplit un double office. La correction des formes de la loi répond de façon peu orthodoxe aux exigences de l'Etat de droit : « La loi ne peut être respectée que si elle est respectable, c'est-à-dire si seulement son auteur lui prête quelque respect lui-même »<sup>84</sup>. La correction du fond de la loi manifeste, quant à elle, la capacité extraordinaire de la Cour à infléchir une politique législative, à cultiver aux dépens du législateur la confiance que lui font l'immense majorité des béninois. Une confiance potentiellement ébranlée par l'affirmation de l'égalité des époux dans une société où « si l'on compare arbitrairement la famille ... à un Etat, dans beaucoup de ménages le mari a le statut présidentiel »<sup>85</sup>.

### III. LE LEGISLATEUR CENSURE

#### *L'affirmation de l'égalité des époux*

« L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction ... de sexe...L'homme et la femme sont égaux en droit... ». C'est exclusivement sur l'article 26 de la Constitution de 1990 que la Cour Constitutionnelle fonde la censure d'une partie du Code des personnes et de la famille. Cet article veut que la femme et l'homme soient traités sur un strict pied d'égalité : le sexe des députés ne peut être pris en compte pour la formation du bureau d'âge de l'Assemblée Nationale<sup>86</sup> ; l'égalité domestique ne peut faire l'objet d'une mise en œuvre progressive comme sous l'empire de la Loi Fondamentale de 1977<sup>87</sup>. Le constituant imposait donc à la Cour d'assurer « une égalité complète entre les époux au risque de compromettre la stabilité de la famille »<sup>88</sup>. Attendue<sup>89</sup>, la résolution du conflit entre une « Constitution sociale » importée et l'état des mœurs débouche, d'une part, sur la reconnaissance du droit de l'épouse à conserver son nom (A), d'autre part, sur

<sup>83</sup> A. N. GBAGUIDI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>84</sup> D. REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994, p. 333.

<sup>85</sup> E.-H. S. M. LAWANI AGUEMON, « L'apport de l'article 124 de la Loi Fondamentale au statut matrimonial de la femme en République populaire du Bénin », *op. cit.*, p. 25

<sup>86</sup> La Cour Constitutionnelle provisoire, dans sa décision 3 DC du 2 juillet 1991, Rec. p. 18, a censuré la disposition suivante du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale : « La première séance de l'Assemblée Nationale est présidée par le doyen d'âge assisté du plus jeune député de chaque sexe ».

<sup>87</sup> A. PARAISSO, « La Loi Fondamentale et les nouvelles institutions de la République Populaire du Bénin », *Penant*, n°770, octobre-décembre 1980, p. 415 et s., et E.-H. S. M. LAWANI AGUEMON, *op. cit.* p. 13 et s..

<sup>88</sup> A. N. GBAGUIDI, *op. cit.*, p. 8.

<sup>89</sup> S. BOLLE, *Le bloc de constitutionnalité au Bénin et au Gabon*, *op. cit.*, p. VIII.

l'abolition de toute forme de polygamie (B). Si la Constitution commandait ces conclusions, le raisonnement développé dans la décision DCC 02-144 n'emporte pas toujours la conviction.

### **A. Le droit de l'épouse à conserver son nom**

En Afrique, la législation permet en général à l'épouse de garder son nom de jeune fille<sup>90</sup>. Et, dans la plupart des coutumes béninoises, existe un lien de rattachement de chaque conjoint à sa famille d'origine<sup>91</sup>. Pourtant, l'article 12 alinéa 1<sup>er</sup> du Code, réécrit par l'Assemblée Nationale, entérinait les usages français<sup>92</sup> : « La femme mariée prend le nom de son mari auquel elle peut ajouter son propre nom patronymique ». La Cour Constitutionnelle juge à bon droit discriminatoire cette règle. Mais elle ne censure ni la violation du droit à l'épanouissement individuel, ni la prééminence du mari dans le choix du nom de l'enfant.

C'est d'office que la Cour soulève la question de la conformité à la Constitution du changement d'identité de l'épouse (considérant 18, paragraphe 1). En effet, Rosine Soglo n'avait pas repris à son compte la contestation du réseau WILDAF/Bénin<sup>93</sup>, et ce malgré la totale refonte parlementaire du projet de 1995. La Haute juridiction constate que par le mariage la femme perdrait son nom d'origine alors que l'homme le conserverait. Il y a là une atteinte manifeste à l'égalité devant la loi, c'est-à-dire, suivant une jurisprudence constitutionnelle constante, une entorse à la « règle selon laquelle les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination »<sup>94</sup>. Aucune différence objective de situation ne découle du mariage, à la fois contrat et institution, « par lequel un homme et une femme, d'un commun accord, décident de s'unir et d'adhérer à un statut légal préétabli, celui de gens mariés »<sup>95</sup>. Ce statut rend en principe « injustifiée » toute discrimination légale au sein du couple marié: « la loi doit être la même pour tous dans son adoption et dans son application »<sup>96</sup>. Par ailleurs, la Cour Constitutionnelle relève que la version

<sup>90</sup> S. OMBIONO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>91</sup> Coutumier du Dahomey, art. 128 : « [L'épouse] vit dans la famille de son mari mais elle conserve une place marquée au foyer natal, spécialement pour les fêtes rituelles » ; art. 132 : « ... chacun des époux reste rattachée à sa famille d'origine et y retourne au cas où le mariage prend fin pour une raison quelconque ».

<sup>92</sup> E. MICOU, *L'égalité des sexes en droit privé*, Presses universitaires de Perpignan, 1997, p. 185 : « L'utilisation du nom du mari par l'épouse est tellement ancrée dans les mœurs que bon nombre de femmes croient encore de nos jours perdre l'usage de leur nom d'origine ».

<sup>93</sup> *Wildaf West Africa Newsletter*, n°11, juillet 2002.

<sup>94</sup> Décision DCC 96-025 du 2 mai 1996, Rec. p. 125.

<sup>95</sup> P. COURBE, *op. cit.*, p. 17.

<sup>96</sup> Décision DCC 96-067 du 21 octobre 1996, Rec. p. 289.

parlementaire de l'article 12 alinéa 1<sup>er</sup> est inconciliable avec le chapitre V du titre I du livre II du Code des personnes et de la famille. En effet, les articles 154 à 160 sur les obligations du mariage rompent nettement avec le patriarcat en émancipant la femme de l'emprise du mari, privé de sa qualité de chef de la famille: les époux dirigent ensemble le ménage, en assumant solidairement les charges et choisissent de concert la résidence familiale ; la femme peut désormais exercer une profession séparée sans l'autorisation de son mari ; elle acquiert aussi l'indépendance bancaire. A l'évidence, ce serait une anomalie que la femme aliène légalement son nom contre celui de son mari.

En considération de cette aliénation et nonobstant le silence de la Cour Constitutionnelle, l'article 12 alinéa 1<sup>er</sup> apparaît simultanément comme une entrave virtuelle à l'épanouissement de l'épouse. Selon l'article 9 de la Constitution, « Tout être humain a droit au développement et au plein épanouissement de sa personne dans ses dimensions matérielle, temporelle, intellectuelle et spirituelle, pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel et les bonnes moeurs ». Pour la femme mariée, l'usage ininterrompu du nom attribué par ses parents constitue un gage de réalisation de ce droit : l'entrée en mariage ou un éventuel démariage sera sans effet sur son identité ; son nom assurera bien la fonction de véhiculer son histoire sans interférer sur la notoriété qu'elle aurait pu acquérir dans l'exercice d'une profession. C'est en ce sens que le futur protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme dispose en son article 6 alinéa 2 f) : « La femme mariée a le droit de conserver son nom, de l'utiliser à sa guise, séparément ou conjointement avec celui de son mari ». La Cour, dans la décision DCC 02-144, énonce une solution voisine : l'épouse « doit pouvoir garder son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari » (considérant 18, paragraphe 1). La Cour Constitutionnelle emprunte cependant une voie médiane : elle ne retient ni le projet de 1995, selon lequel « La femme mariée conserve son nom », tout en pouvant « se désigner ou se faire désigner par le nom de son mari », ni le système choisi par l'Assemblée Nationale, selon lequel la femme mariée prend le nom de son mari, tout en pouvant y ajouter le sien.

Au nom du seul principe d'égalité, l'épouse se voit reconnaître le droit de garder son nom de famille d'origine ; par contre, avec l'aval de la Cour Constitutionnelle, l'article 6 du Code des personnes et de la famille lui interdit de transmettre ce nom à ses enfants. L'Assemblée Nationale a opté pour la

patronymie obligatoire et exclusive<sup>97</sup> : l'enfant légitime porte le nom du mari de la mère et l'enfant adopté par deux époux le nom du mari. Cette option est généralement considérée comme une « rupture de l'égalité des sexes ... une survivance du principe de masculinité »<sup>98</sup>. Elle fait aussi l'objet de solides critiques : « le nom en tant qu'institution de police ayant pour but de désigner l'identité d'un individu doit refléter sa filiation. Or, le système actuel ne désigne que le nom du père lorsque l'enfant est légitime. La femme mariée ne peut transmettre son nom patronymique à son enfant que s'il est désavoué »<sup>99</sup>. Eliminer cette discrimination peut poser certaines difficultés pratiques ; le législateur contemporain les a solutionnées en confiant aux parents le soin de choisir ensemble l'identité de leur enfant<sup>100</sup>. Le mutisme de la Cour Constitutionnelle du Bénin semble dès lors dicté par la prudence : « le droit a peur des révolutions et...une réglementation véritablement égalitaire...serait une véritable révolution »<sup>101</sup>.

Pourtant, la Cour fait preuve de volontarisme lorsqu'elle censure la polygamie, que l'Assemblée Nationale, avec un certain réalisme, plaçait sur le même plan que la monogamie. La décision DCC 02-144 a provoqué l'ire des traditionalistes de la gence masculine<sup>102</sup> attachés au maintien d'une « institution résiduelle »<sup>103</sup>.

## **B. L'abolition de la polygamie**

Pour nombre de participants aux débats sur le Code des personnes et de la famille, il était « illusoire de croire qu'on peut abolir brutalement une institution comme la polygamie par une loi »<sup>104</sup>. C'est pourquoi l'Assemblée a rejeté le projet de 1995 concédant aux futurs époux, sur le modèle burkinabé<sup>105</sup>, la faculté d'opter pour la polygamie, et lui a substitué leur

<sup>97</sup> Le projet de Code, art. 5 al. 1 2<sup>nd</sup>e phrase, permettait aux parents de demander que le matronyme soit adjoint au patronyme. L'Assemblée Nationale, suivant en cela une suggestion de l'épiscopat catholique, a supprimé cette possibilité.

<sup>98</sup> N. MOLFESSIS, *Le Conseil Constitutionnel et le droit privé*, Paris, LGDJ, 1997, p. 398.

<sup>99</sup> A. N. GBAGUIDI, *op. cit.*, p. 11.

<sup>100</sup> Par ex. au Québec, selon le Code civil de 1994, art. 51 : « L'enfant reçoit, au choix de ses père et mère ... le nom de famille de l'un d'eux ou un nom composé d'au plus deux parties provenant du nom de famille de ses père et mère » ; en France, selon le Code civil, art. 311-21 (Loi n°2002-304 du 4 mars 2002 modifiée par la loi n°2003-516 du 18 juin 2003) : « Lorsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de ses deux parents ... ces derniers choisissent le nom de famille qui lui est dévolu : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux ».

<sup>101</sup> A. N. GBAGUIDI, *op. cit.*, p. 11.

<sup>102</sup> Parmi les tribunes critiquant la Cour Constitutionnelle dans la presse, on peut retenir : R. BINAZON, « La polygamie n'est pas contraire à la Constitution du 11 décembre 1990 du Bénin », *La Nation*, 22 mai 2003, L. F. KPELY, « Le rejet du Code des personnes et de la famille. Les erreurs de la Cour », *Le Progrès*, 30 mai 2003

<sup>103</sup> Selon la déclaration de J. Gnonlonfoun, Ministre de la justice, faite en 1999 devant le Comité des droits de l'enfant (CRC/C/SR.544).

<sup>104</sup> A. N. GBAGUIDI, « De l'option de monogamie à l'option de polygamie : la nouvelle voie béninoise », *op. cit.*, p. 33.

<sup>105</sup> H. NUYTINCK, « Les principes du nouveau droit de la famille au Burkina Faso », *Penant*, n°806, juin-octobre 1991, p. 262 et s..

obligation, sur le modèle togolais<sup>106</sup>, de choisir entre la monogamie et la polygamie. La Cour Constitutionnelle, dans la décision DCC 02-144, rejette les deux systèmes puisqu'elle déclare discriminatoire le droit accordé exclusivement à l'homme de s'unir à plusieurs femmes en même temps. De ce chef, 31 dispositions du Code consacrant ou mentionnant la polygynie exclusive sont invalidées. Mais le laconisme des motifs masque l'abolition « révolutionnaire » de toute forme de polygamie, une abolition judiciaire qui fait l'économie d'une analyse des rapports conjugaux en situation de polygamie. Il convient de restituer l'esprit de cette décision historique, manifestement rédigée dans un souci d'apaisement.

« La jurisprudence de la Cour fait apparaître une nette assimilation du principe d'égalité à celui de la non-discrimination »<sup>107</sup>. C'est la même conception qui sous-tendait la requête de Rosine Soglo et que retient la Cour Constitutionnelle pour apprécier la constitutionnalité du droit de contracter légalement plusieurs mariages. Sous cet angle, le constat de la violation de l'article 26 de la Constitution s'imposait : « il y a traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue par [le Code] permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame » (considérants 8 et 18, paragraphes 2 et suivants). La liberté nuptiale ne saurait varier en fonction du sexe de ses bénéficiaires : le législateur peut autoriser un homme à avoir plusieurs épouses (polygynie) mais il doit alors autoriser une femme à avoir à plusieurs maris (polyandrie) ; si une femme mariée ne peut légalement contracter un second mariage avant la dissolution du premier, l'homme doit être soumis à la même prohibition. En censurant une législation évidemment discriminatoire, la Cour Constitutionnelle remplit sa fonction de « garant indirect »<sup>108</sup> de l'article 16.1 a) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui fait devoir au Bénin depuis 1992 d'assurer « le même droit de contracter mariage ». Seulement, une lecture rapide de la décision DCC 02-144 donne à penser que le législateur aurait le choix entre deux formules pour respecter le principe d'égalité. La première formule consisterait à ne reconnaître que le mariage monogamique, ce qui semble peu réaliste. L'Assemblée Nationale n'a-t-elle pas rejeté la demi-mesure du projet d'article 143 du Code érigeant la monogamie en régime de droit commun et la polygamie en régime

<sup>106</sup> M. POCANAM, « Quelques aspects du code togolais de la famille », *Penant*, n°791, juillet-octobre 1986, p. 249 et s..

<sup>107</sup> Cour Constitutionnelle du Bénin, *Le principe d'égalité*, Rapport en vue du 1<sup>er</sup> congrès de l'ACCPUF à Paris les 10 et 11 avril 1997, p. 4.

<sup>108</sup> B. CODJOVI, « La place des conventions internationales dans le droit béninois : le juge béninois devant les conventions internationales », in *Le Bénin et les Conventions internationales relatives aux droits de l'homme*, Cotonou, CODIAM du 2 au 3 mai 2002, p. 70.



d'exception ? Une législation radicale ne risque-t-elle pas, comme en Côte d'Ivoire<sup>109</sup>, de rencontrer de fortes résistances et d'encourager les concubinages polygamiques de fait ? La seconde formule consisterait pour le législateur à reconnaître conjointement la polygynie et la polyandrie. Cette très improbable législation déboucherait inévitablement sur une impasse juridique. Comment imaginer que l'Assemblée Nationale « sauve » la polygynie traditionnelle pratiquée par moins d'un tiers des béninois en attribuant à toute femme le droit à s'unir à plusieurs hommes alors même que la polyandrie n'existe pas au Bénin<sup>110</sup> et n'est pas revendiquée ? Peut-on concevoir une société qui conjugue harmonieusement les deux formes de polygamie et se dote en conséquence d'un système de filiation légitime admettant la copaternité<sup>111</sup> ? En tout cas, la loi qui d'aventure ferait coexister polygynie et polyandrie entrerait irrémédiablement en conflit avec le bloc de constitutionnalité protecteur de l'institution familiale. L'article 18 de la Charte africaine des droits de l'homme, pour s'en tenir à lui, énonce : « 1. La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'Etat qui doit veiller à sa santé physique et morale. 2. L'Etat a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté ». Sans le déclarer expressément, la Cour Constitutionnelle procède en réalité à l'abolition de la polygamie, incompatible sous toutes ses formes avec la Constitution, et contraint le législateur à opter pour la monogamie, « inséparable de la notion de mariage connue dans la civilisation européenne, d'inspiration chrétienne »<sup>112</sup>.

Cette abolition judiciaire tacite constitue une révolution en Afrique ! Elle est très en avance sur l'article 6 c) du futur protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme : « la monogamie est encouragée comme forme préférée de mariage ». En l'absence de directives constitutionnelles expresses, la Cour Constitutionnelle béninoise joue un rôle moteur dans la détermination des choix stratégiques de modernisation du droit ... au point de justifier la mise à l'écart de la polygynie traditionnelle par la logique immanente de la codification. La Cour relève « [qu']en tout état de cause, l'article 1032 de la loi sous examen édicte : « Les

<sup>109</sup> M. DUMETZ, *Le droit du mariage en Côte d'Ivoire*, op. cit., pp. 357-358.

<sup>110</sup> Coutumier du Dahomey, art. 33 : « La polyandrie n'existait que dans certaines familles de chefs baribas, sombas ou cabrais. Elle est en voie de disparition. Il n'est donc pas nécessaire de faire une place dans ce travail à une institution que nous n'avons aucun intérêt à fixer au moment où elle meurt naturellement » ; art. 34 : « La polygamie existe et est légale dans toute l'étendue de la Colonie du Dahomey ».

<sup>111</sup> V. A. N. GBAGUIDI, « L'égalité dans les rapports extrapatrimoniaux entre époux dans le nouveau code de la famille du Bénin », à paraître dans *La voix de l'intégration juridique et judiciaire africaine*.

<sup>112</sup> P. COURBE, op. cit., p. 30.

*coutumes cessent d'avoir force de loi en toutes matières régies par le présent code* » à l'exception des mesures transitoires prévues notamment à l'article 1023 alinéa 1<sup>er</sup> selon lequel : « *les mariages contractés conformément à la coutume, antérieurement à la date d'entrée en vigueur du présent code, demeurent soumis pour leur validité aux conditions de fond et de forme en vigueur lors de la formation du lien matrimonial...* » » (considérants 8 et 18, paragraphes 2 et suivants). Autrement dit, le législateur a l'obligation morale de remplir pleinement les objectifs propres à la codification : « A l'extrême, codifier, c'est civiliser »<sup>113</sup>. Et, sous l'empire de la Constitution du 11 décembre 1990, la modernisation législative est impérieuse : le législateur ne peut rester au milieu du gué et compromettre sa décision d'harmoniser enfin le droit positif avec la « norme des normes » ; il lui faut rompre franchement avec les attermolements du droit colonial et avec le statu quo législatif post-colonial. A l'instar du Code civil français de 1804, le Code des personnes et de la famille doit constituer « la marque d'un nouvel ordre social conciliant passé et nouveauté »<sup>114</sup>. Ainsi, la loi nouvelle ne remet pas en cause la validité des mariages polygamiques, ce qui a pour effet de différer dans le temps la disparition complète du droit coutumier matrimonial. A compter de son entrée en vigueur, elle déterminera les conditions de validité des nouveaux mariages et régira la vie de tous les couples mariés en imposant notamment la codirection de la famille par les époux. La Cour Constitutionnelle semble faire reposer l'acceptabilité sociale de son interprétation rigoureuse des exigences constitutionnelles sur ce droit transitoire qui implique l'extinction certaine mais graduelle de la polygynie traditionnelle...

Non sans habileté, la Cour épargne au corps social une condamnation draconienne des coutumes matrimoniales : elle se dispense d'apprécier la situation concrète des épouses d'un homme polygame, au regard des normes supra-législatives de rang international ou constitutionnel ; elle laisse dans l'ombre nombre de questionnements juridiques et éthiques sur l'égalité entre les sexes dans les rapports domestiques. La polygynie entretient-elle « une idée de dépendance de la femme à l'égard de l'homme », en ce sens que le mari pourrait légalement obtenir de ses épouses des services qu'une seule femme serait incapable de fournir<sup>115</sup> ? Cette institution coutumière n'a-t-elle pas pour effet de faire coexister, en violation du principe d'égalité, « deux conceptions de l'obligation de fidélité conjugale... austère et absolue

<sup>113</sup> R. CABRILLAC, *Les codifications, op. cit.*, p. 147.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>115</sup> M. DUMETZ, *op. cit.*, p. 73.

s'agissant de la femme, relative et plastique pour l'homme »<sup>116</sup> ? Par ailleurs, l'article 154 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille, attribuant à chaque épouse le « droit, de la part de l'époux, à l'égalité de traitement par rapport aux autres », aurait-il pu constituer autre chose qu'un vœu pieu ? Tempérer les excès de la domination maritale est louable ; seulement, en l'absence de sanction, que vaut l'obligation pesant sur l'homme de s'abstenir de traiter différemment ses épouses tant sur le plan sexuel que matériel ? La justice se trouve bien au fondement de l'égalité, mais le Coran paraît considérer qu'il est en fait humainement impossible à l'homme d'être équitable envers ses conjointes<sup>117</sup> ; c'est en tout cas le constat fait par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies<sup>118</sup>. Le même Comité a observé que la polygynie est à la fois une « inadmissible discrimination » à l'égard de la femme et « attentatoire à la dignité de la femme »<sup>119</sup>. La décision DCC 02-144 apparaît tronquée de ces considérations. La Cour Constitutionnelle aurait pu pourtant mobiliser un bloc de constitutionnalité dense et diversifié pour mieux motiver l'abolition de toute forme de polygamie. Ainsi, le préambule de 1990 fait figurer parmi les principes cardinaux de l'Etat de droit et de démocratie pluraliste « la dignité de la personne humaine et la justice » et la primauté de la charte internationale et africaine des droits de l'homme. Il est vrai qu'en pratique la Cour ne se réfère à cette charte que pour renforcer le poids de ses décisions, en soulignant l'appartenance du Bénin à une communauté universelle ou régionale partageant les mêmes valeurs<sup>120</sup>. L'inutilisation de la charte internationale pour résoudre la question très sensible de la polygamie ne trahirait-elle pas un certain embarras de la Cour Constitutionnelle à qui revient la lourde tâche de « couler les données spécifiques aux sociétés africaines » dans des « moules »<sup>121</sup> constitutionnels d'inspiration française ? Ou bien le laconisme de la décision DCC 02-144 traduit-il plus simplement le souci de la Cour de ne pas sacrifier sa popularité en heurtant de front une frange de l'opinion publique ?

Quoi qu'il en soit, le contrôle de la loi présente des difficultés particulières dans une société qui s'interroge sur « la question de savoir si les constituants et les pouvoirs publics ne sont pas allés trop loin en posant des règles constitutionnelles et en ratifiant des traités trop révolutionnaires,

<sup>116</sup> M. DIAKHATE-FAYE, « L'obligation de fidélité », *Penant*, n°815, mai-septembre 1994, p. 168.

<sup>117</sup> A. B. FALL, « Universalité des droits de l'homme et pluralité juridique en Afrique », in *L'odyssée des droits de l'homme*, J. Ferrand – H. Petit (eds.), tome III, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 135.

<sup>118</sup> Rapport C.D.H. 1994 (A/48/40) p. 20, paragraphe 87, Rapport sur le Sénégal (CCPR/C/64/Add. 5).

<sup>119</sup> Rapport C.D.H. 2000 (A/55/40) p. 151, Observation générale n°28 (CCPR/C/21/Rev.1/Add. 10).

<sup>120</sup> S. BOLLE, *Le bloc de constitutionnalité au Bénin et au Gabon*, op. cit., p. XV et s.

<sup>121</sup> G. CONAC, « La modernisation des droits en Afrique : du droit de l'Etat à l'Etat de Droit », in *Mélanges Michel Alliot*, op. cit., p. 298.

d'application délicate »<sup>122</sup>. A cet égard, la censure partielle du Code des personnes et de la famille fournit une réponse pour le moins audacieuse.

\* \* \*

La Cour Constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop<sup>123</sup> dans la décision DCC 02-144 ? Elle commet très certainement un « excès de pouvoir constitutionnel »<sup>124</sup> lorsqu'elle ordonne au législateur de corriger le Code des personnes et de la famille, en la forme mais aussi au fond. Les traditionalistes considèreront aussi que la Cour en fait trop en permettant au législateur d'écarter les coutumes pour bâtir un droit uniforme et en lui imposant de faire disparaître la polygynie traditionnelle. Ils ne sauraient toutefois oublier qu'en 1967 le Ministre de la justice du Dahomey craignait que « la décadence de la grande famille » négro-africaine provoque « l'effondrement de la famille restreinte » et souhaitait que « la loi vienne se substituer à des coutumes largement dépassées, parce que le temps les avait ciselées pour une civilisation rurale et communautaire qui n'appartient plus guère au présent »<sup>125</sup>... Toujours est-il que fin avril 2004 la commission des lois de la quatrième législature paraît disposée à vider le dossier de la mise en conformité du Code avec la Constitution dans une certaine quiétude, sans agiter l'épouvantail de la « république des juges ». Il y aurait là le signe que dans le Bénin du Renouveau démocratique le Président de la République, l'Assemblée Nationale et la Cour Constitutionnelle concourent à la fabrication de la loi ; et que l'Assemblée admet que le sort du Code des personnes et de la famille est suspendu à la fidèle exécution de la décision DCC 02-144.

---

<sup>122</sup> A. N. GBAGUIDI, « Egalité des époux, égalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes du Bénin », *op. cit.*, p. 11.

<sup>123</sup> P. BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n°105, 2003, p. 17.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>125</sup> G. GBENOU, « La famille dahoméenne », *Revue juridique et politique - Indépendance et coopération*, n°1, 1967, p. 63.